



Tribunal Superior Eleitoral
Processo Judicial Eletrônico

O documento a seguir foi juntado aos autos do processo de número 0600903-50.2018.6.00.0000 em 30/08/2018 23:07:45 por LUIZ FERNANDO CASAGRANDE PEREIRA

Documento assinado por:

- LUIZ FERNANDO CASAGRANDE PEREIRA

Consulte este documento em:

<https://pje.tse.jus.br:8443/pje-web/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam>
usando o código: **18083023071103000000000307813**

ID do documento: **312717**



EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR MINISTRO RELATOR DO COLENDO TRIBUNAL
SUPERIOR ELEITORAL – LUÍS ROBERTO BARROSO

CONTESTAÇÃO

(REGISTRO DE CANDIDATURA Nº 0600903-50.2018.6.00.0000)

AÇÕES DE IMPUGNAÇÃO AO REGISTRO DE CANDIDATURA (AIRC's):

1. PROCURADORIA-GERAL ELEITORAL (ID Nº 300458)
2. JAIR MESSIAS BOLSONARO E OUTRO (ID Nº 300602)
3. PARTIDO NOVO (ID Nº 300969)
4. KIM PATROCA KATAGUIRI (ID Nº 305096)
5. ALEXANDRE FROTA DE ANDRADE (ID Nº 305095)
6. WELLINGTON CORSINO DO NASCIMENTO (ID Nº 305088)
7. MARCOS AURÉLIO PASCHOALIN (ID Nº 304846)
8. PEDRO GERALDO CANCIAN LAGOMARCINO GOMES (ID Nº 305166)
9. MARCOS VINÍCIUS PEREIRA DE CARVALHO E OUTRO (ID Nº 305166)
10. ERNANI KOPPER (ID Nº 301546)

NOTÍCIAS DE INELEGIBILIDADE:

1. FERNANDO AGUIAR DOS SANTOS (ID Nº 301543)
2. MARCELO FELIZ ARTILHEIRO (ID Nº 301545)
3. ARI CHAMULERA (ID Nº 304014)
4. GUILHERME HENRIQUE MORAES (ID Nº 301547)
5. DIEGO MESQUITA JAQUES (ID Nº 305123)

AÇÕES DE IMPUGNAÇÃO AO MANDATO ELETIVO (AIME's):

1. AAEERJ (ID's Nº 305093 E 305094)

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA, já qualificado, de ora em diante apenas **IMPUGNADO**, vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, por intermédio de seus procuradores adiante assinados¹, em cumprimento à intimação recebida² e com fundamento no artigo 3º, §4º, da Lei Complementar nº 64/1990 cumulado com o artigo 39 da Resolução nº 23.548/2017 do TSE, apresentar, tempestivamente³, **contestação**, em face de todas as demandas relacionadas acima, pelas razões de fato e de direito a seguir deduzidas.

¹ Instrumentos de mandato – id's nº 300472 e 300473.

² ID nº 305381.

³ Publicado em mural eletrônico no dia 23.08.2018 (7 dias após *terminado o prazo para impugnação* – art. 4º, LC 64/90 c.c art. 39, Res. nº 23.548/2017, TSE).

COLENDO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

EMINENTE MINISTRO RELATOR

SUMÁRIO

01.	NOTA PRÉVIA. FAIR PLAY PROCESSUAL. UMA DEFESA ESTRITAMENTE TÉCNICA	3
02.	PRELIMINARES AO JULGAMENTO DO MÉRITO DAS NOTÍCIAS E IMPUGNAÇÕES	5
03.	DELIMITAÇÃO OBJETIVA DA DEMANDA	7
04.	UMA INELEGIBILIDADE PROVISÓRIA TRATADA COMO DEFINITIVA. O PAPEL DO TRF4 NA ALOCAÇÃO DA INELEGIBILIDADE NO TEMPO DA ELEIÇÃO	8
05.	IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE TUTELA DE EVIDÊNCIA	13
06.	TAMBÉM NÃO CABE TUTELA DE EVIDÊNCIA OU URGÊNCIA PORQUE HÁ UM PECULIAR SISTEMA DE REGISTRO DE CANDIDATURAS VIGENTE NO BRASIL. O RESULTADO DO DIÁLOGO ENTRE OS ART. 16-A E ART. 11, § 10º DA LEI ELEITORAL E ART. 26 DA LC 64/90	21
	6.1 Análise jurimétrica da realidade imposta por um regime instável de registro de candidatura no Brasil. Alguns casos concretos similares	28
07.	EXCEÇÕES PROCESSUAIS E SUBSTANCIAIS	33
	7.1A suspensão superveniente de inelegibilidade. A <i>interim measure</i> do Comitê de Direitos Humanos da ONU	33
	7.2 Uma síntese da representação individual. Nos dois anos de tramitação, há três manifestações do Estado brasileiro reconhecendo a submissão às decisões do Comitê	34
	7.3 Pacto internacional sobre direitos civis e políticos – marco civilizatório de consagração da democracia e dos direitos de cidadania.	46
	7.4 Relevância do comitê de direitos humanos da ONU no contexto do pacto internacional sobre direitos civis e políticos	53
	7.5 Adesão, pelo Brasil, ao protocolo facultativo do pacto internacional sobre direitos civis e políticos – medida procedimental ao pacto.	59
	7.6 Força vinculante, ao Brasil, do protocolo facultativo ao pacto internacional sobre direitos civis e políticos – irrelevância, para fins de vinculação internacional e doméstica, de decreto presidencial publicado em diário oficial.	65
	7.7 Competência para analisar os requisitos procedimentais. Incompetência da Justiça Eleitoral. Óbice da Súmula 41 do TSE	79
	7.8 Poder geral de cautela do comitê de direitos humanos da ONU – da obrigatoriedade no cumprimento de todas as decisões. Entendimento do STF e da PGR	84
	7.9 A decisão em favor de Lula não é inédita. Eficácia vinculante perante a justiça Eleitoral	97
	7.10 Países com Estado Democrático de Direito consolidado cumprem as decisões do Comitê	102
	7.11 A decisão do Comitê afasta a inelegibilidade de Lula	112

8. A NECESSÁRIA APLICAÇÃO DA RECENTE LEITURA CONSTITUCIONAL SOBRE A CULPABILIDADE PARA A AFERIÇÃO DOS LIMITES DA APLICABILIDADE DO ART. 1º, I, “E” DA LEI COMPLEMENTAR Nº 64/90	119
9. PREJUDICIALIDADE	134
9.1 A plausibilidade da suspensão e reforma da decisão. Prejudicialidade e sindicabilidade excepcionais	134
9.2 Prejudicialidade excepcionalíssima. Ausência de oportunidade para a apreciação dos pedidos de suspensão de inelegibilidade deduzidas no RESP e RE. Suspensão	148
10. IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS DE IMPUGNAÇÃO ORIENTADOS POR OUTRAS CAUSAS DE PEDIR	154
10.1 Impugnação do Partido Novo	155
10.2 Os direitos políticos de Lula seguem hígidos a despeito da condenação criminal por órgão colegiado	168
10.4 Lula não ocupou cargo de direção em estabelecimento de crédito que tenha sido objeto de liquidação	170
10.5. O candidato não precisa estar presente para ser escolhido em convenção	171
11. NECESSIDADE DE DAR OPORTUNIDADE PARA QUE AS PARTES SE PRONUNCIEM SOBRE A DEFESA E DOCUMENTOS, ALEGAÇÕES FINAIS E MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO	173
12. PEDIDOS FINAIS	178

RAZÕES DE DEFESA

01. NOTA PRÉVIA. *FAIR PLAY* PROCESSUAL. UMA DEFESA ESTRITAMENTE TÉCNICA

Desde antes da formalização do pedido de registro do ex-Presidente LULA, há especulações – algumas sutis, outras nem tanto – sugerindo uma atuação tumultuária dos advogados da defesa. A ideia seria atrasar a decisão final do processo de registro, a partir de *chicanas processuais*.

Não houve e não haverá *chicana* alguma por parte da defesa.

Naquilo que pode ser considerado o único incidente no processo de registro, a intimação para complementar uma certidão, houve atendimento no mesmo dia pela defesa (a Secretaria deste Tribunal havia concedido o prazo de três dias).

Aqui, em contestação, a defesa não articula nenhum pedido de produção de prova (faculdade do art. 5º da Lei 64/90). Também não se cogita qualquer

exceção processual dilatória para *distender* o processo – como uma suspeição, por exemplo. Não houve e não haverá requerimento de diligências, previstas no § 2º do mesmo art. 5º da Lei das Inelegibilidades.

A propósito, foram os impugnantes que requereram a produção de prova e diligências. ALEXANDRE FROTA DE ANDRADE requereu, genericamente, a produção de prova documental. MARCOS AURÉLIO PASCHOALIN quer ouvir o ex-Ministro Palocci como testemunha. ERNANI KOPPER quer expedição de ofício ao TRF4, depoimento pessoal e ouvir testemunhas. A defesa entende que todas as provas requeridas são inúteis, protelariam injustificadamente a decisão e, por boa medida de *profilaxia processual*, devem ser indeferidas.⁴

Não há necessidade de dilação probatória (apenas a juntada dos documentos que acompanham a defesa e servem para demonstrar a *exceção substancial indireta*). A única providência que se cogita é a manifestação das partes sobre a *exceção substancial indireta* e documentos que a acompanham – para observância mínima do contraditório.

Foram apresentadas **dezessete** impugnações/notícias de inelegibilidade contra o ex-Presidente LULA. É verdade que há um *espaço de interseção* nas causas de pedir, mas há temas inéditos – como na impugnação do Partido Novo, por exemplo. O número de impugnações poderia autorizar, portanto, um eventual pedido para dilatar o prazo de contestação (art. 139, VI, CPC). A defesa abdica do pedido em atenção à celeridade necessária. Contesta as dezessete impugnações rigorosamente no prazo.

A defesa, enfim, *comportou-se de acordo com a boa-fé* (art. 5º do CPC) e cooperou para que a *decisão de mérito seja proferida em prazo razoável* (art. 6º do

⁴ “O magistrado é o destinatário da prova, cumprindo-lhe valorar sua necessidade. Em regra, tal procedimento não configura cerceamento de defesa, pois cumpre ao juiz, no exercício do seu poder-dever de condução do processo, a determinação das provas necessárias à instrução deste e o indeferimento das diligências inúteis ou meramente protelatórias” (TSE, Recurso Especial Eleitoral nº 4612, Relator Min. Tarcísio Vieira De Carvalho Neto, 07/08/2017).

CPC). Houve *fair play* processual, como desde o início foi assegurado, em audiências, aos Ministros do TSE.

Os únicos documentos acostados com a defesa agora apresentada, como registrado, dizem respeito à *exceção substancial indireta* deduzida: a suspensão da inelegibilidade provocada pela *interim measure* concedida pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU. Os documentos são instrumentais para demonstrar que houve uma *alteração jurídica superveniente ao registro que afastou a inelegibilidade* (art. 11, § 10º, da Lei Eleitoral; art. 493 do CPC). A corroborar a exceção e outros pontos da defesa, são acostados também pareceres jurídicos.

O diagnóstico do comportamento da defesa até aqui desarticula a injustificada insinuação de *chicana* e aponta para um prognóstico seguro: a defesa do ex-Presidente, apesar de algumas injustas insinuações iniciais, será sempre estritamente técnica.

A nota prévia era necessária.

02. PRELIMINARES AO JULGAMENTO DO MÉRITO DAS NOTÍCIAS E IMPUGNAÇÕES

Há impugnações que não podem ser conhecidas por ausência de legitimidade ativa.

O art. 3º da LC 64/90 delimita os legitimados ativos para a AIRC: “qualquer candidato, partido político, coligação ou ao Ministério Público”. A interpretação literal dos dispositivos despreza que a legitimidade é oferecida apenas aos candidatos da mesma circunscrição.⁵ Não por outra razão há segura

⁵ Código Eleitoral: “Art. 86. Nas eleições presidenciais, a circunscrição será o país; nas eleições federais e estaduais, o estado; e, nas municipais, o respectivo município.”

orientação na jurisprudência, segundo a qual *diretórios municipais não possuem legitimidade para impugnar candidatos a cargos estaduais e federais*.⁶

Por idêntica racionalidade, candidatos a cargos estaduais não possuem legitimidade ativa para impugnar candidaturas federais.⁷ É o caso da impugnação id nº 301636, apresentada por PEDRO GERALDO CANCIAN LAGOMARCINO GOMES. Trata-se de candidato a deputado estadual. Esta impugnação tem uma *causa de pedir* não deduzida em qualquer outra (uma suposta suspensão dos direitos políticos).

Além de todos estes, ERNANI KOPPER (id nº 301546), **que sequer candidato é**, também apresentou impugnação ao registro.⁸

Há causas de pedir que ficariam *órfãs* com o reconhecimento da ausência de legitimidade ativa destes dois “impugnantes”. O Ministério Público Eleitoral deveria ser intimado para avaliar se *encampa* as teses. De uma forma ou de outra, estas impugnações devem ter as iniciais indeferidas porque as partes são *manifestamente ilegítimas* (art. 300, II, CPC).

Nas demandas reunidas, constam ainda duas *ações de impugnação de mandato eletivo* (id nº 305093 e id nº 305094) propostas pela ASSOCIAÇÃO DOS

⁶ TSE, REspe nº 26861, de 20.9.2006.

⁷ “Para nós, como a legitimação do filiado para atuar no processo eleitoral, manejando diversas ações coletivas, decorre de um processo no qual a lei exige a participação partidária, legitimando socialmente (...) o futuro candidato, não se pode estender a legitimidade para propor as ações eleitorais que escapem ao âmbito partidário de onde recebeu a autorização para agir e na qual, se eleito, estará autorizado a atuar. Dessa forma, como a escolha de candidatos a vereadores e prefeitos se dá em âmbito dos diretórios municipais tais candidatos jamais poderão impugnar o registro de candidatos a presidente da república caso ocorra eleições simultâneas”. (Jorge; Liberato; Rodrigues. Curso de Direito Eleitoral, p. 530. TSE: “Diretório Municipal de partido político não tem legitimidade para impugnar pedido de registro de candidato em eleição estadual e federal (art. 3º da LC nº 64/90 c.c. o art. 11, parágrafo único, da Lei nº 9.096/95). Precedentes”. (TSE, Respe nº 26861, Rel. Min. José Gerardo Grossi, Publicado em Sessão, Data 20/09/2006).

⁸ Bem se sabe que ao eleitor é dada a oportunidade de oferecer mera *notícia de inelegibilidade*, sem dispor de legitimidade para o oferecimento de AIRC (Ac.-TSE, de 19.12.2016, no AgR-REspe nº 26234 e, de 16.11.2016, no AgR-REspe nº 28954).

ADVOGADOS E ESTAGIÁRIOS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (AAEERJ) – pessoa jurídica de direito privado. É certo que não tem legitimidade e, cumulativamente, falta-lhe interesse de agir por inadequação da via eleita.

Quanto às cinco *notícias de inelegibilidade* oferecidas, duas delas (FERNANDO AGUIAR DOS SANTOS – id nº 301543 e MARCELO FELIZ ARTILHEIRO – id nº 301545) não vieram acompanhadas de prova do *pleno gozo dos direitos políticos exigida* pelo artigo 42 da Resolução nº 23.548/2017 do TSE. Embora não seja o caso de rejeição sumária das *notícias* por esse motivo, necessário que os NOTICIANTEs sejam instados a sanar o vício (art. 317, CPC), ainda que em sede de *alegações finais* (evitando a postergação do julgamento).

03. DELIMITAÇÃO OBJETIVA DA DEMANDA

As impugnações foram todas reunidas e anexadas ao pedido de registro de candidatura. A defesa tem por compromisso contestar todos os fundamentos que pretendem conduzir a decisão ao indeferimento do registro.

Bem analisadas as dezessete arguições de inelegibilidade – entre notícias e impugnações –, são **seis** as causas de pedir apresentadas. A reunião dos processos revelou *causas de pedir dinâmicas*, plurifactuais.⁹ Aqui, a tarefa é delimitar objetivamente a demanda.

A mais recorrente causa de pedir é inelegibilidade decorrente da (i) condenação por órgão colegiado (art. 1º, I, “e”, 1 e 6, LC 64/90). As demais: (ii) art. 8º da Lei 9.504/97 (ausência de LULA na Convenção); (iii) improbidade administrativa; (iv) art. 14, § 3º, II, CF (suspensão dos direitos políticos); (v) art. 1º, I, “i”, LC 64/90; (vi) art. 1º, I, “l”, LC 64/90.

⁹ É como explica Eduardo TALAMINI: “Quando há uma pluralidade de fundamentos fático-jurídicos constitutivos de diferentes causas de pedir para um mesmo pedido, ocorre o chamado ‘concurso objetivo (próprio) de direito (ou de ‘ações’)””. TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 77.

É claro que a defesa mais vertical dirá com a alegada inelegibilidade decorrente da condenação criminal por órgão colegiado (art. 1º, I, “e”, 1 e 6, LC 64/90), mas todas as causas de pedir das dezessete impugnações/notícias serão devidamente respondidas. Especialmente porque são seis *causas de pedir autônomas* que merecem julgamento devidamente fundamentado (art. 489, IV, CPC).

04. UMA INELEGIBILIDADE PROVISÓRIA TRATADA COMO DEFINITIVA. O PAPEL DO TRF4 NA ALOCAÇÃO DA INELEGIBILIDADE NO TEMPO DA ELEIÇÃO

A inelegibilidade do ex-Presidente LULA foi suspensa pela decisão do Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, como será demonstrado. Não tivesse sido, poderia ser suspensa a qualquer momento – conforme expressa previsão do art. 26-C da (assim chamada) Lei da Ficha Limpa.

Como houve a decisão do Comitê da ONU, dois dias depois do pedido de registro, não havia (e ainda não há) interesse de agir (por ausência de necessidade da tutela jurisdicional) para buscar a suspensão.

Não obstante, ao ex-Presidente LULA se atribui uma inelegibilidade *chapada, aritmética*; incontornável, enfim. E precisamente porque seria uma inelegibilidade inequívoca, o processo de registro de candidatura foi rotulado como uma mera *artimanha* do ex-Presidente. Há um enorme equívoco neste raciocínio, com todo o respeito. A inelegibilidade do ex-Presidente, quando muito, sempre foi provisória (de eficácia provisória). E porque provisória, passível de suspensão a qualquer momento.

Outro equívoco na narrativa que tem por intenção mal rotular o registro da candidatura é desconsiderar que a legislação eleitoral **admite o registro do candidato inelegível**, autorizando que a suspensão da inelegibilidade possa se dar mesmo depois da eleição (desde que antes da diplomação). É possível

criticar o sistema – e os advogados signatários desta petição o criticam –, mas não se pode desconsiderar o que está vigente. Para todos – inclusive para o ex-Presidente LULA.

Tudo isso será demonstrado em tópico próprio. Aqui o importante é demonstrar como o TRF da 4ª Região, consciente ou inconscientemente – pouco importa –, acabou escolhendo o momento de liberação da eficácia da inelegibilidade do ex-Presidente, em estranha coincidência com o calendário eleitoral.

É público e notório que a apelação criminal do ex-Presidente foi *acelerada* no TRF da 4ª Região. Houve nítida desatenção à ordem cronológica. *Furaram a fila*, na linguagem da Folha de S. Paulo.¹⁰ Não obstante, não há como reclamar da celeridade do Judiciário, ainda que eventualmente seletiva.

Fato é que a confirmação da condenação por *órgão judicial colegiado* teria atraído, em tese, a inelegibilidade da alínea “e”, inciso I, art. 1º da LC 64/90. A eficácia da inelegibilidade, porém, fica subordinada ao julgamento dos recursos cabíveis contra a condenação criminal. Se houver provimento de qualquer dos recursos, a *eficácia* da inelegibilidade, porque provisória, cessa imediatamente.

A defesa do ex-Presidente, com o fim do julgamento da fase de embargos de declaração – em abril de 2018 –, interpôs recurso especial e extraordinário. A ideia era que o recurso especial fosse julgado o quanto antes, restabelecendo a elegibilidade do ex-Presidente e, mais importante ainda, a própria liberdade. O problema é que depois do julgamento dos embargos, o caso do ex-Presidente nitidamente *perdeu ritmo* no TRF da 4ª Região. Admitido, o recurso especial ainda não foi remetido ao STJ. Quase em setembro e os recursos seguem lá no

¹⁰ <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/01/1948737-caso-lula-passa-a-frente-de-7-acoes-da-lava-jato-em-tribunal.shtml>

TRF4, impedindo a decisão de mérito que reverteria (no tema que interessa à defesa eleitoral) a inelegibilidade.

Não se está a sustentar que tenha havido alguma *artimanha* do TRF4, mas fato é que os recursos de LULA ainda não subiram. Só para intimar o Ministério Público para apresentar contrarrazões (o que deveria ser imediato) o TRF4 demorou 45 dias. E o Ministério Público usou o prazo integral – o que é legítimo, claro. O *tempo morto* integral, pós-condenação colegiada (pós-inelegibilidade, portanto) é de 75 dias. Quem sabe tenha sido o tempo que faltou para o STJ ter julgado, no mérito, o recurso especial.

A distribuição no tempo da eficácia da inelegibilidade de LULA não pode ser desconsiderada. Uma decisão apontada como frágil em inúmeros pontos, por dezenas de juristas, pode ter gerado uma inelegibilidade que vai durar *apenas* o tempo necessário para impedir o registro da candidatura do ex-Presidente. Um candidato com 40% das intenções de votos para Presidente da República, segundo as últimas pesquisas.

Não se desconsidera que a inelegibilidade poderia ter sido suspensa antes do julgamento do mérito (art. 26-C da LC 64/90). Bastaria demonstrar a plausibilidade do recurso. A suspensão, no entanto, veio apenas dois dias depois da formalização do pedido de registro, pelo Comitê da ONU. E o pedido havia sido feito ainda em julho. Poderia ter sido concedido a qualquer momento.

Não havia sentido, é importante insistir, em buscar a suspensão aqui antes da resposta do Comitê – que viria, como veio, a qualquer momento. Também não se poderia impor ao ex-Presidente, desnecessariamente, o *teste de plausibilidade* dos recursos aqui do Brasil. Seria, em boa medida, reduzir a chance de posterior decisão favorável de mérito. As razões são singelas.

Ninguém pode desconsiderar a enorme repercussão de uma decisão que suspenda a inelegibilidade do ex-Presidente. Especialmente às vésperas do

processo eleitoral. Negada a liminar (por conta da pressão nada desprezível), tendo que haver manifestação expressa sobre a plausibilidade de todas as teses de defesa (por expressa exigência do art. 26-C), o chamado *viés de confirmação* retiraria a imparcialidade integral do julgamento de mérito do recurso.

Qual Ministro, depois de impedir a candidatura de LULA afirmando inexistir plausibilidade no recurso, criada a irreversibilidade pela eleição sem o ex-Presidente, reconheceria posteriormente, quando do julgamento de mérito, que o recurso deveria ser provido?

Para dizer de outra forma, o eventual indeferimento da politicamente delicada liminar do art. 26-C provocaria a diminuição das chances de LULA no julgamento de mérito. A *primeira impressão tem peso desproporcional* e gera *viés de confirmação*, o que mitigaria a imparcialidade do julgamento de LULA no STJ. A relação do *viés de confirmação* com a *parcialidade* é inegável, reconhecida pela melhor doutrina – inclusive de direito comparado. Há forte tendência de confirmação de juízos sumários.¹¹

Ainda assim, mesmo com as inevitáveis externalidades negativas, o pedido de suspensão de inelegibilidade seria sim deduzido. Em momento próprio, às vésperas do pedido de registro. A escolha do momento integra a estratégia lícita da defesa técnica, é desnecessário dizer.

E porque o *senso de oportunidade* da dedução dos pedidos liminares é tema exclusivo da defesa, não se deixou que o pedido de suspensão da inelegibilidade fosse analisado de ofício no STF (daí a conhecida desistência da medida que sequer veiculava pedido do art. 26-C). Ou pelo STJ, provocado pelo TRF4 também de ofício.

¹¹ Sobre o tema, conferir o exaustivo trabalho multidisciplinar de Eduardo José da Fonseca Costa, em seu recém lançado “*Levando a imparcialidade a sério*” (Juspodivm, 2018, p. 155 seguintes). Noutra ótica, Bruno Bodart, em “*Tutela de Evidência*” (RT, 2014, p. 89) também aborda o tema.

A verdade é que o (involuntário, quem sabe) *acelera e freia* do TRF4 legou algo gravíssimo a LULA: impor uma inelegibilidade que só seria suspensa com sérios prejuízos ao julgamento do mérito do recurso. E tudo que LULA queria era ter o recurso julgado no mérito nos tribunais superiores antes da eleição. Foi exatamente o que TRF4 tirou de Lula, ainda que involuntariamente, repise-se.

O pedido de suspensão da inelegibilidade perante o Comitê da ONU havia sido solicitado em 27 de julho de 2018. A expectativa era que a concessão viesse antes mesmo do prazo de formalização do pedido de registro, em 15 de agosto. A decisão veio apenas dois dias depois, em 17 de agosto. E evidentemente ainda em tempo, pois a Lei expressamente admite a *alteração jurídica superveniente ao registro que afasta a inelegibilidade* (art. 11, § 10º, da Lei Eleitoral; art. 493 do CPC). À luz da atual jurisprudência, LULA teria até a diplomação para suspender a inelegibilidade.¹²

Se o TSE não reconhecer a força vinculante da decisão do Comitê da ONU – o que sinceramente não se espera –, ainda caberá à defesa do ex-Presidente (sem prejuízo dos demais argumentos da contestação) buscar no STJ e no STF a suspensão da inelegibilidade com fundamento no art. 26-C, sem prejuízo de insistir na tese da força vinculante da decisão do Comitê (e outras aqui deduzidas) perante o STF.

