

# **A O ARTIGO 16-A DA LEI N. 9.504/1997, INTRODUZIDO PELA LEI N. 12.034/2009, E SUA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO**

Angela Cignachi Baeta Neves

Advogada. Especialista em Direito Público. Membro do IBRADE (Instituto Brasileiro de Direito Eleitoral). Integrante da Comissão de Direito Eleitoral da Ordem dos Advogados do Brasil Seccional do Distrito Federal (OAB-DF).

**RESUMO:** O presente artigo, após breve incursão no sistema de representação proporcional, vem demonstrar que o artigo 16-A e seu parágrafo único da Lei Eleitoral, à luz dos princípios constitucionais da interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal sobre a titularidade do sufrágio na eleição proporcional, não revogou o artigo 175, § 4º da Lei Eleitoral, estando garantida, ao respectivo partido ou à coligação, a destinação dos votos dados a candidato cujo registro foi indeferido após a eleição.

**PALAVRAS-CHAVE:** Lei Eleitoral. Artigo 16-A. Sistema proporcional. Destino. Votos. Candidato. Inelegível.

**ABSTRACT:** The present article, after its brief incursion into the system of proportional representation, aims to demonstrate that article 16-A of the Electoral Law, in the light of the constitutional principles as well as the interpretations given by the Federal Supreme Court (STF) concerning the ownership of the elective proportional mandate, does not revoke article 175, §4º of the Electoral Law, guaranteeing to the party or to the coalition votes given to the candidate whose record was rejected after an election.

**KEYWORDS:** Electoral Law. Article 16-A. Proportional system. Destination. Votes. Candidate. Ineligible.

## **1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

O debate em torno do destino dado aos votos conferidos a um candidato que, em eleições proporcionais, tem seu registro de candidatura negado, há muito tempo estava pacificado. Havia jurisprudência remansosa no Tribunal Superior Eleitoral no sentido da aplicação do § 3º ou do § 4º do artigo 175 do Código Eleitoral, dependendo do momento do indeferimento do registro – se antes ou após o dia do pleito.

Acrescidos pela Lei n. 12.034/2009, a chamada mini-reforma eleitoral, o artigo 16-A e seu parágrafo único, inicialmente, não ensejaram maiores considerações por parte da maioria dos que trabalham com o Direito Eleitoral.

Quando da promulgação da referida Lei, tais dispositivos sequer chamaram a atenção, pois foram interpretados pelos operadores do direito em conjunto com os §§3º e 4º do art. 175 do Código Eleitoral, não indicando, naquele momento, qualquer novidade.

Considerando o conteúdo dos dispositivos constantes do Código Eleitoral (já referidos) que tratam da contagem e destinação dos votos, o artigo 16-A e seu parágrafo único da Lei n. 9.504/1997 se resumiriam, em princípio, a legalizar a *jurisprudência pacífica* sobre o tema, reafirmando que (1) os votos dados a candidato cujo registro fora *indeferido antes da eleição* são nulos (§3º do art. 175 do Código Eleitoral), (2) o candidato com registro indeferido aguardando julgamento de recurso (*sub judice*) poderá efetuar todos os atos relativos à campanha eleitoral, mas seus votos só serão validados se o registro vier a ser deferido em superior instância (art. 16-A, *caput*, da Lei n. 9.504/1997)<sup>1</sup>; (3) no mesmo sentido, o cômputo para o respectivo partido (ou coligação) dos votos dados a candidato que esteja com registro *indeferido no dia do pleito* só ocorre se tal registro for deferido em superior instância (parágrafo único do art. 16-A da Lei n. 9.504/1997)<sup>2</sup>, e, por fim, (4) os votos dados a candidato cujo registro foi *indeferido após o pleito* são contados ao partido ou coligação (§4º do art. 175 do Código Eleitoral).

Esse entendimento se deu, principalmente, porque o próprio legislador, na justificativa do projeto de lei, afirmou que os dispositivos acrescidos na mini-reforma eleitoral estariam a disciplinar apenas a situação dos “*candidatos com registro indeferido*” no dia da eleição.

No entanto, o Tribunal Superior Eleitoral, primeiramente com o intuito de exercer seu poder regulamentar, ao editar a Resolução n. 23.218/2010, introduziu norma não contemplada na legislação em vigor, estabelecendo, no artigo 147, a vedação ao cômputo, para partido político ou coligação, dos votos dados também àquele candidato cujo registro fora *indeferido posteriormente à eleição*, ainda que no dia da eleição possuísse condição jurídica de candidato (com registro deferido).

---

<sup>1</sup> Antiga e já conhecida orientação do Tribunal Superior Eleitoral, chamada de “Teoria da conta e risco”.

<sup>2</sup> Também conhecida “Teoria dos votos engavetados”.

Posteriormente, ao julgar um caso concreto (MS 403.463), aquela Corte Eleitoral acabou por confirmar – apesar da apertada maioria (4x3) – o que foi estabelecido na Resolução 23.218/2010, considerando nulos para todos os efeitos, *inclusive para o respectivo partido ou coligação*, também os votos atribuídos a candidato que tem seu registro de candidatura *indeferido após o dia da eleição*.

Diante dessas premissas, o presente trabalho pretende apresentar argumentos que demonstrem a inconstitucionalidade de qualquer dispositivo ou interpretação que restrinja a possibilidade de destinação, ao partido ou coligação, do voto dado a candidato que, em eleições proporcionais, teve seu registro *indeferido após o pleito*.

Isso porque, o eleitor, ao exercer seu direito/dever de voto garantido constitucionalmente, escolheu um partido *e* alguém que tinha condição jurídica de candidato (registro deferido), razão pela qual não pode ver sua preferência desprezada.

Ademais, o mandato eletivo proporcional pertence não ao candidato/eleito, mas ao partido político pelo qual ele concorreu, sendo desarrazoado qualquer entendimento que restrinja o direito do partido de permanecer com o voto dado àquele que, por circunstâncias pessoais<sup>3</sup>, teve o seu registro negado, repita-se, *após o pleito*.

## **2. O SISTEMA REPRESENTATIVO PROPORCIONAL E A ESSENCIALIDADE DOS PARTIDOS POLÍTICOS PARA O FUNCIONAMENTO DO SISTEMA**

A Constituição de 1988 assegura, no seu artigo 1º, a cidadania como fundamento da República Federativa do Brasil e, em seu parágrafo único, o princípio democrático.

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

II - a cidadania;

(...).

Parágrafo único. *Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição*”. (sem grifo no original)

Conforme consta no referido parágrafo, a escolha política do constituinte foi a feliz conjugação da *democracia representativa* com instrumentos de participação direta

---

<sup>3</sup> As condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade existem no campo pessoal, e dizem respeito apenas ao candidato, sem alcançar o partido político ou a coligação.

do povo. Em outras palavras, nossa democracia pode e deve ser exercida através de *representantes eleitos pelo povo* e, sempre que possível, diretamente pelos cidadãos.

