

A APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE NO JULGAMENTO DAS CONTAS PARTIDÁRIAS PELO TSE

Sérgio Silveira Banhos ()*

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, inciso V, assevera que constitui fundamento do Estado Democrático de Direito do Brasil o pluralismo político. Não bastasse, o parágrafo único do citado artigo prescreve que *“todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos diretamente”*.

Por sua vez, o artigo 17, da Magna Carta, cuida da matéria relativa aos partidos políticos. Com a finalidade de fortalecer as agremiações partidárias e garantir a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana (*caput*), bem assim para assegurar a imprescindível autonomia dos partidos políticos (§1º), *“os partidos políticos têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei”* (§3º).

Ou seja, com o objetivo de propiciar o desenvolvimento e a atuação dos partidos políticos, para que esses possam cumprir a missão constitucional que lhes é confiada, imprescindível sejam garantidas condições de subsistência. É exatamente para isso que serve o fundo partidário.

A Constituição de 1988, ademais, prestigiou a regra do devido processo legal (art. 5º, LVI), cláusula essencial em um Estado Democrático de Direito.

Tal preceito constitucional ultrapassa hoje a condição de mera garantia processual dos jurisdicionados, irradiando seus efeitos também na seara do direito material. É o que a doutrina e a jurisprudência vêm denominando, com inspiração na doutrina constitucional norte-americana e alemã, de devido processo legal em sua acepção substantiva.

É que, num Estado Democrático de Direito, deve restar observada a efetiva aplicação de mecanismos que objetivem, entre outros, a garantia de direitos fundamentais, a realização social pela prática dos direitos sociais e pelo exercício dos instrumentos que garantam a cidadania, que possibilitem concretizar as exigências de um Estado de justiça social fundado na dignidade da pessoa humana.

O Estado Democrático de Direito pauta-se, desta forma, no princípio da soberania popular, que abrange a participação efetiva do povo, a qual, em um sistema representativo, implica pleno funcionamento das agremiações partidárias. Nesse contexto, traduz-se como cláusula basilar do Estado Democrático de Direito o princípio do devido processo legal, que evoluiu de uma visão meramente formal para uma acepção substantiva.

Para melhor compreensão do tema que será abordado, necessário desde já assentar a diferença entre Estado Democrático e Estado Democrático de Direito.

O conceito de Estado de Direito, segundo CANOTILHO¹, é de origem germânica², fruto da sedimentação de mais de um século. Foi na França, todavia,

¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

² A expressão Estado de Direito (*Rechtstaat*) apareceu pela primeira vez na obra *Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe* (1831), de Welcker.

com a introdução da noção de legalidade (*légalité*) que tal concepção acabou por exercer papel fundamental.

IRENE NOHARA³ historia com esmero a evolução do que se entende por Estado de Direito. Para a autora, atribui-se a Kant o mérito da fixação desse conceito, porque a partir da elaboração de uma teoria geral da moral o filósofo foi o primeiro a reputar o princípio da supremacia das leis como pertencente ao campo geral da ética.

Demais disso, a edição por Frederico II do Código Civil de 1751 – que deu início ao movimento de codificação legal – e a edição da Lei da Prússia, de 1797 - que determinou a sujeição de todas as controvérsias entre os cidadãos e as autoridades administrativas aos tribunais ordinários - são outros acontecimentos que denotam a inspiração germânica já no século XVIII do referido conceito.

Apesar destes avanços, fracassou a esperança da instauração de uma monarquia constitucional pautada nos ideais do Estado de Direito naqueles Estados alemães. Não obstante a presença da Constituição, o Estado-polícia vigorou no mundo germânico por longo período.

O ideal de liberdade, entretanto, estava com as raízes lançadas, com a noção de que o homem é um ser livre, mas que a liberdade não pode ser absoluta, por ser incompatível com a vida social.

Formava-se, então, o conceito moderno de liberdade, sobretudo na Inglaterra do século XVII, nas idéias trazidas por JOHN LOCKE⁴. Segundo LOCKE, a razão para o homem renunciar à sua liberdade e sujeitar-se ao governo civil relaciona-se a que o gozo efetivo dos direitos é muito precário e exposto a invasões

³ NOHARA, Irene Patrícia. **O Motivo no Ato Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2004.

⁴ No pensamento de LOCKE, transcrito por NOHARA (2004:133), o governo civil representa a "*solução adequada para as inconveniências do estado de natureza*" que é "*regido por um direito natural que se impõe a todos, e com respeito à razão, que é este direito, toda humanidade aprende que, sendo todos iguais e independentes, ninguém deve lesar o outro em sua vida, sua saúde, sua liberdade e seus bens*".

de outros povos. Daí a necessidade de os homens se unirem em sociedade, com vistas à proteção de suas vidas, liberdades e bens.

Ao Poder Legislativo resta a responsabilidade, mediante a edição de leis, de salvaguardar a sociedade. A atuação de tal poder, no Estado de Direito, obedece ao princípio da legalidade, que decorre da igualdade, de uma igualdade universal⁵.

De fato, no Estado de Direito o conceito de igualdade está irremediavelmente ligado à lei, pois a noção de lei encontra-se diretamente relacionada à idéia de justiça, que decorre da igualdade.

Apesar dos avanços observados no contexto anglo-saxão, o princípio da legalidade recebe sua forma definitiva tão-só na França, mais especificamente nos termos dos artigos 5º e 7º, da Declaração de 1789:

Art. 5º: Tudo o que não é proibido pela lei não pode ser impedido, e ninguém pode ser constrangido a fazer o que esta não ordena.