Independentemente destas considerações, não se pode deixar de lado que o TRF4, por tudo isso, deve ser chamado a compartilhar, em alguma medida, a culpa pela instabilidade político-jurídica deste julgamento. O resto da instabilidade está na conta de um péssimo sistema de registro de candidaturas do Brasil – o que será visto em tópico próprio.

¹² TSE, Embargos de Declaração no Recurso Especial Eleitoral nº 294-62, Rel. Min. Gilmar Mendes – 11.12.2014.

05. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE TUTELA DE EVIDÊNCIA

“O Direito tem seu tempo, institutos, ritos e formas em prol basicamente da segurança jurídica, essencial”

(Ministra Rosa Weber, ao indeferir liminarmente uma arguição de inelegibilidade proposta contra o ex-Presidente Lula).

O PARTIDO NOVO sustenta que é caso de tutela de evidência. Concebe uma tese *criativa*, vislumbrando consequências processuais em uma nova forma de *impedimento de candidatura* de índole constitucional (contestada mais à frente). Por mais defensável que seja a tese no NOVO (refutada em tópico próprio) não há como reconhecer a *evidência* (grau máximo de verossimilhança) exigida para a concessão de um juízo sumário.

Por outro lado, a nova tese do NOVO é um dado neutro sob a perspectiva processual. O *impedimento* não existe até que o TSE reconheça a causa de pedir da impugnação e indefira o registro. Como se lê nesta defesa, independentemente à decisão do Conselho da ONU, LULA não se reconhece impedido. Há exceções diretas e indiretas. O status de *impedido* nasceria – se viesse a nascer – com a decisão do TSE ao julgar e indeferir o registro.

O *impedimento* constitucional vislumbrado pelo NOVO, na perspectiva processual, é uma inelegibilidade transversa. O TSE precisaria reconhecê-lo. Antes disso é apenas um *direito postulado*. Assim como a inelegibilidade, o impedimento não atrai uma *irregistrabilidade* automática – na barreira do protocolo. Exige-se atividade jurisdicional.

A AIRC do NOVO também argumenta, em paralelo, que a plausibilidade do deferimento do registro do ex-Presidente se sustentaria em um pedido de suspensão da inelegibilidade *sequer ajuizado*. Ora, o pedido foi ajuizado em

julho e deferido em 17 de agosto pelo Comitê da ONU. A conferir o que o NOVO tem a dizer sobre a força vinculante da decisão do Comitê.

De qualquer forma, é preciso dizer que o art. 16-A não está a exigir plausibilidade. É a entrega automática de um *status* de candidato a todos que requereram o registro. *Status* inerente ao sistema de registro de candidaturas que tem início concomitantemente à campanha. A verdade é que basta o protocolo.

De qualquer forma, há sim plausibilidade na perspectiva de êxito do registro (e, conseqüentemente, no indeferimento da impugnação). Além de outros fundamentos autossuficientes há, especialmente, a suspensão da inelegibilidade operada pela decisão do Comitê da ONU. E mais: ao contrário do que consta na petição do NOVO, a suspensão da inelegibilidade está sim *ajuizada*. E desde abril de 2018. Só não foi analisada porque o TRF4, como demonstrado aqui, não fez subir os recursos.

Apesar de sustentar que o ex-Presidente ainda não havia ajuizado pedido de suspensão da inelegibilidade (o que não é verdade), mais à frente, contraditoriamente, sustenta que os pedidos de suspensão da condenação teriam sido negados (pelo STJ e STF). Se não foram ajuizados, não podem ter sido negados – quer parecer. A incongruência é fruto de um equívoco factual (certamente involuntário).

Como determina expressamente o art. 26-C, a *providência* (pedido de suspensão da inelegibilidade) deve ser requerida *por ocasião da interposição do recurso*. Basta ler o recurso especial e o extraordinário para constatar que há sim pedido expreso de suspensão da inelegibilidade. A ausência de apreciação se deve ao já mencionado *ritmo lento* imposto pelo TRF4. O que o STJ já analisou e o STF estava para analisar nada tem a ver com a suspensão da inelegibilidade. Eram cautelares que tratavam da suspensão integral dos efeitos do título condenatório.

O pedido do art. 26-C, portanto, está sim posto. É claro que o ex-Presidente poderia ter antecipado o debate por intermédio de cautelares. Em um primeiro momento não o fez por ter a justa expectativa de julgamento do próprio mérito do recurso especial. Depois porque esperava, a qualquer momento, a concessão da *interim measure* pelo Comitê da ONU – o que de fato aconteceu em tempo.

Batizar a espera de uma *interim measure*, já pleiteada desde julho, como abuso de direito – como faz o NOVO – é, em si, um *abuso retórico*.

Mais especificamente em relação ao pedido de tutela provisória (gênero), a inicial do NOVO não indica em qual dispositivo se fundamenta o pedido de concessão da tutela de evidência (espécie). É necessário extrair da argumentação um fundamento possível, eliminando os incogitáveis. Não se pode supor que o pedido da tutela de evidência invoque tese firmada em *julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante* (inciso II). A tese do NOVO é inédita. Também não se trata, por óbvio, de *pedido reipersecutório* (inciso III).

Restam os incisos I e IV, em relação aos quais é vedada a concessão *inaudita*.¹³ Quem sabe por isso não tenham até aqui, corretamente, sido analisados.

De qualquer forma, embora em tese aplicáveis à hipótese, no presente caso não se pode falar de tutela de evidência também com fundamento nos incisos I e IV (*I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte*; *“IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável*).

¹³ “Pedido de concessão de tutela de evidência. Impossibilidade de concessão *inaudita altera parte*. Exigência de formação do contraditório. Inteligência do parágrafo único do art. 311 do CPC. Precedentes” (TJ-SP 22011224020178260000, Relator: Azuma Nishi, 25ª Câmara de Direito Privado, 23/11/2017).

A leitura clássica do “inciso I” requer *“uma conduta que denote intuito procrastinatório, como, por exemplo, requerer diligências inúteis ou a produção de provas desnecessárias”*.¹⁴ Ora, a postura da defesa se deu de forma oposta à moldura do “inciso I”. Como já demonstrado na “nota prévia” que abre a defesa, nenhuma diligência foi requerida. Não houve pedido de diligências ou produção de prova. Pelo contrário: pugnou-se pelo indeferimento profilático das provas requeridas pelos impugnantes.

Até aqui o único ato do ex-Presidente foi a apresentação da defesa – desta defesa. Incogitável que a sua mera apresentação seja classificada como *abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório*. Bem lembra Bruno BODART, *“não se pode abusar daquilo que sequer se exerceu”*.¹⁵

Há quem também entenda que no inciso primeiro está contemplada uma regra aberta. Bastaria a demonstração de *robustez dos argumentos do autor e, cumulativamente, uma defesa inconsistente*.¹⁶ A defesa do ex-Presidente LULA, definitivamente, inconsistente não é. De lado outros consistentes argumentos aqui apresentados, há três pareceres, assinados por especialistas respeitados, a demonstrar que a decisão do Comitê da ONU tem caráter vinculante. E que, por isso, é suficiente para suspender a inelegibilidade.

A propósito, basta conferir em tópico próprio o amplo debate que a decisão do Comitê provocou no mundo jurídico para constatar que há uma enorme controvérsia em torno da decisão. Não se pode falar em *defesa inconsistente*. Pode-se discordar de todos os pareceristas; de todos os

¹⁴ AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do novo CPC*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 416. No mesmo sentido, MEDINA, José Miguel Garcia. [Novo código de processo civil](#) comentado. São Paulo: RT, 2015, p. 501.

¹⁵ BODART, Bruno. *Tutela de Evidência*. São Paulo: RT, 2014, p. 116.

¹⁶ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: RT, 2017. p. 153.

professores que se pronunciaram publicamente. Não seria honesto, no entanto, sugerir *inconsistência*.

O inciso IV, por fim, orienta-se por uma lógica similar. O fato constitutivo do direito do impugnante (a condenação de LULA por órgão colegiado) está documentalmente provado. Não há dúvida. **O problema é que o ex-Presidente LULA opôs prova capaz de gerar dúvida razoável:** a decisão do Comitê da ONU. Aqui seria eventualmente o caso de tutela de evidência, explica a doutrina, se a *exceção substancial indireta*, como neste caso, não viesse acompanhada de prova documental. Se houvesse necessidade de produção de prova da *exceção substancial indireta*, aí sim poderia ser cogitada a tutela de evidência.¹⁷ No entanto, a prova documental (a decisão do Comitê) acompanha a defesa.

Todos estes argumentos são apresentados em homenagem ao pedido de tutela de evidência apresentado pelo NOVO e à própria discussão em torno do cabimento, em tese, da medida.¹⁸ Não obstante, é importante dizer – aqui na defesa técnica do ex-Presidente – que toda a doutrina do Direito Eleitoral refuta a possibilidade. No mesmo sentido caminha a jurisprudência.

José Jairo GOMES, tratando de tutela antecipada, é muito claro: “*Apesar de seu reconhecido valor para a efetividade do processo, não tem cabimento em sede de AIRC*”. O autor reconhece um *direito de fazer campanha* até a decisão final –

¹⁷ Neste sentido, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coords.), *Breves comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 797.

¹⁸ Um dos advogados signatários desta petição, Luiz Fernando Casagrande Pereira, reconhece o cabimento, em tese, de tutela de evidência e urgência em ação de impugnação de registro de candidatura, em texto publicado e referido algumas vezes na petição do NOVO. Não seria necessário consignar, mas a advocacia não provocou alteração da posição acadêmica já manifestada. Para o autor cabe, em tese, tutela de evidência. Em posição que defendeu isolado na doutrina. A análise, no entanto, é sempre casuística. Neste caso não se pode falar, pelos motivos expostos, em tutela de evidência ou mesmo em *fumus* a autorizar juízos sumários.

que seria incompatível com juízos sumários em ação de impugnação de registro de candidatura.¹⁹

Para toda a doutrina e jurisprudência, o art. 16-A entrega, na boa expressão de SOARES DA COSTA, uma *imunidade processual*.²⁰

O Tribunal Superior Eleitoral **não admite a tutela de evidência nem mesmo quando já houve julgamento em duas instâncias indeferindo o registro**. Em certo caso, pendente agravo contra decisão denegatória de recurso especial, o Ministério Público Eleitoral requereu tutela de evidência para dar eficácia imediata à decisão. O Ministro Admar Gonzaga, em **maio de 2018, negou a tutela de evidência**.²¹

Noutro caso, o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, em outubro de 2016, **negou tutela de evidência** para dar eficácia imediata à decisão de indeferimento de registro, no ambiente do recurso especial.²²

Certo é que **o TSE nunca admitiu juízos sumários (não apenas tutela de evidência) em ações de impugnação de registro de candidatura**. E é importante observar que neste caso o TSE está a julgar em instância originária. Não se trata de defender – embora defensável na interpretação literal – o

¹⁹ GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 400.

²⁰ Portanto, quando se tratar de questões tendentes ao afastamento de modo antecipado – ou mesmo quando se visa impedir candidato de participar do pleito –, regra geral, **não se aplicam os regramentos previstos pelo direito processual civil a respeito das medidas antecipatórias**, entendimento que deve ser mantido mesmo com a vigência da novel codificação. (...) Como afirmado, o entendimento veiculado, que restou sufragado na vigência do CPC de 1973, deverá ser mantido mesmo com o NCPC, porquanto se trata de medida que, em regra, nenhum prejuízo trará ao processo eleitoral: viabiliza-se o registro do candidato e a sua participação no certame, sendo que em caso de posterior reconhecimento da impossibilidade da sua participação, bastará ser alijado; **por outro lado, uma vez reconhecida a lisura de seu registro, não será ele prejudicado pela sua precoce retirada do pleito** (FISCHER, Roger. SILVA, Jaqueline Mielke. A (in)compatibilidade da tutela provisória prevista no NCPC no âmbito do direito processual eleitoral. In: AGRA, Walber de Moura. PEREIRA, Luiz Fernando. TAVARES, André Ramos (coord.). *O Direito Eleitoral e o Novo Código de Processo Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 261-262).

²¹ TSE, Recurso Especial Eleitoral nº 27840, Decisão monocrática de 21/05/2018.

²² TSE, Recurso Especial Eleitoral nº 8144, Decisão monocrática de 24/10/2016.

direito de interpor o eventual recurso ao Supremo com a garantia do efeito suspensivo, tal qual assegura o art. 16-A. A ideia, neste momento processual, é pelo menos ter o direito ao esgotamento da instância originária.

A propósito, a inicial do NOVO cita dois casos de impugnação de candidaturas em eleições presidenciais (RCPR 125 e RCPR 137). Nos dois casos os candidatos, impugnados e mesmo depois de terem os registros indeferidos pelo TSE, seguiram em campanha. Em um dos casos (RCPR 125, de Rui Costa Pimenta do PCO), houve recurso ao Supremo, não julgado antes da eleição. Ainda assim, o candidato seguiu em campanha, no horário eleitoral, e teve seu nome mantido na urna eletrônica.

Apesar da força persuasiva dos dois precedentes, o NOVO sustenta que não teria havido debate sobre a possibilidade de seguirem em campanha. De fato, não houve. Não fazia sentido que houvesse. O TSE, sem nenhuma controvérsia, apenas aplicou o então vigente art. 58 da Resolução 22.156/2006: “O candidato que tiver seu registro indeferido poderá recorrer da decisão e, enquanto estiver *sub judice*, prosseguir em sua campanha e ter seu nome mantido na urna eletrônica”. É a regra predecessora do vigente art. 16-A.

Como *in claris non fit interpretatio*, os dois candidatos seguiram em campanha. Ninguém cogitou negar vigência à regra tão clara. Foi por isso que não houve debate.

Embora não tenha havido controvérsia propriamente, no caso da RCPR nº 137 houve decisão do Ministro Cezar Peluso, em 24 de agosto de 2006, para que, nos termos da Resolução do TSE, **a então candidata impugnada, que estava sub judice, pudesse realizar todos os atos da sua campanha eleitoral, inclusive as propagandas no horário eleitoral gratuito**. Nenhuma dúvida.

A propósito, Bolsonaro e Alckmin – também impugnados nesta eleição de 2018, tal qual LULA – seguem em campanha, amparados pelo mesmo art. 16-A.

Por dever de lealdade, é verdade que agora, na eleição de 2018, surgiram três decisões isoladas, em milhares e milhares de pedidos de registro, concedendo liminares em ações de impugnação de registro de candidatura. São três casos até aqui – **que em nada se assemelham ao caso de LULA**. Em dois casos havia condenação criminal com trânsito em julgado, sem nenhuma tese de suspensão da inelegibilidade. LULA tem a decisão do Comitê da ONU, argumenta com a ausência de trânsito e julgado e ainda pode tentar as liminares do art. 26-C da LC 64/90. Outro caso, ainda mais exótico, trata de candidato que sequer eleitor seria (sem inscrição eleitoral).

Os exemplos isolados, concedidos em casos surreais, reforçam o descabimento da tutela de evidência ou qualquer medida sumária neste caso concreto do ex-Presidente.

A propósito de decisões recentes, **confirmando duas décadas de inadmissão de medidas sumárias em ações de impugnação de registro de candidatura**, há uma muito didática do TRE-DF, de 28 de agosto de 2018:

“Primeiramente, certifica-se a ausência de base legal para o deferimento do pleito provisório. A ação de impugnação de registro de candidatura encontra disciplina e rito processual próprio nos arts. 3º e seguintes da LC nº 64/90 e nos arts. 38 e seguintes da Resolução do TSE nº 23.548/18. **Em momento algum da norma processual de regência consta o cabimento de tutela provisória, muito menos, permite liminar para suspender a realização de atos de campanha e impedir o recebimento de fundos eleitorais pelos candidatos**. Inexiste previsão legal para tais intentos.”

A mesma decisão ainda chama a atenção para outro fator importantíssimo: a irreversibilidade:

“Frise-se que a legislação processual veda a concessão de liminares que impossibilite a reversibilidade da medida. (...)”

com a redução do prazo de campanha, cada dia perdido pode influenciar e prejudicar o desempenho do candidato e desequilibrar a disputa eleitoral.

O Comitê da ONU vedou o impedimento da candidatura de LULA. Se a decisão vincula ou não – tema de fundo da defesa – é algo para se decidir em plenário. O que não parece fazer sentido é *arrancar* o candidato da disputa, com óbvios efeitos irreversíveis, em decisão contra toda a jurisprudência do TSE, **a poucos dias do julgamento em plenário.**

A defesa não fez rigorosamente nada para atrasar o julgamento. Pelo contrário. Quer apenas que o plenário, competente para decidir o mérito, avalie os argumentos apresentados. Não é pedir muito.

Por fim, também não é o caso de rejeição liminar de mérito, do art. 332 do CPC, como também requer o NOVO. Em relação à inelegibilidade, também é nova a discussão em torno dos reflexos da decisão do Comitê da ONU. O dispositivo exige orientação conformada nos tribunais superiores.²³ Ora, o próprio NOVO reconhece que a tese é *nova*. Não há como invocar orientação segura em tese inédita.

06. TAMBÉM NÃO CABE TUTELA DE EVIDÊNCIA OU URGÊNCIA PORQUE HÁ UM PECULIAR SISTEMA DE REGISTRO DE CANDIDATURAS VIGENTE NO BRASIL. O RESULTADO DO DIÁLOGO ENTRE OS ART. 16-A E ART. 11, § 10º DA LEI ELEITORAL E ART. 26 DA LC 64/90

²³ “Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.”

O sistema de registro de candidaturas no Brasil é repleto de particularidades. É incontroverso na doutrina. Foi o pedido de registro da candidatura de Lula que despertou o país para o tema.

Em vários países analisados, a campanha eleitoral só tem início depois de definida a fase de registro, como no Equador e na Espanha, por exemplo. Em Portugal, de igual forma, não se inicia a fase de campanha sem terminar a fase de registro. É a ideia da cascata.²⁴

A Alemanha estabelece como data limite para decisão final sobre registro de candidatura o prazo de 48 dias antes da eleição.²⁵ Aqui no Brasil também há prazo limite para a definição (vinte dias antes da eleição – art. 16, § 1º), mas é um prazo processual impróprio, frequentemente descumprido.²⁶ Na França, eventual descumprimento do prazo limite resulta em deferimento automático da candidatura (*Si le tribunal ne s'est pas prononcé dans le délai imparti, la candidature est enregistrée*)²⁷.

Aqui no Brasil o pedido de registro de candidaturas só pode ser formalizado no primeiro dia da campanha eleitoral. Assim, a aferição das

²⁴ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da constituição*. 4ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. BARROS, Manuel Freire. *Conceito e natureza jurídica do recurso contencioso eleitoral*. 4 Coimbra: Almedina, 1998. PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão nº 322/85. Publicação: Diário da República, II série, n. 88, de 16/04/1986. PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão nº 35/86. Publicação: Diário da República, II série, n. 109, de 15/05/1986. Apud: FRASCATI, Jacqueline Sophie Perito Guhur. Notas para a compreensão do contencioso da apresentação ou registro das candidaturas das eleições políticas, sob o enfoque dos ordenamentos jurídicos português e brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 58, p. 174, jan. 2007.

²⁵ MIRANDA, Jorge. *Leis eleitorais para os parlamentos dos países da União Europeia*. Lisboa: Imprensa Nacional: 1998. p. 29-31.

²⁶ Sobre a dificuldade de se cumprir este prazo, conferir VALENTE, Luiz Ismaelino; SALES, José Edvaldo Pereira. O registro de candidatos (artigos 10 ao 16-B). In: PINHEIRO, Célia Regina de Lima; SALES, José Edvaldo Pereira; FREITAS, Juliana Rodrigues. *Comentários à lei das eleições*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 62.

²⁷ “Se o tribunal não tiver se pronunciado dentro do prazo estabelecido, a candidatura é registrada” (tradução livre).

condições de elegibilidade e eventuais inelegibilidades só podem ser examinadas em processo que tramita em paralelo à campanha eleitoral. Esta concomitância é incompreendida por muitos, mas é o sistema vigente.

O tema ganhou maior relevância com a redução do período de campanha eleitoral pela Lei 13.165/2015. Se a Justiça Eleitoral tinha 70 dias para julgar todos os processos de registro (20 dias antes da eleição), agora passou a ter apenas 25 dias. Não por acaso, o TSE divulgou que 145 prefeitos se elegeram com registros *sub judice* em 2016. E a eleição *sub judice* é outra manifestação do sistema.

Ao candidato, no entanto, não se pode impor qualquer ônus que decorre do sistema escolhido pelo Congresso Nacional. Se não há como pedir o registro antes, o ônus da demora do julgamento do processo de registro não pode recair sobre o candidato. É com esta lógica subjacente que foi concebido o art. 16-A da Lei Eleitoral: “*O candidato cujo registro esteja sub judice poderá efetuar todos os atos relativos à campanha eleitoral (...)*”. Nem poderia ser diferente.

Ora, o ex-Presidente LULA requereu o registro de candidatura no prazo do calendário eleitoral. Sofreu dezessete impugnações. No prazo legal, apresenta defesa. Uma defesa consistente, com uma *exceção processual* (prejudicialidade), duas *exceções substanciais diretas* (filtragem constitucional da inelegibilidade antecipada e sindicabilidade do título condenatório) e uma *exceção substancial indireta* (a suspensão da inelegibilidade pelo Comitê da ONU). E ainda pode requerer a suspensão da suposta inelegibilidade (que é provisória) ao STJ e STF.

Não houve pedido de produção de prova. O ex-Presidente quer o julgamento – que pode demorar alguns dias. Se perder, pode recorrer ao Supremo (há temas de índole constitucional). Exatamente porque a Justiça Eleitoral leva tempo (um tempo que o candidato não deu causa) é que o art.

16-A garante a realização de todos os atos de campanha até o julgamento do processo, com todas as garantias inerentes aos status de candidato.

É o que explica Rodrigo Lopes ZILIO: “A preocupação da Corte Superior é permitir que o candidato, enquanto estiver postulando judicialmente o seu registro para a disputa do pleito, mantenha o seu direito de prosseguir praticando, de modo pleno, todos os atos inerentes à campanha eleitoral”.²⁸ Como poderia ser diferente? O art. 16-A apenas garante que o candidato não seja penalizado pelo tempo do julgamento que não lhe pode ser imposto.

Logo depois da edição da Lei da Ficha Limpa, responsável pela antecipação do momento da eficácia da inelegibilidade, houve quem defendesse que a garantia da prática dos atos de campanha, prevista no art. 16-A, só seria assegurada até decisão colegiada em torno do registro. O TSE refutou a ideia. E reafirmou que a *imunidade processual* (expressão de Adriano SOARES DA COSTA) valia enquanto o registro estivesse *sub judice*.²⁹ Neste julgamento, unânime, o TSE consignou:

Assim, a discussão sobre a viabilidade de candidatura deve observar o devido processo legal, **não se podendo adotar soluções drásticas que impliquem afronta a direito dos candidatos, partidos e coligações.**(...)

O que não se pode é negar-lhe o direito de prosseguir na campanha eleitoral, **cujas eventual medida proibitiva implicará flagrante e irreparável prejuízo.**

²⁸ ZILIO, Rodrigo López. Nulidade dos votos no sistema proporcional: eficácia e efeitos da decisão judicial. *Revista Brasileira de Direito Eleitoral – RBDE*. Belo Horizonte, ano 5, n. 8, jan./jun. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=96272>>. Acesso em: 20 out. 2017.

²⁹ “*não se pode - com base na nova redação do art. 15 da Lei Complementar nº 64/90, dada pela Lei Complementar nº 135/2010 - concluir pela possibilidade de cancelamento imediato da candidatura, com a proibição de realização de todos os atos de propaganda eleitoral, em virtude de decisão por órgão colegiado no processo de registro*”. (TSE, Agravo Regimental em Reclamação nº 87629, Relator(a) Min. ARNALDO VERSIANI, 4/10/2012).

Como impor a LULA uma solução drástica, proibitiva de fazer campanha, *implicando flagrante e irreparável prejuízo*, se não é possível lhe atribuir nenhum atraso no julgamento do seu pedido de registro? Seria esvaziar todo o conteúdo normativo do art. 16-A.

Há outro elemento de instabilização do sistema de registro de candidaturas no Brasil que também não é atribuível a LULA ou a qualquer outro candidato. Os requisitos negativos e positivos não necessariamente devem estar presentes no momento do pedido de registro de candidatura. Isso porque o § 10º do art. 11 da Lei das Eleições prevê que “[...] *as causas de inelegibilidade devem ser aferidas no momento da formalização do pedido de registro da candidatura, ressalvadas as alterações, fáticas ou jurídicas, supervenientes ao registro que afastem a inelegibilidade*”.