Segundo José Afonso da Silva:

“Na democracia representativa a participação popular é indireta, periódica e formal, por via das instituições eleitorais que visam a disciplinar as técnicas de escolha dos representantes do povo. A ordem democrática, contudo, não é apenas uma questão de eleições periódicas, em que, por meio do voto, são escolhidas as autoridades governamentais. Por um lado, ela consubstancia um procedimento técnico para a designação de pessoas para o exercício de funções governamentais. Por outro, ‘eleger’ significa expressar preferência entre alternativas, realizar um ato formal de decisão política”.<sup>4</sup>

A democracia representativa tem como características a generalidade, a liberdade, a irrevogabilidade e a independência,<sup>5</sup> já que o eleito seria mandatário da nação, e não apenas daqueles que o elegeram.

Uma das peculiaridades do sistema representativo é a opção por um dos métodos eleitorais, proporcional ou majoritário.

Segundo Carlos Maximiliano: “*Chama-se PROPORCIONAL o sistema, quando a distribuição dos mandatos se opera de modo que o número de representantes em cada circunscrição eleitoral seja dividido em relação com o de cidadãos, de sorte que resulte uma PROPORÇÃO*”.<sup>6</sup>

Gilberto Amado leciona:

“Os sistemas de representação proporcional não visam, como se pode pensar à primeira vista, à representação das minorias; visam à representação de todas aquelas opiniões que, existindo em força numérica suficientemente importante para significar uma corrente de ideias, têm o direito de influir, na proporção de sua força, no governo do país”.<sup>7</sup>

Esse sistema, portanto, busca garantir espaço de atuação às mais diversas correntes ideológicas, as quais são agrupadas e sintetizadas nos partidos políticos.

No Brasil, a eleição para os poderes legislativos – deputados federais, deputados estaduais, deputados distritais e vereadores – é feita através do sistema de representação proporcional, por lista aberta e uninominal.

Tal modelo de representação proporcional foi adotado no Brasil primeiramente pela Constituição de 1934, e mantido em todas as outras Cartas que a sucederam.

---

<sup>4</sup> **Comentário Contextual à Constituição**, São Paulo: Malheiros, 2009, pág. 41.

<sup>5</sup> BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 13a Edição. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 279.

<sup>6</sup> *Comentários à Constituição Brasileira 1946*. 5ª Edição. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., Vol. II, pág. 84.

<sup>7</sup> *Eleição e representação*. Brasília: Senado Federal, 1999, pág. 61/62.

A atual Constituição, promulgada em 1988, também repetiu o modelo, estabelecendo em seu artigo 45: “A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal”. Mas, também enfatizou “a instrumentalidade dos partidos políticos como veículo de canalização das idéias e ideologias a serem ponderadas para a definição de políticas públicas e de atuações estatais”.<sup>8</sup>

Os partidos políticos, na verdade, constituem os instrumentos de realização da democracia representativa.

Com efeito, a Carta da República estabeleceu, como condição de elegibilidade, a obrigatória filiação a um partido político<sup>9</sup>, atribuindo a este, em capítulo específico (Capítulo V da Carta), liberdade de organização<sup>10</sup> e autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento<sup>11</sup>, preservados alguns princípios constitucionais, como a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo e os direitos fundamentais da pessoa humana.

O Código Eleitoral (Lei n. 4.737/1965), ao disciplinar o sistema de representação proporcional nos artigos 105 a 113, principalmente a forma de se determinar o número e forma de eleitos, atribuiu extrema importância aos partidos políticos e os votos com base nas agremiações partidárias.

Dispõe aquele Diploma Legal:

“Art. 106. Determina-se o quociente eleitoral dividindo-se o número de votos válidos apurados pelo de lugares a preencher em cada circunscrição eleitoral, desprezada a fração se igual ou inferior a meio, equivalente a um, se superior.

Art. 107 - Determina-se para cada Partido ou coligação o quociente partidário, dividindo-se pelo quociente eleitoral o número de votos válidos dados sob a mesma legenda ou coligação de legendas, desprezada a fração.

---

<sup>8</sup> Trecho do voto da em. Min. Carmen Lúcia quando do julgamento do MS 26.604.

<sup>9</sup> “Art. 14.

§ 3º - São condições de elegibilidade, na forma da lei: (...)

V - a filiação partidária”.

<sup>10</sup> Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:

I - caráter nacional;

II - proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes;

III - prestação de contas à Justiça Eleitoral;

IV - funcionamento parlamentar de acordo com a lei.

<sup>11</sup> Art. 17. §1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária.(Redação dada pela Emenda Constitucional n. 52/2006)

Art. 108 - Estarão eleitos tantos candidatos registrados por um Partido ou coligação quantos o respectivo quociente partidário indicar, na ordem da votação nominal que cada um tenha recebido”.

Nota-se que esse sistema busca, essencialmente, assegurar a cada um dos partidos políticos uma representação minimamente proporcional à sua real importância no contexto político.

Daí decorre a inegável dependência entre o sistema proporcional e os partidos políticos, e, em consequência, entre os candidatos e as agremiações partidárias.

Sim, pois, se é certo que esse sistema busca garantir espaço de atuação e expressão política às mais diversas correntes político-ideológicas – e essas, por sua vez, dependem desse sistema para conseguir um mínimo de espaço de atuação –, também é certo que, embora um candidato possa contribuir ao partido com seus votos individuais, a grande maioria dos eleitos, nas eleições proporcionais, só o são com a ajuda da votação de outros candidatos mais populares.<sup>12</sup>

Por essas razões, o eleitor brasileiro, ao exercer seu direito de escolha *nas eleições proporcionais*, assim o faz tendo em conta não só o candidato escolhido, mas também – e principalmente (sabendo ele ou não) – o partido político.

Essa vinculação é tamanha que o Supremo Tribunal Federal, interpretando os preceitos constitucionais, considera que o mandato eletivo obtido pelo sistema proporcional pertence ao partido político pelo qual o candidato eleito concorreu, não sendo o seu exercício, pois, um direito subjetivo do parlamentar eleito, conforme será visto mais adiante.

### **3. O ARTIGO 16-A E SEU PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI N. 9.504/1997, INTRODUZIDO PELA LEI N. 12.034/2009**

A Lei n. 12.034/2009, chamada de mini-reforma eleitoral, alterou vários dispositivos legais tanto na Lei Orgânica dos Partidos Políticos, como no Código Eleitoral e também na Lei Eleitoral. Nesta última, foi introduzido, dentre outros, o artigo 16-A e seu parágrafo único, assim redigidos:

“Art. 16-A. O candidato cujo registro esteja *sub judice* poderá efetuar todos os atos relativos à campanha eleitoral, inclusive utilizar o horário eleitoral gratuito no rádio e na

---

<sup>12</sup> Basta pensar que, determinado candidato, eleito por uma legenda, em eleição proporcional, poderia não ter sido se concorresse por outra agremiação partidária.

televisão e ter seu nome mantido na urna eletrônica enquanto estiver sob essa condição, ficando a validade dos votos a ele atribuídos condicionada ao deferimento de seu registro por instância superior.

Parágrafo único. O cômputo, para o respectivo partido ou coligação, dos votos atribuídos ao candidato cujo registro esteja *sub judice* no dia da eleição fica condicionado ao deferimento do registro do candidato”.