Art. 7º: Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias serão castigados; porém todo o cidadão convocado ou detido em virtude da lei deve obedecer imediatamente, caso contrário torna-se culpado de resistência.

A partir desses preceitos nasceu o constitucionalismo moderno, movimento político, social e cultural que, a partir do século XVIII, questiona os modelos tradicionais de domínio político, traduzidos, em especial, pelo absolutismo real.

⁵ Confira-se do art. 6º, da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, *verbis*: “A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm direito a concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos”.

As bases desse movimento foram forjadas a partir das idéias de MONTESQUIEU (separação dos poderes) e de ROUSSEAU (supremacia da lei). A Constituição, a partir de então, representa o papel fundamental de impor limites ao Estado, necessários à salvaguarda das liberdades individuais.

Foi exatamente no ventre desse movimento constitucionalista que restou gerado o princípio da legalidade, para já no século XVIII proceder-se à transição do Estado de Polícia ao Estado de Direito, a partir da formulação de uma novel estrutura da ordem jurídica⁶.

De registrar, por fim, que a Carta Francesa de 1871, originada desse movimento, acabou por fixar rigorosa separação de poderes, com evidente domínio do Poder Legislativo. Mas o respeito à separação dos poderes e o estar sujeito às regras da lei, embora traduzissem condição necessária, não representavam condição suficiente para caracterizar um Estado de Direito. Imprescindível se fazia, ainda, a presença do juiz natural e imparcial.

Leciona CANOTILHO⁷, as dimensões fundamentais do Estado de Direito seriam a juridicidade (matéria, procedimento e forma) e a constitucionalidade (presença necessária de uma Constituição). Ou seja, o Estado de Direito, por ser um Estado Constitucional, pressupõe a existência de uma Carta Política que sirva de ordem jurídico-normativa fundamental, vinculativa de todos os poderes públicos e sistema de direitos fundamentais.

⁶ NOHARA (2004:129) relata que os revolucionários franceses preconizavam “*um sistema jurídico de bases novas em que as diversas produções normativas se encontravam em um conjunto coerente e hierarquizado. No topo, localizam-se os direitos naturais, inalienáveis e sagrados, que foram reconhecidos e declarados ontologicamente pela Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão; abaixo da declaração situa-se a Constituição, que tem por objeto garantir esses direitos - agora transformados por ela em direitos civis, assim como realizar a separação dos poderes; depois vem a lei, adotada pelo corpo legislativo, dispondo de uma autoridade superior na regulamentação do exercício dos direitos naturais e civis; e na base da pirâmide encontram-se os atos emanados pelo Executivo, que não dispõe de verdadeiro poder normativo, mas possibilita a execução das leis*”.

⁷ *Op. Cit.*

Para o mestre de Coimbra, os subprincípios concretizadores do Princípio do Estado de Direito são:

a) Princípio da legalidade da Administração, representado pelo princípio da supremacia da lei e no princípio da reserva legal;

b) Princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança dos cidadãos, traduzidos no princípio da precisão das leis (clareza das leis) e no princípio da proteção da confiança (leis estáveis e previsíveis, não retroativas para piorar a situação do cidadão);

c) Princípio da proibição do excesso ou, em outros termos, princípio da proporcionalidade;

d) Princípio da proteção jurídica e das garantias processuais, constituído nas garantias processuais e procedimentais, tais como garantias de processos penal, judicial e administrativo;

e) Princípio da garantia da via judiciária, fundamentado em um verdadeiro direito ou pretensão de defesa das posições juridicamente lesadas, legalmente protegidas (direito subjetivo público).

Por sua vez, o Estado Democrático de Direito pressupõe, além dos requisitos inerentes ao Estado de Direito antes referidos, a existência de Democracia, de um poder que emane direta ou indiretamente do povo. Ademais, há que estar presente um sistema de direitos fundamentais formalmente expressos na Constituição, e que esses direitos sejam realmente respeitados.

Assim, num Estado Democrático de Direito é de restar observada a efetiva aplicação de mecanismos que objetivem, entre outros, a garantia de direitos fundamentais, a realização social profunda pela prática dos direitos sociais e pelo exercício dos instrumentos que garantem a cidadania, que possibilitam concretizar as exigências de um Estado de justiça social fundado na dignidade da pessoa humana.

O Estado Democrático de Direito, portanto, funda-se no princípio da soberania popular, que abrange a participação real e operante do povo no trato da coisa pública.

Quanto à origem, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO⁸ aduz que a expressão Estado Democrático de Direito foi pela vez primeira formulada pelo espanhol ELÍAS DIAZ, que a empregou no livro *“Estado de Derecho y Sociedad Democrática”*. A partir de então, essa concepção de Estado Democrático de Direito foi adotada, entre outras, pela Constituição alemã (de 1949), espanhola (de 1978), portuguesa (de 1976) e brasileira (de 1988).

No Estado Democrático de Direito, além de não se estar sujeito ao império da lei, realiza-se o princípio de igualdade e justiça. A lei continua sendo o ato oficial de maior realce na vida política, por meio da qual se dão as intervenções que alteram a situação dos administrados. A diferença é que agora existem questionamentos quanto à aplicação de outros princípios constitucionais de igual relevância, fazendo surgir dúvidas quanto à adoção da legalidade pura.