LULA, como qualquer outro candidato, pode pedir o registro de candidatura e buscar, concomitantemente, a suspensão da inelegibilidade. Pode buscar a *alteração jurídica superveniente que afaste a inelegibilidade*. Dos 145 candidatos que se elegeram em 2016 com o registro indeferido, 98 conseguiram uma alteração fática ou jurídica superveniente após a eleição, apenas antes da diplomação. Reverteram o indeferimento do registro, foram diplomados, tomaram posse e exercem o mandato.

O TSE não apenas sempre aplicou o §10º do art. 11, como gradativamente passou a aceitar alterações cada vez mais tardias para restabelecer a elegibilidade. Atualmente a alteração pode se dar até a diplomação. O enunciado jurisprudencial que orienta a admissão desta alteração tardia é enfático: “Negar o fato superveniente que afasta a inelegibilidade constitui grave violação à soberania popular” (ED em RO nº 29432).

Condenado por decisão colegiada, LULA requereu a suspensão da inelegibilidade tanto no recurso especial quanto no recurso extraordinário, como manda o art. 26-C, dispositivo a seguir analisado. Os recursos

demoraram a subir aos tribunais superiores. Diante disso, em julho de 2018, o ex-Presidente foi ao Comitê de Direitos Humanos da ONU, relatou o impedimento a sua candidatura e obteve uma *interim measure*. O pedido de registro foi formalizado no dia 15 de agosto; a decisão do Comitê é do dia 17 do mesmo mês, dois dias depois.

Para os pareceristas do caso (PEREGRINO e MEZZAROBÀ), *“a decisão (...) pode, em uma interpretação harmônica com o ordenamento interno, ser considerada como decisão do art. 26-C, da Lei Complementar 64, como alteração fática e jurídica para suspender a inelegibilidade (art. 11, § 10, Lei n. 9.504/97), porquanto seu caráter cautelar é idêntico ao efeito suspensivo alinhavado na lei nacional”*.

É dizer: LULA obteve uma *alteração superveniente* que deve repercutir no registro. Desprezar esta alteração, na posição firme do TSE, constituiria **“grave violação à soberania popular”** (ED em RO nº 29432).

O TSE pode reputar *não vinculante* a decisão do Comitê, o que não se espera – é claro (isso será tratado em ponto específico). Até porque a recusa ao cumprimento *“gerará responsabilidade internacional do estado brasileiro”*, dizem os pareceristas. Agora, se a decisão não repercutir aqui no TSE na forma como deveria repercutir – segundo os pareceristas –, renasce o interesse de agir de LULA em requerer medidas cautelares do art. 26-C da LC 64/90. E ainda em tempo, pois o TSE manda esperar a diplomação.

Foi a partir das eleições de 2014 que o Tribunal Superior Eleitoral firmou este entendimento, segundo o qual **“as circunstâncias fáticas e jurídicas supervenientes ao registro de candidatura que afastem a inelegibilidade, (...) podem ser conhecidas em qualquer grau de jurisdição, inclusive nas instâncias extraordinárias, até a data da diplomação”**³⁰. Pela orientação prevalente do TSE,

³⁰ Recurso Especial Eleitoral nº 12206, Acórdão, Relator(a) Min. ADMAR GONZAGA, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 15/08/2017, e Recurso Especial Eleitoral nº 7277, Acórdão, Relator(a) Min. ADMAR GONZAGA, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 15/08/2017 e Recurso

portanto, LULA tem até a diplomação (em 19 de dezembro) para reverter a inelegibilidade (se assim já não entender o TSE pela decisão do Comitê). Basta que demonstre a plausibilidade dos recursos interpostos ao STJ/STF.

É bom que haja esta indefinição? Parece óbvio que não. No entanto, a instabilidade não pode ser atribuída a LULA. O ex-Presidente foi condenado rapidamente pelo TRF4. Recorreu e pediu a suspensão da inelegibilidade. Os recursos não subiram. Requereu, então, a suspensão da inelegibilidade no Comitê do ONU. Obteve a medida dois dias depois do registro.

LULA atuou rigorosamente no trilho do sistema vigente. E vigente para todos.

O problema, em verdade, está com a *disfuncionalidade* da própria Lei da Ficha Limpa. Há um descompasso entre o momento da liberação da eficácia da inelegibilidade e o julgamento final. Neste intervalo entra em cena o art. 26-C – responsável por suspender ou não a inelegibilidade por intermédio da *régua imprecisa da plausibilidade, do cálculo de probabilidade*, na expressão de Calamandrei.³¹

A inelegibilidade, no Brasil, é decidida pelo *aleatório momento da condenação provisória do colegiado* (no caso de LULA a definição temporal ficou com o TRF4) e a posterior *análise subjetiva e sumária do grau de verossimilhança de um recurso*. É um critério quase *lotérico; algorítmico*. É ruim para a democracia.

O Ministro Fux, comentando o art. 26-C em livro de Direito Eleitoral, explica que “*a ratio essendi do preceito é precisamente permitir que o pretense*

Especial Eleitoral nº 27017, Acórdão, Relator(a) Min. ADMAR GONZAGA, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 15/08/2017.

³¹ CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistematico de las providencias cautelares*, p. 36.

candidato, sempre que houver fumus boni iuris, prossiga na corrida eleitoral".³² Sempre que houver *fumus boni iuris*; é a senha do registro de candidatura no Brasil.

O recurso especial do ex-Presidente LULA está admitido. Já é sinal claro de plausibilidade, dado o exíguo número de recursos especiais admitidos. E também foi considerado plausível por dezenas de juristas que trataram do tema, inclusive em dois livros publicados sobre as decisões (de primeira e segunda instâncias).³³

No mesmo sentido, os pareceristas da área penal identificaram plausibilidade em pelo menos três teses: atipicidade dos crimes de corrupção e lavagem e prescrição também em relação aos dois tipos. Até aqui não houve pronunciamento do STJ e do STF sobre a plausibilidade exigida pela dicção do art. 26-C, pelas razões já explicitadas.

6.1 Análise jurimétrica da realidade imposta por um regime instável de registro de candidatura no Brasil. Alguns casos concretos similares

Milhares de candidatos de 2010 para cá (Lei da Ficha Limpa) disputaram a eleição antes da decisão final sobre o registro. Todos eles tiveram o direito de fazer campanha inclusive no horário eleitoral gratuito, além de constar em urna eletrônica. É o que manda o art. 16-A e o § 10º do art. 11 da Lei Eleitoral,

³² FRAZÃO, Carlos Eduardo; FUX, Luiz. *Novos paradigmas do Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 257-258. Também sobre o tema, conferir, CHEIM JORGE, Flávio; SANTOS, Ludgero Ferreira Liberato dos. *A suspensão da inelegibilidade advinda das decisões judiciais e atribuição de efeito suspensivo aos recursos*. Revista de Processo. vol. 215. p. 13. Jan/2013DTR\2013\367.

³³ Vale conferir os dois livros publicados sobre o tema, em versão digital.

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Comentarios-a-uma-Sentenca-Anunciada.pdf

<https://www.alainet.org/pt/articulo/194715>

combinado com o art. 26-C da LC 64/90, nos termos expostos no tópico anterior.

2016

DADOS: Dos 145 candidatos que foram eleitos nas urnas estando com o registro indeferido na Justiça Eleitoral, 98 candidatos reverteram o indeferimento do registro, ou seja, cerca de 70% obtiveram sucesso em decisões judiciais após o pleito.

Eleições de 2012, 2014 e 2016 no Estado de São Paulo

DADOS: 109 candidatos a prefeito e vereador disputaram o pleito com o registro indeferido, recorrendo aos tribunais superiores. Deste número, 60 candidatos, ou seja, 55% do total dos indeferidos, reverteram, em âmbito recursal, o indeferimento de registro de suas candidaturas durante o processo eleitoral.

De 2010 até o momento, foram encontradas cerca de 70 decisões do TSE (entre monocráticas e colegiadas) em que o registro de candidato supostamente inelegível foi primeiramente indeferido, mas que, no decorrer da disputa eleitoral, sobreveio uma suspensão judicial da inelegibilidade, seja fundada no poder geral de cautela, seja **no art. 26-C**.

Alguns casos aleatoriamente escolhidos

2010 – O candidato ao Senado pelo Estado de Rondônia, **Ivo Cassol** teve sua condenação suspensa pelo TSE em 19/11/2008 (antes da diplomação) possibilitando o deferimento do registro (AgR em RO nº 91145).

2014 – O candidato ao Governo do Estado do Tocantins, **Ataídes de Oliveira** obteve liminar deferida pelo TSE em 31/07/2014, suspendendo todos os efeitos da condenação e possibilitando o deferimento de seu registro (Recurso Ordinário n.º 26810).

2016 – **Galileu Teixeira Machado (PMDB)** disputou toda a eleição de 2016 em Divinópolis/MG com o registro indeferido por condenação em segunda instância. Em 06/12/2016 (antes de diplomação) obteve liminar do STJ suspendendo sua inelegibilidade, levando o TSE a permitir que fosse empossado prefeito daquele município como candidato mais votado (Recurso Especial Eleitoral nº 28462).

2016 – **Claudio Linhares (PMDB)** disputou todo o pleito com o registro indeferido em função de condenação em segunda instância, obtendo liminar no STJ para suspender os efeitos da inelegibilidade em 14/12/2016 (antes da diplomação). O TSE reverteu o indeferimento de seu registro e possibilitou que assumisse o cargo para prefeito de Conceição de Macabu/RJ (Recurso Especial Eleitoral nº 6288).

2016 – O candidato **Zé Roberto (PSC)** disputou toda a eleição de 2016 em Leopoldina/MG com o registro indeferido, sendo que em 06/12/2016 (antes da diplomação) obteve decisão no STJ que reconheceu a extinção da punibilidade e permitiu a posse como prefeito (Recurso Especial Eleitoral nº 51342).

2016 - **José Salim Haggi Neto (PMDB)** disputou todo o pleito com o registro indeferido em função de condenação em segunda instância, obtendo efeito suspensivo para afastar os efeitos inerentes à condenação criminal no TJ/PR em 17/11/2016 (antes da diplomação). O TSE reverteu o indeferimento de seu

registro e possibilitou que assumisse o cargo (Recurso Especial Eleitoral nº 6338).

2018 – O Deputado Federal José Rodrigues (PSD), que cumpria pena em regime semiaberto, obteve liminar do STJ em **14/08/2018** (um dia antes de encerrar os registros de candidatura) para suspender todos os efeitos de sua condenação, permitindo sua candidatura à reeleição. (AgR no HC 454.580)

Outros três casos ainda mais emblemáticos

Caso 01

Em 2012, Romário Vieira da Rocha foi candidato à reeleição ao cargo de Prefeito pela cidade de Corumbá/GO. Estava condenado criminalmente por órgão colegiado e, por isso, supostamente incurso na mesma inelegibilidade da alínea “e”. Contra tal decisão, Romário interpôs recurso especial. Sustentou a necessidade de suspensão cautelar da inelegibilidade, diante da plausibilidade das teses do recurso. O registro foi indeferido pelo Juiz eleitoral.

O TRE de Goiás manteve o indeferimento. Com fundamento no art. 16-A, seguiu em campanha. Em 06 de setembro de 2012, faltando um mês para a eleição, o **Ministro Jorge Mussi**, atualmente no TSE, reconheceu a plausibilidade do recurso especial interposto ao STJ e deferiu a suspensão da inelegibilidade com fundamento no art. 26-C. A tese reputada plausível pelo Ministro Mussi dizia com a eventual prescrição.

O recuso especial de LULA, entre outros fundamentos, requer o reconhecimento da prescrição. O parecer dos criminalistas defende a plausibilidade da tese da prescrição à luz da jurisprudência do próprio STJ.

Com a decisão liminar do ministro Mussi, o então candidato deu a notícia ao TRE – que apreciava os embargos de declaração – e teve o registro deferido (art. 11, §10º da Lei n.º 9.504/97). Venceu a eleição, foi diplomado e exerceu o mandato.

Caso 2

Em 2010, Maria Isaura Lemos era candidata a deputada estadual pelo estado de Goiás. Dias antes do pedido de registro estava condenada em improbidade administrativa, por órgão colegiado. Inelegível, portanto. A acusação era de se apropriar de salário de funcionários fantasmas.

Contra a decisão do TJ-GO, havia um recurso extraordinário inadmitido – como inadmitido está o RE de Lula. Na pendência do agravo em RE, foi ao Supremo e pediu a suspensão da inelegibilidade (AI 709634). Avaliando plausíveis as teses do RE, o **Ministro Dias Toffoli** concedeu a liminar. O registro da candidata foi deferido, ganhou a eleição, exerceu o mandato e se reelegeu na eleição seguinte.

Caso 3

Carlos Alberto Pereira, então prefeito do Município de Lavras, foi acusado de desvio de recursos do FUNDEF. Foi condenado em primeira instância, decisão confirmada pelo Tribunal de Justiça mineiro. Interpôs recurso especial – inadmitido. O recurso especial de Lula está admitido.

Houve a interposição de agravo em RESP. O pedido de registro se deu com a inelegibilidade eficaz. Em nove de agosto, o **Ministro Luiz Fux**, então no STJ, reconheceu a plausibilidade da tese veiculada no recurso especial (mesmo inadmitido) e suspendeu a inelegibilidade do então candidato a deputado federal. Fez toda a campanha e ficou na primeira suplência.

07. EXCEÇÕES PROCESSUAIS E SUBSTANCIAIS

7.1 A suspensão superveniente de inelegibilidade. A *interim measure* do Comitê de Direitos Humanos da ONU

O Comitê é o órgão cuja jurisdição foi expressamente prevista pelo próprio pacto de direitos civis e políticos, subscrito pelo Brasil (decreto legislativo nº 226/91) – garantia institucional fixada pelo próprio tratado – corpo responsável pela fiscalização do cumprimento, pelos países aderentes, dos direitos previstos no pacto – “treaty body” que, ao lado das “international courts”, compõe o sistema internacional de proteção dos direitos humanos – imperiosa aplicação, ao caso, após a oitiva de todos os autores, das normas do art. 11, § 10º da lei nº 9.504/97 e do art. 26-c da LC nº 64/90 – da suspensão da inelegibilidade e do deferimento do registro de candidatura do requerente.

Antes de impugnar, em termos fundados, a suposta inelegibilidade atribuída a este candidato a Presidente da República, cumpre registrar, por relevante, a existência de uma exceção substancial indireta, consistente no advento de *fato superveniente*, suficiente e eficiente para afastar qualquer óbice à candidatura do ex-Presidente (art. 11, § 10º da Lei nº 9.504/97, c/c art. 26-C da LC nº 64/90), em especial o óbice decorrente da condenação criminal em segundo instância.

Trata-se do **excepcionalíssimo** deferimento de providência acautelatória (*interim measure*) pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU, que requisitou ao Brasil, formalmente, que libere a candidatura de LULA, até que os recursos já interpostos contra sua condenação criminal sejam julgados (em um processo justo).

Tal medida excepcionalíssima – que por nenhum modo é banalizada ou vulgarizada pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU e que apenas é adotada

em situações revestidas de inquestionável gravidade – foi proferida na perspectiva de procedimento ainda em curso perante aquele Comitê (e no qual são veiculadas diversas violações, pelo Brasil, ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos). E precisamente em razão da plausibilidade das alegações lá apresentadas.

7.2 Uma síntese da representação individual. Nos dois anos de tramitação, há três manifestações do Estado brasileiro reconhecendo a submissão às decisões do Comitê

Em julho de 2016, há 02 anos, LULA, por seus advogados, formalizou representação individual perante o Comitê de Direitos Humanos na ONU, corpo responsável pela implementação do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

Sustentou-se, em síntese, que a condução da Ação Penal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, processo criminal contra si instaurado e em curso perante a 13ª Vara Federal de Curitiba e que desembocou na suposta causa de inelegibilidade invocada pelos impugnantes, estava a ofender o art. 9º (1) (proteção contra prisão ou detenção arbitrária); o art. 14 (1) (direito a um julgamento independente e imparcial); o art. 14 (2) (direito à presunção de inocência) e o art. 17 (proteção contra indevida invasão da privacidade e contra indevidos ataques à honra e reputação)³⁴, todos do PIDCP.

³⁴ ARTIGO 14

1. Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. A imprensa e o público poderão ser excluídos de parte da totalidade de um julgamento, quer por motivo de moral pública, de ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das Partes o exija, que na medida em que isso seja estritamente necessário na opinião da justiça, em circunstâncias específicas, nas quais a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça; entretanto, qualquer sentença proferida em matéria penal ou civil deverá torna-se pública, a menos que o interesse

Dessa representação, **foi formalmente comunicado o Estado Brasileiro que, em janeiro de 2017, apresentou extensa peça de manifestação, em cujas 57 laudas** defendeu que a representação individual movida por este ex-Presidente não poderia ser conhecida, por não ter ele esgotado todas as vias de irresignação previstas no âmbito judicial doméstico, o que violaria os art. 2 e 5 (2)(b) do Protocolo Adicional ao Pacto³⁵, a estabelecer verdadeira regra de subsidiariedade da jurisdição internacional do Comitê.

Superado o óbice da subsidiariedade, o Estado Brasileiro, desde logo, manifestou-se sobre o **mérito de cada uma das quatro violações ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos apontadas por este candidato**, concluindo seu arrazoado nos seguintes termos (tradução livre)³⁶:

de menores exija procedimento oposto, ou processo diga respeito à controvérsia matrimoniais ou à tutela de menores.

2. Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa (...).

ARTIGO 17

1. Ninguém poderá ser objetivo de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação.

2. Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas.

³⁵ ARTIGO 2º

Ressalvado o disposto no artigo 1º os indivíduos que se considerem vítimas da violação de qualquer dos direitos enunciados no Pacto e que tenham **esgotado todos os recursos internos disponíveis** podem apresentar uma comunicação escrita ao Comitê para que este a examine (...).

ARTIGO 5º (...)

2. O Comitê **não examinará** nenhuma comunicação de um indivíduo sem se assegurar de que:

a) A mesma questão não esteja sendo examinada por outra instância internacional de inquérito ou de decisão;

b) **O indivíduo esgotou** os recursos internos disponíveis. Esta regra não se aplica se a aplicação desses recursos é injustificadamente prolongada.

³⁶ Todos os documentos em língua estrangeira anexados à presente defesa estarão acompanhados, nos termos do art. 192 parágrafo único do CPC, da respectiva tradução juramentada. No entanto, considerada a exiguidade do prazo defensivo e a confecção deste arrazoado em momento ainda **ANTERIOR** ao recebimento da tradução oficial, serão utilizadas, ao longo do corpo do texto, traduções

“Por todas as razões acima, o Estado Brasileiro requer a este honorável Comitê de Direitos Humanos reconheça a impossibilidade de analisar o mérito dos pedidos do aplicante, tendo em vista o não esaurimento de todos os recursos internos disponibilizados a ele pelo Estado Brasileiro, em clara violação ao Protocolo Adicional ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigos 2 e 5 (2)(b) c/c artigo 96 (f) das Regras de Procedimento do Comitê de Direitos Humanos.

(...)

O Estado Brasileiro aproveita a oportunidade para reiterar seu compromisso com o Sistema de Direitos Humanos das Nações Unidas e com este honorável Comitê de Direitos Humanos em particular”.

Interessante registrar, por oportuno, que, em tal substancial manifestação defensiva, o Estado Brasileiro não apenas reiterou “seu compromisso com o Sistema de Direitos Humanos das Nações Unidas” e com o “honorável Comitê de Direitos Humanos, em particular”.

Mais do que isso, em tal arrazoado, o Brasil expressamente **reconheceu não apenas a força vinculativa do Pacto Internacional** (Decreto Legislativo nº 226), mas, por igual, **do Protocolo Opcional** (aprovado pelo Decreto Legislativo nº 311), por meio do qual os países aderentes passaram a reconhecer a legitimidade do Comitê não apenas para o recebimento de reclamações entre Estados membros, mas, por igual, para o recebimento de **reclamações individuais formuladas por cidadãos dos Estados aderentes ao Pacto.**

livres, que poderão, ao final, em caso de dúvida por parte deste E. Tribunal Superior, ser cotejadas com o laudo final.

Eis o que corretamente consignou o Estado Brasileiro, na **primeira de suas 03** intervenções no procedimento (tradução livre):

“A comunicação de Luiz Inácio Lula da Silva contra o Brasil perante o Comitê é baseada no Protocolo Opcional ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), promulgado no Brasil pelo Decreto 311 de 16 de junho de 2009. Muito embora o Protocolo ainda não tenha força interna, isso não afeta sua validade internacional em relação ao Brasil. Interessante, a validade interna do Protocolo ainda não ocorreu em razão da falta de Decreto Presidencial, que deveria ser publicado no Diário Oficial (...).

(...).

O fato é que qualquer cidadão pode encaminhar uma comunicação individual perante este Comitê. Esse é um importante direito para qualquer um nos Estados partes. Como consequência, os Estados devem providenciar uma resposta a qualquer comunicação, que é o que o Brasil está a fazer (...).”

Após essa primeira manifestação do Estado Brasileiro, de janeiro de 2017, foram apresentadas novas manifestações por este ex-Presidente da República: uma primeira, de **maio de 2017**, em que foram replicados os pontos “defensivos” constantes da peça brasileira; um segundo arrazoado, de **outubro de 2017**, com novas atualizações sobre o desenrolar do feito criminal, com o reforço das violações ao Pacto inicialmente denunciadas.

É dizer, **oito meses após sua primeira intervenção**, o Estado Brasileiro, comunicado de todas as peças deste candidato, encaminhou ao Comitê de Direitos Humanos da ONU, **por meio de sua Missão Permanente junto ao Escritório da ONU**, “**observações adicionais**”, nas quais, em 34 laudas, voltou a impugnar as alegações deste requerente.

Nesse segundo arrazoado, **a Missão Permanente do Brasil junto ao Escritório da ONU** voltou a reafirmar “o comprometimento da República

Federativa do Brasil com o Sistema de Direitos Humanos da ONU e com o honrado Comitê". E novamente destacou a **submissão integral** do Estado Brasileiro, não apenas aos direitos assegurados no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, mas, por igual, **ao Protocolo Facultativo ao Pacto e à possibilidade de acionamento do Comitê via representações individuais, tal como no caso** (tradução livre):

Nos termos do Protocolo Opcional ao Pacto, promulgado no Brasil pelo Decreto 311/2009, a República Federativa do Brasil 'reconhece a competência do Comitê para receber e analisar comunicações de indivíduos sujeitos à sua jurisdição que aleguem ser vítimas de violação a qualquer dos direitos garantidos pelo Pacto por parte de determinado Estado membro.'"

A essa altura, cumpre registrar que a representação individual movida por LULA já havia sido objeto de denso escrutínio por parte do Estado Brasileiro e que, passados um ano e dois meses desde sua apresentação, nenhum pronunciamento havia sido expedido pelo Comitê de Direitos Humanos.

Em abril de 2018, a Missão Permanente do Brasil no Escritório das Nações Unidas em Genebra apresentou novas "*observações adicionais*", nas quais se apresenta impugnação a cada uma das alegações deste ex-Presidente e, uma vez mais, reafirma-se que "*em razão do Protocolo Opcional ao Pacto sobre Direitos Civis e Políticos, promulgado pelo Brasil pelo Decreto nº 311/2009, a República Federativa do Brasil 'reconhece a competência do Comitê para receber e considerar comunicações de indivíduos submetidos à sua jurisdição que reclamem ser vítimas de violação, por Estado membro, a qualquer dos direitos garantidos pelo Pacto'*" (tradução livre).

Nesse mesmo mês de abril de 2018, ou seja, transcorridos um ano e nove meses desde o protocolo da representação individual, sem que nenhuma

decisão tivesse sido proferida pelo Comitê, este ex-Presidente, pela primeira vez, estando na iminência de ser recolhido ao cárcere, apresentou requerimento de *medida de urgência (interim measure)*. Invocou, com base no art. 25 do PIDCP, *o direito de ser candidato nas eleições de outubro de 2018*, sem que lhe fossem impostas indevidas restrições, extraídas de condenação criminal proferida em processo repleto de vícios e violações.

Em tal arrazoado, após terem sido destacados os vícios inerentes à sua condenação criminal, o ora defendente registrou que o risco de “*ser barrado de disputar as eleições presidenciais de 2018, o que demonstra que a medida (liminar) deve ser tomada urgentemente*”. Daí o pedido de medida de urgência, redigido nos seguintes termos (tradução livre):

“A situação evidentemente revela a necessidade de o Comitê de Direitos Humanos evitar que Lula sofra qualquer restrição relativa ao seu direito à liberdade e aos seus direitos políticos, até que este Comitê decida sobre a admissibilidade e (se o juízo de admissibilidade vier a ser positivo) sobre o mérito de suas alegações, relativas a evidentes violações de suas garantias individuais relatadas na Comunicação Individual e, posteriormente, reiteradas pelas outras petições e evidências”

Apenas um mês e meio depois desse pedido de urgência, em 22 de maio de 2018, sobreveio manifestação do Comitê de Direitos Humanos da ONU, na qual aquele importante corpo integrante do Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos registrou o seguinte (tradução livre):

1. Que “o pedido havia sido transmitido ao Estado membro, a título de informação”;
2. Que, “nos termos da regra 92 das Regras de Procedimento do Comitê, o Comitê pode requerer ao Estado membro que adote medidas de urgência para evitar dano irreparável à vítima da alegada violação. Que isso inclui medidas para assegurar que a efetividade das deliberações do

Comitê não seja frustrada, caso venha a ser encontrada qualquer violação ao Pacto”;

3. Que o “Comitê tomou conhecimento das alegações do autor. E que também tem conhecimento do legítimo interesse do Estado membro em efetivamente combater atos de corrupção, assegurando que os responsáveis sejam levados à Justiça e adequadamente sancionados em processos judiciais justos”;
4. Que o “Comitê também tomou conhecimento do pedido de medida de urgência apresentado pelo autor e da alegação de que sua prisão poderia evitar sua participação na campanha política das eleições presidenciais de 2018 (...)”.