Conforme já antecipado, tais dispositivos vieram, no entender da grande maioria dos estudiosos, legalizar a jurisprudência sobre o tema relativo à situação do candidato que tem seu *registro indeferido antes da eleição*, mas que interpõe recurso para superior instância visando à reforma da decisão.

Nesse caso, tal norma garante que o candidato “poderá efetuar todos os atos relativos à campanha eleitoral”, como se verdadeiro candidato fosse (registro deferido).

É a conhecida candidatura “por conta e risco”, academicamente chamada de “teoria da conta e risco”<sup>13</sup>, plenamente aplicada pelo Tribunal Superior Eleitoral desde meados de 2002.<sup>14</sup>

Parece óbvio que o referido dispositivo, quando se refere a candidato *sub judice*, quis dizer candidato ainda “*sem registro*” ou com “*registro indeferido*”, haja vista constar na própria norma previsão de que a validade dos votos para o candidato “fica condicionada ao deferimento de seu registro por instância superior”. Ou seja, se a validade dos votos está condicionada ao deferimento do registro, certamente está-se falando de um candidato que não possui registro.

A propósito, todo o conteúdo da norma só faz sentido se se tratar de candidato sem registro ou com registro indeferido, já que ao candidato com registro deferido, ainda que por decisão sem trânsito em julgado, já era garantido, nas normas até então existentes, o direito de efetuar todos os atos de campanha.<sup>15</sup>

Em outras palavras, não faria sentido a lei estabelecer o óbvio, ou seja, que o candidato com registro deferido pode participar dos atos de campanha.

Isso porque, não há palavras inúteis na lei. Cabe ao intérprete precisar o sentido da expressão, interpretando-a de forma coerente com a finalidade da norma.

---

<sup>13</sup> Conforme leciona o Prof. Thales Tácito Cerqueira em uma de suas obras Reformas eleitorais comentadas. São Paulo: Saraiva: 2010.

<sup>14</sup> MS 3.100, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; CTA 786, Rel. Min. Fernando Neves; INST 55, Rel. Min. Fernando Neves.

<sup>15</sup> Nessa situação, se o registro estava deferido, apesar questionado por outrem, sempre foi garantida a realização de todos os atos relativos à campanha. A validade dos votos, *para o candidato*, estava condicionada ao trânsito em julgado da decisão deferitória. Já *para o partido*, dependia da situação do candidato na data da eleição.

No mesmo sentido, a norma inserta no parágrafo único do artigo 16-A – que veda a destinação dos votos ao partido ou coligação – diz respeito à mesma situação jurídica, ou seja, apenas à hipótese de candidato “sem registro” ou com “registro indeferido” no dia do pleito, já que também condiciona o cômputo dos votos “ao deferimento do registro do candidato”.

É a também conhecida no mundo acadêmico como “teoria dos votos engavetados”<sup>16</sup>, há muito aplicada pelo Tribunal Superior Eleitoral nas eleições anteriores.

Dito isto, é seguro dizer que o legislador, ao se valer da expressão “candidato cujo registro esteja *sub judice* no dia da eleição” está se referindo tão somente ao candidato que *não possui registro no dia da eleição*.

Portanto, vê-se que o artigo 16-A e seu parágrafo único da Lei n. 9.504/1997, acrescidos pela Lei n. 12.034/2009, vieram para *completar e concluir toda a sistemática normativa* relativa à contagem dos votos em eleições proporcionais, já prevista no Código Eleitoral, nos §§3º e 4º do artigo 175, que assim estabelece:

Art. 175. (...)

§ 3º Serão nulos, para todos os efeitos, os votos dados a candidatos inelegíveis ou não registrados.

§ 4º O disposto no parágrafo anterior não se aplica quando a decisão de inelegibilidade ou de cancelamento de registro for proferida após a realização da eleição a que concorreu o candidato alcançado pela sentença, caso em que os votos serão contados para o partido pelo qual tiver sido feito o seu registro.

Tais dispositivos da Lei Eleitoral e do Código Eleitoral, interpretados sistematicamente, reforçam uns aos outros, encerrando a disciplina que ampara a vontade do eleitor (princípio da soberania popular) e o direito do partido político frente ao sistema proporcional estabelecido na Constituição de 1988.

#### **4. A INTERPRETAÇÃO DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL SOBRE O TEMA**

Conforme mencionado alhures, o Tribunal Superior Eleitoral, a pretexto de exercer seu poder regulamentar, ao editar a Resolução n. 23.218/2010, no tocante à apuração e totalização dos votos, interpretou o artigo 16-A e seu parágrafo único da Lei

---

<sup>16</sup> Conforme Prof. Thales Tácito Cerqueira, na mesma obra.



n. 9.504/1997 de forma literal e isolada, editando norma que, no entender de muitos operadores do direito, não estaria contemplada na legislação eleitoral.

Estabeleceu o artigo 147 da Resolução TSE n. 23.218/2010:

“Art. 147. Serão nulos, para todos os efeitos, inclusive para a legenda, os votos dados a candidatos inelegíveis ou não registrados (Código Eleitoral, art. 175, § 3o , e Lei n° 9.504/97, art. 16-A).

Parágrafo único. A validade dos votos dados a candidato cujo registro esteja pendente de decisão, assim como o seu cômputo para o respectivo partido ou coligação, ficará condicionada ao deferimento do registro (Lei n° 9.504/97, art. 16-A)”.

Num primeiro momento, o conteúdo ali constante não chamou a atenção, vez que, como já se afirmou, toda a interpretação do texto pelos operadores do direito, inclusive pelos Tribunais Regionais Eleitorais, era feita em conjunto com os consagrados §§3º e 4º do artigo 175 do Código Eleitoral.<sup>17</sup>

No entanto, em dezembro de 2010, quando do julgamento do Mandado de Segurança n. 403.463<sup>18</sup>, a Corte Eleitoral reafirmou o entendimento anunciado na Resolução n. 23.218/2010, e firmou sua posição – apesar da apertada maioria (4x3) – estabelecendo proibição de cômputo, para os partidos políticos, dos votos dados aos candidatos que, em decisão final e em eleição proporcional, tivessem seus registros indeferidos, ainda que à data da eleição estivessem com os registros deferidos.

Após intenso debate, a maioria dos ministros da Corte afirmou a validade do artigo 147 da Resolução TSE n. 23.218/2010, no sentido de que o artigo 16-A e seu parágrafo único da Lei n. 9.504/1997 teriam *revogado o §4º do artigo 175 do Código Eleitoral*, afastando qualquer possibilidade de destinação, ao partido político, dos votos obtidos pelo candidato que, apenas após a eleição, tivesse seu registro negado.

Veja-se, por oportuno, alguns trechos que revelam a construção do entendimento sufragado pela maioria da Corte:

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI: A questão é que, *antes do artigo 16-A, o grande divisor de águas para o cômputo de votos do partido e para a coligação era a data da eleição. Assim dispunha o § 4º do artigo 175 do Código Eleitoral.*

*Partidos e coligações lançavam candidatos que, possivelmente, sabidamente, ou presumivelmente, seriam inelegíveis, torcendo para que o registro estivesse deferido à data da eleição. O que aconteceu? O candidato não seria eleito, porque estava inelegível, mas os votos beneficiariam o partido ou a coligação que lançaram candidatos que não obtiveram o registro deferido ou foram considerados inelegíveis.*

*O que esse artigo 16-A veio fazer? Exatamente romper com essas situações, determinando que partidos e coligações lançassem candidatos, que poderiam não ter o registro deferido*

<sup>17</sup> Os Tribunais Regionais Eleitorais proclamaram os resultados da eleição como sempre o fizeram, tendo em conta os §§3º e 4º do art. 175 do Código Eleitoral, ou seja, computando para os partidos/coligações os votos dados aos candidatos cujos registros foram indeferidos posteriormente à eleição.

