



Informativo TSE

Informativo TSE – Ano IX – Nº 2 Brasília, 5 a 11 de fevereiro de 2007

SESSÃO ORDINÁRIA

Agravo de instrumento. Agravo regimental. Ação de investigação judicial eleitoral. Captação ilícita de sufrágio. Julgamento após eleições. Art. 22, XV, da Lei Complementar nº 64/90. Inaplicabilidade. Decisão agravada. Fundamentos não afastados.

Não obstante a utilização do rito procedimental estabelecido no art. 22 da LC nº 64/90, as decisões que aplicam a sanção do art. 41-A não se submetem ao inciso XV do referido preceito complementar por expressa disposição regulamentar (art. 23 da Res.-TSE nº 21.575/2003). Não há como prosperar agravo regimental que deixa de afastar especificamente os fundamentos da decisão agravada. Nesse entendimento, o Tribunal negou provimento ao agravo regimental. Unânime.

Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 7.056/SP, rel. Min. Caputo Bastos, em 8.2.2007.

Agravo regimental. Agravo de instrumento. Eleições 2004. Traslado de peças. Custas não recolhidas. Inobservância do art. 3º da Res.-TSE nº 21.477/2003.

Na decisão monocrática ficou registrado que o agravo de instrumento não merecia ser conhecido pela ausência de peças indispensáveis, bem como pela não-comprovação do recolhimento das custas. A agravante traz, a destempo, cópia da ementa dos embargos declaratórios e não a sua integralidade. Ademais, subsiste o óbice, não atacado pelo agravo regimental, relativo ao não-recolhimento das custas para traslado das peças formadoras do instrumento. Nos termos do art. 3º da Res.-TSE nº 21.477/2003, incumbe à agravante recolher o valor das cópias que indicar, independentemente de intimação, e juntar o comprovante aos autos, o que não foi feito. Não há como se afastar, portanto, a responsabilidade da agravante pela má-formação do instrumento. Decisão agravada que se mantém por seus próprios fundamentos. Nesse entendimento, o Tribunal negou provimento ao agravo regimental. Unânime.

Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 8.068/TO, rel. Min. José Delgado, 6.2.2007.

Agravo regimental. Medida cautelar. Julgamento do recurso especial conexo. Perda de objeto.

Tratando-se de medida cautelar que buscava conceder efeito suspensivo a recurso especial eleitoral, tendo o Plenário do TSE decidido por negar seguimento ao apelo extremo, sem oposição de embargos declaratórios, resta sem objeto o processo acessório. Nesse entendimento, o Tribunal negou provimento ao agravo regimental. Unânime.

Agravo Regimental na Medida Cautelar nº 1.880/MT, rel. Min. José Delgado, em 8.2.2007.

Agravo regimental. Recurso especial. Eleições 2004. Representação. Captação ilícita de sufrágio. Comprovação. Perda. Interesse de agir. Não-aplicação. Coisa julgada. Ofensa. Não-caracterização. Fatos e provas. Reexame. Impossibilidade.

A perda do interesse de agir ou processual – o que ocorre, em regra, caso o feito seja ajuizado após as eleições – somente se aplica à representação baseada em infração ao art. 73 da Lei nº 9.504/97. Não ofende a coisa julgada o ajuizamento de representação fundada nos mesmos fatos apreciados em ação de investigação judicial eleitoral. Para afastar, no caso concreto, a conclusão do Tribunal de origem quanto à configuração da captação ilícita de sufrágio, seria necessário o reexame de fatos e provas, o que é vedado na instância especial, a teor do disposto no Verbete nº 279 da súmula de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Nega-se provimento de agravo regimental que não afasta os fundamentos da decisão impugnada. Nesse entendimento, o Tribunal negou provimento ao agravo regimental. Unânime.

Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 25.963/RN, rel. Min. Caputo Bastos, em 8.2.2007.

Agravo regimental. Recurso especial eleitoral. Propaganda eleitoral extemporânea. Aplicação de multa do art. 36, § 3º, da Lei nº 9.504/97. Reexame de matéria fático-probatória. Incidência da Súmula-STJ nº 7. Dissídio jurisprudencial não demonstrado.