A despeito de todas essas considerações, o Comitê, nesse mesmo pronunciamento de 22/05/2018, indeferiu o pedido de medida de urgência veiculado por este ex-Presidente, o que fez com base nas seguintes ponderações (tradução livre):

“O Comitê considera que as informações fornecidas no pedido não autorizam o Comitê a concluir, nesse momento, no que se refere ao pedido de interim measures, que os fatos relatados colocariam o autor em situação de risco de dano irreparável, ou que eles evitariam ou frustrariam os efeitos de uma futura deliberação do Comitê. Assim, o Comitê, através do seu Special Rapporteurs on New Communications and Interim Measures decidiu não acolher o pedido de interim measure, fundado no art. 92 das Regras de Procedimento do Comitê”.

Nesse mesmo pronunciamento, a despeito do inicial indeferimento do pedido de urgência, o Comitê expressamente *“rememorou o Estado membro que é incompatível com as obrigações firmadas no Protocolo Opcional que um Estado membro tome qualquer iniciativa que impeça ou frustre posterior consideração*

do Comitê sobre uma comunicação em que se alega violação ao Pacto, ou que interprete suas considerações de forma fútil e desvestida de valor”.

Por fim, o Comitê optou por reunir a admissibilidade da representação individual e suas alegações de mérito para uma análise conjunta, tendo, ainda, intimado o Estado Brasileiro para nova manifestação, no prazo de 06 meses.

De se ver, portanto, que não houve qualquer atuação que possa ser indevidamente tachada como açodada por parte do Comitê de Direitos Humanos da ONU, que apenas emitiu pronunciamento sobre as manifestações deste ex-Presidente quase dois anos após o ajuizamento de sua reclamação individual e após três manifestações do Estado Brasileiro.

Ainda assim, o primeiro pedido de tutela de urgência (pedido excepcionalíssimo na prática jurisprudencial do Comitê) foi indeferido, não sem que antes o Estado Brasileiro **fosse alertado da total ilegitimidade de qualquer comportamento voltado a esvaziar futuras deliberações do Comitê ou a vulgarizar e diminuir sua importância.**

Pois bem, em 22 de julho de 2018 a defesa de LULA, considerada a proximidade do pleito eleitoral, a persistente indefinição de sua situação jurídica, as limitações a seu direito fundamental de participação política e o risco sua “desqualificação” pela Justiça Eleitoral, **veiculou novo pedido de tutela de urgência**, o que fez nos seguintes termos (tradução livre):

“Por essas razões, pede-se a este honorável Comitê, respeitosamente, a título de ‘interim measure’, uma determinação ao Estado membro, para que, até que as apelações de Lula sejam decididas pela Suprema Corte e pelo Superior Tribunal de Justiça:

a) Ele seja libertado e permitido a fazer campanha para as eleições Presidenciais de 07 de outubro;

b) Não seja o autor desabilitado como candidato, até que sua condenação seja confirmada pela Suprema Corte e pelo Superior Tribunal de Justiça”.

Tais pedidos de urgência, insista-se, fundavam-se na plausibilidade das alegações levadas ao Comitê – no sentido de que a condenação imposta a este ex-Presidente é inválida, porque derivada de um processo com múltiplas violações ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos – e no risco de perecimento do direito deste defendente, com o esvaziamento de eventual futura decisão do Comitê nesse sentido.

E apenas então, em caráter absolutamente excepcional, considerada a gravidade da situação que vinha sendo narrada há mais de dois anos (desde julho de 2016), além do risco de dano irreparável, após a apresentação de 03 manifestações pelo Estado Brasileiro, o Comitê de Direitos Humanos ACOLHEU a pretensão deste defendente e deferiu-lhe a tutela de urgência, o que fez nos termos do seguinte comunicado (tradução livre):

*“O Comitê, através de seu ‘Special Rapporteurs on New Communications and Interim Measures, tomou conhecimento das alegações de 27 de julho de 2018 e concluiu que os fatos ali narrados indicam a existência de possível dano irreparável aos direitos do autor protegidos pelo artigo 25 do Pacto. Assim, estando o caso do autor sob consideração do Comitê, nos termos da regra 92 das suas regras de procedimento, o Comitê **requereu ao Brasil a adoção de todas as medidas necessárias para assegurar que o autor desfrute e exercite seus direitos políticos enquanto preso, na condição de candidato nas eleições presidenciais de 2018, até que os recursos pendentes que buscam a revisão da condenação sejam julgados em um processo justo e a condenação se torne final”.***

Tal decisão, frise-se, não foi tomada num contexto de açoitamento: ela foi adotada dois anos depois do início do processo, após inúmeras manifestações de ambas as partes e, ainda, após um inicial indeferimento de pedido assemelhado, formulado um pouco antes.

Tal decisão, ainda, **não foi tomada sem prévia oitiva do Estado Brasileiro**. Muito antes pelo contrário, **foram 03 longas prévias manifestações**, 02 delas provenientes da própria Missão Permanente do Brasil junto ao Escritório da ONU e outras Organizações Internacionais em Genebra.

Em todas essas manifestações formais, o Estado Brasileiro **expressamente reconheceu sua submissão à jurisdição do Comitê**, tendo ainda expressamente reconhecido que o Decreto nº 311/09 já tornava o Brasil, por ato de soberania, **obrigado e vinculado também ao Protocolo Facultativo ao Pacto**. Até porque *“qualquer cidadão pode formalizar uma comunicação perante o Comitê. Esse é um importante direito para todos os cidadãos dos Estados membro. Como consequência, os Estados devem providenciar uma resposta a tais comunicações, que é o que o Brasil está a fazer agora”* (texto da primeira manifestação brasileira).

Finalmente, todo esse relato fático demonstra que a medida de urgência exarada pelo Comitê (*interim measure*) apenas foi adotada num momento em que a possibilidade de acolhimento da representação individual movida por este ex-Presidente justificava a suspensão de um único efeito derivado de uma condenação ainda não definitiva, mas possivelmente prolatada no contexto de um processo conduzido com fortes violações ao Pacto: a proibição de participação nas eleições presidenciais de 2018 e a possibilidade de praticar atos de campanha.

O Comitê, portanto, não determinou a soltura de LULA (muito embora houvesse pedido também nesse sentido). Limitou-se, apenas, em decisão em tudo equiparável, juridicamente, àquelas a que se refere o art. 26-C da LC nº 64/90, a suspender os efeitos de inelegibilidade derivados da condenação penal

ainda provisória e objeto de questionamentos perante o Comitê; verdade *equivalente funcional*. O que fez sob a claríssima perspectiva da plausibilidade jurídica das teses do requerente, do risco de perecimento de seu direito e da imperiosidade em se conferir efetividade e proteção ao art. 25 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos³⁷.

Feito esse relato, a ser acompanhado dos documentos respectivos, não pode deixar este candidato de registrar sua mais absoluta perplexidade com a surpreendente nota à imprensa veiculada pelo Ministério das Relações Exteriores, em 17 de agosto de 2018³⁸.

Como se pode ver dos documentos ora anexados a esta defesa, não é verdadeira a afirmação de que a Delegação Permanente do Brasil em Genebra “*tomou conhecimento, sem qualquer aviso ou pedido de informações prévios*”, da decisão do Comitê. A Delegação Brasileira em Genebra, por 02 vezes, já havia previamente se manifestado nos autos, que tramitavam há 02 anos, **por 02**

³⁷ ARTIGO 25

Todo cidadão terá o direito e a possibilidade, sem qualquer das formas de discriminação mencionadas no artigo 2 e sem restrições infundadas:

- a) de participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos;
- b) de votar e de ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a manifestação da vontade dos eleitores;
- c) de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.

³⁸ Nota à imprensa.

A Delegação Permanente do Brasil em Genebra tomou conhecimento, sem qualquer aviso ou pedido de informação prévios, de deliberação do Comitê de Direitos Humanos relativa a candidatura nas próximas eleições.

O Comitê, órgão de supervisão do Pacto de Direitos Civis e Políticos, é integrado não por países, mas por peritos que exercem a função em sua capacidade pessoal.

As conclusões do Comitê têm caráter de recomendação e não possuem efeito juridicamente vinculante.

O teor da deliberação do Comitê será encaminhado ao Poder Judiciário. O Brasil é fiel cumpridor do Pacto de Direitos Civis e Políticos. Os princípios nele inscritos de igualdade diante da lei, de respeito ao devido processo legal e de direito à ampla defesa e ao contraditório são também princípios constitucionais brasileiros, implementados com zelo e absoluta independência pelo Poder Judiciário.

vezes, sem falar na primeira defesa dirigida à ONU pela República Brasileira (foram 03 manifestações prévias, portanto)³⁹.

Igualmente surpreendente a claríssima pretensão, constante da nota, de esvaziamento da força decisória, da gravidade e da importância da excepcionalíssima providência de urgência determinada pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU.

Tal comportamento falece no cumprimento da advertência que já havia sido expedida pelo Comitê, quando indeferiu, num primeiro momento, antecedente pedido de urgência formulado por este candidato. Na ocasião, aquele relevante “*treaty body*”, parte essencial do Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos, expressamente “*recalled the State party that it is incompatible with the obligations under the Optional Protocol for a State party to take any action that would prevent or frustrate consideration by the Committee of a communication alleging a violation of the Covenant, or to render the expression of its Views nugatory and futile*”.⁴⁰

Essa, portanto, a **REAL** cronologia do procedimento internacional que desembocou na grave, na excepcional, na respeitabilíssima “*interim measure*”, que, proveniente do Comitê de Direitos Humanos da ONU, determinou ao Brasil a adoção de todas as providências necessárias à participação de LULA nas eleições presidenciais de 2018, sob pena de flagrante violação ao art. 25 do Pacto, norma que, como se sabe, possui força suprallegal.

³⁹ Muito embora não seja competência da Justiça Eleitoral discutir se o Estado brasileiro tomou ou não conhecimento prévio da comunicação enviado pelo ex-Presidente, utiliza-se a informação como reforço da tese defensiva.

⁴⁰ “Advertiu ao Estado Parte que é incompatível com as obrigações decorrentes do Protocolo Facultativo que um Estado Parte tome qualquer medida que impeça ou frustre a consideração pelo Comitê de uma comunicação em que alegada uma violação do pacto, ou que torne sua decisão inócua e fútil ”.

7.3 Pacto internacional sobre direitos civis e políticos – marco civilizatório de consagração da democracia e dos direitos de cidadania.

A histórica adoção do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos pela Assembleia Geral da ONU realizada em Nova York, no dia 16 de dezembro de 1966, remete à própria Declaração Universal dos Direitos Humanos e à imperiosidade de maior densificação, concretização e força normativa aos altíssimos valores ali consagrados.

Adotada anteriormente pela Assembleia Geral da ONU em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, verdadeiro ato de civilidade no contexto pós Segunda Guerra, consagrou e positivou em nível internacional e de forma universal os direitos humanos básicos dos cidadãos, tais como **direitos pessoais, liberdades civis, direitos de subsistência, direitos econômicos, direitos políticos e direitos sociais**, elevando-os à condição de uma **questão de princípio**.

No entanto, o forte conteúdo principiológico e a contundente natureza declaratória desse histórico documento de proclamação de direitos tornaram impositiva a edição de dois tratados internacionais, voltados à concretização, de forma impositiva, dos valores e das declarações ali constantes.

Em 1952⁴¹, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas tomou a importante decisão histórica de elaboração de dois tratados internacionais, a densificarem as cláusulas proclamatórias da Declaração Universal dos Direitos Humanos: um, a versar os **direitos civis e políticos**, e outro, a tratar dos **direitos econômicos, sociais e culturais**.

Assim, conferiu-se a *“forma jurídica de diploma internacional”* à Declaração Universal dos Direitos Humanos, com o claro objetivo de *“transformar os direitos humanos em instrumento efetivamente a reger a vida*

⁴¹ TOMUSCHAT, Christian. *International Covenant on Civil and Political Rights*. Disponível em: <http://legal.un.org/avl/pdf/ha/iccpr/iccpr_e.pdf>. Acesso em 23 de agosto de 2018.

dos cidadãos e das nações”⁴², com a efetiva convergência da comunidade internacional em torno de valores básicos.

Daí a gênese do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Ao lado da Declaração Universal dos Direitos Humanos, tais tratados compõem a Carta Internacional dos Direitos Humanos, verdadeiras expressões da preocupação da comunidade internacional com a promoção e preservação da dignidade da pessoa humana de forma universal.

Nesse sentido, os ensinamentos do Ilustre Ministro Luís Roberto Barroso, a sintetizarem muitíssimo bem a articulação entre os Tratados Internacionais do Sistema da Organização das Nações Unidas de proteção aos direitos humanos: competiu a ambos os Pactos pormenorizar direitos, viabilizar seu exercício e *garantir sua implementação*, pelo que foram revestidos de juridicidade.

Daí, portanto, ainda nos termos da doutrina do Ministro Luís Roberto Barroso, a **“indiscutível” força vinculante** do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos⁴³:

Trata-se [A Declaração Universal de Direitos Humanos] de documento aprovado pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10.12.1948, por 48 votos a zero, com oito abstenções. Nela se condensa o que passou a ser considerado como o mínimo ético a ser assegurado para a preservação da dignidade humana. Seu conteúdo foi densificado em outros atos internacionais, indiscutivelmente vinculantes do ponto de vista jurídico – ao

⁴² TOMUSCHAT, Christian. *International Covenant on Civil and Political Rights*. Disponível em: <http://legal.un.org/avl/pdf/ha/iccpr/iccpr_e.pdf>. Acesso em 23 de agosto de 2018.

⁴³ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação*. Disponível em: <https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em 24 de agosto de 2018. (Grifo nosso)

contrário da DUDH, tradicionalmente vista como um documento meramente programático, soft Law –, como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 16.12.1966.

No Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos estão devidamente albergados os “direitos de primeira geração” – para utilizar a denominação tornada clássica por Norberto Bobbio ao referir-se aos **direitos de liberdade**, que impõem ao Estado o dever de não agir em face do indivíduo⁴⁴.

Trata-se de documento que resgata a tradição iluminista das dez primeiras Emendas à Constituição dos Estados Unidos e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, nesse sentido, consagra o direito à autodeterminação (art. 1º), a **proibição de discriminação** (arts. 2º e 26), o direito à vida (art. 6º), a proibição de tortura e ao tratamento e punição cruel, desumana e degradante (art. 7º), a vedação da escravidão e do trabalho forçado (art. 8º), **o direito à liberdade** e à segurança (art. 9º), o tratamento digno das pessoas encarceradas (art. 10) e, ainda, a vedação à prisão por inadimplemento contratual (art. 11).

Vale registrar a redação do art. 2º do PICD, em razão de sua importância ao presente caso:

Adiante, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos consagra o direito à liberdade de locomoção (art. 12), a garantia do estrangeiro ao devido processo legal durante processo de expulsão (art. 13), **o devido processo legal, com as garantias inerentes à ampla defesa e ao contraditório** (arts. 14 e 15), a

⁴⁴ Cf. BOBBIO, Norberto. *A Era dos direitos*. 7 reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

inviolabilidade da honra e intimidade, do domicílio e da correspondência (**art. 17**), a liberdade de pensamento, de consciência e religião (arts. 18 e 27), a liberdade de reunião e associação (art. 21).

Indo além, o art. 25 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos reconhece, como típico direito fundamental de cidadania, vinculado à própria ideia de democracia e de eleições livres, justas e autênticas, o **direito inalienável de todo e qualquer cidadão de participar da condução dos negócios públicos, seja passivamente, elegendo-se, seja ativamente, como eleitor, SEM RESTRIÇÕES INFUNDADAS**:

ARTIGO 25

*Todo cidadão terá o direito e a possibilidade, sem qualquer das formas de discriminação mencionadas no artigo 2 e **sem restrições infundadas**:*

- a) de participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos;*
- b) de votar e de ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a manifestação da vontade dos eleitores;*
- c) de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.*

Ao promover o Governo do povo, pelo povo e para o povo, o art. 25 compreende “direitos que estão no cerne da sociedade democrática”⁴⁵, a partir da premissa essencial de que o próprio usufruto dos direitos humanos depende, como pressuposto indispensável, da existência de um **governo democrático legitimado pela vontade popular**.

⁴⁵ CONTE, Alex; BURCHILL, Richard. **Defining civil and political rights**: the jurisprudence of the United Nations Human Rights Committee. 2 ed. London and New York: Routledge, 2016. p. 97.

Já sob a perspectiva brasileira, o significado histórico, diplomático e jurídico da adesão ao **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos** e ao **Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais** é incontestável, sobretudo quando se considera que Estado nacional optou **livre e soberanamente** pela adesão aos diplomas **especificamente na transição de um regime de exceção para um regime de direito**.

Nesse sentido, é elucidativa a lição de José Augusto LINDGREN ALVES, diplomata de carreira e **membro do Comitê da ONU para a Eliminação da Discriminação Racional**⁴⁶:

Com a adesão aos dois Pactos Internacionais da ONU, assim como ao Pacto de São José, no âmbito da OEA, em 1992, e havendo anteriormente ratificado todos os instrumentos jurídicos internacionais significativos sobre a matéria, o Brasil já cumpriu praticamente todas as formalidades externas necessárias à sua integração ao sistema internacional de proteção aos direitos humanos. Internamente, por outro lado, as garantias aos amplos direitos entronizados na Constituição de 1988, não passíveis de emendas e, ainda, extensivas a outros decorrentes de tratados de que o país seja parte, asseguram a disposição do Estado democrático brasileiro de conformar-se plenamente às obrigações internacionais por ele contraídas.

O esforço diplomático pela devida integração do Estado brasileiro ao sistema ONU e também ao sistema americano de tutela dos direitos humanos foi consequência das **novas diretrizes de agenda externa** impostas pela Constituição Federal de 1988, cujo art. 4º determina:

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

⁴⁶ ALVES, J.A. Lindgren. **Os direitos humanos como tema global**. São Paulo: Perspectiva, Fundação Alexandre de Gusmão, 1994. p. 108.

I - independência nacional;

II - prevalência dos direitos humanos (...)

Assim, a prevalência dos direitos humanos, alçada de **forma inédita** pela Constituição Federal de 1988 à condição de princípio norteador das relações exteriores, **coloca ao Estado brasileiro o dever de atuação internacional adequada ao marco jurídico da transição democrática e de institucionalização dos direitos humanos**, cujo parâmetro a nortear a interpretação do sistema constitucional é o princípio da **dignidade da pessoa humana**.

Essa circunstância foi acertadamente delineada pelo Presidente José Sarney, quando do encaminhamento da Mensagem nº 620, de 1985, ao Congresso Nacional, submetendo o texto de ambos os Pactos para deliberação (Doc. 011), veja-se:

“A adesão do Brasil àqueles instrumentos internacionais de grande relevância constituirá uma das manifestações externas – e das mais expressivas – do processo de modificação interna por que passa o Brasil, no curso do qual, procurando reorganizar-se social, econômica e politicamente, inaugura nova fase de sua história;

A adesão dos Pactos do Brasil teria excelente repercussão tanto no plano externo quanto no interno e constituiria compromisso ou garantia adicional da efetiva proteção dos direitos humanos em nosso país”.

Projetando no cenário internacional as transformações internas, surgidas do processo de redemocratização, o Brasil ratificou, desde a promulgação da Carta de 1988:

1. A Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (jul. 1989);
2. A Convenção sobre os Direitos da Criança (set. 1990);
3. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (jan. 1992);**

4. Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (jan. 1992);
5. Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (nov. 1995);
6. Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiências e seu Protocolo Facultativo (ago. 2009).

Esse um ponto absolutamente relevante e que é extraível da própria experiência histórica brasileira: **em momentos de reafirmação e valorização da democracia, valorizam-se, de igual modo, os compromissos internacionais de defesa dos direitos humanos.**

Erro histórico grave, que certamente não será cometido, **seria o desprezo aos compromissos internacionais, a desconsideração de organismos integrantes do sistema ONU, a violação de direitos fixados em tratados, justamente sob a falsa premissa de preservar e proteger a democracia, pois, justamente onde se descumprem direitos humanos, é onde menos se encontra a democracia.**

Pois bem, o Pacto Internacional sobre Direito Civil e Políticos foi aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 226/91.

Considerados a promulgação da Constituição Federal de 1988, as novas diretrizes das internacionais brasileiras e o rito de promulgação do Pacto Internacional sobre Direitos Civil e Políticos, é inadmissível relativizar a importância da adesão do Estado brasileiro a esse importante tratado internacional dos direitos humanos, que, em conjunto com a **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1949** e o **Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**, forma o núcleo duro do **direito internacional dos direitos humanos.**

7.4 Relevância do comitê de direitos humanos da ONU no contexto do pacto internacional sobre direitos civis e políticos

A criação do Comitê de Direitos Humanos confunde-se com a própria adoção do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos em 1988, porque o órgão *“é o principal ator a nível internacional responsável por implementar os direitos enunciados no PICD”*⁴⁷.

Nos arts. 28 a 45, depois de estabelecer liberdades e de fixar garantias, o Pacto traçou os contornos do Comitê: composição, funcionamento, estrutura, competência e procedimento.

O Comitê de Direitos Humanos é instituição pertencente ao conjunto de entidades de monitoramento de tratados de direitos humanos da Organização das Nações Unidas (*“treaty bodies”*) – especificamente, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Exercem igual papel, cada qual em relação ao respectivo tratado, o Comitê das Nações Unidas sobre o Direito das Pessoas com Deficiência e o Comitê para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, entre outros.

Tal qual preveem os arts. 28 e 29 do Pacto internacional, o Comitê de Direitos Humanos é formado por 18 integrantes **a serem indicados e sufragados em votação secreta entre os Estados-parte.**

Serão eleitos para um mandato de 04 anos, passível de ser renovado uma única vez, indivíduos de *“elevada reputação moral e reconhecia competência em matéria de direitos humanos, levando-se em consideração a utilidade da participação de algumas pessoas com experiências jurídicas”*.

Nos termos dos arts. 40 e 41 do PIDCP, o Comitê de Direitos Humanos da ONU é o corpo competente para análise dos relatórios submetidos por

⁴⁷ TOMUSCHAT, Christian. *International Covenant on Civil and Political Rights*. Disponível em: <http://legal.un.org/avl/pdf/ha/iccpr/iccpr_e.pdf>. Acesso em 23 de agosto de 2018.

Estados-parte sobre as medidas adotadas para concretizar os direitos reconhecidos convencionalmente e os resultados obtidos pela garantia desses direitos, bem como a análise e julgamento das comunicações enviadas por um Estado-parte sobre o eventual descumprimento das obrigações convencionais por um outro Estado-parte.

O Comitê, portanto, **instituído e previsto no corpo do próprio Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos como uma de suas partes indissociáveis e como pressuposto para sua eficácia, é a instância por excelência de fiscalização e análise sobre o cumprimento do Pacto pelos Estados a ele aderentes.**

O Estado que aderiu ao Pacto, anuiu, por igual, em ato de soberania, com o exercício da jurisdição do Comitê, expressamente ali instituído.

E a razão de ser da previsão, pelo próprio Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de um órgão internacional com competência e jurisdição últimas para fiscalizar o cumprimento de seus enunciados é muito clara: evita-se, com isso, que interpretações casuísticas de governos temporários culminem por esvaziar os compromissos perenes firmados pelos Estados no campo das relações internacionais, ao mesmo tempo em que se evita uma indevida “*fragmentariedade*” dos direitos internacionalmente reconhecidos, através de uma interpretação particular e regional dos seus enunciados por cada um dos países aderentes.

Em resumo: a jurisdição do Comitê é requisito necessário à própria eficácia do Pacto. **Daí sua previsão no próprio corpo do PIDCP, como uma de suas partes essenciais.**

Irretocáveis, sob tal aspecto, as ponderações do Professor André Ramos TAVARES, em parecer oferecido precisamente na perspectiva do presente processo:

A questão do cumprimento real do Pacto é, pois, essencial a este Parecer. E para fins de conferir se as Partes cumprem as cláusulas do Pacto, há um organismo de fiscalização: o Comitê de Direitos Humanos. A função soberana desse Comitê, no tema relacionado ao cumprimento, está registrada no artigo 41 do próprio PIDCP e, ainda, claro, no Protocolo Facultativo ao Pacto.

O Comitê possui, portanto, legitimidade auferida no próprio Pacto, porque é organismo a ele inerente. Uma legitimidade, pois, expressa, não apenas implícita. Uma previsão com funcionalidades próprias, pois serve o organismo para fins de “examinar” o cumprimento real e efetivo dos termos do Pacto ao qual aderiram os Estados-parte.

Mas não seria suficiente que o próprio Estado-parte interessado fiscalizasse o cumprimento do PIDCP? Creio que, aqui, seja importante observar que um modelo fiscalizatório que envolvesse apenas os respectivos Estados gera o elevadíssimo risco de fragilização pela fragmentação do PIDCP, com a multiplicação de significados em tantos países quantos sejam os Estados-partes signatários. Portanto, não se trata de suspeitar dos países e de suas declarações de vontade livres e soberanas de se submeterem ao Pacto.