<sup>18</sup> Redator para acórdão Min. Marcelo Ribeiro, julgado em 15/12/2010, publicado em sessão.

*ou ser inelegíveis, sob sua conta e risco, ou seja, não mais os partidos e coligações poderiam ser beneficiados com os votos dados a esse candidato.*

Senão chegamos, com a devida vênia, a um contrassenso: um candidato puxador de votos sabidamente inelegível não seria eleito, mas os votos desse candidato beneficiariam aqueles que estivesse abaixo. Por isso, o artigo 16-A veio exatamente romper com esse equilíbrio que, data vênia, considero extremamente artificial.

O que interessa para nós, para a Justiça Eleitoral – e por isso mesmo decidimos que só pode ser diplomado quem tiver o registro deferido -, é que só podem ser computados os votos para aqueles candidatos que tenham o registro deferido e sejam considerados elegíveis.

Aliás, se não existisse o § 4º do artigo 175, está expresso em seu § 3º:

Art. 175. (CE)

[...]

§ 3º Serão nulos, para todos os efeitos, os votos dados a candidatos inelegíveis ou não registrados.

Senão chegamos a esta contradição: aquele candidato puxador de votos dados não se elege, mas o partido ou coligação elege quem esta abaixo dele.

Com a devida vênia, nunca compreendi muito, mais isso era o que estava na lei. Esse artigo 16-A veio romper com essa sistemática exatamente para determinar que partidos e coligações possam lançar candidatos por sua conta e risco. Se eles não tiverem o registro deferido, pouco importa se, à data da eleição ou não, o cômputo dos votos – não só para os candidatos, como para os partidos e coligações – ficam condicionados ao deferimento do registro. Se não deferir, não será possível.

(...)

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI: *Em minha ótica não importa a data da eleição, mas se o registro for deferido. Por isso é que o voto será computado para o partido. O que me parece contradição é não computarmos para o candidato, mas computarmos para o partido e a coligação e beneficiá-los, embora o registro do candidato seja indeferido – pouco importa se antes ou depois da eleição.*

O SENHOR MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR: Na verdade, teremos uma situação em que o eleitor termina evidentemente, perdendo seu voto, e o candidato inelegível sai também. E o partido que admitiu o cidadão inelegível se beneficia e consegue ficar com os votos.

O SENHOR MINISTRO ARNALDO VERSIANI: *Voltamos àquela questão que exigiu o artigo 16-A: dar maior responsabilidade ao partido ou coligação de só indicarem candidatos que sejam elegíveis.* Claro, sempre em decisão judicial, não se pode prever se o candidato é elegível ou inelegível, mas pode dar maior responsabilidade ao partido e à coligação de lançarem candidatos por sua conta e risco.

Se o registro for indeferido, não conta para o candidato, mas também não pode beneficiar o partido ou a coligação. Seria como ele próprio usar o artifício de lançar um candidato puxador de votos e beneficiar a legenda.

(...)

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Acredito que foram revogados, sim . O § 4º foi revogado pelo parágrafo único, que é incompatível, é mais novo. O parágrafo único do artigo 16 é mais recente, dispõe de modo diverso, e é lei de mesma hierarquia, portanto revogou a norma, não há nenhuma dúvida. Não é preciso estar expresso, o artigo versou sobre o mesmo tema e é lei mais recente. Peço vênia ao relator para negar provimento ao agravo regimental.

(...)

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA: Senhor Presidente, pela lógica, não posso acompanhar o voto do relator no que se refere ao cômputo dos votos para o partido, por essa circunstância, porque não percebo nenhum significado na expressão “cômputo para o respectivo partido fica condicionado ao deferimento do registro”. Logo, não sendo deferido, não vejo como interpretar o preceito de outra forma.

Acompanho a divergência.

(...)

O SENHOR MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR: Senhor Presidente, de certa forma eu já havia antecipado meu entendimento. Rogando vênia ao eminente relator e aos eminentes pares que aderiram ao voto de Sua Excelência, comungo do mesmo

entendimento manifestado pelos eminentes Ministros Marcelo Ribeiro, Arnaldo Versiani e pela Ministra Cármen Lúcia.

*Entendo que, efetivamente, a alteração feita pela Lei n° 12.034/2009 alterando o artigo 16-A da Lei n° 9.504/1997, especificamente o parágrafo único, colide frontalmente com o artigo 175, § 4°, do Código Eleitoral. Parece-me que revogou, no particular, porque dispõe de forma inteiramente adversa de compatibilidade, a meu ver, impossível.*

*Particularmente, penso que é um arremate à Lei da Ficha Lima, porque, como eu já havia antecipado, todas as vezes que um tribunal tiver entendimento contrario a uma instância nacional ou ao próprio Supremo Tribunal Federal deferindo registro a uma candidatura, esse candidato ficará em situação privilegiada em relação aos demais cujos tribunais adotem linha de orientação já consagrada no TSE ou no STF". (sem grifos no original)*

Essa posição prevaleceu, portanto, para as eleições de 2010, tendo sido normatizada novamente na Resolução TSE n. 23.372/2011, relativa às eleições municipais de 2012:

“Art. 136. Serão nulos, para todos os efeitos, inclusive para a legenda:

I – os votos dados a candidatos inelegíveis ou não registrados (Código Eleitoral, art. 175, § 3º, e Lei n° 9.504/97, art. 16-A);

II – os votos dados a candidatos com o registro cassado, ainda que o respectivo recurso esteja pendente de apreciação;

III – os votos dados à legenda de partido considerado inapto.

Parágrafo único. A validade dos votos dados a candidato cujo registro esteja pendente de decisão, assim como o seu cômputo para o respectivo partido ou coligação, ficará condicionada ao deferimento do registro (Lei n° 9.504/97, art. 16-A)”.

Ocorre, no entanto, que considerar o §4º do artigo 175 do Código Eleitoral como tendo sido *revogado* pelo parágrafo único do artigo 16-A da Lei n. 9.504/1997 e excluí-lo do mundo jurídico, *data maxima venia*, é incorrer em uma interpretação *literal e isolada* da norma acrescida pela Lei n. 12.034/2009, o que acaba por afrontar diversos preceitos constitucionais e o sistema representativo proporcional como um todo.

## **5. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS EM JOGO**

Diante da realidade posta pelo Tribunal Superior Eleitoral quando do julgamento do MS 403.463, muito se falou e ainda se fala sobre a inconstitucionalidade do artigo 16-A e de seu parágrafo único, da Lei n. 9.504/1997, e dos artigos 147 da Resolução TSE n. 23.218/2009 e o atual 136, I, e parágrafo único, da Resolução TSE n. 23.372/2011, mas, também, na inconstitucionalidade da própria interpretação judicial dada pelo TSE àquela norma legal.