No Direito contemporâneo, pois, espera-se postura mais pró-ativa dos operadores do direito. Não se pode relevar, em um Estado Democrático de Direito, as transformações experimentadas neste novo milênio, que representam um novo feixe de reclamos sociais, que não pode deixar de ser enfrentado.

Não é difícil imaginar tais mudanças no âmbito do Direito Público. Encontra-se em franca construção, apesar de alguma resistência, uma nova forma de conceber o Direito, não apenas na maneira de se gerarem as normas jurídicas, mas na consideração do papel dos princípios na interpretação a ser aplicada ao caso concreto.

⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1999, pg. 63.

Nos tempos de agora, portanto, há que se prestigiar concepções mais elaboradas de Direito, abandonando a tradicional abordagem meramente positivista, na qual presente o monopólio da força nas relações sociais.

Partindo do que restou exposto é que se traz à baila, como cláusula basilar do Estado Democrático de Direito, o princípio do devido processo legal, que evoluiu de uma visão meramente formal para uma acepção substantiva, a revelar a total imprescindibilidade de serem não só as regras, mas também os princípios, analisados de maneira sistêmica, na busca de melhor compreensão – e aplicação – do Direito.

A evolução do conceito trazido na cláusula do devido processo legal também remonta interessante passagem histórica.

Segundo CHARLES COLE⁹, inicialmente o conceito do devido processo foi estabelecido pelo princípio hebreu de que a Justiça requer uma lei justa. Na visão platônica, a “boa vida” ou a “utopia” eram consideradas como atingíveis pelos sensatos, por intermédio das regras.

Aristotelicamente defendia-se uma sociedade equilibrada e pragmática, em que a escolha deliberada do indivíduo com relação ao certo e ao errado representava preceito central na filosofia do Ocidente. Para CÍCERO (século II A.C.), a posse comum da razão tornou todos iguais, mas não numa igualdade absoluta, de vez que para o referido pensador os homens teriam diferenças quanto ao intelecto, à força e à riqueza, mas apresentariam igualdade nos direitos básicos.

Enquanto para o povo hebreu a Justiça era um princípio sagrado, para o mundo romano nada mais era do que um comando universal, base primária para o conceito de devido processo, que o sistema do “*common law*” acabou por adotar – e desenvolver - quase um milênio depois.

Já o conceito do devido processo legal tem gênese posterior. Explica ANTÔNIO ROBERTO SAMPAIO DÓRIA¹⁰, a expressão “*per legem terrae*” (“*law of the land*”) surge na Carta Magna Inglesa (1215), de cunho conservador, tanto que redigida em latim, sendo certo que limitava tão-só a ação real, mas não a do Parlamento, e muito menos objetivava proteger os direitos individuais dos cidadãos. Relata o referido autor que foi somente em 1354, durante o reinado de Eduardo III, por obra de “*some unknow draftsman*”, que se substituiu a frase “*per legem terrae*” pela expressão “*due process of law*”.

A citada locução foi depois assimilada pelo constitucionalismo norte-americano, herdeiro direto dessa garantia constitucional, com o mérito de fazê-la florescer com extrema criatividade.

Consoante SIQUEIRA CASTRO¹¹, enquanto o “*Bill of Rights*” inglês simboliza a vitória sobre a monarquia, a cláusula do “*due process of law*” no contexto norte-americano expressa uma conquista da sociedade sobre o Estado, cuja condução final é confiada ao Poder Judiciário como depositário fiel das liberdades individuais.

Assim, a cláusula “*due process of law*”, formalmente incorporada ao direito constitucional norte-americano, por intermédio da 5.^a e 14.^a emendas¹², passou a experimentar com o passar do tempo diversas variações no tratamento jurisprudencial, fortalecendo-se, inclusive, na passagem do Estado Liberal para o Estado Social, traduzindo novas e mais aprimoradas condições de relacionamento do Poder Público com os indivíduos e a sociedade civil. Transformou-se de mera garantia processual para um princípio substantivo e limitador do poder do Estado.

⁹ COLE, Charles. O Devido Processo Legal na Cultura Jurídica dos Estados Unidos, Passado, Presente e Futuro. **Revista AJUFE**, n° 56, ago./set./out. 1997.

¹⁰ DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. **Direito Constitucional Tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

¹¹ SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. **O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

¹² 5^ª Emenda: “No person shall... be deprived of life, liberty or property, without due process of law”; 14^ª Emenda: “To any person within its jurisdiction the equal protection of law”.

Para tal, a garantia do devido processo legal como mecanismo de controle da razoabilidade dos atos não necessitou assentar-se na doutrina jusnaturalista. Ao contrário, pautou-se nos princípios gerais da hermenêutica, em particular nos valores de justiça que emanam do sistema jurídico positivo, cuja revelação incumbe de ordinário aos julgadores.

A cláusula “*due process of law*” alcançou o *status* de verdadeiro “*standard*” de justiça, ao sabor das variantes histórico-culturais de cada tempo e lugar. Ou seja, de uma garantia em face do juízo (acepção adjetiva), passa a assegurar igualdade de tratamento frente a qualquer autoridade, assumindo uma nítida postura substantiva, limitadora do mérito das ações estatais.

A concepção substantiva, pois, revelou-se uma inesgotável fonte de criatividade constitucional, a ponto de se haver transformado no mais importante instrumento jurídico protetor das liberdades públicas, com destaque para sua nova função de controle do arbítrio legislativo e da discricionariedade administrativa, notadamente pela utilização de elementos integradores como a **igualdade**, a **motivação**, a **razoabilidade** e a **proporcionalidade** das normas e dos atos em geral do Poder Público. Tais elementos integradores apresentam acentuada capacidade expansiva para a assimilação de novas realidades, no contínuo processo de mudança sociocultural observado na realidade contemporânea.