O dissídio jurisprudencial não restou demonstrado. Os então recorrentes, ora agravantes, fizeram apenas o cotejo analítico de dois paradigmas (REspe nº 19.752 e REspe nº 17.683), os quais tratam de situações fáticas distintas daquela presente no acórdão regional. Quanto aos demais paradigmas, os recorrentes limitaram-se a juntar cópia de arestos, providência insuficiente para o conhecimento do apelo especial pela via do art. 276, I, b, do Código Eleitoral. A Corte Regional entendeu, forte no conjunto probatório dos autos, que há conotação política na propaganda ora discutida. A adoção de entendimento contrário ensejaria o revolvimento de matéria fático-probatória, inadmissível nesta via especial, em razão do óbice da Súmula-STJ nº 7. Decisão agravada que se mantém pelos seus próprios fundamentos. Nesse entendimento, o Tribunal negou provimento ao agravo regimental. Unânime.

Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 26.207/MG, rel. Min. José Delgado, em 8.2.2007.

Agravo regimental. Recurso especial. Eleições 2006. Representação. Propaganda institucional. Parlamentar. Não-caracterização. Fundamentos não afastados.

A divulgação da atividade parlamentar em sítio da Internet nos três meses anteriores ao pleito, não caracteriza, por si só, propaganda institucional. O agravo regimental, para que obtenha êxito, deve afastar toda a fundamentação da decisão impugnada. Nesse entendimento, o Tribunal, por maioria, negou provimento ao agravo regimental.

Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 26.827/RO, rel. Min. Caputo Bastos, em 8.2.2007.

***Agravamento regimental. Recurso especial. Representação. Eleições 2006. Deputado estadual. Atuação parlamentar. Divulgação. Sítio da Internet. Publicidade institucional. Conduta vedada. Art. 73, VI, b, da Lei nº 9.504/97. Multa. Proporcionalidade. Juiz auxiliar. Competência. Decisão. Fundamentos não afastados.**

A prática da conduta vedada pelo art. 73, VI, b, da Lei das Eleições não conduz, necessariamente, à cassação do registro nem do diploma, cabendo ao magistrado, no uso do juízo de proporcionalidade, aplicar a pena conforme a gravidade do ilícito cometido. O agravo regimental, para que obtenha êxito, deve afastar toda a fundamentação da decisão impugnada, sob pena de subsistirem suas conclusões. Nesse entendimento, o Tribunal, por maioria, negou provimento ao agravo regimental.

Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 26.902/RO, rel. Min. Caputo Bastos, em 8.2.2007.

**No mesmo sentido o Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 26.941/RO, rel. Min. Caputo Bastos, em 8.2.2007.*

Embargos de declaração. Agravo regimental. Agravo de instrumento. Representação. Art. 41-A da Lei nº 9.504/97. Recurso. Prazo. Art. 258 do Código Eleitoral. Inaplicabilidade. Omissão. Inexistência. Rejulgamento da causa. Impossibilidade.

Nos termos da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, é de 24 horas o prazo para a interposição de recurso contra sentença proferida em representação eleitoral, não sendo aplicável o tríduo previsto no art. 258 do Código Eleitoral conforme disposto no art. 96, § 8º, da Lei nº 9.504/97. Os embargos declaratórios não se prestam para o rejulgamento da causa, senão para afastar do julgado contradição, omissão ou obscuridade, o que não se verifica na espécie. Nesse entendimento, o Tribunal negou provimento aos embargos de declaração. Unânime.

Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 7.011/SP, rel. Min. Caputo Bastos, em 8.2.2007.

Embargos de declaração. Agravo regimental. Mandado de segurança. Oposição. Inobservância. Tríduo legal. Intempestividade. Não-conhecimento.

Considerando que os embargos de declaração foram opostos após o tríduo legal, não há como conhecê-los, em face de sua

intempestividade. Nesse entendimento, o Tribunal não conheceu dos embargos de declaração. Unânime.

Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 3.547/PA, rel. Min. Caputo Bastos, em 8.2.2007.

Embargos de declaração. Agravo regimental. Recurso especial. Representação. Conduta vedada. Art. 73 da Lei nº 9.504/97. Prazo. Perda. Interesse de agir. Alegação. Violação. Dispositivos constitucionais. Não-configuração. Pretensão. Rediscussão. Causa. Descabimento.