Em todos os casos, os princípios constitucionais apontados como afrontados são praticamente os mesmos, quais sejam, os princípios (1) de que o sufrágio eleitoral, na

eleição proporcional, é do partido político, (2) da isonomia, da soberania popular e do sufrágio igual, e (3) da segurança jurídica.<sup>19</sup> É o que se passa a expor.

## **5.1 O PRINCÍPIO SEGUNDO O QUAL O MANDATO ELETIVO, NAS ELEIÇÕES PROPORCIONAIS, PERTENCE AO PARTIDO**

No Brasil, a Constituição Federal contempla o sistema proporcional de representação popular para a eleição de deputados federais, senadores, deputados estaduais, deputados distritais e vereadores.

É o que se extrai dos seguintes preceitos:

“Art. 1º.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

“Art. 45. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal”.

Esse sistema representativo proporcional (já analisado no item 2) previsto na Carta de 1988 exige, além de outros requisitos, que a participação dos candidatos só ocorra através dos partidos políticos.

“Art. 14. (...)

§ 3º São condições de elegibilidade, na forma da lei:

(...)

V - a filiação partidária”.

Com efeito, conforme a tradição constitucional brasileira, não é possível a denominada candidatura avulsa, onde o próprio interessado postula mandato eletivo sem um registro prévio em uma agremiação partidária.

Leciona Alexandre de Moraes:

“A capacidade eleitoral passiva exige prévia filiação partidária, uma vez que a democracia representativa consagrada pela Constituição de 1988 inadmitte candidaturas que não apresentem a intermediação de agremiações políticas constituídas na forma do art. 17 da Constituição Federal. Saliente-se que, em face da exigibilidade de filiação partidária para o exercício desse direito político (elegibilidade), há de ser assegurado a todos os direito de livre acesso aos partidos, sem possibilidade de existência de requisitos discriminatórios e arbitrários”.<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> Fala-se, também, em ofensa ao princípio da separação de poderes (art. 2º da CF), na medida em que o TSE teria atuado como “poder legislativo positivo”, mas a autora não pretende abordar esse assunto por não compartilhar desse entendimento.

<sup>20</sup> Direito Constitucional. 5ª Edição. São Paulo: Atlas, 1999, pág. 219.

Sendo assim, o eleitor exerce seu direito de voto apenas entre candidatos registrados pelos partidos políticos e a estes subordinados, vinculando-se, sim, à agremiação partidária viabilizadora da candidatura.

Nesse contexto, a Carta de 1988 assenta que *o voto, nas eleições proporcionais, destina-se ao partido político e não ao candidato*.

O seu artigo 58 reforça essa sistemática:

“Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação.

§ 1º *Na constituição das Mesas e de cada Comissão, é assegurada, tanto quanto possível, a representação proporcional dos partidos ou dos blocos parlamentares que participam da respectiva Casa*”. (sem grifo no original)

Como visto, todo o arcabouço normativo leva à conclusão de que o mandato parlamentar é do partido político pelo qual o representante foi eleito, vez que este o exerce apenas porque a agremiação registrou sua candidatura (sem um partido isso não seria possível) e em obediência às diretrizes partidárias.

Essa é a interpretação dada pelo próprio Supremo Tribunal Federal, que assim se pronunciou quando do julgamento do MS 26.604:

“EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ELEITORAL. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO PELO PARTIDO DOS DEMOCRATAS - DEM CONTRA ATO DO PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. NATUREZA JURÍDICA E EFEITOS DA DECISÃO DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL - TSE NA CONSULTA N. 1.398/2007. NATUREZA E TITULARIDADE DO MANDATO LEGISLATIVO. OS PARTIDOS POLÍTICOS E OS ELEITOS NO SISTEMA REPRESENTATIVO PROPORCIONAL. FIDELIDADE PARTIDÁRIA. (...) DIREITO DO IMPETRANTE DE MANTER O NÚMERO DE CADEIRAS OBTIDAS NA CÂMARA DOS DEPUTADOS NAS ELEIÇÕES. DIREITO À AMPLA DEFESA DO PARLAMENTAR QUE SE DESFILIE DO PARTIDO POLÍTICO. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA MUDANÇA DE ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL: MARCO TEMPORAL FIXADO EM 27.3.2007. MANDADO DE SEGURANÇA CONHECIDO E PARCIALMENTE CONCEDIDO (...) 5. No Brasil, a eleição de deputados faz-se pelo sistema da representação proporcional, por lista aberta, uninominal. *No sistema que acolhe* - como se dá no Brasil desde a Constituição de 1934 - *a representação proporcional para a eleição de deputados e vereadores, o eleitor exerce a sua liberdade de escolha apenas entre os candidatos registrados pelo partido político, sendo eles, portanto, seguidores necessários do programa partidário de sua opção. O destinatário do voto é o partido político viabilizador da candidatura por ele oferecida*. O eleito vincula-se, necessariamente, a determinado partido político e tem em seu programa e ideário o norte de sua atuação, a ele se subordinando por força de lei (art. 24, da Lei n. 9.096/95). Não pode, então, o eleito afastar-se do que suposto pelo mandante - o eleitor -, com base na legislação vigente que determina ser exclusivamente partidária a escolha por ele feita. Injurídico é o descompromisso do eleito com o partido - o que se estende ao eleitor - pela ruptura da equação político-jurídica estabelecida (...).<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> Rel. Min. Carmen Lúcia, DJ 03/10/2008. Na mesma assentada, foram julgados também os MS 26.603, Rel. Min. Celso de Mello, e MS 26.602, Rel. Min. Eros Grau, que versavam sobre a mesma matéria.

Esse princípio de que o mandato eletivo, na eleição proporcional, pertence ao partido político levou a Justiça Eleitoral (em resposta à Consulta n. 1.398) e também o Supremo Tribunal Federal (no julgamento acima mencionado) a assentarem a possibilidade de o parlamentar infiel à agremiação pelo qual foi eleito *perder o mandato*, ficando a vaga disponível ao suplente dessa mesma legenda.

Nesse sentido – e com estrita observância aos preceitos constitucionais de que o sufrágio eleitoral, na eleição proporcional, destina-se ao partido político – também o Código Eleitoral contemplou, a partir da alteração realizada pela Lei n. 7.179/1983, o §4º do artigo 175, garantindo à agremiação partidária o cômputo dos votos daquele candidato que, apesar de ter seu registro indeferido em decisão definitiva, possuía a condição jurídica de candidato (registro deferido) no momento da eleição.

Na realidade, esse dispositivo acabou por mitigar em parte o sistema proporcional constitucional, na medida em que afastou do cômputo dos votos atribuíveis ao partido aqueles dados aos candidatos que, no dia do pleito, estivessem com *registro indeferido* (e assim permanecessem até decisão definitiva).