Em primeiro lugar, na concepção substantiva do devido processo legal, a **igualdade** tem especial relevo, passando a significar “igualdade na lei” e não “igualdade perante a lei”.

SAN TIAGO DANTAS¹³ aborda com mestria o problema da lei arbitrária, aquela que reúne formalmente todos os elementos da lei, mas fere a consciência jurídica pelo tratamento absurdo e caprichoso. As leis, para serem consideradas adequadas ao devido processo legal, devem ser gerais e abstratas, isto é, têm que ser extensivas a todos que se encontrem em situação similar; têm que ser racionais, despir-se de quaisquer arbitrariedades ou desvios.

¹³ DANTAS, San Tiago. **Problemas de Direito Positivo**. Rio de Janeiro: Forense, 1953.

A partir da igualdade podemos melhor aferir a cláusula do devido processo legal, em sua acepção substantiva, para o efetivo controle judicial de normas e atos da Administração, bastando para isso verificar se a diferenciação implementada fere o princípio da igualdade proporcional, que não é cartesiana ou matemática.

A necessidade de **motivação**, tanto das decisões administrativas quanto das judiciais¹⁴, é sem dúvida elemento de relevo do devido processo legal.

É que, ao tempo em que *“a fundamentação do acto constitui um meio importante para o apuramento da sua legalidade, constituindo o quadro dentro do qual se deverá primeiramente desenvolver o controle jurisdicional”* (JOSÉ OSVALDO GOMES¹⁵), a menção dos motivos, de acordo com MICHEL STASSINOPOULOS¹⁶, *“presta serviços à própria Administração”*, uma vez que ao deixar claras as razões de suas ações o Poder Público orienta os órgãos inferiores quanto à forma de aplicar a lei em casos similares: *“ao expor as justificativas de suas ações, o agente público é forçado a maior cuidado, no exame das questões da legalidade, conveniência e oportunidades de seus atos”* (FLORIVALDO DUTRA ARAÚJO¹⁷). Integrada no espírito do sistema, a motivação significa para a Administração, nas palavras de JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE¹⁸, *“o dever de dar conta à comunidade da razão de ser dos seus actos”*, o que revela a missão ativa da função administrativa na busca da realização do Estado de Direito material.

¹⁴ No caso brasileiro, a necessidade de motivação, tanto das decisões judiciais quanto administrativas, encontra-se expressamente disposta no artigo 93, X, da CF/88. Se a decisão não for motivada, estar-se-á limitando o acesso à jurisdição. É que, consoante os termos do art. 5º, XXXV, da CF/88, deve ser garantido o amplo acesso à jurisdição quando houver lesão ou ameaça de lesão, o que se tornará de difícil comprovação acaso a decisão não esteja devidamente fundamentada. Da mesma forma, os princípios do contraditório e da ampla defesa, constitucionalmente assegurados, restariam malferidos, acaso não fundamentada a decisão.

¹⁵ GOMES, José Osvaldo. **Fundamentação do Acto Administrativo**. Coimbra: Coimbra Editora, 1981, p. 149.

¹⁶ STASSINOPOULOS, Michel. **Traité de Actes Administratifs**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1973, p. 249.

¹⁷ ARAÚJO, Florivaldo Dutra. **Motivação e Controle do Ato Administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 106.

¹⁸ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **O Dever da Fundamentação Expressa de Actos Administrativos**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 399.

E como bem alude LÚCIA VALLE FIGUEIREDO¹⁹, a motivação atende às faces do devido processo legal: a formal, porque está expressa no texto constitucional; a substancial, porque sem motivação não há possibilidade de aferir-se a legalidade ou a ilegalidade de decisões administrativas ou judiciais.

A **razoabilidade** representa outro elemento essencial para o desenvolvimento da cláusula do devido processo legal em sua acepção substantiva. Foi a partir da noção da aplicação dos valores do homem médio aos casos concretos, às situações postas, que se buscou aprimorar a prestação jurisdicional na tentativa de se alcançar um ideal de justiça, de devido processo legal.

HUMBERTO ÁVILA²⁰ registra que três acepções se destacam no que diz com a razoabilidade: em primeiro lugar, “*é utilizada como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto (...)*”; depois, “*é empregada como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência (...)*”; e, por fim, “*é utilizada como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas (...)*”.

Para o renomado autor, a conclusão é que a razoabilidade, como dever de harmonização do geral com o individual (dever de equidade), “*atua como instrumento para determinar que as circunstâncias de fato devem ser consideradas com a presunção de estarem dentro da normalidade*”, observado, sempre, o caso concreto. A razoabilidade, portanto, nada mais é do que o dever de harmonização do Direito com suas condições externas, na busca de uma interpretação justa, para melhor solução das controvérsias desafiadas pelo mundo contemporâneo.

Por fim, quanto à **proporcionalidade**, traduz-se no dever não só do intérprete, mas de qualquer aplicador do direito, de guardar a sempre almejada justa medida no trato intersubjetivo: a idéia de dosimetria e equilíbrio na conduta. A idéia de proporcionalidade prende-se à noção de bom senso jurídico, como algo

¹⁹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Estado de Direito e Devido Processo Legal. **Revista Diálogo Jurídico**, n° 11, fev. 2002.