O entendimento firmado por esta Corte quanto à questão alusiva à perda do interesse de agir ou processual nas representações fundadas em condutas vedadas não implica criação de prazo decadencial nem exercício indevido do poder legiferante. Os embargos declaratórios não se prestam para promover novo julgamento da causa. Nesse entendimento, o Tribunal negou provimento aos embargos de declaração. Unânime.

Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 25.776/SP, rel. Min. Caputo Bastos, em 8.2.2007.

Habeas corpus. Alegação de nulidade por ausência de interrogatório. Inocorrência. Redação original do art. 359 do Código Eleitoral.

Os atos processuais praticados com base na redação originária do art. 359 do Código Eleitoral são válidos. A ausência de interrogatório – antes da nova redação do dispositivo em comento – não viola as garantias do contraditório e da ampla defesa. O art. 2º do Código de Processo Penal dispõe que “a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior”. Por conseguinte, não há que se falar em violação às garantias do contraditório e da ampla defesa, visto que toda a instrução probatória se pautou pela legislação que então vigorava. No processo eleitoral brasileiro – e nos processos em geral –, não se declara nulidade de determinado ato sem a comprovação de efetivo prejuízo à parte. Não basta a mera irregularidade formal do ato, porque necessário se faz demonstrar o real prejuízo material. No caso, conforme bem ressaltou o órgão ministerial público, o paciente fez uso de todos os meios de prova admitidos em direito. Ademais, em nenhum momento da instrução houve qualquer questionamento ou protesto pela falta do interrogatório, somente agora alegado em sede de *habeas corpus*. Nesse entendimento, o Tribunal denegou a ordem. Unânime.

Habeas Corpus nº 511/CE, rel. Min. Carlos Ayres Britto, em 6.2.2007.

SESSÃO ADMINISTRATIVA

Eleições 2006. Petição. Requerimento. Ajuste. Representação. Câmara dos Deputados. Art. 45, § 1º, da Constituição Federal. Impossibilidade. Regulamentação anterior. Res.-TSE nº 22.144/2006.

Não há como, no âmbito administrativo, alterar o número de cadeiras das casas legislativas estaduais e federal, uma vez que a matéria já foi regulamentada na Res.-TSE nº 22.144/2006, definindo-se, logo no início do ano de 2006, o número de membros da Câmara dos Deputados e da Câmara e assembleias legislativas estaduais. Nesse entendimento, o Tribunal indeferiu o pleito. Unânime.

Petição nº 2.602/AM, rel. Min. Caputo Bastos, em 8.2.2007.

Processo administrativo. Concurso público para provimento de cargos de analista e técnico judiciários. TSE. TREs. Edital de abertura. Critérios de desempate. Insuficiência. Fator idade. Critério sucessivo.

Sendo o concurso público organizado de acordo com as determinações das resoluções-TSE nºs 21.899, 22.136 e 22.138, foram adotados os critérios de desempate previstos em tais normas regulamentares. Verificada a insuficiência dos referidos critérios, em razão do inesperado volume de empates entre candidatos, faz-se necessária a adoção de critério adicional e sucessivo, observando-se os princípios da razoabilidade, da isonomia e da publicidade. A respeito do uso do critério de idade, consoante o entendimento do CNJ, no caso de paridade

de notas entre candidatos aprovados em concurso público, de modo a configurar situação de empate, não há espaço para a adoção de regras que possam conduzir à avaliação subjetiva em cada caso concreto. Ainda segundo o conselho, a idade como fator de desempate representa critério objetivo de aferição e afasta, de vez, o arbítrio do administrador. Determinou-se, assim, a

publicação de edital retificador, a fim de acrescentar ao Edital nº 1/2006 o subitem 11.2, com a seguinte redação: “11.2. Persistindo o empate, terá preferência o candidato de maior idade, no caso de não idoso”. Nesse entendimento, o Tribunal deliberou. Unânime.

Processo Administrativo nº 19.790/DF, rel. Min. José Delgado, em 6.2.2007.

PUBLICADO NO DJ

RESOLUÇÃO Nº 22.490, DE 28.11.2006
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 19.770/DF
RELATOR: MINISTRO MARCO AURÉLIO

EMENTA: Sede. Construção. Processo de licitação.
DJ de 6.2.2007.