Ademais, ainda que se superasse esse argumento, o Estado-parte não será o único a fiscalizar o cumprimento do Pacto porque, sobretudo, decidiu-se, também no Pacto, que o modelo é o de fiscalização por organismos internacionais.

Seria certamente muito conveniente a certa visão nacionalista extremada que o Estado destinatário das obrigações e decisões internacionais pudesse avaliar, em cada caso, a necessidade de seu cumprimento.

O risco, portanto, é o de transformar o Pacto em uma peça retórica (...). Assim é que essa ameaça de deturpação ou uso retórico

é evitada pela adoção internacional de diversos mecanismos, no que se deve inserir o próprio Comitê anteriormente referido.

Em idêntico sentido, Augusto Cançado TRINDADE ⁴⁸:

*Os atos internos dos Estados podem vir a ser objeto de exame por parte dos órgãos de supervisão internacionais **quando se trata de verificar sua conformidade com as obrigações internacionais dos Estados em matéria de direitos humanos.** [...] Isso se aplica à legislação nacional assim como às decisões internas judiciais e administrativas. Por exemplo, uma decisão judicial interna pode dar uma interpretação incorreta de uma norma de um tratado de direitos humanos; ou qualquer outro órgão estatal pode deixar de cumprir uma obrigação internacional do Estado neste domínio. **Em tais hipóteses pode-se configurar a responsabilidade internacional do Estado, porquanto seus tribunais ou outros órgãos não são os intérpretes finais de suas obrigações internacionais em matéria de direitos humanos.***

As decisões do Comitê, enquanto órgão institucionalizado pelo próprio Pacto para a fiscalização de seu cumprimento, constituem, assim, “interpretações autorizadas”⁴⁹ do Pacto **e impõem** ao Estado a adoção das soluções cabíveis para evitar, impedir ou reparar a violação detectada.

Para além disso, cumpre asseverar que o juízo de admissibilidade, pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU, das inúmeras representações que lhe são encaminhadas, **é altamente restritivo e nem de longe sua jurisdição é de ser tida como banal ou vulgar.**

⁴⁸ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. v. 1. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. p. 429-430.

⁴⁹ UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER. *Reporting to the United Nations Human Rights Treaty Bodies Training Guide*. Part 1. New York and Genova: UN, 2017. p. 11.

De acordo com o Relatório do Comitê sobre as 117^a, 118^a e 119^a Sessões (Doc. 012), foram recebidas 2.970 comunicações desde 1977. Deste total, apenas 1.200 foram admitidas.

No entanto, de acordo com o relatório de 2017, entre as 1.200 denúncias conhecidas e examinadas desde 1977, foram encontrados **abusos em 994 ocasiões** – ou seja, em 82% dos casos **foi detectada uma grave violação aos direitos humanos previstos no Pacto**.

Isso significa, portanto, que, uma vez admitida a comunicação, em filtro de admissibilidade altamente rigoroso, a prática do Comitê tem revelado ser altíssima a probabilidade de se detectar, ao final, uma efetiva e concreta vulneração aos Direitos Civis e Políticos pelo Estado-parte.

Cumprir mencionar, ainda, que o Comitê possui um procedimento especial para monitorar a implementação de suas decisões pelos Estados-parte, **o que reforça sua força vinculativa e impositiva, bem assim sua relevância no contexto da proteção internacional dos direitos civis e políticos previstos no Pacto**.

Em realidade, cuida-se do primeiro órgão de tratado (“*treaty body*”) da organização das Nações Unidas a desenvolver e adotar um sistema complexo para “*dar seguimento e acompanhar o nível de implementação*”⁵⁰ das decisões que os Estados, porque soberanamente aderentes aos termos do Pacto, estão compelidos a cumprir (*follow-up activities* – art. 101 das regras de procedimento).

O procedimento de acompanhamento fica sob a responsabilidade do Relator Especial para o Acompanhamento de Opiniões, que pode se comunicar com as partes, Estados e indivíduos, no esforço de alcançar uma **solução**

⁵⁰ PLOTON, Vincent. *A implementação das recomendações dos órgãos de tratados da ONU*. Uma avaliação dos últimos acontecimentos e como melhorar um mecanismo chave na proteção dos direitos humanos. **SUR – Revista Internacional de direitos humanos**, v. 25, n. 25, 2017. p. 221.

satisfatória para o caso, à luz do posicionamento do Comitê de Direitos Humanos.

Sobre o impacto dos órgãos de monitoramento e implementação de tratados internacionais de direitos humanos, são precisas as palavras de Augusto Cançado TRINDADE⁵¹:

(...) uma das principais funções da operação dos tratados e instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos reside precisamente em seus efeitos no direito interno. Ainda que voltada à solução de casos individuais de direitos humanos, a aplicação desses tratados e instrumentos tem transcendido as circunstâncias desses casos, por vezes acarretando modificações nas práticas administrativas e leis nacionais. Mesmo que se argumente que a tarefa dos órgãos de supervisão internacional é antes a de remediar violações individuais de direitos humanos do que impugnar leis internas (...), não há como negar que por vezes a própria reparação das violações individuais requer mudanças nas práticas administrativas e leis nacionais. A prática internacional (...) está repleta de casos em que tais mudanças efetivamente ocorreram, consoante as decisões dos órgãos de supervisão internacionais nos casos individuais".

Em resumo: são absolutamente inequívocas a relevância e a centralidade do Comitê de Direitos Humanos da ONU, porque integrante e inerente ao próprio Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, que previu sua jurisdição como forma de assegurar que os direitos ali proclamados não se convertam em textos meramente retóricos e promessas vãs.

⁵¹ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. p. 429-430.

Diminuir a importância, a figura e a força do Comitê de Direitos Humanos significa diminuir e vulgarizar o próprio conteúdo do Pacto Internacional que o previu. É algo com o qual o Estado Brasileiro em geral, e o Poder Judiciário em particular, instância máxima de concretização e efetivação dos direitos humanos no plano doméstico, jamais concordarão.

7.5 Adesão, pelo Brasil, ao protocolo facultativo do pacto internacional sobre direitos civis e políticos – medida procedimental ao pacto.

Posteriormente à aprovação, pelo Congresso Nacional, mediante Decreto Legislativo nº 226, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, em cujo contexto já se fixou a jurisdição sobrenada do Comitê de Direitos Humanos, o Brasil, **por ato de soberania**, também aderiu, **voluntariamente**, ao Protocolo Facultativo do Pacto.

Mais de 30 anos após sua adoção pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, na data de 16 de dezembro de 1966, o Congresso Nacional aprovou o texto do Protocolo Facultativo, o que fez por meio do **Decreto Legislativo nº 311/09**:

Art. 1º Fica aprovado o texto do Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado em Nova Iorque, em 16 de dezembro de 1966, e do Segundo Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos com vistas à Abolição da Pena de Morte, adotado e proclamado pela Resolução nº 44/128, de 15 de dezembro de 1989, com a reserva expressa no art. 2º.

Parágrafo único. Ficam sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que possam resultar em revisão dos referidos Protocolos, bem como quaisquer ajustes complementares que, nos termos do inciso I do caput do art. 49 da Constituição Federal,

acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

Art. 2º Este Decreto Legislativo entra em vigor na data de sua publicação”.

O **mérito** deste Protocolo Facultativo é **estender a competência do Comitê de Direitos Humanos da ONU (cuja jurisdição foi estabelecida pelo próprio PIDCP) para receber e examinar não apenas comunicações entre os Estados membros, mas, por igual, comunicações recebidas por indivíduos, cidadãos** que se considerem **vulnerados** pelos Estados-partes nos **direitos** protegidos pelo Pacto Internacional.

É exatamente esta a dicção do art. 1º do Protocolo Facultativo:

*Os Estados Partes do Pacto que se tornem partes do presente Protocolo reconhecem que o Comitê tem competência **para receber e examinar comunicações provenientes de indivíduos sujeitos à sua jurisdição que aleguem ser vítimas de uma violação, por esses Estados Partes, de qualquer dos direitos enunciados no Pacto. O Comitê não receberá nenhuma comunicação relativa a Estado Parte no Pacto que não seja no presente Protocolo.***

O Protocolo Facultativo, portanto, qualifica-se como “*medida procedimental de implementação do Pacto*”⁵². A adesão ao Protocolo Facultativo, assim, qualifica-se como verdadeira “*condição de procedibilidade*”, para que o Comitê de Direitos Humanos da ONU possa receber comunicações individuais relativas a Estados membros (“*o Comitê **não receberá nenhuma comunicação relativa a estado Parte no Pacto que não seja no presente Protocolo***”).

Cabe referir que a aprovação do Protocolo Facultativo do Pacto Internacional é reflexo da **superação** do inadequado entendimento de que o

⁵² MOSE, Erik; OPSAHL, Torkel. The Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights. *Santa Clara Law Review*, v. 21, 1991. p. 272,

reconhecimento do direito de petição significaria interferência sobre os negócios internos do Estado⁵³.

A afinidade do Protocolo Facultativo com os princípios a regerem as relações internacionais da República Federativa do Brasil, especialmente os constantes dos incisos I, II, V e IX, do art. 4º da Constituição Federal de 1988, é indiscutível. E sua importância para o aperfeiçoamento da **sistemática brasileira de proteção dos direitos humanos** foi muito bem sintetizada pelo Parecer da Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados, aprovado à **unanimidade** de seus integrantes, durante os trabalhos de **internalização** do Protocolo que levaram à edição do Decreto Legislativo nº 311/09 (Doc. 013). Confira-se:

‘Quanto à constitucionalidade material, por sua vez, os protocolos assinados pelo Governo Brasileiro não afrontam a supremacia constitucional; ao contrário, harmonizam-se com os princípios que regem as relações internacionais da República Federativa do Brasil (Art. 4º, incisos I, II, V e IX, da Constituição Federal), pois promovem a proteção da dignidade da pessoa humana sem deixar de resguardar a independência nacional e a igualdade entre os Estados (...).

A adesão ao presente protocolo se harmoniza com a política adotada pelo Brasil em suas relações externas. O País já admite a competência de importantes órgãos internacionais de direitos humanos, nos âmbitos global e regional, para o exame de casos individuais, como a Comissão e a Corte Interamericanas de Direitos Humanos, o Comitê para a Eliminação da Discriminação racial e o Comitê para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres. Assim, a aprovação da competência do Comitê das Nações Unidas representa mais um avanço da política brasileira na defesa dos

⁵³ MOSE, Erik; OPSAHL, Torkel. The Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights. p. 275.

direitos humanos e no reconhecimento do indivíduo, em algumas situações, como sujeito de direito internacional.

O Parecer da Comissão de Direitos Humanos e Minorias foi em igual sentido (Doc. 014):

A adesão ao presente protocolo se coaduna com a política seguida pelo Brasil em suas relações externas, que, de maneira exemplar, defende a proteção internacional do ser humano. Nessa linha, o País já admite a competência de importantes órgãos internacionais de direitos humanos, nos âmbitos global e regional, para exame de casos individuais, como o Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial, o Comitê para a Eliminação da Discriminação contra Mulheres e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A aprovação da competência do Comitê das Nações Unidas representa mais um avanço da política brasileira no reconhecimento do indivíduo, em algumas situações, como sujeito de direito internacional.

No Senado Federal, não foi outro o entendimento da Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional, cujo Parecer assim consignou (Doc. 015):

A apreciação congressional dos Protocolos Facultativos ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos dá-se com demora injustificada. Há muito que a ambiência política e o consenso jurídico permitiriam a adesão brasileira a esses tratados. Muito embora a prática nacional não lhes venha a contradizer de maneira ostensiva, é sempre conveniente e oportuna a adesão aos instrumentos internacionais de promoção dos direitos humanos, como forma de revigoração dos compromissos nacionais com os direitos fundamentais e de exemplo aos

regimes que se obstinam em não aderir aos sistemas regionais e internacionais de direitos humanos.

Faz ecoar, ainda, no sistema onusiano a aceitação brasileira da legitimidade do direito à justiciabilidade internacional dos direitos humanos, cujo marco foi o reconhecimento, há menos de uma década, no sistema interamericano, da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos. A exigibilidade internacional de normas convencionais, a que o Brasil se obrigou a dar cumprimento, constitui-se a essência da jurisdição constitucional internacional, ora reconhecida pelo ordenamento brasileiro, em necessário impulso de inovação, não alheio à ordem constitucional, todavia, graças à sua abertura normativa e principiológica.

As manifestações do Poder Legislativo quanto à **exigibilidade internacional de normas convencionais** convergiram com a mensagem de **exposição de motivos** encaminhada pela Presidência da República ao Congresso Nacional (Doc. 016):

2. O Brasil, não obstante, ao aderir ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, não aderiu a seus dois protocolos facultativos. A adesão do Brasil aos dois citados protocolos foi incluída entre as recomendações do Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas após o exame do Relatório Inicial do Estado brasileiro, em 1996. À luz da política brasileira de direitos humanos, orientada para o aprofundamento da integração aos mecanismos internacionais de proteção, pareceria recomendável a adesão aos referidos instrumentos internacionais, mediante solicitação da necessária autorização do Congresso Nacional.

3. O (Primeiro) Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado em 16 de dezembro de 1966, ao prever a competência do Comitê de Direitos Humanos para

receber e examinar petições individuais, harmoniza-se com o reconhecimento pelo Brasil da legitimidade da preocupação internacional com os direitos humanos e do interesse superior da proteção das possíveis vítimas, que passariam a dispor de mecanismo adicional de tutela contra eventuais violações.

4. O Brasil já reconhece a competência para o exame de casos individuais por parte de importantes órgãos internacionais de direitos humanos, nos âmbitos global e regional, como a Comissão e a Corte Interamericanas de Direitos Humanos, o Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial e o Comitê para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres. O reconhecimento da competência do Comitê de Direitos Humanos para examinar petições de indivíduos que aleguem ser vítimas de violações dos dispositivos do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos representaria o aprofundamento dessa vertente da política brasileira de direitos humanos.

A internalização da sistemática da **representação individual** ao Comitê, levada a efeito com a coordenação dos Poderes Executivo e Legislativo que desembocou na **edição do Decreto Legislativo nº 311/09** e na **ratificação do Protocolo junto à ONU**, representa o reconhecimento do **cidadão como ator processual no plano internacional**, “constituindo um mecanismo de proteção de marcante significação, além de conquista de transcendência histórica”⁵⁴. É, sem dúvida, etapa fundamental à **democratização dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos**.

Não por outro motivo, tal como já relatado, o próprio Estado Brasileiro, ao não se opor, em nenhum momento, à legitimidade ativa de LULA, para apresentar representação individual perante o Comitê de Direitos Humanos da ONU, expressamente registrou que, por ato de soberania, estava **obrigado**

⁵⁴ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Editora Saraiva, 1991. p. 8.

e vinculado também ao Protocolo Facultativo ao Pacto. Até porque “qualquer cidadão pode formalizar uma comunicação perante o Comitê. Esse é um importante direito para todos os cidadãos dos Estados membro. Como consequência, os Estados devem providenciar uma resposta a tais comunicações, que é o que o Brasil está a fazer agora” (texto da primeira manifestação brasileira).

7.6 Força vinculante, ao brasil, do protocolo facultativo ao pacto internacional sobre direitos civis e políticos – irrelevância, para fins de vinculação internacional e doméstica, de decreto presidencial publicado em diário oficial.

Além da edição do ato legislativo (Decreto Legislativo nº 311/09) cujos efeitos passaram a surtir a partir de sua publicação no **Diário Oficial da União** em **17 de junho de 2009**, o Estado Brasileiro também depositou junto às Nações Unidas o **instrumento de ratificação do Protocolo Facultativo** imediatamente, em **25 de setembro de 2009**, conforme acusa o próprio sítio eletrônico da Organização⁵⁵, a igualmente registrar a formal adesão e o compromisso do Brasil com o Protocolo.

Foram cumpridas, portanto, as **duas etapas** do sistema de aprovação de tratados internacionais, que foi assim resumido por Vladimir ARAS⁵⁶:

*Inicialmente, representantes do Poder Executivo – em geral diplomatas e equipes técnicas de outros ministérios e instituições nacionais – **negociam** os termos do tratado, acordo, protocolo ou convenção. Segue-se a **assinatura** do texto pelo presidente, um ministro ou outro plenipotenciário.*

⁵⁵ Informação disponível em: <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-5&chapter=4&clang=_en>.

⁵⁶ ARAS, Vladimir. **Tratados em dois tempos.** Disponível em: <<https://vladimiraras.blog/2015/08/09/tratados-em-dois-tempos/>>. Acesso em 28 de agosto de 2018.

*O tratado é enviado pela presidência da República ao Congresso Nacional. A tramitação se inicia pela Câmara dos Deputados. Procede-se a votação nas duas casas e publica-se o **decreto legislativo**, que autentica o texto que passará a valer após a ratificação, ou a **adesão**, se for o caso.*

*Então, o Chefe de Estado, o chanceler ou outro plenipotenciário **ratifica** o tratado ou convenção, mediante o depósito do instrumento de ratificação perante o Estado ou organismo depositário. Com isto se conclui o procedimento bifásico de formação do vínculo convencional. Pacta sunt servanda.*

Nesse contexto de **sistema bifásico** de aprovação, o Decreto Presidencial tem por finalidade determinante dar publicidade e conhecimento a compromisso já aprovado pelo Congresso Nacional e ratificado pelo Presidente da República junto ao organismo internacional, daí resultando, **a partir desse consórcio de vontades soberanas, a pronta vinculação do país seja no plano externo, seja no âmbito doméstico, aos termos de tratados, pactos e protocolos por si celebrados.**

É dizer: a falta exclusiva de Decreto Presidencial publicado no Diário Oficial não compromete, não prejudica e nem interfere na compulsoriedade e na vinculação do país aos termos de tratado assinado pelo Estado Brasileiro, promulgado internamente pelo Congresso Nacional e já ratificado internacionalmente pela Presidência da República.

Nesse sentido, por exemplo, o entendimento do Ministro Edson FACHIN⁵⁷, para quem:

⁵⁷ FACHIN, Luiz Edson; GODOY, Miguel Gualano de; FILHO, Roberto Dalledone Machado Filho; FORTES, Luiz Henrique Krassuski. *O Caráter materialmente constitucional dos tratados e convenções internacionais sobre Direitos Humanos*. In: NOVELINO, Marcelo; FELLET, André. *Separação de Poderes: aspectos contemporâneos da relação entre Executivo, Legislativo e Judiciário*. Salvador: Juspodivm: 2018. p. 294. (Grifo nosso).

“(...) após a negociação e assinatura pelo Presidente da República, da aprovação pelo Congresso Nacional e de sua celebração definitiva no âmbito internacional, de um tratado de direitos humanos, o Estado a ele se vincula e se compromete com o seu cumprimento.”

Registre-se também a lição de Heleno Taveira TÔRRES⁵⁸:

Parece não ser aceitável que um tratado, elaborado pelas autoridades competentes, segundo a designação constitucional e a aquiescência internacional, devidamente autenticado e assinado, reconhecido pelo Poder Legislativo, pelo referendo atribuído pelo Decreto Legislativo, com ulterior publicação deste, e ratificado, gerando o compromisso da República Federativa do Brasil na ordem internacional, perante outra ou várias nações signatárias, apenas de tudo isso, tenha que ficar à mercê de um ato administrativo, o Decreto do Presidente da República. A prevalecer esse critério, o tratado, após sua ratificação, vigoraria apenas no plano internacional, sem gerar efeitos no plano interno, o que colocaria o Brasil na privilegiada posição de poder exigir a observância do pactuado pelas outras partes contratantes, sem ficar sujeito à obrigação recíproca, atribuindo os respectivos direitos aos destinatários de seu conteúdo, ou realizando os deveres ali estabelecidos.

É mediante o decreto legislativo que o tratado internacional é **devidamente incorporado ao ordenamento jurídico doméstico**, nos termos do **art. 49, inciso I, da Constituição Federal**. Por ser manifestação de **competência exclusiva do Poder legislativo**, Pontes de Miranda designa enquadra o decreto

⁵⁸ TÔRRES, Heleno Taveira. *Aplicação dos tratados e convenções internacionais em matéria tributária no direito brasileiro*. In: AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues do (org.). *Tratados internacionais na ordem jurídica brasileira*. São Paulo: Lex Editora, Aduaneira, 2005. p. 150.

legislativo como uma “lei sem sanção”, porque se completa no âmbito do Congresso Nacional **prescindindo da sanção da Presidência da República**⁵⁹.

José Carlos de MAGALHÃES alcança a mesma conclusão a partir de uma leitura conjugada dos **arts. 59 e 84 da Constituição Federal de 1988**⁶⁰:

A Constituição, no entanto, não dispõe em qualquer artigo que os tratados, para terem vigência no país, dependem dessa providência – promulgação por meio de decreto do Presidente da República – que a praxe consagrou, mas que não encontra suporte constitucional que a torne obrigatória. Segundo o art. 59 da Constituição Federal, o processo legislativo compreende: I) a elaboração de emendas à Constituição; II) leis complementares; III) leis ordinárias; IV) leis delegadas; V) medidas provisórias; VI) decretos legislativos; e VII) resoluções. Não há referência alguma a tratado e muito menos a decreto do Executivo, que é o meio pelo qual esse Poder regulamenta leis ou expede ordens que vinculam a administração federal, como se verifica no art. 84, IV, da Constituição. O Congresso, ao ratificar o tratado, o faz por meio de decreto legislativo, pondo-o em vigor no país, não havendo necessidade do decreto de promulgação pelo Executivo, providência não prevista na Constituição.

Valério MAZZUOLI filia-se à mesma interpretação do art. 59 da Constituição Federal de 1988⁶¹:

Ademais, não é correto dizer que a falta de promulgação executiva viola o princípio da publicidade, pois, uma vez ratificado o tratado internacional, deve o mesmo considerar-se público desde a data em

⁵⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969*. t. 3, 2 ed. São Paulo: RT, 1970. p. 142.

⁶⁰ MAGALHÃES, José Carlos de. *O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional – uma análise crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 73.

⁶¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 2 ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais.

que o Congresso Nacional o referendou, por meio de decreto legislativo, este sim, previsto no rol das espécies normativas do art. 59 da Constituição. Entendemos que os juízes e os tribunais, tendo conhecimento do tratado já ratificado e já em vigor no plano internacional, podem desde logo aplicar o tratado no caso concreto, ainda que tal instrumento não tenha sido promulgado e publicado internamente.

Ou seja, tanto é dispensável o decreto presidencial para revestir com eficácia o tratado ou a convenção que sequer é exigido pela Constituição. A suposta necessidade nada mais é do que, segundo Francisco REZEK⁶², “produto de uma praxe tão antiga quanto a Independência e os primeiros exercícios convencionais do Império. Cuida-se de decreto, unicamente porque os atos do Chefe do Estado costumam ter este nome”.

Não se pode ler a Constituição Federal de 1988 sob as lentes da Constituição Imperial de 1824.

Também entende pela imediata eficácia do tratado internacional, **dispensando o decreto da Presidência da República**, o professor Ives Gandra da Silva MARTINS⁶³:

A meu ver, a mesma eficácia precária, mas real, ocorre na celebração dos tratados internacionais, convenções ou atos, na medida em que o ato de celebrar é privativo do Presidente, embora sujeito a referendo do Congresso, que o convalidará ou não. Entre sua assinatura e o referendo, todavia, em minha maneira de interpretar o texto, tem eficácia provisória, mas real (...).

⁶² REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 103.

⁶³ MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Eficácia provisória e definitiva dos tratados internacionais*. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, Brasília, v. 13, n. 3, mar. 2001. p. 23-24.

Tal “eficácia precária”, todavia, ganha definitividade quando expressamente aprovada, pelo Congresso Nacional, via decreto legislativo, acordo internacional celebrado pelo Presidente da República.

Com efeito, reza o art. 49, inciso I, da Lei Suprema brasileira que:

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I. resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

O texto continua, a meu ver, sendo de clareza meridiana. O constituinte faz menção a ser da competência do Congresso nacional resolver definitivamente, o que vale dizer, declara nitidamente ser definitivo o comprometimento internacional do País e a transformação da “eficácia precária e provisória” do acordo pelo presidente em “eficácia definitiva” (...).

A “definitividade” do tratado, acordo ou convenção internacional ao que me parece, é obtida com a edição de decreto legislativo do Congresso Nacional, embora a eficácia obtenha-se, de forma ainda precária e provisória, com sua assinatura”.

Não por outro motivo, o próprio Relatório do Comitê de Direitos Humanos da ONU sobre a 97^a, 98^a e 99^a Sessões faz **menção expressa à adesão do Brasil** ao Protocolo Facultativo e ao Segundo Protocolo Facultativo do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Doc. 017):

O presente relatório anual compreende o período de 1º de Agosto de 2009 a 31 de julho de 2010 e a 97^a, 98^a e 99^a sessões do Comitê de Direitos Humanos. Desde a adoção do último relatório, Paquistão e a República Democrática do Laos ratificaram o Protocolo Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Brasil tornou-se parte do Protocolo Facultativo e do Segundo Protocolo Facultativo. No

total, são 165 Estados-parte do Pacto, 113 do Protocolo Facultativo e 72 do Segundo Protocolo Facultativo.