²⁰ ÁVILA, Humberto: **Teoria dos Princípios**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 164.

que emana do sentimento de repulsa diante de um absurdo ou de uma arbitrariedade, *e.g.*, o ato que não desafie o bom senso eqüitativo das pessoas medianas, valor essencial para que não se viole o devido processo legal.

Para HUMBERTO ÁVILA²¹, “o postulado da proporcionalidade aplica-se nos casos em que exista uma relação de causalidade entre um meio e um fim concretamente perceptível (...)”, isto porque “a exigência de realização de vários fins, todos constitucionalmente legitimados, implica a adoção de medidas adequadas, necessárias e proporcionais (...)”, sendo certo que um meio é “adequado quando promove minimamente o fim”; é “necessário quando não houver meios alternativos que possam promover igualmente o fim sem restringir na mesma intensidade os direitos fundamentais afetados”; é “proporcional quando o valor da promoção do fim não for proporcional ao desvalor da restrição dos direitos fundamentais”. Enfim, será desproporcional se a importância do fim não justificar a intensidade da restrição dos direitos fundamentais, mais uma vez observadas as circunstâncias do caso concreto.

Desta feita, o princípio do devido processo legal, em sua acepção substantiva, além de se constituir num inesgotável manancial de inspiração e criatividade hermenêutica, acabou por se tornar um amálgama entre a igualdade, a motivação, a razoabilidade e a proporcionalidade, para o efetivo controle da validade dos atos normativos e da generalidade das decisões estatais, inclusive as judiciais, fazendo das Cartas Constitucionais verdadeiras “constituições vivas”, estatutos imprescindíveis num Estado Democrático de Direito.

A cláusula “*due process of law*” tornou-se, desta feita, princípio basilar e orientador na concepção do Direito moderno, no qual princípios e regras são fundamentais na técnica de interpretação, procedimento essencial à busca do ideário de justiça no mundo contemporâneo.

Mas como fica o princípio da legalidade nos novos tempos? Objetivando a realização do interesse público, estava-se vinculado estritamente à lei.

²¹ *Op. Cit.* p. 195.

Daí porque os órgãos e agentes do Estado, dentre eles os Juízes, no exercício de suas funções, só poderiam atuar com fundamento na lei, dentro dos limites por essa impostos. O princípio da legalidade, portanto, consistia no dever cego do Estado de agir em conformidade com a lei escrita, não com o Direito.

A evolução do conceito foi paulatina. Foi tão-somente no Estado Democrático de Direito, como asseverado alhures, que a Administração passou a ser submetida não apenas à lei em sentido formal, mas a todos os princípios que consagram os valores expressos ou implícitos no ordenamento jurídico.

Ou seja, as exigências da sociedade moderna têm levado a uma evolução da doutrina e conseqüentemente da jurisprudência, no sentido de que poderá haver eventual mitigação do princípio da legalidade estrita considerado o caso concreto, momento em que deverá ser sopesada a legalidade com outros princípios de igual importância, tais como o do devido processo legal (igualdade, motivação, razoabilidade e proporcionalidade), da segurança jurídica, da proteção à confiança, da dignidade da pessoa humana, dentre outros.

É que o exercício abusivo de um princípio, mesmo o da legalidade, esbarra na rejeição da ordem jurídica presidida pela Constituição, em razão da exigência de compatibilizar-se vários dispositivos, princípios e fundamentos constitucionais, que constituem pressupostos lógicos e inarredáveis do ordenamento jurídico.

Assim, o princípio da legalidade, que nos países de tradição jurídica positivista se fazia até bem pouco insuperável, acabou por se render à aplicação sopesada de outros princípios constitucionais, sem que isso viesse gerar qualquer malferimento à separação dos poderes, de observação essencial nos sistemas republicanos.

Reagindo aos abusos do Poder Executivo e a omissão do Poder Legislativo, o Poder Judiciário adotou novos critérios além do da legalidade estrita, deslocando o devido processo legal, em sua acepção substantiva, para o centro da questão, via aplicação integrada de princípios e de regras. O princípio da lega-

lidade, portanto, inobstante seu papel fundamental de controle do absolutismo monárquico, não se mostrou por si só suficiente para atender às crescentes demandas do mundo contemporâneo.

Feitas essas considerações inaugurais, pode-se adentrar a matéria objeto do presente trabalho, qual seja: a cláusula do devido processo legal, em sua acepção substantiva, traduzida nos seus elementos integradores, em especial a **razoabilidade** e a **proporcionalidade**, vem de algum tempo a encontrar abrigo na jurisprudência pátria, inclusive na da Justiça Eleitoral.

É que, em situações em que o rigor da lei conduziria a respostas jurisdicionais despidas de razoabilidade e/ou desproporcionais, agiu o prudente arbítrio da Justiça Eleitoral no sentido de colocar o deslinde da controvérsia em seu estado adequado, razoável e proporcional. Como exemplo, abrandou-se o rigor dos termos do **art. 45 da Lei 9.096/95**, para se sancionar o desvirtuamento do uso da propaganda partidária considerada a proporcionalidade da conduta (cf. a RP-975/PA e a RP-1297/SP, dentre tantas outras).

Demais disso, a Justiça Eleitoral passou a aplicar o princípio da proporcionalidade também nos casos de condutas vedadas aos agentes públicos, preceituadas no **art. 73 da Lei nº 9.504/97** (cf. RESPE-26.876/RO, RESPE-25.994/MG, RESPE-25.573/DF etc.).