Tal critério, contudo, apresentou-se razoável, seja porque estabeleceu um marco para o partido político definir se prossegue com a candidatura daquele considerado inelegível pela Justiça Eleitoral antes do pleito, passando a assumir o risco de não ver computados os votos a ele atribuídos (caso a decisão não seja revertida), seja porque respeita e protege a soberania popular e livre vontade do eleitor, que verá seu voto computado – voto este que tinha plena validade no dia do pleito (o candidato estava com o registro deferido) – ainda que para o partido político.<sup>22</sup>

Sobre o ponto, asseverou com propriedade o Ministro Ricardo Lewandowski quando do julgamento do MS 403.463:

“Não se pode computar para a legenda os votos atribuídos a candidato que em nenhum momento do processo eleitoral obteve uma decisão positiva em relação ao seu registro, evitando-se que a legenda, por meio de candidatos manifestamente inelegíveis, mas puxadores de votos, alcance novas cadeiras. Protege-se, portanto, outros valores, como a Legitimidade das Eleições e a Probidade Administrativa”.

Também o artigo 5º da Lei n. 9.504/1997 dá concretude ao princípio de que o sufrágio eleitoral é dos partidos políticos, ao estabelecer que “nas eleições

---

<sup>22</sup> Nas palavras do Ministro MARCO AURÉLIO, “quer saiba ou não o eleitor, quando ele sufraga o número de um candidato, vota não só no candidato, mas também na legenda, porque os dois primeiros algarismos revelam a legenda. E a inelegibilidade é pessoal” (trecho do voto, vencido, proferido n. MS 403.463).

proporcionais, contam-se como válidos apenas os votos dados a candidatos regularmente inscritos *e às legendas partidárias*” (sem grifo no original).

Diante dessas premissas, fica difícil não concluir que qualquer norma ou interpretação de norma que impossibilite a destinação, ao partido político, dos votos dados a candidato que, na data da eleição, possuía registro de candidatura, mas que posteriormente acabou sendo considerado inelegível, é *inconstitucional*, pois afeta o princípio de que o sufrágio eleitoral, na eleição proporcional, pertence ao partido político.

Além disso, impossibilitar o cômputo dos votos ao partido nessa peculiar situação é fazer com que a inelegibilidade – que é de *índole pessoal* – transborde para a agremiação, a qual, por óbvio, não pode ser considerada inelegível.

De outro lado, qualquer interpretação das normas insertas no artigo 16-A e seu parágrafo único da Lei Eleitoral que seja consentânea com o sistema representativo proporcional constitucional – ou seja, com o conjunto de preceitos que normatizam o princípio de que o sufrágio eleitoral, na eleição proporcional, é do partido político – não cogita, em hipótese alguma, a revogação do §4º do artigo 175 do Código Eleitoral, mantendo-o em pleno vigor.

## **5.2 OS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA, DO SUFRÁGIO IGUAL PARA TODOS E DA SOBERANIA POPULAR**

O *caput* do artigo 5º da Constituição Federal abre o capítulo dos direitos individuais garantindo a todos o direito à igualdade perante a lei.

Esse princípio é reforçado por muitas normas, a começar pelo próprio inciso I do referido artigo ao declarar que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações (...)”, passando pelo artigo 7º onde constam regras de igualdade material, regras que proíbem distinções fundadas em certos fatores (ex: diferença de salários, de exercício de funções, de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil etc.).

José Afonso da Silva comenta:

“A previsão de que a República Federativa do Brasil tem como um de seus objetivos fundamentais ‘reduzir as desigualdades sociais e regionais’ (art. 3º, III), a reamente repulsa a qualquer forma de discriminação (art. 3º, IV), a universalidade da seguridade social, a garantia do direito à saúde, da educação baseada em princípios democráticos e de igualdade de condições para o acesso e permanência na escola – enfim, a preocupação com a justiça

social como objetivo das ordens econômica e social (arts. 170, 193, 196 E 205) -, constituem reais promessas de busca da igualdade material”.<sup>23</sup>

Para Alexandre de Moraes, o princípio da igualdade opera em dois planos distintos, a saber:

“De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que encontram-se em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social”.<sup>24</sup>

Nesse sentido, aos partidos políticos são garantidos os mesmos direitos, obrigações, limites e garantias, não sendo possível, por outro lado, ao intérprete, aplicar uma lei de forma diferenciada e estabelecer diferenciações entre os partidos que se encontram na *mesma situação*.

Explica-se.

Considerando-se três situações:

A) um candidato com registro deferido no dia da eleição, mantendo-se tal situação jurídica até a decisão final;

B) um candidato com registro deferido no dia da eleição, e, posteriormente, tem seu registro de candidatura negado;

C) um candidato sem registro de candidatura no dia da eleição, mantendo-se tal situação jurídica até decisão final.

Partindo das premissas que o eleitor, ao votar, escolhe não só o candidato, mas, também (e em primeiro lugar), o partido político do candidato, e também que a inelegibilidade é pessoal e não atinge o partido político – sem contar com o princípio inafastável de que o sufrágio eleitoral, nas eleições proporcionais, pertence ao partido -, verifica-se que *a situação jurídica dos partidos políticos nas hipóteses A e B são idênticas*, ou seja, as legendas obtiveram votação válida nas duas situações. O que diferencia as duas hipóteses é a situação dos candidatos, não dos partidos políticos, que, repita-se, obtiveram votação válida e não podem sofrer pelo suprimento da capacidade eleitoral passiva de um de seus filiados.

O §4º do artigo 175 do Código Eleitoral, ao garantir o cômputo, apenas para a legenda, dos votos dados ao candidato que posteriormente à eleição tem seu registro

---

<sup>23</sup> Comentário contextual à Constituição. 6ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2009, pág. 70/71.

<sup>24</sup> Direito Constitucional. 5ª Edição. São Paulo: Atlas, 1999, pág. 62.



negado, reconhece que, sob a ótica da agremiação partidária, a situação é igual àquela onde não há decisão posterior à eleição que nega o registro do candidato.

Isso porque, no momento da eleição, a votação era válida, e a situação jurídica do partido (ou da coligação) não se altera.<sup>25</sup>

Diferente é a situação da agremiação partidária na hipótese C, pois já se sabia, no dia do pleito, que os votos dados ao candidato sem registro não eram válidos, já que se optou por manter a candidatura de quem foi considerado inelegível pela Justiça Eleitoral por sua conta e risco, assumindo, portanto, as consequências da não substituição do inelegível por outro candidato. É o caso do §3º do artigo 175.

Também sob o prisma do *eleitor*, o princípio da igualdade reforça a aplicação do §4º do artigo 175 nas hipóteses A e B.

Isso porque, nas duas situações, ao votar, o eleitor escolheu quem possuía condição jurídica de candidato, fazendo, pois, uma *escolha plenamente válida*.

Pouco importa, sob a ótica do eleitor, se, posteriormente, o registro do candidato escolhido tenha sido indeferido. O voto – expressão máxima da soberania popular – não pode ser desprezado. Se ao candidato, por ser inelegível, não pode ser computado o voto, pelo menos ao partido político – *também escolhido pelo eleitor* – o mesmo deve ser destinado.

Entender de forma diversa ofende, ainda, os princípios da soberania popular e do sufrágio igual para todos, consagrados no parágrafo único do artigo 1º e no *caput* do artigo 14, todos da Carta de 1988:

“Art. 1º. (...)”