DESTAQUE

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
Nº 3.305-1/DF
RELATOR: MINISTRO EROS GRAU

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: O Partido Liberal (PL) propõe ação direta, com pedido de medida cautelar, na qual questiona a constitucionalidade do art. 77 e seu parágrafo único da Lei Federal nº 9.504/97:

“Art. 77. É proibido aos candidatos a cargos do Poder Executivo participar, nos três meses que precedem o pleito, de inaugurações de obras públicas.

Parágrafo único. A inobservância do disposto neste artigo sujeita o infrator à cassação do registro.”

Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 77 da Lei Federal nº 9.504/97. Proibição imposta aos candidatos a cargos do Poder Executivo referente à participação em inauguração de obras públicas nos três meses que precedem o pleito eletivo. Sujeição do infrator à cassação do registro da candidatura. Princípio da igualdade. Art. 5º, caput e inciso I, da Constituição do Brasil. Violação do disposto no art. 14, § 9º, da Constituição do Brasil. Inocorrência.

1. A proibição veiculada pelo preceito atacado não consubstancia nova condição de elegibilidade. Precedentes.

2. O preceito inscrito no art. 77 da Lei Federal nº 9.504 visa a coibir abusos, conferindo igualdade de tratamento aos candidatos, sem afronta ao disposto no art. 14, § 9º, da Constituição do Brasil.

3. A alegação de que o artigo impugnado violaria o princípio da isonomia improcede. A concreção do princípio da igualdade reclama a prévia determinação de quais sejam os iguais e quais os desiguais. O direito deve distinguir pessoas e situações distintas entre si, a fim de conferir tratamentos normativos diversos a pessoas e a situações que não sejam iguais.

4. Os atos normativos podem, sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações a fim de conferir a uma tratamento diverso do que atribui a outra. É necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio.

5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, julgar improcedente a ação direta de inconstitucionalidade, nos termos do voto do relator.

Brasília, 13 de setembro de 2006.

Ministro EROS GRAU, relator.

2. O requerente sustenta que o preceito hostilizado colide com o disposto no art. 14, § 9º, da Constituição do Brasil, bem assim com o princípio da isonomia. Afirmar que a cassação do registro equivale à inelegibilidade superveniente, o que só poderia ocorrer mediante lei complementar, não havendo justificava para que a proibição veiculada pelo *caput* do art. 77 da Lei nº 9.504/97 dirija-se exclusivamente aos candidatos aos cargos do Poder Executivo.

3. Determinei fosse aplicada ao caso a regra do art. 12 da Lei nº 9.868/99 [fl. 65].

4. O Congresso Nacional sustenta que o texto normativo atacado não prevê hipótese de inelegibilidade e que as diferentes funções desempenhadas pelos ocupantes de cargos do Poder Legislativo e do Poder Executivo fundamentariam o tratamento diverso dispensado a esses últimos [fls. 73/80].

5. O presidente da República afirma inicialmente “que a inelegibilidade ou a cessão da elegibilidade diz respeito à capacidade eleitoral de ser eleito estando indicadas as condições no § 3º do art. 14 da CF; já a cassação do registro da candidatura – que por ser, eventualmente, consequência da inelegibilidade – está relacionada com a condição de candidato”, concluindo que o candidato que não observa o comando do artigo impugnado “decai do direito à candidatura em virtude da conduta vedada, mas não se torna inelegível nem perde a capacidade de eleger-se

“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:

(...)

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.”

senão no aspecto meramente pontual e ocasional”. Acrescenta que a proibição dirigida aos candidatos a cargos no Poder Executivo “tem sua gênese no princípio da impessoalidade, visando impedir que eventos patrocinados pelos cofres públicos sejam aproveitados em prestígio de campanhas pessoais”, destacando que “a importância do dispositivo fica realçada quando nos deparamos com a possibilidade de reeleição de candidatos majoritários sem necessidade de desincompatibilização” [fls. 82/106].

6. O advogado-geral da União manifesta-se pela improcedência do pedido, afirmando que cassação de registro não constitui hipótese de inelegibilidade e que não há, no caso, violação da isonomia, já que o preceito atacado homenageia o princípio da igualdade, evitando que as candidaturas recebam projeções indevidas [fls. 109/117].

7. O procurador-geral da República opina pela improcedência do feito, por entender que inelegibilidade é situação jurídica diversa da cassação de registro e que “a distinção entre as funções do Poder Executivo e do Poder Legislativo justificam a diferença de tratamento estabelecida na legislação eleitoral” [fls. 122/125].