Da mesma forma, mesmo antes da edição da Lei nº 12.034/09, a Justiça Eleitoral já decidia no sentido de aplicar a razoabilidade e a proporcionalidade no caso de prestação de contas das agremiações partidárias à Justiça Eleitoral (art. 17, III, da CF/88), objeto deste artigo.

E assim vinha fazendo, vale o registro, sem negar a imprescindibilidade de controle das contas. Ao contrário, a aplicação da razoabilidade e da proporcionalidade àqueles julgados eleitorais, mesmo sob à óptica da legislação originária, sempre preservou a idéia do dever dos partidos políticos de prestar contas, que decorre da natureza pública que reveste parte dos recursos que compõem os fundos partidários (art. 3º, IV, da Lei nº 9096/95).

Tal exigência de controle, portanto, é lógica: se qualquer gestor de verbas públicas é obrigado a prestar contas, da mesma forma as agremiações partidárias têm o dever de demonstrar a correta aplicação das verbas provenientes do fundo partidário, à luz do que determinado pelo art. 44, da referida lei nº 9.095/95.

A prestação de contas pelos partidos políticos, pois, justificar-se-ia para: a) aferir eventual desrespeito à proibição de recebimento pelas agremiações de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiro (art. 17, II, CF/88); b) analisar se houve o descumprimento de regras que vedam o recebimento de recursos de determinadas fontes (art. 31 c/c art.33, II, da Lei nº 9.096/95); c) verificar a existência de qualquer ato que possa caracterizar abuso capaz de macular o equilíbrio democrático e a igualdade de oportunidades entre os partidos.

Não há dúvida, pois, quanto à importância do controle efetivo e eficaz das contas partidárias. Esse controle, todavia, consoante registra MÁRCIO FRANÇA²², não pode se afastar de seu objetivo essencial. Não deve se tornar instrumento que venha a privar, sem qualquer razoabilidade e/ou proporcionalidade, os recursos do fundo partidário, indispensáveis à sobrevivência das agremiações, enfim, à própria Democracia Brasileira.

Pautado nessas premissas é que, como se disse, mesmo antes da edição da Lei nº 12.034/09, que alterou o §3º, do art. 37, da Lei nº 9.096/95²³, o eg. TSE já vinha decidindo que esse controle deveria se destinar a aferir a boa e fiel aplicação dos recursos conforme a legislação de regência, observado, entre-

²² FRANÇA, MÁRCIO. **Inicial da Consulta TSE de nº 1445/DF**, decisão datada de 27 de novembro de 2007.

²³ Como será visto adiante, a nova redação do § 3º, do art. 37, da Lei nº 9.096/95, com as alterações trazidas pela Lei nº 12.034/09, consigna que *“a sanção de suspensão do repasse de novas quotas do Fundo Partidário, por desaprovação total ou parcial da prestação de contas de partido, deverá ser aplicada de forma proporcional e razoável, pelo período de 1 (um) mês a 12 (doze) meses, ou por meio do desconto, do valor a ser repassado, da importância apontada como irregular, não podendo ser aplicada a sanção de suspensão, caso a prestação de contas não seja julgada, pelo juízo ou tribunal competente, após 5 (cinco) anos de sua apresentação”*.

tanto, o devido processo legal, traduzido na apreciação de seus elementos integradores - razoabilidade e proporcionalidade – consideradas as peculiaridades do caso concreto. Isto é, o eg. TSE passara desde então a entender que a sanção padrão, que determinava a glosa integral do fundo partidário, só seria justificável quando comprometidos, em patamares elevados, os valores que constituem a objetividade jurídica do instituto.

Desta feita, o eg. TSE entendeu que a aplicação cirúrgica e drástica, que até então se fazia, vinha conduzindo a situações de excesso, contrárias ao devido processo legal, devendo, pois, ser ajustadas pela Justiça Eleitoral, em atenção à razoabilidade e à proporcionalidade. Tanto foi assim que, no bojo da PET 839, que gerou a pioneira Resolução 21.977 (DJ 18/04/05), da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, já desta forma se manifestara o eg. TSE, *verbis*:

Conforme tenho assinalado em diversos julgamentos desta Corte, penso que, ressalvadas as exceções expressas, a legislação eleitoral comporta uma exegese que atenua seu rigor literal. As proibições nela previstas devem ser entendidas no contexto de uma reserva legal proporcional, sob pena de violação a outros princípios constitucionais.

Não há dúvidas de que o regime legal de proibição ao recebimento de recursos de determinadas procedências por parte de candidatos e partidos possui uma clara autorização constitucional. Mas essa autorização não direciona a um regime punitivo inflexível, sob pena de vulneração a outros princípios constitucionais. Nessa perspectiva, não parece razoável simplesmente punir condutas que, na realidade, representam mera irregularidade formal. Isso configuraria um excesso legislativo e, ao mesmo, uma violação a princípios constitucionais contrapostos, como a democracia majoritária e a divisão dos Poderes.

Não se cuida aqui, de opção política judiciária a ser ou não desenvolvida por esta Corte, mas de inevitável aplicação do princípio da proporcionalidade, que, entre nós, está expresso na cláusula do devido processo legal substancial (art. 5º, LIV, da Constituição Federal). Há, especialmente, uma violação à proporcionalidade em sentido estrito, tendo

em vista a ponderação entre valores constitucionais que, no caso, se apresentam contrapostos.

No caso concreto, pode-se verificar a ausência da proporcionalidade ou, ainda, um autêntico excesso na aplicação da grave sanção imposta em razão da falta de movimentação de todos os recursos recebidos pelo Partido em conta bancária específica, sob o argumento de que essa conduta inviabiliza a identificação idônea das origens dos recursos recebidos.