Por idêntica razão, insista-se, o Estado Brasileiro, nas três manifestações que dirigiu ao Comitê de Direitos Humanos da ONU, **EM NENHUM MOMENTO QUESTIONOU SUA ADESÃO AO PROTOCOLO FACULTATIVO**, tendo, ao contrário disso, reconhecido expressamente sua vinculação ao mesmo e a **plena possibilidade de conhecimento, pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU, de representações individuais a ele dirigidas por cidadãos brasileiros**, com base em violações a direitos protegidos pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos:

Estranho seria, com todo o respeito, fosse o Poder Judiciário justamente o ator a “*negar*” as **declarações e os compromissos formais reafirmados pelo Estado Brasileiro em suas comunicações oficiais com os órgãos integrantes do Sistema ONU**, e a pretender esvaziar meios reconhecidos de democratização de acesso aos Mecanismos Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos.

Nesse contexto, portanto, e tal como o reconhece o próprio Estado brasileiro nas manifestações que encaminhou ao Comitê de Direitos Humanos da ONU, com a celebração do Protocolo Facultativo ao Pacto e com a ratificação interna de tal compromisso pelo consórcio soberano de vontade pelo Congresso Nacional (Decreto Legislativo nº 311/2009), ultimou-se o ciclo de **formação do vínculo convencional** necessário à atribuição de força normativa e exigibilidade, tanto no âmbito **internacional, como no âmbito doméstico, do Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos**.

Marcelo PEREGRINO FERREIRA e Orides MEZZAROBÀ, em parecer elaborado especificamente para o caso em questão, afastam didaticamente o requisito do decreto presidencial como necessária à atribuição de força

vinculante aos tratados e convenções internacionais – em particular, ao **Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos**, veja-se (Grifo nosso):

Ademais, conter os efeitos de uma obrigação internacional assumida pelo Estado, com fundamento num ato subordinado – existente, exclusivamente, para a fiel execução da lei – seria olvidar a promulgação de um decreto legislativo pelo Parlamento, a ratificação do Chefe do Executivo, o aceite definitivo e a palavra própria do país dada, solenemente, no cenário dos organismos internacionais. Mais do que isso. Afronta sua natureza de elemento necessário para a boa execução das leis, no processo de pormenorização da legislação e de sua subordinada, a possibilidade de se ter o decreto como elemento indispensável para a incorporação de um tratado internacional no ordenamento nacional. A faculdade regulamentar, no caso, deve também ser repudiada por causar a dissintonia entre os momentos em que os tratados promovem seus efeitos. Pela tese vencedora do Supremo, neste particular julgamento [ADI nº 1.480], – como inexistente prazo para essa integração –, o Estado brasileiro pode estar inadimplente, violando disposições das convenções por si ratificadas, para seu embaraço, até que o Executivo decida dar a publicidade e, por conseguinte, efetividade aos tratados na ordem doméstica, afrontando a boa-fé vigente no Direito Internacional⁶⁴. E um inconveniente afrontoso, a mais, à lógica: poderá o Estado Brasileiro se valer do tratado no plano externo, em seu benefício ou para exigir de outro Estado o cumprimento, no mesmo passo em que se encontra desobrigado no plano doméstico pela ausência de um decreto? A anomalia é evidente.

⁶⁴ Flávia Piovesan, ao mencionar a boa-fé e a sistemática inadequada do regime nacional sobre os tratados (“lacunosa, falha e imperfeita”), traz o exemplo muito pertinente do longo prazo de ratificação da Convenção de Viena assinada pelo Estado brasileiro em 1969, tendo, o depósito do instrumento de ratificação, sido realizado em 25 de setembro de 2009. (PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2.013, p. 112).

Por isso mesmo, a Convenção de Viena e a Corte Interamericana⁶⁵ repudiam o descumprimento do tratado realizado por conta de norma do ordenamento interno e exigem o adimplemento dos Estados signatários em seus Artigos 26 e 27⁶⁶, afastando-se, inclusive, de elementos estranhos para determinação de validade e vigência⁶⁷ dos tratados internacionais. Imperam, no direito internacional público, o pacta sunt servanda e a boa-fé e a interpretação jurisprudencial não pode ignorar os compromissos internacionais assumidos pelo Estado. É, em suma, a credibilidade do Estado brasileiro em jogo.

A mesma Convenção prevê várias formas de manifestação do consenso e de submissão à vinculatividade convencional do Estado como a assinatura, troca dos instrumentos constitutivos do tratado, ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, ou por quaisquer outros meios, se assim acordado (art. 11), repelindo, de maneira inexorável, a solução do Supremo Tribunal Federal.

⁶⁵ Veja-se a seguinte Opinião Consultiva na qual consta, expressamente, a posição da Corte Interamericana e do Direito internacional de exclusão de responsabilidade do descumprimento de obrigação com fundo em dispositivo do direito interno: “35. Una cosa diferente ocurre respecto a las obligaciones internacionales y a las responsabilidades que se derivan de su incumplimiento. Según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno. Estas reglas pueden ser consideradas como principios generales del derecho y han sido aplicadas, aún tratándose de disposiciones de carácter constitucional, por la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia [Caso de las Comunidades Greco-Búlgaras (1930), Serie B, n. 17, p. 32; Caso de Nacionales Polacos de Danzig (1931), Series A/B, n. 44, p. 24; Caso de las Zonas Libres (1932), Series A/B, n. 46, p. 167; Aplicabilidad de la obligación a arbitrar bajo el Convenio de Sede de las Naciones Unidas (Caso de la Misión del PLO) (1988), p. 12 a 31-2, §47]. Asimismo estas reglas han sido codificadas en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969” (Pinión consultiva oc-14/94 del 9 de diciembre de 1994, responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la convención [arts. 1 y 2 Convención Americana Sobre Derechos Humanos]).

⁶⁶ “Art. 26. Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé. Art. 27. Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46”.

⁶⁷ “Art. 42. §1. A validade de um tratado ou do consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado só pode ser contestada mediante a aplicação da presente Convenção”.

Por oportuno, corrobora Hildebrando Accioly, em 1986, ao tratar sobre a ratificação que “durante muito tempo, os autores em geral, consideraram que o que dá força obrigatória aos tratados é a ratificação. Antes desta, o acordo firmado era tido como mera promessa condicional. Hoje em dia, porém, essa formalidade, em muitos casos, já não é tida como indispensável, tanto assim que a Convenção de Viena de 1969 prevê que o consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado pode manifestar-se pela assinatura, troca dos instrumentos constitutivos do tratado, ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, ou por quaisquer outros meios, se assim acordado (art. 11)”⁶⁸.

No mesmo sentido, confira-se trecho do parecer do Professor André Ramos TAVARES (grifo nosso):

Uma dúvida que deve ser afastada é a da suposta não vinculação ao Comitê de Direitos Humanos, pela ausência normativa de um Decreto Presidencial posterior ao Decreto Legislativo n. 311/09, que homologou no Brasil o Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal posicionou-se na Carta Rogatória n. 8.272, julgada pelo Plenário em 17.06.1998 (Rel. CELSO DE MELLO) no sentido contrário à validade interna de tratados antes da existência do referido Decreto Presidencial⁶⁹. Essa posição me

⁶⁸ ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 126.

⁶⁹ Cf. o referido julgado: “A Constituição brasileira não consagrou, em tema de convenções internacionais ou de tratados de integração, nem o princípio do efeito direto, nem o postulado da aplicabilidade imediata. Isso significa, de *jure constituto*, que, enquanto não se concluir o ciclo de sua transposição, para o direito interno, os tratados internacionais e os acordos de integração, além de não poderem ser invocados, desde logo, pelos particulares, no que se refere aos direitos e obrigações neles fundados (princípio do efeito direto), também não poderão ser aplicados, imediatamente, no âmbito doméstico do Estado brasileiro (postulado da aplicabilidade imediata)”.

parece bastante conhecida na doutrina e jurisprudência⁷⁰ nacionais e, pois, dispensa maiores digressões.

No entanto, trata-se de vetusta posição do Supremo Tribunal Federal, que não se deve aplicar para os tratados de Direitos Humanos. Há, inclusive, decisão mais recente, também proferida em sede de extradição, cuja tese é antagônica à decisão referida acima. Na mais recente Extradição n. 986, julgada pelo Plenário em 15.08.2007 (Rel. Min EROS GRAU), com base no citado § 1º do artigo 5º da Constituição do Brasil, sustenta a aplicabilidade imediata das “normas de definidoras direitos e garantias fundamentais”, agora sim um posicionamento que revigora a jurisprudência mais antiga, alinhando-a à Constituição de 1988 e à prevalência dos direitos humanos aqui já analisado inicialmente. Nesse sentido, vale conferir a ementa desse acórdão de 2007, em lição lapidar sobre a posição do Brasil nas suas relações internacionais:

“[...] Obrigação do Supremo Tribunal Federal de manter e observar os parâmetros do devido processo legal, do estado de direito e dos direitos humanos. 2. Informações veiculadas na mídia sobre a suspensão de nomeação de ministros da Corte Suprema de Justiça da Bolívia e possível interferência do Poder Executivo no Poder Judiciário daquele País. 3. Necessidade de se assegurar direitos fundamentais básicos ao extraditando. 4. Direitos e garantias fundamentais devem ter eficácia imediata (cf. art. 5º, § 1º); a vinculação direta dos órgãos estatais a esses direitos deve obrigar o estado a guardar-lhes estrita observância. 5. Direitos fundamentais são elementos integrantes da identidade e da continuidade da constituição (art. 60, § 4º). 6. Direitos de caráter penal, processual e processual-penal cumprem papel fundamental na concretização do moderno estado democrático de direito. 7. A proteção judicial efetiva permite distinguir o estado de direito do estado policial e a boa aplicação dessas garantias configura elemento essencial de

⁷⁰ No mesmo sentido cf. ADI (MC) 1.480, rel. min. Celso de Mello, j. 4-9-1997.

realização do princípio da dignidade humana na ordem jurídica. 8. Necessidade de que seja assegurada, nos pleitos extradicionais, a aplicação do princípio do devido processo legal, que exige o fair trial não apenas entre aqueles que fazem parte da relação processual, mas de todo o aparato jurisdicional”.

*Ainda que no caso do acórdão citado, as normas em análise tenham passado pelas formalidades de integração à ordem jurídica nacional, não havendo necessidade de superação de eventuais problemas de internalização, o comando de imediata aplicação das normas de direitos fundamentais, presente nesse mais recente julgamento do STF, impõe a **exigibilidade irrestrita** dos direitos humanos na ordem interna, justamente pelo fato de que “[a] ideia de que os direitos e garantias fundamentais devem ter eficácia imediata (art. 5º, § 1º, da CB) ressalta, também, a vinculação direta dos órgãos estatais a esses direitos e o seu dever de guardar-lhes estrita observância” (voto do Min. GILMAR MENDES no citado acórdão da Ext. 986).*

Esclareço esse ponto para o caso concreto. Considerando os direitos humanos do Pacto Internacional em análise, considerando a internalização do Comitê como instância decisória desse Pacto e considerando, ainda, que a internalização no Brasil desses elementos normativos está totalmente acima de qualquer polêmica, não havendo divergência a esse respeito, o entendimento mais consentâneo com a Constituição de 1988 é o de que seria com ela incompatível quer reestabelecer o velho discurso da falta de aplicabilidade imediata para os indivíduos (nacionais), por inexistência de um Decreto Presidencial, quer dizer, por falta de um ato normativo intermediário que confira eficácia à normas de Direito constitucional. O obsoletismo de teorias que se imaginavam sepultadas no passado retorna para nos assombrar e imolar as legítimas perspectivas da sociedade brasileira e da comunidade internacional de direitos humanos.

Nesse sentido, Celso Bastos, em seus comentários, assim apresenta essa questão:

“[...] o texto constitucional está a permitir a inovação, pelos interessados, a partir dos tratados internacionais, o que não se admitia, então, no Brasil. [...]”

“Não será mais possível a tese dualista, é dizer, a de que os tratados obrigam diretamente os Estados, mas não geram direitos subjetivos para os particulares, que ficam na dependência da referida intermediação legislativa. Doravante será, pois, possível a invocação dos tratados convenções das quais o Brasil seja signatário, sem a necessidade de edição pelo Legislativo de ato com força de Lei”⁷¹.

Realmente, pretender desqualificar o Comitê e ignorar suas decisões não destoa das posturas ocorridas nesse contexto histórico interno retrógrado que por muito se fez vitorioso no Brasil, especialmente durante o regime militar ditatorial, mas também, por vezes, sob a Constituição de 1988. A tese de programaticidade de certas normas cogentes, transformando-as em conselhos ou pretensões inconsequentes, desabilitando-as, é cultura ainda não totalmente superada. É preciso envidar todos esforços no sentido de impedir a reprodução desse modelo de pensamento⁷².

A leitura da Constituição de 1988 não pode ser a mesma leitura que se praticava na constituição do Império brasileiro, por

⁷¹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição Brasileira (promulgada em 5 de outubro de 1988)*. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 2, p. 396.

⁷² Pela efetividade dos direitos sociais, que sofrem esse tipo de bloqueio doutrinário e jurisprudencial, já me posicionei da seguinte forma: a “efetivação dos direitos sociais deve necessariamente integrar essa abordagem própria de transformação da realidade socioeconômica trazida pela Constituição econômica. [...]”

Essas questões tradicionalmente [...] sofreram [...] forte resistência de todos os setores, inclusive de segmentos do próprio Poder Judiciário, quanto a assumir abertamente essa responsabilidade pelo Estado social” (André Ramos Tavares, CNJ como Instância de Suporte aos Magistrados na Complexidade Decisória: o caso dos direitos sociais e econômicos, In: Fabrício Bittencourt da Cruz (org.), CNJ: 10 anos. Brasília: CNJ, 2015, p. 49-50, ref. p. 46-64).

ocasião de nossa independência⁷³. Fazer depender a aplicabilidade do Protocolo adicional de um Decreto presidencial é situação esdrúxula. Em última análise é uma interpretação que faz parte da Constituição depender de um Decreto Presidencial, apesar da decisão do Congresso Nacional.

Ad argumentandum tantum, caso entenda-se pela necessidade do decreto presidencial para atribuir eficácia doméstica ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, faz-se inafastável a incidência do **art. 46 da Convenção de Viena** ao presente caso:

Artigo 46

Disposições do Direito Interno sobre Competência para Concluir Tratados

1. Um Estado não pode invocar o fato de que seu consentimento em obrigar-se por um tratado foi expresso em violação de uma disposição de seu direito interno sobre competência para concluir tratados, a não ser que essa violação fosse manifesta e dissesse respeito a uma norma de seu direito interno de importância fundamental.

2. Uma violação é manifesta se for objetivamente evidente para qualquer Estado que proceda, na matéria, de conformidade com a prática normal e de boa fé.

Como visto, inexistente norma constitucional a exigir decreto da Presidência da República para conferir força vinculante a tratado internacional, robusta corrente doutrinária advoga o entendimento de que é o decreto legislativo que reveste de eficácia o diploma na ordem doméstica e o

⁷³ De acordo com Celso D. de Albuquerque Mello “[a] promulgação vem sendo utilizada, entre nós, desde 1826” (MELLO, Celso D. de Albuquerque de. *Curso de Direito Internacional Público*, 10a ed, Rio de Janeiro: Renovar, 1994, v. 1, p. 240).

Estado Brasileiro já reconheceu ao longo de suas diversas comunicações a competência do Comitê de Direitos Humanos.

Nesse contexto, **na remota hipótese de julgar indispensável o decreto presidencial**, a aplicação do art. 46 da Convenção de Viena é fundamental para concretizar o espírito da constituição de estimular a participação internacional no Brasil em favor da prevalência dos direitos humanos.

7.7 Competência para analisar os requisitos procedimentais. Incompetência da Justiça Eleitoral. Óbice da Súmula 41 do TSE⁷⁴

Todas as observações acima lançadas, associadas ao consolidado entendimento doutrinário nesse mesmo sentido, bem assim ao comportamento do próprio Estado Brasileiro, que expressamente reconheceu, em todas suas manifestações, a sua vinculação, a partir do Decreto Legislativo nº 311/09, ao Protocolo Facultativo ao Pacto, já depositado perante a ONU, apontam no sentido da cogência das decisões emandas pelo Comitê.

São, assim, **incompreensíveis**, com todo respeito, quaisquer declarações no sentido de que a excepcional e grave providência acautelatória expedida pela ONU não teria força impositiva e vinculativa, considerada a ausência de Decreto Presidencial a publicizar pacto já celebrado no âmbito internacional e aprovado pelo Congresso Nacional.

Isso porque, como dito, o que fez o Protocolo Facultativo ao Pacto foi simplesmente prever a possibilidade de conhecimento, pelo Comitê de Direitos Humanos, também de representações individuais dirigidas por cidadãos, contra Estados membros, por violação aos direitos fixados no PIDCP.

⁷⁴ Muito embora não seja competência da Justiça Eleitoral discutir se as competências do Relator Especial no Comitê de Direitos Humanos da ONU, utiliza-se a informação como reforço da tese defensiva.

A jurisdição em si do Comitê não vem do Protocolo Facultativo, mas, ao contrário disso, como já dito, foi prevista pelo próprio Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, como corpo a ele inerente e indispensável, porque responsável por sua correta execução e cumprimento. Aderir ao Pacto Internacional significa, portanto, submeter-se à jurisdição do órgão previsto pelo próprio Pacto como o responsável pelo controle de sua execução.

O Brasil, portanto, se submete à jurisdição do Comitê de Direitos Humanos, na condição de país aderente ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

Já o protocolo facultativo, ao contrário disso e como já dito, se limita a prever mais uma hipótese de representação a ser dirigida ao Comitê de Direitos Humanos (representação individual), fixando, ainda, uma condição **interna** de procedibilidade para tanto (art. 1º):

“(…). O Comitê não receberá nenhuma comunicação relativa a Estado Parte no Pacto que não seja no presente Protocolo.

Isso significa, portanto, que compete ao Comitê, **e ao Comitê apenas**, aferir se todas as condições para recebimento de uma comunicação relativa a um Estado-Parte estão presentes.

Caso o país membro contra quem se dirige determinada comunicação individual entenda lhe faltar condições de recebimento ou procedibilidade, competirá a ele alegar tal óbice junto ao Comitê, que, assim, irá proceder ao juízo de admissibilidade que lhe é privativo e que, como já mencionado, é altamente restritivo e rigoroso: o percentual médio de representações que ultrapassam o crivo de admissibilidade é de 40%⁷⁵.

⁷⁵ Entre as 2.970 comunicações recebidas pelo Comitê, apenas 1.200 foram apreciadas no mérito, de acordo com o Relatório do Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas para as 117ª, 118ª e 119ª Sessões.

E, como dito, não foi esse o comportamento do Estado Brasileiro, que, **em todas as peças que dirigiu ao Comitê de Direitos Humanos da ONU, precisamente no caso concreto movido pelo ex-Presidente, reconheceu a legitimidade ativa e a submissão do país ao Protocolo Facultativo desde o Decreto Legislativo nº 311/09.**

Entendesse o Brasil que algum requisito de procedibilidade estava ausente (tal como a possibilidade de um cidadão, individualmente, buscar o respeito a seus direitos humanos mediante representação individual), deveria ter apresentado tal óbice ao Comitê, único com competência e jurisdição para a análise dos casos que lhe são dirigidos.

O Brasil, no entanto, não apenas não arguiu tal questão – de análise privativa do Comitê – como, pelo contrário, **reafirmou sua plena submissão também a representações individuais movidas por seus cidadãos,** considerada a força vinculativa ao Protocolo Facultativo derivada do Decreto Legislativo nº 311/09, o que impede que o tema seja discutido na jurisdição doméstica, foro impróprio para tanto.

Nesse sentido, irretocável o seguinte trecho do parecer oferecido para este processo pelo Professor André Ramos TAVARES:

Retornando, ainda, ao tema da technicalidade fraudatória, muito a gosto do formalismo jurídico exacerbado, registro que, certamente, qualquer suposto equívoco ou erro na decisão mencionada, seja sobre a própria competência do Comitê, seja sobre o conteúdo do PIDCP, para o caso concreto (decisão essa dirigida expressamente ao Estado brasileiro) deve ser enfrentada pelos mecanismos próprios e adequados, evitando-se o risco de ingressarmos no clube das nações subservientes ao seu voluntarismo, que sucumbem ao atraso ou a apelos autoritários que desprezam o PIDCP.

É dizer: não compete, à jurisdição doméstica, pretender exercer um crivo sobre o preenchimento de requisitos formais de representações dirigidas aos corpos integrantes do Sistema Internacional de Proteção de Direitos Humanos.

Esclarecedoras as palavras de André Ramos TAVARES sobre o eventual, mas certamente improvável, descumprimento da decisão cautelar do Comitê de Direitos Humanos da ONU por este E. Tribunal:

O Comitê é órgão previsto no Pacto. Suas decisões são cogentes. Se houver algum aspecto que mereça reforma ou reparação em suas decisões, a fórmula correta não está em ignorar, desqualificar ou deslegitimar o órgão. Para tanto há a perspectiva de apresentar, dentro de um processo adequado, as razões jurídicas pelas quais deve haver “reforma” ou revisão de decisões. A correção interna (controle heterônomo do PIDCP), quer dizer, por órgãos nacionais, não é apenas um simples atalho para acessar mais rapidamente o que seria o Direito certo. É um caminho para a violação seletiva do Pacto.

Permitir que o Judiciário local se imiscua nas atribuições que, por força de Tratado de Direitos Humanos (supralegal, portanto), são exclusivas de um *treaty body*, e analise a viabilidade formal de representações a eles dirigidas ou mesmo rejulgue a validade de decisões adotadas no âmbito internacional significa, simplesmente, esvaziar por completo a jurisdição de tais importantes órgãos de fiscalização. Com claro risco de comprometimento dos direitos humanos básicos internacionalmente consagrados e com a fragmentariedade de sua implementação pelas nações.

Um retrocesso, com todo respeito.

Para além disso, **em se tratando de debate sobre registro de candidatura travado no contexto da Justiça Eleitoral**, invocável, por sua evidente similaridade, o óbice da Súmula nº 41 deste TSE, clara no sentido de que “*não cabe à Justiça Eleitoral decidir sobre o acerto ou desacerto das decisões proferidas por*

outros órgãos do Judiciário ou dos tribunais de contas que configurem causa de inelegibilidade”.

É dizer: defrontando-se, a Justiça Eleitoral, com decisões provenientes de outros órgãos de jurisdição que repercutam em situação de inelegibilidade, compete a ela apenas dar-lhes cumprimento e efetividade no pedido de registro de candidatura, já que eventual acerto ou erro de tais decisões deve ser debatido e questionado nas vias próprias respectivas.

É o caso na espécie.

Assim como não compete à Justiça Eleitoral negar cumprimento à decisão proveniente da Justiça Comum, sob a suposta falta de competência da autoridade prolatora (Cf. EDcl no RESPE nº 9707, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 15/05/2018 e AgRg no RESPE nº 16689, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 05/12/2017), igualmente não cabe, no presente caso, a este Tribunal Superior Eleitoral, desconsiderar pronunciamento proveniente de um *treaty body* integrante do Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos, sob o (equivocado) fundamento da alegada incompetência do responsável pelo *decisum* ou da ilegitimidade ativa do autor da comunicação que desembocou na medida suspensiva.

Caso o Estado Brasileiro entenda que o Protocolo Facultativo ainda não é vinculativo, em razão da ausência de Decreto Presidencial, e que, por isso mesmo, representações individuais não podem ser movidas contra o Brasil, então imperioso seria que essa irresignação fosse dirigida ao próprio Comitê de Direitos Humanos, o único com competência para análise de tal questão prévia.

Tal irresignação, no entanto, **não foi manifestada pelo estado brasileiro**, que, pelo contrário, **reconheceu expressamente sua submissão à jurisdição do Comitê** no caso específico da representação individual apresentada de LULA, bem assim a plena possibilidade de que cidadãos

brasileiros movam, individualmente, queixas por descumprimentos aos direitos previstos no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

Assim, descabida qualquer indevida indagação, **no foro impróprio e sobretudo pelo poder judiciário** (cujas interpretações e atuações devem se pautar na máxima efetivação dos documentos de preservação dos direitos humanos), a respeito de uma vinculação e submissão ao Protocolo Facultativo que o próprio Estado Brasileiro reconhece existir em suas comunicações formais com a ONU.

7.8 Poder geral de cautela do comitê de direitos humanos da ONU – da obrigatoriedade no cumprimento de todas as decisões. Entendimento do STF e da PGR

As medidas cautelares eventualmente pleiteadas pelos comunicantes (*“interim measures”*) são decididas com fundamento na **natureza da violação alegada** e no **risco de dano irreparável ao direito protegido pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos**.

Como toda e qualquer decisão proveniente do Comitê de Direitos Humanos da ONU, portanto, as *interim measures*, adotadas para evitar perecimento de direitos em situação de grave violação são igualmente **mandatórias** a todos os Estados que subscreveram ao PIDCP, em especial ao Brasil.

Aderindo livre e espontaneamente, por ato de soberania, ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos no ano de 1999 e depois ao seu Protocolo Facultativo em 2009, emitindo sua **vontade soberana** no plano jurídico internacional para ingressar nos dois tratados, o Estado Brasileiro obrigou-se a cumprir seus termos na **integralidade**.