É o relatório, do qual deverão ser extraídas cópias para envio aos senhores ministros [RISTF, art. 172].

VOTO

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (relator): Trata-se de ação direta na qual é questionada a constitucionalidade de preceitos legais² que proíbem a participação de candidatos a cargos do Poder Executivo em inaugurações de obras públicas, nos três meses que antecedem o pleito, sujeitando o infrator a cassação do registro da candidatura.

2. A distinção entre elegibilidade e candidatura foi bem assinalada pelo advogado-geral da União:

“Verifica-se, destarte, que existe substancial diferença entre ser elegível e ser candidato. De fato, a candidatura (e seu registro) é um efeito que se agrega à elegibilidade, uma vez observadas as condições elencadas em lei. Pode-se, com isso, afirmar que toda candidatura pressupõe, necessariamente, a elegibilidade, mas nem toda pessoa elegível pode ter (ou manter), em consequência, a candidatura registrada.

Embora possa haver uma relativa coincidência quanto aos efeitos jurídicos referentes à cassação do registro e à inelegibilidade, não, por isso, poder-se-á afirmar que ambos os institutos detenham a mesma natureza.” [Fls. 113/114.]

3. A matéria já foi apreciada por esta Corte, bem assim pelo Tribunal Superior Eleitoral.

4. O STF, quando do julgamento da ADI nº 1.062/MC³, relator o Ministro Sydney Sanches, na qual foi impugnado preceito que cominava sanção idêntica a candidato apresentador ou comentarista de programa de rádio e televisão caso o programa por ele apresentado ou comentado fosse transmitido a partir da data da sua escolha pelo partido, entendeu que:

“[...]”

Não se trata af de mais uma condição de elegibilidade, imposta pela lei ordinária, nem de mais uma hipótese de inelegibilidade, por ela criada.

Cuida-se, na verdade, de norma destinada a impedir que, durante a propaganda eleitoral no rádio ou na televisão, o candidato, apresentador ou comentarista de programa veiculado por esses meios de comunicação com o público, se coloque, nesse ponto, em posição de nítida vantagem em relação aos candidatos, que só terão acesso ao público, por esses meios, nos horários e com as restrições a que se referem as normas específicas da mesma Lei nº 8.713/93 (arts. 59 a 62, 66 e seguintes).

[...]”.

5. De outra banda, questão semelhante mereceu, no âmbito do Tribunal Superior Eleitoral, o seguinte tratamento:

“Recurso especial. Propaganda institucional. Período vedado. Afronta a lei e dissídio. Configuração.

Inconstitucionalidade. Afastada. Aplicação de multa e cassação do registro de candidatura. Recurso provido.

I – A penalidade de cassação de registro ou de diploma prevista no § 5º do art. 73 da Lei nº 9.504/97 não constitui hipótese de inelegibilidade. Precedente.

(...)”.

[REspe nº 24.739, relator o Ministro Francisco Peçanha Martins, publicado em sessão, data 28.10.2004.]

6. A proibição veiculada pelo preceito atacado não consubstancia nova condição de elegibilidade. Apenas visa coibir abusos e conferir a todos os candidatos igualdade de tratamento, sem afronta ao disposto no art. 14, § 9º, da Constituição do Brasil.

7. Não se sustenta, de igual modo, o argumento de violação da isonomia. A igualdade⁴ se expressa em *isonomia* [= garantia de condições idênticas asseguradas ao sujeito de direito em igualdade de condições com outro] e na *vedação de privilégios*.