Parágrafo único. Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

“Art. 14. A *soberania popular* será exercida pelo sufrágio universal e pelo *voto* direto e secreto, com *valor igual para todos* e, nos termos da lei, mediante: (...)”. (sem grifo no original)

O sufrágio igual é uma exigência democrática, consubstanciando-se na aplicação do princípio da isonomia ou da igualdade no campo do direito político.

Nas palavras de José Afonso da Silva:

“A igualdade do direito de votar manifesta-se, em seu sentido mais rigoroso, no reconhecer a cada homem, a cada eleitor, um *único voto* (*one man, one vote*), pos (*sic*) cada ‘cidadão tem o mesmo peso político e a mesma influência qualquer que seja sua idade, suas qualidades, sua instrução e seu papel na sociedade’. O que importa mesmo, para a

---

<sup>25</sup> Salvo, é óbvio, quando o próprio partido ou coligação seja considerado inapto.

realização do princípio do sufrágio igual, é que a nenhum eleitor seja atribuído mais voto que a outros”.<sup>26</sup>

Significa dizer que todos os eleitores, titulares do direito de voto, têm garantida a possibilidade de votar e *de ver seu voto ser considerado*, claro, de forma igualitária.

Além de inconstitucional, por violação aos princípios da soberania popular, da isonomia e do sufrágio igual, não se mostra razoável jogar no lixo o voto do eleitor que, no momento de votar, fez uma *escolha válida*, em um partido político e em candidato regularmente inscrito. Se a Justiça Eleitoral, posteriormente, considerar que esse candidato é inelegível – isso o eleitor não teria como prever, pois há uma presunção de legalidade e de validade da sua participação no pleito -, o voto deve, pelo menos para a respectiva legenda, ser computado.

Corroborando esse entendimento o Ministro Ricardo Lewandowski, que, em trecho do voto proferido no MS 403.463 assim alertou:

“Pois é. Mas a solução do Ministro relator parece muito interessante. Porque nós temos uma situação em que há um deferimento do registro e um posterior indeferimento. Ou seja. O eleitor vai para as urnas confiando nessa primeira decisão da Justiça Eleitoral. Portanto, esse voto tem que ter alguma validade. Não tem validade para o candidato, porque não será diplomado, mas há de ter a validade para o partido”.

Esse entendimento, ressalte-se, ampara tanto a vontade do eleitor (princípio da soberania popular) quanto o direito do partido político frente ao sistema proporcional estabelecido na Carta de 1988.

Já se o eleitor, no dia do pleito, opta em votar naquele que não possui registro de candidatura (hipótese C), ele está, assim como o candidato que concorre por conta e risco, assumindo também o risco de ver seu voto não considerado. É uma opção legítima do eleitor. Mas, nesse caso, ele tem a opção de votar ou não, de querer ver seu voto ser validado ou não.

### **5.3 O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA**

Considerando o sistema proporcional constitucional existente e todo o arcabouço normativo constitucional e infraconstitucional que o sustenta, tanto os partidos políticos quanto os candidatos, mas, principalmente, os próprios eleitores sabem (ou podem

---

<sup>26</sup> Comentário contextual à Constituição. 6ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2009, pág. 216.

saber), com segurança, tudo o que acontece no que tange à destinação e à contagem dos votos.

Ou seja, se o candidato possui registro no dia do pleito, mas, depois seu registro é indeferido, os votos a ele atribuídos são válidos apenas para a sua agremiação partidária.<sup>27</sup>

Da mesma forma, se o candidato, na data da eleição, não possui registro de candidatura e concorre por sua conta e risco, os votos a ele atribuídos serão nulos, caso essa decisão transite em julgado,<sup>28</sup> ou serão considerados e validados, caso a Justiça Eleitoral reforme a decisão e defira seu registro.<sup>29</sup>

Isso reflete segurança jurídica.

É a proteção do jurisdicionado a eventuais surpresas, fazendo-o com que confie que dos seus atos sairão as consequências previstas, com base nas normas vigentes.

O princípio da segurança, consoante leciona José J. Gomes Canotilho em sua obra *Direito Constitucional*, significa que:

“o cidadão deve poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições jurídicas e relações, praticadas ou tomadas de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nas mesmas normas”.<sup>30</sup>

Mais que isso. Por segurança deve-se compreender não apenas a segurança física do cidadão, mas também a segurança jurídica, “*com destaque para a segurança político-institucional*”.<sup>31</sup>

Infelizmente, a nova orientação do Tribunal Superior Eleitoral, dada quando do julgamento do MS 403.463, acabou por instalar a insegurança, já que, segundo aquela Corte, pouco importa se o candidato tem ou não o registro deferido na data da eleição, pois os votos a ele atribuídos só serão válidos ao seu partido se, ao final, a Justiça Eleitoral disser que esse candidato é, sim, elegível, deferindo definitivamente seu registro.

Indaga-se: o que faria um eleitor votar em candidato com registro deferido pela própria Justiça Eleitoral, se esse registro está pendente de recurso? Qual a garantia que o

---

<sup>27</sup> Por força do §4º do artigo 175 do Código Eleitoral.

<sup>28</sup> §3º do artigo 175 do Código Eleitoral.

<sup>29</sup> Parágrafo único do artigo 16-A da Lei n. 9.504/1997.

<sup>30</sup> 6ª Edição. Coimbra: Almedina, 1995, pág. 372/373.

<sup>31</sup> Cf. Min. Ricardo Lewandowski, em trecho do voto proferido nos autos do MS 26.604.

eleitor teria quanto à destinação final do seu voto (que, na data do pleito, presumir-se-ia válido)?

Veja-se o prejuízo que, não só o partido, mas também o candidato estão a sofrer, já que, por insegurança do eleitor, acabarão perdendo muitos e muitos votos.

Essa interpretação, como visto, além de gerar insegurança, mostra-se perigosa e passível de utilização entre adversários políticos, que podem criar factóides com vistas a atrapalhar o desempenho de candidatos nas urnas (ou até na própria eleição desses candidatos), já que eleitores poderão deixar de votar em candidatos impugnados (ainda que com registros deferidos).

Isso porque, um adversário político pode impugnar o registro de um candidato sob qualquer fundamento, alegando uma inelegibilidade que de fato não existe. Mesmo que o registro de tal candidato seja deferido (porque, como dito, a inelegibilidade alegada não existe), o adversário poderá recorrer inúmeras vezes.

Diante desse contexto, inevitável dizer que esse candidato sofrerá nas urnas os efeitos da simples existência de uma impugnação contra si, a qual, segundo a ótica dos eleitores, poderá invalidar seus votos (caso seja julgada procedente).

Dessa segurança jurídica, inserida no rol de direitos e garantias individuais, decorre o sub-princípio da proteção à confiança – também rechaçado pela nova orientação do Tribunal Superior Eleitoral –, referido por Canotilho como sendo a *“exigência de leis tendencialmente estáveis, ou, pelo menos, não lesivas da previsibilidade e calculabilidade dos cidadãos relativamente aos seus efeitos jurídicos”*.<sup>32</sup>

Ademais, tal interpretação dada pela Corte Eleitoral não poderia sequer ser cogitada, considerando que é a própria Justiça Eleitoral que não consegue cumprir o prazo estipulado em lei para julgamento das ações de impugnação de registro de candidatura (AIRC).<sup>33</sup>

Em suma, a segurança jurídica está em dar ao partido político o ônus de não receber os votos dados ao seu candidato apenas e tão somente quando o próprio partido

---

<sup>32</sup> Direito Constitucional. 6ª Edição. Coimbra: Almedina, 1995.