Não é outra a redação do art. 3 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos:

3. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a:

a) Garantir que toda pessoa, cujos direitos e liberdades reconhecidos no presente Pacto tenham sido violados, possa de um recurso efetivo, mesmo que a violência tenha sido perpetrada por pessoas que agiam no exercício de funções oficiais;

b) Garantir que toda pessoa que interpuser tal recurso terá seu direito determinado pela competente autoridade judicial, administrativa ou legislativa ou por qualquer outra autoridade competente prevista no ordenamento jurídico do Estado em questão; e a desenvolver as possibilidades de recurso judicial;

c) Garantir o cumprimento, pelas autoridades competentes, de qualquer decisão que julgar procedente tal recurso.

Reforça a necessidade de o Estado-parte **atender as determinações** do Comitê da ONU o art. 1º do Protocolo Facultativo do Pacto:

ARTIGO 1º

Os Estados Partes do Pacto que se tornem partes do presente Protocolo reconhecem que o Comitê tem competência para receber e examinar comunicações provenientes de indivíduos sujeitos à sua jurisdição que aleguem ser vítimas de uma violação, por esses Estados Partes, de qualquer dos direitos enunciados no Pacto. O Comitê não receberá nenhuma comunicação relativa a um Estado Parte no Pacto que não seja no presente Protocolo.

Como se afirmar, ante a dicção do **art. 3, c, do PICD** e do **art. 1º do Protocolo Facultativo**, que a decisão do Comitê não é vinculante ou não se reveste de carga impositiva?

Como anota Vladimir ARAS, que foi **membro integrante das investigações transnacionais da Força Tarefa da Lava Jato**⁷⁶, não há falar em intromissão do Comitê nos assuntos internos: “Ao contrário, o ingresso nos dois tratados decorreu de um ato de soberania da República Federativa do Brasil”⁷⁷.

Em tema de cumprimento às obrigações assumidas no plano internacional, mostra-se indispensável agir de boa-fé, sendo inválidas eventuais invocações a disposições do direito interno para justificar o descumprimento de um diploma internacional, tal como determinam os arts. 26 e 27 da **Convenção de Viena de Direito dos Tratados, incorporado ao ordenamento doméstico com a edição do Decreto nº 7.030/09**:

Artigo 26

Pacta sunt servanda

Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé.

Artigo 27

Direito Interno e Observância de Tratados

Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46.

Para o próprio Comitê de Direitos Humanos da ONU, suas decisões – **inclusive as de natureza cautelar** – são obrigatórias por força do princípio do *pacta sunt servanda*.⁷⁸

⁷⁶ Biografia de Vladimir Aras disponível em: <<https://vladimiraras.blog/curriculum-do-autor/>>. Acesso em 28 de agosto de 2018.

⁷⁷ Aras, Vladimir. *O caso Lula vs. Brasil*. Disponível em: <<https://vladimiraras.blog/2018/08/18/o-caso-lula-vs-brasil/>>. Acesso em 22 de agosto de 2018.

⁷⁸ *6.2 The Committee recalls that by adhering to the Optional Protocol, a State party to the Covenant recognizes the competence of the Committee to receive and consider communications from individuals claiming to be victims of violations of any of the rights set forth in the Covenant (Preamble and article*

Para que não restasse qualquer dúvida sobre a força vinculativa de suas decisões, o Comitê ainda divulgou o *General Comment N° 33: “The Obligations*

1). Implicit in a State's adherence to the Protocol is an undertaking to cooperate with the Committee in good faith, so as to enable it to consider such communications, and after examination to forward its Views to the State party and to the individual (article 5, paragraphs 1 and 4). It is incompatible with these obligations for a State party to take any action that would prevent or frustrate the Committee in its consideration and examination of the communication, and in the expression of its Views.

*6.3 Apart from any violation of the Covenant found against a State party in a communication, **a State party commits a grave breach of its obligations under the Optional Protocol if it acts to prevent or to frustrate consideration by the Committee of a communication alleging a violation of the Covenant, or to render examination by the Committee moot and the expression of its Views nugatory and futile.** In the present communication, both authors allege that their sons were denied rights under articles 6, 7, 10, 14, 15, and 16, of the Covenant. Having been notified of the communications, the State party breached its obligations under the Protocol by executing the alleged victims before the Committee concluded consideration and examination of the case, and the formulation and communication of its Views. It is particularly inexcusable for the State to have done so after the Committee acted under rule 92 of its Rules of Procedure.*

6.4 The Committee recalls that interim measures pursuant to rule 92 of the Committee's Rules of Procedure adopted in conformity with article 39 of the Covenant, are essential to the Committee's role under the Protocol. Flouting of the Rule, especially by carrying out irreversible measures such as, as in the present case, the executions of Mr. Maxim Strakhov and Mr. Nigmatulla Fayzullaev, undermines the protection of Covenant rights through the Optional Protocol.

(CCPR/C/90/D/1017/2001&1066/2002)

*6.1 Apart from any violation of the Covenant found against a State party in a communication, a State party commits grave breaches of its obligations under the Optional Protocol if it acts to prevent or to frustrate consideration by the Committee of a communication alleging a violation of the Covenant, or to render examination by the Committee moot and the expression of its Views nugatory and futile. In the present communication, the author alleges that her husband was denied rights under articles 6, 7, 9, 10 and 14 of the Covenant. **Having been notified of the communication, the State party breached its obligations under the Protocol by executing the alleged victims before the Committee concluded consideration and examination of the case, and the formulation and communication of its Views. It is particularly inexcusable for the State to have done so after the Committee acted under rule 92 of its Rules of Procedure, and in spite of several reminders addressed to the State party to this effect.***

6.2 The Committee recalls that interim measures pursuant to rule 92 of the Committee's Rules of Procedure adopted in conformity with article 39 of the Covenant, are essential to the Committee's role under the Protocol. Flouting of the Rule, especially by irreversible measures such as, as in the present case, the execution of Dovud and Sherali Nazriev, undermines the protection of Covenant rights through the Optional Protocol.

(CCPR/C/86/D/1044/2002)

of States Parties under the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights” (Doc. 018).

Assim como as decisões do Poder Judiciário, as *views* são alcançadas a partir de um **comportamento judicial** e são **interpretações autorizadas** do texto do Pacto, detentoras de **caráter impositivo**.

13. The views of the Committee under the Optional Protocol represent an authoritative determination by the organ established under the Covenant itself charged with the interpretation of that instrument. These views derive their character, and the importance which attaches to them, from the integral role of the Committee under both the Covenant and the Optional Protocol (...).

15. The character of the views of the Committee is further determined by the obligation of States parties to act in good faith, both in their participation in the procedures under the Optional Protocol and in relation to the Covenant itself. A duty to cooperate with the Committee arises from an application of the principle of good faith to the observance of all treaty obligations.

O caráter impositivo das decisões do Comitê de Direitos Humanos da ONU, portanto, também deriva da obrigação dos Estados em **agir de boa-fé** no âmbito internacional e, sobretudo, cumprimento do Pacto e do Protocolo.

Nesse exato sentido, a E. **Procuradoria-Geral da República** exarou parecer contundente na ADPF nº 320/DF (Doc. 019), que versa justamente sobre o reiterado **descumprimento** das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos pelo Estado brasileiro.

Para a Procuradoria Geral da República, a **única forma de o Brasil negar eficácia a tratado internacional ao qual aderiu de forma soberana e juridicamente válida seria com a declaração de inconstitucionalidade do ato**

de incorporação do instrumento ao ordenamento interno, do que resultaria a denúncia do tratado em sua íntegra.

Fora de tal excepcional situação, **a obrigatoriedade no cumprimento aos tratados internacionais, sobretudo de direitos humanos, tal como o é o PIDCP, é inquestionável**. Esse o posicionamento da Procuradoria Geral da República:

A República Federativa do Brasil, de maneira soberana e juridicamente válida, submeteu-se à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), mediante convergência dos Poderes Legislativo e Executivo. As decisões desta são vinculantes para todos os órgãos e poderes do país. O Brasil promulgou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) por meio do Decreto 678/1992. Com o Decreto 4.463/2002, reconheceu de maneira expressa e irrestrita como obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte IDH em todos os casos relativos à interpretação e aplicação da convenção. O artigo 68(1) da convenção estabelece que os Estados-partes se comprometem a cumprir a decisão da Corte em todo caso no qual forem partes. Dever idêntico resulta da própria Constituição brasileira, à luz do art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias de 1988. Para negar eficácia à Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou às decisões da Corte IDH, seria necessário declarar inconstitucionalidade do ato de incorporação desse instrumento ao Direito interno. Disso haveria de resultar denúncia integral da convenção, na forma de seu art. 75 e do art. 44(1) da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (Decreto 7.030/2009).

Adiante, sobre a força vinculativa das decisões da Corte Interamericana, cuja competência foi reconhecida pelo Brasil tão validamente quanto a competência do Comitê da ONU, já que ambos, Cortes Internacionais e *Treaty*

Bodies, formam o corpo indivisível consubstanciador do Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos, a Procuradoria Geral da República volta a discorrer:

Os atos de ratificação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e de reconhecimento da jurisdição da Corte de São José da Costa Rica não podem, portanto, ser interpretados como se fossem meras edições de normas ordinárias, muito menos como simples exortações graciosas ao Estado brasileiro. Bem ao contrário, tais providências normativas inserem-se no contexto do adimplemento do dever constitucional do Brasil de proteção aos direitos humanos e de integração ao sistema internacional de jurisdição e reclamam compreensão que lhes garanta a mais plena eficácia, nos termos do art. 5º, § 1º, e do art. 4º, inciso II, da lei fundamental brasileira.

Não pode o magistrado recusar o cumprimento de norma incorporada ao direito interno (no caso, o artigo 68(1) da Convenção Americana), sem opor-lhe de maneira fundamentada vício de constitucionalidade. Em outras palavras, para que qualquer órgão público possa recusar aplicação ao preceito do art. 68(1) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, haveria de existir vício constitucional formal ou material nos atos praticados pelas autoridades brasileiras que exerceram, em nome do país, a decisão soberania de ratificar a convenção e, depois, de reconhecer a autoridade da Corte de São José (...).

Portanto, para desconsiderar o dever de cumprir de boa fé a condenação da Corte IDH, a providência política e jurídica passa necessariamente pela saída do Brasil do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, pois inexistente solução de renúncia parcial à força normativa do tratado.

O entendimento da Procuradoria Geral da República do Brasil, portanto, é no sentido de que o Judiciário doméstico, ao ser provocado concretamente a

cumprir deliberações provenientes dos corpos integrantes do Sistema Internacional de Proteção e derivadas do descumprimento, pelo país, de Tratados Internacionais de Direitos Humanos, tem apenas duas opções: ou dar plena concreção e efetividade à determinação internacional e, como consequência, aos direitos garantidos no Tratado; ou decretar a inconstitucionalidade do instrumento interno de ratificação do Documento Internacional tido como descumprido.

Esse, certamente, deverá ser o entendimento da Procuradoria Geral da República, ao ser instada a se pronunciar sobre a presente peça defensiva e sobre o fato superveniente aqui invocado, consistente no advento de decisão de urgência proferida pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU.

Não apenas por coerência, mas, sobretudo, pelo histórico compromisso sempre demonstrado pelo Ministério Público nacional com o respeito aos direitos humanos e com o cumprimento, pelo Brasil, dos compromissos por ele assumidos no âmbito internacional.

O dever de agir de boa-fé dos Estados-Partes foi recentemente destacado por **Sarah Cleveland**, Relatora Especial do Comitê de Direitos Humanos da ONU, uma das subscritoras da *interim measure* deferida em favor do ora defendente⁷⁹:

As medidas interinas expedidas pelo Comitê são legalmente vinculantes, e impõem uma obrigação legal internacional para que o Brasil as cumpra. O Comitê de Direitos Humanos é um órgão formado por especialistas estabelecido pelo Pacto para monitorar a implementação das obrigações do Brasil sob o Pacto. O Brasil também é signatário do Protocolo Facultativo ao Pacto. Este tratado dá autoridade ao Comitê para que ouça indivíduos como Lula sobre a violação pelo Brasil dos seus direitos assegurados pelo Pacto, e obriga

⁷⁹ Entrevista disponível em: <<https://www.jota.info/eleicoes-2018/nao-temos-interesse-resultado- apenas-participacao-todos-21082018>> Acesso em 26 de agosto de 2018.

o Brasil a considerar de boa-fé o parecer que o Comitê expedirá sobre o caso do ex-Presidente no devido tempo. Qualquer falha do Brasil na implementação das medidas interinas seria, portanto, incompatível com a sua obrigação de respeitar de boa-fé o procedimento do Comitê ao considerar casos individuais, estabelecido sob o Protocolo Facultativo.

(...) A inobservância das medidas interinas significaria que o Brasil terá violado suas obrigações legais internacionais sob o Protocolo Facultativo.

O Conselho Nacional de Direitos Humanos também destacou a boa-fé que deve orientar os Países no cumprimento de suas obrigações internacionais (Doc. 020):

O Conselho Nacional dos Direitos Humanos (CNDH), órgão autônomo criado pela Lei nº 12.986/2014, vem, através desta Nota Pública, expressar seu reconhecimento à legitimidade do Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas (ONU), enquanto órgão de monitoramento do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de conferir interpretação autêntica do tratado internacional e, nesse sentido, reafirma o respeito às suas decisões.

Nesse sentido, está em consonância com o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos a decisão do Comitê de que Lula possa exercer seus direitos políticos, inclusive com acesso apropriado à mídia e a membros do seu partido político, enquanto candidato às eleições presidenciais de 2018. O CNDH entende, assim, que as medidas interinas adotadas pelo Comitê devem ser cumpridas pelo Estado brasileiro, independentemente de seu caráter vinculante, como expressão de sua boa-fé no cumprimento de obrigações internacionalmente assumidas quanto à implementação de direitos humanos no país.

A norma do **art. 27 da Convenção de Viena**, ainda, sobre a impossibilidade de dispositivo de direito interno fundamentar a recusa em adimplir com o tratado, torna-se **ainda mais imperativa** às instituições brasileiras diante do **pacífico entendimento** do Supremo Tribunal Federal de que os tratados internacionais de direitos humanos possuem hierarquia “**supralegal**”, consoante o precedente firmado no julgamento do **RE nº 349.703/SP**:

Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002) (...).

(RE nº 349.703/RS, Rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, DJe 05-06-2009)

Os tratados internacionais de direitos humanos, entre os quais o Supremo Tribunal Federal já incluiu expressamente o **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos**⁸⁰, possuem *status* diferenciado, sobrepondo-se às leis ordinárias.

⁸⁰ RE nº 603.616/RO-RG, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 10/05/2016.

Nem se fale, ainda, da natureza **materialmente constitucional** dos tratados e das convenções internacionais de direitos humanos⁸¹, consoante o art. 5º, §2º, da Constituição Federal: *“os direitos e garantia expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”*.

Direitos convencionais integram o bloco de constitucionalidade do ordenamento jurídico brasileiro.

Nada justifica, portanto, qualquer pretendida negativa de eficácia à decisão do Comitê de Direitos Humanos da ONU, assentada em dispositivos do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e do Protocolo Facultativo.

Nem mesmo uma suposta incompatibilidade com a **Lei Complementar nº 64/90** autorizaria tal incompreensível posição, até porque, como já dito, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, tido como ofendido pela *interim measure* deferida em favor deste ex-Presidente, possui eficácia supralegal, tal como já deliberou a Suprema Corte.

À semelhança do ocorrido no caso do **depositário infiel**, no qual o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que o dispositivo da Convenção Americana de Direitos Humanos que vedava a prisão por dívida (art. 7º, §7º) possuía o condão de “paralisar” a legislação infraconstitucional que disciplinava a matéria de forma diferente, **no caso concreto, a decisão liminar proferida pelo Comitê de Direitos Humanos deve ter o condão de obstar a eficácia das decisões judiciais em sentido contrário, ou seja, que insistam no desrespeito dos direitos previstos no PIDCP.**

⁸¹ Cf. FACHIN, Luiz Edson; GODOY, Miguel Gualano de; FILHO, Roberto Dalledone Machado Filho; FORTES, Luiz Henrique Krassuski. *O Caráter materialmente constitucional dos tratados e convenções internacionais sobre Direitos Humanos*.

Cumprе mencionar, neste ponto, que o E. Supremo Tribunal Federal já chancelou o entendimento pela irrestrita aplicabilidade do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos no julgamento da ADPF nº 347/DF-MC, de relatoria do Ministro Marco Aurélio.

Nessa ocasião, o I. **Ministro Edson Fachin** proferiu **voto louvável**, no sentido de **romper com a cultura jurídica nacional de relativizar a importância dos tratados internacionais de direitos humanos**, uma vez que direitos convencionais possuem *status* supralegal:

Embora louvável e pertinente a ação do Conselho Nacional de Justiça, o Pacto de São José da Costa Rica possui status supralegal, conforme entendimento firmado por esta Corte, e, nos termos do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, suas normas têm aplicação imediata e, portanto, não pode ter sua implementação diferida ao fim da assinatura dos respectivos convênios de cooperação técnica. Inexistem motivos para prorrogar a aplicabilidade da norma convencionada internacionalmente, sejam por razões de ordem técnica ou financeira, ou ainda de necessidade de adequação. A cultura jurídica precisa dar efetividade aos compromissos firmados pela República Federativa do Brasil e às normas positivadas democraticamente debatidas no âmbito do Poder Legislativo e sancionadas pelo Poder Executivo (Grifo nosso).

O I. Magistrado, em palestra realizada em 07 de junho deste ano, abordou novamente a matéria no II Congresso Internacional de Ciência Jurídica, ao palestrar sobre “*O Supremo Tribunal Federal, Jurisdição Constitucional e Pactos Internacionais de Defesa de Direitos*”⁸²:

Portanto, quando um magistrado cita os denominados protocolos de hoje, a carta, a convenção interamericana de direitos humanos, o

⁸² Palestra disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=t14WZAteEQc>>. Acesso em 26 de agosto de 2018.

pacto de direitos civis e políticos, nós não estamos a fazer um cimento retórico argumentativo. Nós estamos a fundamentar na ordem normativa constitucional interna e ao mesmo tempo chamar a colação essas normativas internacionais que, a luz da transterritorialidade, que é uma característica da ordem normativa contemporânea, restaram introduzidas no Brasil e as quais o Brasil se comprometeu a cumprir e, evidentemente, assim deve fazê-lo.

Essa também é a posição do Ministro **Celso de Mello**, decano da Suprema Corte, no RE nº 466.343/SP:

Vê-se, daí, considerado esse quadro normativo em que preponderam declarações constitucionais e internacionais de direitos, que o Supremo Tribunal Federal se defronta com um grande desafio, consistente em extrair, dessas mesmas declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direito, a sua máxima eficácia, em ordem de tornar possível o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs (...).

É dever dos órgãos do Poder Público – e notadamente dos juízes e Tribunais – respeitar e promover a efetivação dos direitos garantidos pelas declarações internacionais, em ordem de permitir a prática de um constitucionalismo aberto ao processo de crescente internacionalização dos direitos básicos da pessoa humana.

É chegada a hora de levar a sério os direitos dos tratados internacionais de direitos humanos e as decisões dos órgãos internacionais responsáveis pela sua implementação.

Inquestionável, portanto, a **força vinculante** do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e do Protocolo Facultativo do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos no plano estrangeiro e doméstico.

Inquestionável, por igual, o reconhecimento, pelo Estado Brasileiro, da jurisdição do Comitê de Direitos Humanos da ONU, *treaty body* previsto no corpo do próprio PIDCP como um de seus elementos integrantes e como pressuposto de eficácia de suas proclamações.

Desconsiderar uma decisão do Comitê de Direitos Humanos da ONU ou recusar-lhe eficácia, significa compactuar com violações aos direitos civis e políticos por ela detectados, o que significa desconsiderar o próprio Pacto.

Certamente não haverá de ser essa a postura do Judiciário brasileiro.

7.9 A decisão em favor de Lula não é inédita. Eficácia vinculante perante a justiça Eleitoral⁸³

Também chamou a atenção da defesa, dentre declarações ou manifestações difundidas pela imprensa sobre o caso do ora candidato, a afirmação de que “*pela primeira vez, o comitê opinou sobre eleições, confundindo direitos humanos (universais) e direitos políticos (que dependem da legislação de cada país)*”.⁸⁴

Essa afirmação não é verdadeira.

Em verdade, foi justamente para coibir que a “*legislação de cada país*” ou que a interpretação dos ordenamentos domésticos quanto ao exercício dos direitos políticos violasse o núcleo dos valores essenciais a qualquer

⁸³ Muito embora não seja competência da Justiça Eleitoral discutir se o Comitê de Direitos Humanos da ONU já se pronunciou antes sobre processo eleitoral, utiliza-se a informação como reforço da tese defensiva.

⁸⁴ Folha de São Paulo, 27 de agosto de 2018, “Tendências e Debates”.

democracia que o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos estabeleceu um “*core*” axiológico, sem o qual não se pode falar em democracia e em liberdade.

Afirmar genericamente que “*direitos políticos dependem da legislação de cada país*” e que não deveriam ser matéria e objeto de proteção internacional significa legitimar e placitar regimes autoritários.

Não é para isso que se serve o Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos, do qual o Comitê de Direitos Humanos da ONU é parte essencial.

Também é **errada** a afirmação de que esta é a primeira vez que o Comitê de Direitos Humanos opina sobre eleições.

Em verdade, a jurisprudência do Comitê registra **vários outros casos precedentes**, todos eles atinentes à necessidade de se assegurar a autenticidade, a legitimidade e a veracidade de eleições nos países subscritores do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

Infelizmente, na grande maioria dos casos, as intervenções do Comitê de Direitos Humanos da ONU em processos eleitorais se deram em países de baixa qualidade democrática, **aos quais se espera que o Brasil não se equipare**.

Um exemplo em que a intervenção da ONU se deu com muito sucesso, em processo eleitoral de país com democracia consolidada, **é o caso do México**, possivelmente desconhecido daqueles que afirmaram que o Comitê jamais tinha opinado sobre eleições.

No **caso *Castañeda vs. México***, Rafael Rodríguez Castañeda, individualmente, levou à análise do Comitê suposta violação ao seu direito de acesso à informação pelo Estado mexicano, cujo Poder Judiciário se recusava a franquear-lhe as **cédulas de votação** da contestada eleição presidencial de 2006. Para os Tribunais mexicanos, as cédulas deveriam ser imediatamente

incineradas após a contagem dos votos e a proclamação do resultado, para evitar a quebra de seu sigilo.

No dia 31 de outubro de 2012, o Relator Especial do Comitê de Direitos Humanos na ONU, tal como no presente caso, **deferiu medida cautelar** (*"interim measure"*) para que o Estado Mexicano **não** levasse adiante a destruição das cédulas, o que já estava programado para ocorrer entre os dias 12 e 26 de novembro de 2012.

O dilema instaurado perante os Tribunais eleitorais mexicanos não era em nada diferente daquele agora submetido à apreciação deste Tribunal Superior Eleitoral: insistir com o entendimento da jurisdição doméstica ou dar cumprimento ao órgão responsável por dar a última palavra sobre o correto cumprimento do Tratado Internacional de Direitos Civis e Políticos.

Eis então que o México, no dia 14 de novembro, **honrando o compromisso assumido com a adesão ao Pacto Internacional e se recusando a persistir num comportamento tido como ofensivo aos direitos enunciados no Pacto**, deu plena efetividade à *interim measure* e **suspendeu** a incineração das cédulas, enquanto o Comitê da ONU apreciasse a comunicação enviada por Castañeda.

O Conselho Federal do **Instituto Federal Eleitoral** do México decidiu, **POR UNANIMIDADE**, pelo atendimento da decisão do Comitê de Direitos Humanos da ONU (Doc. 021). É imprescindível transcrever os fundamentos do CG714/2012, por meio do qual **FOI DADO AMPLO CUMPRIMENTO** à ordem exarada do Comitê:

23. Que de conformidad con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se reconoce que los derechos se derivan de la dignidad de la persona humana de conformidad con el artículo 2, apartado 2, que establece que "cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas

para adoptar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter”, de lo que se advierte la necesidad de adoptar medidas de cumplimiento a las disposiciones de los organismos internacionales de derechos humanos con arreglo al derecho interno, máxime si este emana de la norma fundamental, es decir, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

24. Que al tratarse de una medida cautelar, en apariencia “de una posible violación a derechos humanos” de conformidad con los artículos 1 y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Instituto Federal Electoral deberá tomar las acciones conducentes para el cumplimiento de las medidas cautelares emitidas por la Organización de la Naciones Unidas (ONU), esto es, dejar por el momento, sin efectos el Acuerdo CG660/2012, emitido por el Consejo General de este Instituto, hasta en tanto dicho organismo internacional se pronuncie sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de la denuncia presentada por el C. RAFAEL RODRIGUEZ CASTAÑEDA, lo anterior, siguiendo lo establecido en el tercer párrafo del artículo 1 de la Constitución Federal, en el que se establece que todas las autoridades en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, en consecuencia, este Organismo Constitucional Autónomo, tiene la obligación de tomar las medidas necesarias para evitar una posible transgresión a derechos humanos, hasta en tanto se decida por el órgano internacional competente, la admisibilidad o no de la denuncia.