⁴Observa Francisco Campos (*Direito Administrativo*, vol. II, cit., p. 188) ser necessário não confundirmos o princípio da *igualdade perante a lei* com o princípio da *igualdade*, sem qualquer qualificação ou restrição, ou enunciado em termos gerais e absolutos. O segundo “representa um ideal, uma aspiração ou um postulado contrário às condições efetivamente existentes na sociedade: ele parte do reconhecimento da existência de desigualdades de fato entre os homens para postular a modificação das relações humanas no sentido de tornar iguais os indivíduos que são efetivamente desiguais. Há uma relação polêmica entre o princípio absoluto de igualdade e o fato das desigualdades reinantes entre os homens. O princípio de igualdade perante a lei, ao contrário, tem conteúdo restrito. Ele não pretende alterar as relações efetivamente existentes entre os homens, mas se limita a determinar que a lei tenha em conta, ao regular as relações humanas, as circunstâncias que condicionam efetivamente essas relações ou que não disponha de modo diferente para casos idênticos ou iguais, nem procure igualar o que é, efetivamente, desigual. Ao passo que o princípio absoluto de igualdade tem por fim alterar a estrutura social, intervindo nela para o efeito de suprimir as desigualdades existentes, o princípio de igualdade perante a lei visa tão-somente assegurar o reconhecimento pela lei das igualdades ou desigualdades que, efetivamente, existem entre os homens. O primeiro é uma ideologia, o segundo um mandamento jurídico de conteúdo limitado e concreto e de valor positivo; o primeiro subordina a realidade a um imperativo destinado a transformá-la, o segundo é uma regra de direito positivo, destinada a limitar ou restringir a ação da lei aos dados da realidade”. Dizendo-o de outro modo, afirmarei, singelamente, que o *princípio da igualdade perante a lei* consubstancia norma jurídica, ao passo que a igualdade – ou princípio da igualdade, *tout court* – é expressão de um valor, despido porém de conteúdo deontológico (vide meu *O direito posto e o direito pressuposto*, 2. ed., Malheiros Editores, São Paulo, 1998, p. 78-79).

²Art. 77, *caput* e parágrafo único, da Lei Federal nº 9.504/97.

³DJ de 1º.7.94.

Decorreria da *universalidade* das leis – *jura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur*⁵.

Reunidos os dois princípios, *igualdade* e *universalidade das leis*, assim se traduzem: *a lei é igual para todos e todos são iguais perante a lei*⁶.

8. Nem sempre foi assim, contudo. Tal como inscrito nos primeiros textos constitucionais, o princípio da igualdade foi interpretado exclusivamente como determinação de *igualdade na aplicação do direito*. Essa determinação vincularia unicamente os órgãos que aplicam o direito, não alcançando o legislador⁷, o que despertou acesa crítica de Kelsen⁸. Após passou ele a ser tomado também como determinação de *igualdade na formulação do direito*, o que importa em que todos devam ser tratados de modo igual pelo legislador⁹. A anotação de Francisco Campos¹⁰ a propósito é primorosa:

“O mandamento da Constituição se dirige particularmente ao legislador e, efetivamente, somente ele poderá ser o destinatário útil de tal mandamento. O executor da lei já está, necessariamente, obrigado a aplicá-la de acordo com os critérios constantes da própria lei”.

9. A concreção do princípio da igualdade reclama a prévia determinação de quais sejam os iguais e quais os desiguais, até porque – e isso é repetido quase que automaticamente, desde Platão e Aristóteles¹¹ – a igualdade consiste em dar tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais.

10. Vale dizer: o direito deve distinguir pessoas e situações distintas entre si, a fim de conferir tratamentos normativos diversos a pessoas e a situações que não sejam iguais. A questão que fica – crucial – é a seguinte, na dicção de Celso Antônio Bandeira de Mello¹²:

“Afim, que espécie de igualdade veda e que tipo de desigualdade faculta a discriminação de situações e de pessoas, sem quebra e agressão aos objetivos transfundidos no princípio constitucional da isonomia?”

11. Tudo se torna mais claro na medida em que considerarmos o quanto afirma Kelsen¹³:

“os homens (assim como as circunstâncias externas) apenas podem ser considerados como iguais, ou, por outras palavras, apenas há homens iguais (ou

circunstâncias externas iguais), na medida em que as desigualdades que de facto entre eles existem não sejam tomadas em consideração. Se não há que tomar em conta quaisquer desigualdades sejam elas quais forem, todos são iguais e tudo é igual”.

E prossegue, adiante¹⁴, observando que o princípio

“postula não *apenas* um tratamento igual mas também um tratamento desigual. Por isso, tem de haver uma norma correspondente a este princípio que expressamente defina certas qualidades em relação às quais as desigualdades hão de ser tidas em conta, afim de que as desigualdades em relação às outras qualidades possam permanecer irrelevantes, a fim de que possam haver de todo em todo, portanto, indivíduos *iguais*. *Iguais* são aqueles indivíduos que, em relação às qualidades assim determinadas, não são desiguais. E o poderem, de todo em todo, existir indivíduos *iguais*, é a consequência do facto de que, se não todas, pelo menos certas desigualdades não são consideradas” (grifo no original)¹⁵.