Com a edição da Lei nº 12.034, de 29/09/09, a questão restou pacificada. Na novel legislação, as cláusulas da razoabilidade e da proporcionalidade encontram-se expressamente prestigiadas tanto no § 3º quanto no § 5º, na redação emprestada ao art. 37, da Lei nº 9.096/95. Confira-se:

Lei nº 12.034 de 29 de setembro de 2009.

(...)

Art. 2º A Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 37.

§ 3º A sanção de suspensão do repasse de novas quotas do Fundo Partidário, por desaprovação total ou parcial da prestação de contas de partido, deverá ser **aplicada de forma proporcional e razoável**, pelo período de 1 (um) mês a 12 (doze) meses, ou por meio do desconto, do valor a ser repassado, da importância apontada como irregular, não podendo ser aplicada a sanção de suspensão, caso a prestação de contas não seja julgada, pelo juízo ou tribunal competente, após 5 (cinco) anos de sua apresentação.

(...)

§ 5º As prestações de contas desaprovadas pelos Tribunais Regionais e pelo Tribunal Superior poderão ser revistas para fins de **aplicação proporcional da sanção aplicada**, mediante requerimento ofertado nos autos da prestação de contas.

Da edição da citada Lei para cá, muitos julgados vem de consolidar a aplicação pelo eg. TSE das novidades nela trazidas. Nos embargos de declaração opostos na PET nº 1.458, da relatoria do Ministro Marcelo Ribeiro, restou decidido que com a entrada em vigor do art. 37, § 6º, da Lei nº 9.096/95, com a redação dada pela Lei nº 12.034/09, *“a decisão desta Corte que desaprova a prestação de contas deve ser executada imediatamente após a sua publicação”*, bem assim que a *“teor do que dispõe o art. 37, § 40, da Lei nº 9.096/1995, somente os recursos interpostos das decisões dos Juízes Eleitorais e dos tribunais regionais que desaprovarem total ou parcialmente a prestação de contas dos órgãos partidários deverão ser recebidos com efeito suspensivo”*.

É que, consoante já decidido pelo eg. TSE, nos autos do ED-REspe nº 19.739-BA, da relatoria do Ministro Fernando Neves, o art. 27 do RITSE - que estabelece que a execução de qualquer acórdão só pode ser feita após o seu trânsito em julgado - é anterior ao Código Eleitoral, datado de 15/07/65. Em sendo assim, aplicar-se-ia aos casos presentes a orientação fixada pelo eg. TSE no sentido de que *“a decisão que desaprova a prestação de contas não tem efeito suspensivo e deve ser executada imediatamente após a sua publicação”* (PET nº 823/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 21/06/05).

Quanto à prescrição, prevista na novel legislação, o eg. TSE, nos autos da PET nº 1.628 (rel. Min. Marcelo Ribeiro), decidiu que o § 3º do art. 37 da Lei nº 9.096/95, inserido pela Lei nº 12.034/09 - que estabelece a impossibilidade da imposição da sanção de suspensão das cotas do fundo partidário, caso as contas não sejam julgadas dentro de 5 (cinco) anos contados da sua apresentação - só pode ser aplicado a partir da vigência da Lei nº 12.034/09, que instituiu o referido lapso temporal. É que, segundo o il. Relator:

A questão há de ser analisada sob a ótica do direito intertemporal, segundo o qual a lei tem efeito imediato e geral, tendo eficácia para os atos praticados a partir de sua vigência, respeitados, de qualquer forma, o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

(...)

A novel lei só deverá incidir sobre os fatos que ocorrerem durante sua vigência, pois não haverá como compreender que possa atingir efeitos já produzidos por relações jurídicas resultantes de fatos anteriores à sua entrada em vigor.

Apesar de ter eficácia imediata, a nova lei poderá alcançar situações futuras, não podendo abarcar as que consolidaram em épocas pretéritas.

A regra, portanto, é a irretroatividade da lei. Nesse sentido já decidiu esta Corte, ao consignar que "*o sistema de direito positivo brasileiro adotou o princípio da irretroatividade, pelo qual a lei nova tem efeito imediato e geral, vedada a ofensa ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada, não alcançando os efeitos já consolidados sob a vigência de lei pretérita*" (Acórdão nº 1.616/DF, rei. Mm. Felix Fischer, DJe de 20.5.2010).

(...)

Como dito alhures, aplica-se de imediato a legislação atual, no entanto somente a partir da data da publicação da nova lei deve ser contado o prazo prescricional de cinco anos previsto para a ação punitiva da Justiça Eleitoral, tendo em vista o princípio da irretroatividade adotada no direito positivo brasileiro.

O eg. TSE decidiu no citado precedente, ademais, não ser razoável que a agremiação partidária, "*que teve várias oportunidades para sanar as falhas existentes nas suas contas (...) seja beneficiada com a criação de prazo prescricional, previsto em lei que entrou em vigor durante o processamento do feito*", ainda mais quando considerado que "*a própria lei eleitoral prevê a possibilidade de a agremiação suprir irregularidades detectadas durante a análise das contas pela Justiça Eleitoral, sendo costumeiramente concedidas aos partidos várias oportunidades para o saneamento de falhas*".