<sup>33</sup> O §1º do artigo 16 da Lei n. 9.504/1997 estabeleceu que até quarenta e cinco dias antes do dia das eleições “todos os pedidos de registro de candidatos, inclusive os impugnados, e os respectivos recursos, devem estar julgados em todas as instâncias, e publicadas as decisões a eles relativas”.

assume esse risco, que é quando o seu candidato tem o registro de candidatura indeferido antes do pleito.

Se o candidato possui registro deferido na data da eleição, presume-se a legalidade de seu registro e a validade de sua participação no pleito. Assim, eventual nulidade posterior só pode alcançar o próprio candidato, sem afetar o cômputo dos votos ao partido político e a eleição proporcional.

## 6. CONCLUSÕES

As discussões acerca do artigo 16-A e seu parágrafo único da Lei n. 9.504/1997, acrescidos pela lei de mini-reforma eleitoral, espera-se, estão perto de se encerrar.

Tramitam no Supremo Tribunal Federal duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI 4.513 e ADI 4.542) e duas Ações de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 223 e ADPF 238) onde se discutem todas as questões acima ventiladas e até algumas mais, como, por exemplo, a alegada violação ao princípio da separação de poderes por parte do Tribunal Superior Eleitoral.

Questiona-se, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, tanto a inconstitucionalidade do artigo 16-A e de seu parágrafo único, da Lei n. 9.504/1997, e dos artigos 147 da Resolução TSE n. 23.218/2009, como a inconstitucionalidade da própria interpretação judicial dada pelo TSE àquela norma legal.

Creemos não ser necessária a declaração de inconstitucionalidade de qualquer norma.

Mas espera-se, isso sim, seja dada ao artigo 16-A e ao seu parágrafo único interpretação conforme os preceitos constitucionais e infraconstitucionais do sistema representativo proporcional vigente no Brasil, preservando a vontade do eleitor ao máximo e o direito dos partidos políticos frente ao sistema proporcional.

A solução dada pelo Tribunal Superior Eleitoral visou “romper” uma distorção no sistema, conforme explicitou o Ministro ARNALDO VERSIANI em seu voto:

*“A questão é que, antes do artigo 16-A, o grande divisor de águas para o cômputo de votos do partido e para a coligação era a data da eleição. Assim dispunha o § 4º do artigo 175 do Código Eleitoral.*

*Partidos e coligações lançavam candidatos que, possivelmente, sabidamente, ou presumivelmente, seriam inelegíveis, torcendo para que o registro estivesse deferido à data da eleição. O que aconteceu? O candidato não seria eleito, porque estava inelegível, mas*

os votos beneficiariam o partido ou a coligação que lançaram candidatos que não obtiveram o registro deferido ou foram considerados inelegíveis.

*O que esse artigo 16-A veio fazer? Exatamente romper com essas situações, determinando que partidos e coligações lançassem candidatos, que poderiam não ter o registro deferido ou ser inelegíveis, sob sua conta e risco, ou seja, não mais os partidos e coligações poderiam ser beneficiados com os votos dados a esse candidato.*

Senão chegamos, com a devida vênia, a um contrassenso: um candidato puxador de votos sabidamente inelegível não seria eleito, mas os votos desse candidato beneficiariam aqueles que estivesse abaixo. Por isso, o artigo 16-A veio exatamente romper com esse equilíbrio que, data vênia, considero extremamente artificial.

O que interessa para nós, para a Justiça Eleitoral – e por isso mesmo decidimos que só pode ser diplomado quem tiver o registro deferido -, é que só podem ser computados os votos para aqueles candidatos que tenham o registro deferido e sejam considerados elegíveis.

Aliás, se não existisse o § 4º do artigo 175, está expresso em seu § 3º:

Art. 175. (CE)

[...]

§ 3º Serão nulos, para todos os efeitos, os votos dados a candidatos inelegíveis ou não registrados.

Senão chegamos a esta contradição: aquele candidato puxador de votos dados não se elege, mas o partido ou coligação elege quem esta abaixo dele.

Com a devida vênia, nunca compreendi muito, mais isso era o que estava na lei. Esse artigo 16-A veio romper com essa sistemática exatamente para determinar que partidos e coligações possam lançar candidatos por sua conta e risco. Se eles não tiverem o registro deferido, pouco importa se, à data da eleição ou não, o cômputo dos votos – não só para os candidatos, como para os partidos e coligações – ficam condicionados ao deferimento do registro. Se não deferir, não será possível”.

Como visto, toda a fundamentação e a justificativa do voto visou e se baseou em apenas uma situação, que, no entender do Tribunal, sempre se mostrou inaceitável, mas não havia como evitar: a existência de candidatos puxadores de votos “sabidamente inelegíveis”. Esses candidatos seriam votados e, após a Justiça Eleitoral indeferir seus registros, os votos ficariam para o partido político, e, ao final, acabariam beneficiando os demais candidatos do mesmo partido.

A Justiça é cega, mas não é boba. No entanto, não pode restringir direito garantido constitucionalmente (o sufrágio eleitoral, na eleição proporcional, pertence ao partido político), a pretexto de atingir os (poucos) que abusam desse direito.

Não se pode crer que todos os partidos ou a maioria dos partidos atuem dessa forma, como também não se pode acreditar que a própria Justiça Eleitoral conceda o registro a um candidato “sabidamente inelegível”. Se ele é “sabidamente inelegível”, o juiz eleitoral tem condições de indeferir seu registro de candidatura desde a primeira decisão.

O sistema jurídico possui outros meios de evitar situações como essa.

Um deles é a chamada Lei da Ficha Limpa, em que se exclui da campanha eleitoral qualquer um que, em respeito à probidade e à moralidade para o exercício do

mandato (art. 14, §9º, da Constituição), possui condenação por órgão colegiado, consoante a Lei Complementar n. 64/1990, com as alterações feitas pela Lei Complementar n. 135/2010.

Um outro é o aprimoramento e a qualificação dos juízes eleitorais do País, os quais devem estar preparados para atuar prontamente e lidar com as mais diversas situações que uma eleição pode oferecer.

O Ministério Público Eleitoral também tem papel fundamental para evitar situações como essa mencionada pelo Ministro VERSIANI. Sem dúvida a atuação firme deste Órgão fiscalizador inibe e muito quaisquer tipos de abuso ocorridos numa eleição.

Por fim, mas não menos importante: uma maneira de evitar a situação esdrúxula referida não é alterar a Lei Eleitoral, estipulando prazo para a Justiça Eleitoral analisar todos os pedidos de registro e eventuais impugnações e recursos.<sup>34</sup> É preciso uma reforma eleitoral na qual o pedido de registro seja requerido muito antes de julho, possibilitando o trânsito em julgado antes do dia do pleito.

Se isso ocorresse, evitar-se-ia todo o debate aqui exposto.

---

<sup>34</sup> A Lei n. 12.04/2009, a chamada mini-reforma eleitoral, introduziu o artigo 16 nesse sentido.