12. Por isso mesmo pode, a lei – como qualquer outro *texto normativo* – sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações, a fim de conferir a um tratamento diverso do que atribui a outra. Para que possa fazê-lo, contudo, sem que tal violação se manifeste, é necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio.

13. Procurando dar resposta à indagação à respeito de quais situações e pessoas podem ser discriminadas sem quebra e agressão aos objetivos transfundidos no princípio constitucional da isonomia, a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão toma como fio condutor o seguinte:

“a máxima da igualdade é violada quando para a diferenciação legal ou para o tratamento legal igual não seja possível encontrar uma razão adequada que surja da natureza da coisa ou que, de alguma forma, seja compreensível, isto é, quando a disposição tenha de ser qualificada de arbitrária”¹⁶.

14. Dir-se-á, pois, que uma discriminação será arbitrária quando “não seja possível encontrar, para a diferenciação legal, alguma razão adequada que surja da natureza das coisas ou que, de alguma forma, seja concretamente compreensível”¹⁷.

15. Há, no caso, razão adequada a justificar o tratamento diverso conferido aos candidatos a cargos do Poder Executivo. Leio, a propósito, trecho da manifestação do procurador-geral da República:

“[...]”

O motivo pelo qual o art. 77 pune de forma mais rigorosa aquele que concorre a cargo do Poder Executivo

⁵ULPIANO, 1, 3, 10, 8.

⁶Cf. Vicente Ráo, *O Direito e a vida dos direitos*, 1ª vol., Max Limonad, São Paulo, 1960, p. 210.

⁷Neste sentido, tratando do direito alemão, Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1986, p. 357 e ss.

⁸A *justiça e o direito natural*, Armenio Amado, Coimbra, 1963, p. 66. A *igualdade* contribui, decisivamente, para conformar o chamado *direito moderno*, próprio ao modo de produção capitalista. Esse direito pode ser descrito como um universo no qual se movimentam sujeitos jurídicos dotados de *igualdade* [perante a lei], na prática da liberdade de contratar. Por isso mesmo as normas jurídicas que compõem esse direito são abstratas e gerais, condição necessária a que ele adequadamente viabilize a fluência das relações de mercado.

⁹Vide, por todos, Francisco Campos, *Direito Administrativo*, cit., p. 189-191, e *Direito Constitucional*, cit., p. 17 e ss.

¹⁰*Direito Constitucional*, vol. II, Livraria Freitas Bastos S/A, Rio de Janeiro, 1956, p. 188; respeitei a ortografia do original.

¹¹Platão, *Leis*, VI 757; Aristóteles, *Política*, III 9 (1280a) e *Ética a Nicômano*, V. 6 (1131a).

¹²*O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1978, p. 15/16.

¹³Ob. cit., p. 67.

¹⁴Idem, p. 70/71.

¹⁵Daí a observação de Fábio Konder Comparato (*Direito Público – Estudos e Pareceres*, Saraiva, São Paulo, 1996, p. 135): “É antes mister, como salienta o Prof. Konrad Hesse, procurar entender, preliminarmente, o que seja a igualdade jurídica, que não se confunde com a identidade. Se duas situações a serem normadas ou decididas fossem idênticas, não haveria, obviamente, nenhum problema jurídico a resolver, quer de legislação, quer de aplicação da lei. A igualdade jurídica supõe, portanto, logicamente, alguma diferença entre uma situação e outra, entre uma hipótese de incidência e outra”.

¹⁶Cf. Robert Alexy, ob. cit., p. 366.

¹⁷Idem, p. 370.

relaciona-se com o fato de que compete [*sic*] a este poder as funções de administrar, de gerir a administração pública, o que implica decidir sobre a realização de obras. Função que não é exercida pelos membros do Poder Legislativo. [...]”.

Não visualizando também afronta à isonomia, julgo improcedente o pedido formulado nesta ação direta.