Essa questão da prescrição, que parecia pacificada no eg. TSE, poderá experimentar eventual mudança, tendo em vistas os debates levados a efeito no âmbito do recentíssimo julgamento da PET 1.012, ocorrido no dia 08/11/11,

acórdão ainda pendente de publicação, no qual, a partir da divergência inaugurada pelo Ministro Marco Aurélio, manifestaram a vontade de melhor reflexão quanto ao tema, em casos futuros, os Ministros Ricardo Lewandowski e Dílson Dipp.

No que diz com os efeitos da nova Lei, o c. TSE, no julgamento do AR na PET n° 1.616, de relatoria do Min. Felix Fischer, posicionou-se no sentido de que tal dispositivo tem incidência aos casos pendentes e futuros, não tendo, no entanto, efeito retro-operante para alcançar as decisões já transitadas em julgado antes da vigência da lei nova.

Confira-se, nesse sentido, a ementa do acórdão lavrado nos ED na PET 1.628, da relatoria do Ministro Marcelo Ribeiro:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PRESTAÇÃO DE CONTAS. PARTIDO TRABALHISTA DO BRASIL. AUSÊNCIA. CONTRADIÇÃO.

1. O prazo de 5 (cinco) anos para a imposição da pena de suspensão das cotas do fundo partidário, tal como previsto no § 30 do art. 37 da Lei n° 9.096195, inserido pela Lei n° 12.03412009, deve ser aplicado aos processos de prestação de contas pendentes de julgamento, mas contado a partir da vigência da lei nova.

2. Se é permitida a revisão de decisões já proferidas, com vistas à adequação à regra prevista na lei nova, no que tange à proporcionalidade na aplicação da pena, conforme expressamente previsto no § 50 do art. 37 da Lei n° 9.096195, inaugurado pela Lei n° 12.03412009 - respeitada, em todo caso, a coisa julgada - , com mais razão é de se entender pela incidência de tal preceito aos processos pendentes de julgamento.

3. Ausência de contradição.

4. Embargos rejeitados.

Quanto à aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na análise das contas partidárias pelo eg. TSE, há que se registrar que essa tem sido a conduta adotada nos recentes julgamentos.

Com efeito, da leitura das decisões proferidas na PET 1680 (rel. Min. Marcelo Ribeiro, DJ 05/10/10), na PC 25 (rel. Min. Marcelo Ribeiro, DJ 15/10/10), na PET 1628 (rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 04/03/11), na EPET 1628 (rel. Min. Marcelo Ribeiro, DJ 01/08/11), na EPET 1458 (rel. Min. Marcelo Ribeiro, DJ 08/08/11), entre tantas outras, observa-se a plena aplicação da razoabilidade e da proporcionalidade na forma como prevista na primeira parte do novo § 3º, do art. 37, da Lei nº 9.096/95, qual seja, *“a sanção de suspensão do repasse de novas quotas do Fundo Partidário, por desaprovação total ou parcial da prestação de contas de partido, deverá ser aplicada de forma proporcional e razoável, pelo período de 1 (um) mês a 12 (doze) meses”*.

Da mesma forma, no julgamento da PET 2.629, ocorrido no dia 08/11/11, acórdão ainda não publicado, o eg. TSE aplicou os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, desta vez referente à segunda parte do dispositivo legal mencionado, determinando que a sanção à Agremiação Partidária fosse aplicada por meio de **desconto**, por entender que em casos revestidos de vícios formais ou de pequena gravidade, a referida pena, acrescida de multa – e não a suspensão do Fundo Partidário de 1 (um) mês a 12 (doze) meses – seja a mais adequada, tudo a reforçar o entendimento daquela Corte de que, num Estado Democrático de Direito, a cláusula do devido processo legal, em sua acepção substantiva, deva ser sempre prestigiada.

Com efeito, nos tempos de hoje, em especial após a edição da Lei nº 12.034/09, o eg. TSE deve julgar e apreciar as contas com aplicação dos parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade, ora expressos inclusive na referida Lei. Em tal contexto, na tônica da ponderação de princípios e a lei, na análise do caso concreto, há que ser considerada a conduta individualizada das agremiações, traduzida no zelo com os valores resguardados pelas normas que disciplinam a matéria.

Sendo manifesto o compromisso do partido político em prestar contas de forma mais adequada, deve, em homenagem ao devido processo legal, tal circunstância ser levada em consideração, dosando-se a pena de suspensão das cotas do fundo partidário, mediante a aplicação do princípio da razoabilidade e da

proporcionalidade. Eventuais erros formais, despidos de má-fé devem ser superados, ensejando, inclusive, a eventual aprovação das contas partidárias, ainda que com ressalvas.

É que, como observado alhures, o Estado Democrático de Direito submete os julgadores à realização do ideal de igualdade e de justiça. A lei continua sendo o ato oficial de maior realce na vida política, por meio da qual se dão as intervenções que alteram a situação dos jurisdicionados, mas a aplicação consciente de princípios constitucionais, como o do devido processo legal em sua acepção substantiva, há que se fazer imprescindível na atual hermenêutica, para propiciar o desenvolvimento e a atuação dos partidos políticos; para que esses possam cumprir a missão constitucional que lhes é confiada; para que lhes sejam garantidas as condições básicas de subsistência (afinal é exatamente para isso que serve o fundo partidário!).

A soberania popular, portanto, um dos pilares do Estado Democrático de Direito, traduz exatamente a idéia de participação efetiva do povo nos desígnios da Nação, a qual, num sistema representativo, implica necessariamente o pleno funcionamento das agremiações partidárias. A aplicação do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade na análise das contas partidárias pelo eg. TSE, assim, é comportamento essencial para garantir o aprimoramento da cidadania no País.