VOTO

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: Senhora Presidente, só me permitiria agregar ou, pelo menos, tentar agregar algum fundamento ao excelente voto do relator: só me permitiria lembrar que a lei impugnada também homenageia o princípio da impessoalidade, um eminente princípio republicano que postula a distinção nítida entre o espaço público e o espaço privado, ou seja, não há confundir a administração com o administrador. E, nesse período eleitoral sensível, realmente a lei intenta impedir que o candidato a cargo executivo tire partido de inauguração de feitos da administração pública. Parece-me que essa proibição constante da lei homenageia a um só tempo o princípio da igualdade, da isonomia, portanto, entre os competidores e, também, senta praça do seu propósito de afirmar o princípio da impessoalidade, que é de matriz constitucional (art. 37, cabeça, reforçado pelo § 1º desse artigo).

Acompanho o voto do relator.

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Senhora Presidente, também acompanho o brilhante voto do eminente relator. Eu gostaria de apenas rapidamente apontar que, na verdade, o texto constitucional, já no art. 14, por uma elipse, falou do voto direto e secreto, mas não tratou do voto livre. Isso está implícito no próprio texto. O que importa depois garantir é uma igualdade que chamamos igualdade de chances ou de oportunidades entre os candidatos. O que a lei busca, na verdade, é este equilíbrio difícil de se conseguir, uma vez que aquele que ocupa o cargo público tem aquilo que já o velho Carl Schmitt chamava de uma mais-valia: a mais-valia daquele que está no governo. Então, é isso que a lei busca.

Por outro lado, quanto ao aspecto da inelegibilidade, a questão posta, se isso demandaria uma lei complementar, parece-me que já respondeu bem o eminente relator ao mostrar que não se cuida disso; também há outras normas na própria lei das eleições que importa sancionar o abuso tão-somente para as eleições; isso não tem nenhum reflexo quanto à elegibilidade. Isso tem sido objeto de discussões ampliadas no âmbito do

Tribunal Superior Eleitoral, mas eu gostaria de pontuar este valor, que é realmente importante. Na companhia do Ministro Sepúlveda Pertence, tive a oportunidade de suscitar esse debate no âmbito do Tribunal Superior Eleitoral, à época ainda quando na Procuradoria, chamando atenção para a importância da questão da igualdade de chance na divisão do tempo na televisão, mas isso se aplica, na verdade, a todo o prélio eleitoral.

Só faria um registro, ainda, de que a Corte Constitucional alemã tem um célebre julgado sobre a chamada propaganda institucional de governo, matéria que, hoje, entre nós vem sendo objeto de ampla discussão. Foi uma decisão tomada pela Corte Constitucional contra uma propaganda massiva do governo federal – creio que no período de 1976/77 –, que considerou ser, sim, ilegítima a propaganda feita pelo governo com o intuito de influenciar no processo eleitoral, que era lesiva, portanto, à igualdade de chances, a esse princípio consagrado na Constituição, que entre nós, na verdade, decorre do próprio art. 5º da Constituição, do princípio da igualdade, que tem esse efeito irradiador, como muitos já chamaram atenção, inclusive Francisco Campos.

DEBATE

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: Ministro Gilmar Mendes, Vossa Excelência me permite?

Essa decisão da Suprema Corte alemã rima bem com a nossa Constituição, no particular, porque a Constituição brasileira também inadmite propaganda institucional; o que ela admite, e até proclama, é publicidade institucional. Porque, se publicidade, na linguagem dos meios de comunicação de massa, é sinônimo de propaganda, no âmbito do direito público, não o é, apenas é sinônimo de divulgação, com a maior transparência possível.

Então, no particular, penso que a Constituição brasileira também merece elogios ao inadmitir propaganda no sentido de *marketing* ou promoção pessoal de qualquer administrador.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (relator): Propaganda se dizia antigamente; hoje se fala publicidade.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: É, na linguagem privada, negocial, mercantil.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA: A Constituição distingue entre propaganda, publicidade e dar a público. A Constituição proíbe propaganda e garante a publicidade; e essa publicidade será publicada, na forma oficial, em alguns casos.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: É sinônimo de divulgação, publicidade.

DJ de 24.11.2006.

O *Informativo TSE* já está disponível na Internet.
Visite a página do TSE: www.tse.gov.br

O *Informativo TSE*, elaborado pela Assessoria Especial da Presidência, contém resumos não oficiais de decisões do TSE ainda não publicadas e acórdãos já publicados no *Diário da Justiça*.