25. *Que mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, vigente a partir del día siguiente de su publicación, se reformó y adicionó el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para establecer diversas obligaciones a las autoridades, entre ellas, **que las normas relativas a derechos humanos se interpretarán conforme a la Constitución y a los tratados internacionales en la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia, es decir, que los derechos humanos son los reconocidos por la Ley Fundamental y los tratados internacionales suscritos por México, y que la interpretación de aquélla y de las disposiciones de derechos humanos contenidas en instrumentos internacionales y en las leyes, siempre debe ser en las mejores condiciones para las personas.***

26. *Que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha emitido diversos criterios relacionados con la interpretación del orden jurídico conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los Tratados Internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia.*

Em suma, o Poder Judiciário do México reconheceu a força vinculante da decisão cautelar do Comitê de Direitos a ONU, o dever do Estado de dar ampla efetividade aos compromissos assumidos nos Tratados, dando cumprimento às decisões expedidas pelos órgãos internacionais com competência para a fiscalização do cumprimento das garantias internacionalmente asseguradas e, em atendimento à determinação de suspender a incineração das cédulas, **tornou sem efeito decisão anterior que já ordenava a destruição do material.**

Tal precedente, no entanto, também não é isolado, existindo outros casos de decisões tomadas pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU, relativamente a processos eleitorais de outros Estados membros.

Consoante se verá abaixo, a qualidade democrática do país contra quem a ONU encaminha suas decisões é determinante para seu cumprimento, ou não.

7.10 Países com Estado Democrático de Direito consolidado cumprem as decisões do Comitê

Nas denúncias apreciadas em definitivo⁸⁵ e em cujo contexto foi expedida, tal como no presente caso, uma *interim measure*, as medidas cautelares exaradas pelo Comitê foram **devidamente acatadas** por países de **forte tradição democrática e de renomada cooperação internacional** – a exemplo de Austrália e Canadá, países que são considerados como “**democracias plenas**” no *Economist Intelligence Unit’s Democracy Index*⁸⁶ de 2017, alcançando as respectivas notas de 9,09 e 9,15.

Veja-se a tabela a seguir, elaborada a partir do repositório jurisprudencial do Comitê⁸⁷:

⁸⁵ Neste capítulo faz-se referência não apenas aos julgamentos que se relacionam com o processo eleitoral dos países membros, mas a todos os casos submetidos ao Comitê de Direitos Humanos da ONU, que expediu uma ordem liminar contra o Estado membro.

⁸⁶ O *Democracy Index* é publicação da Unidade de Inteligência da Revista *The Economist* que mede a força da democracia pelo mundo, valendo-se de sessenta diferentes indicadores de cinco distintas categorias: processo eleitoral e pluralismo, funcionamento do governo, participação política, cultura política democrática e liberdades civis. As classificações variam de acordo com a nota, sendo “regime autoritário” entre 0 e 4, “regime híbrido” de 4 a 6, “democracia com vícios” de 6 a 8, e “democracia plena” de 8 a 10. O Brasil recebeu a preocupante nota 6,86, sendo considerada uma democracia ainda com vício. Informação disponível em: <<https://www.economist.com/graphic-detail/2018/01/31/democracy-continues-its-disturbing-retreat>>. Acesso em 27 de agosto de 2018.

⁸⁷ O presente gráfico foi construído a partir de uma análise de todos os 93 casos disponíveis na categoria “*interim measures*” junto ao Repositório disponibilizado pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU. Decisões tomadas em processos ainda não concluídos, tal como no caso de Lula, ainda não são lançadas no referido repositório, que se limita a relatar casos já concluídos, onde teria sido deferida a providência

MEDIDAS CAUTELARES OBEDECIDAS		
PAÍS	QUANTIDADE	CASOS
Austrália	02	706/1996 e 692/1996
Canadá	09	*486/1992; 558/1993; 538/1993; 539/1993; 167/1984; 1315/2004; 1465/2006; 1544/2007 e 1959/2010
Dinamarca	01	2204/2012
Finlândia	01	431/1990
Jamaica	19	256/1978; 227/1981; 210/1986; 225/1987; 250/1987; 226/1987; 254/1987; 251/1987; 252/1987; 259/2087; 246/1987; 258/1987; 233/1987; 231/1987; 278/1988; 298/1988; 315/1988; 281/1988 e 276/1988
Quirguitão	01	1338/2005

de urgência. Os dados disponibilizados pelo Comitê, ainda, revelam uma amostragem, e não informação exaustiva. Disponível em: <<http://juris.ohchr.org/>>. Acesso em 23 de agosto de 2018.

São Vicente e Granadinas	01	806/1998
Suécia	01	1416/2005
Tadjiquistão	01	1042/2001
Trindade e Tobago	03	302/1988; 576/1994 e 575/1994
Uzbequistão	03	907/2000; 1206/2003 e 1449/2006
Zâmbia	01	1132/2002

País que mais respeitou medidas cautelares do Comitê, a Jamaica não pode ser subestimada em seu compromisso com a democracia.

O *Democracy Index* de 2017 coloca o país caribenho em patamar **superior** ao brasileiro: 7,29 em face de 6,86.

Em outros termos, a Jamaica está muito mais próxima de uma democracia plena, cujo piso é de 8,0, do que o Brasil, o que se reflete de maneira muito clara na forma com que executa, concretamente, no plano doméstico, os compromissos assumidos pelo país no âmbito internacional, no que concerne ao respeito aos direitos humanos.

O Canadá, segundo País que mais respeita as medidas cautelares impostas pelo Comitê, assim o fez recentemente em caso de **deportação** de cidadão saudita cujo pedido de asilo já havia sido negado Estado.

Na iminência de executar a decisão administrativa da Agência de Serviços Fronteiriços, já confirmada em grau de recurso, o Estado respeitou a decisão do Comitê para suspender a expulsão enquanto **apreciada** a comunicação (Doc. 022).

Não se espera **postura diferente** de Estados com sólido compromisso e histórico de proteção dos direitos humanos internacionais.

Desde a instituição do Relator Especial, com poder de deferimento de medidas cautelares, **os Estados demonstram um nível alto de acatamento das ordens necessárias a evitar o perecimento dos direitos convencionais, justamente em razão da excepcionalidade de tais decisões**⁸⁸.

Neste sentido, merece a **maior consideração** o precedente do **Tribunal Supremo da Espanha** que, no processo de cassação nº 1002/2017, determinou que as decisões dos órgãos da ONU de monitoramento de tratados humanos – tal qual o Comitê de Direitos Humanos – em casos individuais, possuem **força vinculante em face do Estado**, que deverá adotar as medidas para promover suas determinações (Doc. 023).

No caso, o Poder Judiciário entendeu que o Estado deveria cumprir a decisão do **Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher**, órgão responsável pelo monitoramento da Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.

Para tanto, o Tribunal valeu-se do art. 24 da Convenção, que prevê: “Os Estados-Partes comprometem-se a adotar todas as medidas necessárias em âmbito nacional para alcançar a plena realização dos direitos reconhecidos nesta Convenção”, e do art. 96 do texto constitucional de 1978, que prevê: “Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno (...)”.

O art. 24 da Convenção possui redação **idêntica** à art. 3º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e é inegável a **similaridade** entre o

⁸⁸ BUERGENTHAL, Thomas. The UN Human Rights Committee. In: FROWEIN, J.A.; WOLFRUM, R. (eds.). *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, v. 5, 2001. p. 370.

art. 96 da Carta Espanhola e o art. 5º, §§ 2º e 3º da Constituição Federal de 1988.

Confirma-se, então, o diagnóstico de que nações com forte tradição democrática respeitam e cumprem as decisões dos órgãos integrantes do Sistema Internacional de Proteção de Direitos, no qual se insere o Comitê de Direitos Humanos.

Por outro lado, os países que mais descumpriram decisões cautelares exaradas pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU são países que estão longe de servir de exemplo a qualquer nação que aspire ser democrática.

O **Uzbequistão**, por exemplo, é o país que mais desrespeita as decisões liminares do Comitê: dez. A tensão étnica que veio à superfície após a independência da União Soviética levou à saída de mais de dois milhões de pessoas, hoje apátridas. Ainda grassam pelo país conflitos religiosos, que em 2005 – por exemplo – reclamaram a vida de 700 indivíduos, no mínimo⁸⁹. Segundo o *Democracy Index*, o Uzbequistão vive sob um **regime autoritário**, não chegando a marcar dois pontos numa escala que vai até dez.

O mesmo padrão constatado pela análise das medidas cautelares é encontrado na análise das decisões terminativas. Entre as 318 denúncias conhecidas e examinadas em seu mérito de **março de 2010 a agosto de 2017**, foram encontrados **abusos em 263 casos**⁹⁰ – ou seja, em **82%** dos casos **houve violação a direito convencional!** Logo, uma vez admitida da comunicação, a

⁸⁹ MIROLEV, Mansun. *Uzbekistan: 10 years after the Andijan massacre*. **Al-Jazeera**. Disponível em: <<https://www.aljazeera.com/indepth/features/2015/05/150511123115026.html>>. Acesso em 23 de agosto de 2018.

⁹⁰ Para chegar a estes dados em particular, foram subtraídos dos números constantes do Relatório da 119ª Sessão os números constantes do Relatório da 110ª Sessão. Todos os Relatórios de atividades da Comissão estão disponíveis em: <https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=8&DocTypeID=27>. Acesso em 26 de agosto de 2018.

probabilidade de o Comitê de Direitos Humanos entender que o denunciante foi **vulnerado no seu direito** pelo Estado é **muito elevada**.

Os Estados-Partes que mais **desrespeitaram** os direitos do Pacto⁹¹, de acordo com estatísticas do Comitê de Direitos Humanos até **maio de 2016**⁹², foram:

1. **Argélia:** 39 condenações de 39 comunicações admitidas;
2. **Belarus:** 96 condenações de 98 comunicações admitidas
3. **Cazaquistão:** 17 condenações de 17 comunicações admitidas;
4. **Congo:** 17 condenações de 17 comunicações admitidas;
5. **Líbia:** 20 condenações de 20 comunicações admitidas;
6. **Uzbequistão:** 34 condenações de 37 condenações admitidas.

Como visto, **Belarus** e **Uzbequistão** vivem sob modelos autoritários. Nesse grupo, acrescenta-se ainda **Argélia** (3,56), **Cazaquistão** (3,06), **Congo** (1,61) e **Líbia** (2,32). Ou seja, todos os grandes descumpridores das decisões do Comitê são países e baixa qualidade democrática.

Diversas foram as **condenações** sofridas por países de baixo quociente democrático em virtude de violação ao **art. 25 do Pacto Internacional**.

Ao menos **03** foram as condenações sofridas por Belarus em **questões eleitorais**.

⁹¹ A Coreia do Sul conta com 100 casos de violação ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, dos quais 95% envolvem objeção de consciência a serviço militar. A controvérsia foi parcialmente resolvida após decisão da Suprema Corte que determinou a substituição da prisão por penas alternativas a desertores. República Tcheca e Austrália possuem número razoável de condenações, respectivamente 20 e 39, ambas por questões migratórias.

⁹² Para chegar a essa conclusão, comparou-se o número de casos em que foi constatada violação em face do número de casos admitidos pelo Comitê, o que corresponde a casos em que houve e a casos em que não houve violação. Informação disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CCPR/Pages/AnalysisCommitteesCaseLaw.aspx>>. Acesso em 22 de agosto de 2018.

Na Comunicação nº 1392/2005, o Comitê foi chamado a examinar a conformidade frente ao art. 25 do Pacto da decisão de **Comissão Eleitoral que negou o registro de Valery LUKYANCHIK a mandato eletivo no Poder Legislativo porque dois dos indivíduos que subscreveram o registro alegaram não tê-lo feito.**

Nessa ocasião (CCPR/C/97/D/1392/2005), o entendimento do Comitê foi **no sentido de que a negativa de conceder o registro de candidatura violou o direito do Autor.**

Em março de 2015, o País foi novamente condenado por desrespeitar os direitos políticos de seus cidadãos (CCPR/C/113/D/1992/2010), no caso *Sudalenko vs. Belarus*. O Comitê assentou que limitar **injustificadamente** a realização de reuniões públicas a um único lugar, mormente quando distante do centro da cidade e a pedido de candidato para reunir-se com os eleitores em potencial, constitui violação aos arts. 21 e 25 do Pacto Internacional.

Depois, em outubro de 2015, uma comunicação individual levou à apreciação da Organização das Nações Unidas o “*desaparecimento*” de assinaturas colhidas para inscrever Leonid Georgievich na eleição presidencial de Belarus em 2001, o que levou ao indeferimento do seu registro pela Comissão Central Eleitoral de Belarus, em decisão que foi sucessivamente mantida nos Tribunais domésticos.

Na interpretação do Comitê (CCPR/C/88/D/1047/2002), a decisão da Comissão Eleitoral por negar a candidatura **sem oferecer justificativa** e a **falta de remédios jurídicos efetivos** para questionar esse indeferimento infringem o art. 25 do Pacto.

Nessas três decisões, o Comitê frisou que a adesão do Estado-Parte ao Pacto implica no **reconhecimento da competência do Comitê em determinar se houve, ou não, a violação dos direitos nele assegurados.**

Precedente da maior **importância** a este caso, cuja discussão gira em torno da vulneração ao **art. 25 do PICD**, foi firmado pelo Comitê de Direitos Humanos no recente julgamento do caso *Nasheed v. Republic of Maldives* (CCPR/C/122/D/2851/2016).

Após trinta anos sob regime de partido único, com Maumoon Gayoon eleito seis vezes consecutivas Presidente, as Maldivas deram início à abertura democrática, com a aprovação do novo texto constitucional e a convocação de eleições presidenciais. Em outubro de 2008, Mohamed nasheed foi o **primeiro Presidente democraticamente** eleito pelos cidadãos para um mandato que, a início, deveria estender-se até 2012. Nasheed, contudo, viu-se obrigado a **renunciar** em fevereiro de 2012.

Não fosse o suficiente perder a Presidência, Nasshed foi posteriormente detido sob acusação de abuso de poder em março de 2013, **durante campanha para as eleições presidenciais de 2013, que viria a perder por estreita margem de votos**. Arquivada a denúncia por abuso em 16 de fevereiro de 2015, Nasheed foi preso seis dias depois por suposta atividade terrorista, sendo depois condenado a 13 anos de prisão e proibido de ocupar cargos políticos. Em maio de 2016, Nasheed foi ao Reino Unido para tratamento de saúde.

Na Comunicação nº 2851/2016, Mohamed Nasheed levou à apreciação do Comitê de Direitos Humanos da ONU acusações de violação ao art. 14 do Pacto, por não ter sido **julgado por um órgão imparcial e isento**, ao art. 22, por ter sido **banido da direção do seu partido político**, e ao art. 25, por ter sido **impedido de concorrer nas eleições presidenciais de 2016 e, devido à injusta condenação, ter sido declarado inelegível por 16 anos**.

As alegações foram julgadas **procedentes** pelo Comitê, cujo entendimento foi o de que o País negou vigência aos arts. 14 e 25 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. A respeito da afronta ao direito de participação política, o Comitê assim pronunciou-se:

8.6 The Committee recalls that article 25 of the Covenant recognizes and protects the right of every citizen to take part in the conduct of public affairs, the right to vote and to stand for be elected, and the right to public service. Whatever form of constitution or government is in force, the exercise of these rights by citizens may not be suspended or excluded except on grounds which are established by laws that are objective and reasonable. Persons who are otherwise eligible to stand for election should not be excluded by reason of political affiliation. It also recalls that if a conviction for an offence is a basis for suspending the right to vote or to stand for office, such restriction must be proportionate to the offence and the sentence. The Committee also considers that when this conviction is clearly arbitrary or amounts to a manifest error or a denial of justice or the judicial proceedings resulting in the conviction otherwise violate the right to fair trial, it may render the restriction of the rights under article 25 arbitrary.

8.7 In the case at hand, the Committee observes that although criminal proceedings against the author for charges under article 81 of the Penal Code were suspended in July 2013 and he was ultimately able to run for presidency in the November 2013 elections, which he narrowly lost, reports indicate that these proceedings raised serious concerns regarding their fairness, appeared designed to prevent the author's participation in the 2013 elections and may have been politically motivated. The State party has not refuted the author's allegations that the judicial proceedings against him, and the measures taken within the proceedings in 2012-2013, cumulatively, were used as a means of preventing him from campaigning for the 2013 presidential elections, such as twice arresting him to interrupt campaign trips and denying his request to be authorized to travel to other islands and abroad in connection with the political campaign (see 3.2). Further, the Committee also observes that the judicial proceedings in which the author was finally sentenced and convicted

on charges of terrorism were politically motivated, had serious flaws and violated the right to fair trial (see 8.3). Accordingly, the Committee considers that, in the circumstances of the author's case, the restrictions of his right to stand for office, as result of the said conviction and sentence, are arbitrary. In light of the foregoing, the Committee considers that the author's rights under article 25 of the Covenant have been violated by the State party.

Em razão da violação ao art. 25 do Pacto, o Comitê de Direitos Humanos da ONU determinou à República das Maldivas que **restaurasse os direitos políticos** de Mohamed Nasheed.

Confirmando a regra de que países de baixa densidade democrática tendem a descumprir as decisões do Comitê de Direitos Humanos, o Estado das Maldivas **nada** fez para permitir que Nasheed participasse das eleições presidenciais que já ocorreriam em 2018.

O índice de participação política das Maldivas não é inspirador. De acordo com o relatório do Instituto *Freedom House*, organização sem fins lucrativos dedicada à expansão da liberdade e da democracia, o País ostentava em 2017 a nota **05** em direitos políticos e em liberdades civis – em uma escala que vai de 01 a 07, sendo 07 o menos livre possível⁹³. Inclusive, no relatório do ano de 2016, é feita menção expressa ao episódio envolvendo Nasheed⁹⁴:

The widely condemned arrest of former president and opposition leader Mohamed Nasheed in February and ongoing persecution of other opposition politicians raised concerns about the deterioration of rule of law and the openness of the political arena. The forced disbandment of a series of opposition-led demonstrations, during which hundreds of participants were arrested and detained,

⁹³ Informação disponível em: <<https://freedomhouse.org/report/freedom-world/2017/maldives>>. Acesso em 27 de agosto de 2018.

⁹⁴ Informação disponível em: <<https://freedomhouse.org/report/freedom-world/2016/maldives>>. Acesso em 27 de agosto de 2018.

jeopardized an already restricted space for civil society, while politicized actions by the Supreme Court against Human Rights Commission of Maldives (HRCM) led to widespread concern about judicial independence and protective mechanisms for human rights.

A casuística dos feitos submetidos e julgados pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU revela, portanto, que o apreço e o respeito aos compromissos de direitos humanos no plano internacional guardam fortíssima vinculação com o vigor democrático do país membro.

Daí porque não se espera nada diferente do Poder Judiciário Brasileiro, que não a tomada de uma posição intransigente no sentido do cumprimento de decisão expedida pelo órgão por excelência, na fiscalização do cumprimento dos gravíssimos direitos previstos no Pacto de Direitos Civis e Políticos da ONU, que é o Comitê de Direitos Humanos, cuja jurisdição foi prevista no corpo do próprio Pacto, como um elemento a ele indissociável.

A implementação da *interim measure* do Comitê de Direitos Humanos por este E. Tribunal Superior, a fim de garantir ao defendente o pleno exercício dos direitos políticos, é medida indispensável para a concretude do Estado Democrático de Direito, **caput do art. 1º da Carta**, e a prevalência da dignidade humana nas relações exteriores da República Federativa, orientação no **art. 4º, II, da Constituição**.

7.11 A decisão do Comitê afasta a inelegibilidade de Lula

Feitas todas as considerações, algumas premissas e conclusões podem ser legitimamente assentadas:

Há 02 anos, este ex-Presidente da República apresentou junto ao Comitê de Direitos Humanos da ONU. Com o passar do tempo e com o advento de decisões condenatórias proferidas em processo viciado, o ex-Presidente foi

agregando novas informações e alegações ao Comitê da ONU, todas elas devidamente transmitidas ao Estado brasileiro.

Como está já mencionado, para acautelar o resultado útil do processo principal, admitido para julgamento na ONU, houve a concessão de uma *interim measure* que determinou que a candidatura de LULA não fosse impedida.

Assim, **inquestionável que, na espécie, a *interim measure* (decisão liminar) deferida pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU ajusta-se, com fidelidade, ao art. 26-C da LC nº 64/90, norma de calibragem claríssima ao estabelecer a possibilidade da suspensão da inelegibilidade derivada de condenação ainda recorrível, sempre que existir plausibilidade de êxito da pretensão recursal.**

Como é de todos sabido, **a norma prevista no art. 26-C da LC nº 135/2010** teve o evidente propósito de atenuar as consequências dramáticas derivadas do reconhecimento legal de que um acórdão meramente recorrível pudesse, desde já, gerar a inelegibilidade do apenado.

Assim, para evitar a consolidação de situações teratológicas e injustas, derivadas de condenações meramente temporárias, o próprio sistema de inelegibilidades instituído pela Lei da Ficha Limpa estabeleceu que o candidato condenado por acórdão ainda **recorrível sempre poderá requerer a suspensão de sua inelegibilidade, considerada a plausibilidade de sua pretensão recursal.**

Tem-se, portanto, no art. 26-C, típica norma de calibragem, a balancear o sistema previsto pela LC nº 135 e evitar que decisões colegiadas manifestamente ilegais e injustas gerassem a automática inelegibilidade do condenado e o dramático descarte dos votos populares a ele atribuídos.

Tem-se, portanto, no art. 26-C, **típico direito subjetivo do candidato**, que tem a faculdade de requerer a suspensão de eventual inelegibilidade

decorrente de acórdão ainda recorível, considerada a plausibilidade de seu futuro êxito recursal.

Vale frisar que a **própria existência do art. 26-C da LC nº 135/2010, enquanto norma de calibragem, foi absolutamente relevante para que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADC nº 29, assentasse a constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa**, afastando, assim, as alegadas ofensas ao princípio da presunção de inocência contra ela dirigidas, *verbis*:

VOTO DO MINISTRO LUIZ FUX: *“Ademais, a própria Lei Complementar nº 135/2010 previu a possibilidade de suspensão cautelar da decisão judicial colegiada que ocasionar a inelegibilidade, ao inserir na Lei Complementar nº 64/90 o art. 26-C”;*

VOTO DO MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI: *“Nós, a Justiça Eleitoral, estudamos profundamente esta Lei. O argumento de que a inelegibilidade se dá a partir da condenação por parte de um órgão colegiado não nos impressionou, porque a chamada Lei da Ficha Limpa, Lei Complementar 135, traz um dispositivo que nos pareceu extraordinariamente razoável e que poderia, em tempo hábil, corrigir eventual injustiça. É exatamente o art. 26-C desta Lei (...). Portanto (...), apenas queria trazer à colação este argumento, mostrando que a própria lei traz mecanismos para atenuar essa eventual dureza ou a impressão que se tem de que seja uma lei draconiana (...)”.*

VOTO DA MINISTRA ROSA WEBER: *“Mesmo colegiados podem errar, mas percebe-se que o legislador teve a cautela de prever um mecanismo capaz de reparar alguma pontual injustiça. O art. 26-C da Lei Complementar 64/1990 prevê a possibilidade de o órgão recursal suspender, em juízo cautelar, a inelegibilidade, desde que presente a plausibilidade da pretensão”.*

Vale frisar, ainda, que até mesmo os Senhores Ministros que defenderam a **inconstitucionalidade** de alguns dispositivos da Lei da Ficha Limpa também

realçaram a situação manifestamente inconstitucional decorrente **da suposta privação, do candidato que se vê inelegível em razão de acórdão meramente recorrível, do acesso a alguma providência cautelar capaz de corrigir hipóteses de manifesta ilegalidade:**

VOTO DO MINISTRO DIAS TOFFOLI: “*A incidência das regras de inelegibilidade deve reclamar o caráter definitivo do julgamento das causas que a elas antecedem. O impedimento prematuro à candidatura cria instabilidade no campo da segurança jurídica, pois a causa da inelegibilidade despida de certeza pode provocar prejuízo irreversível ao direito de candidatura. Supondo a ausência de tutela cautelar que assegurasse a participação no pleito ao candidato, como se sanaria eventual injustiça resultante de sua não participação no pleito? (...)”.*

Isso significa, portanto, que a possibilidade efetiva de o candidato condenado por acórdão recorrível fazer uso de medidas cautelares voltadas ao afastamento de situações de visível ilegalidade foi tida como determinante para que a Suprema Corte, nos dizeres do Ministro Lewandowski, afastasse da LC nº 135/2010 a pecha de “*draconiana*”.

Daí porque a norma de calibragem prevista no art. 26-C da LC nº 64/90, enquanto pressuposto necessário à própria constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa, deve ser interpretado da forma mais expansiva e generosa possível, sob pena de burla à própria *ratio* subjacente ao julgamento da Suprema Corte.

É o caso dos autos.

Todo o processo movido perante a Organização das Nações Unidas funda-se no total vício da Ação Penal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, justamente porque conduzida com fortes violações aos direitos enunciados no Pacto.

Dois anos após o ajuizamento do feito, o Comitê de Direitos Humanos da ONU – órgão de interpretação do Pacto –, por entender presente o risco de perecimento de direito e por considerar que as alegações de violações ao Pacto narradas por este ex-Presidente gozam de plausibilidade, o que pode desembocar em decisão de mérito favorável à desconstituição da condenação já imposta, **deferiu a medida de urgência, o que fez especificamente para afastar quaisquer óbices à candidatura de Lula, ou seja, afastar a situação de inelegibilidade.**

Tem-se, portanto, decisão suspensiva de inelegibilidade, proferida por órgão que ainda irá analisar a validade e legitimidade da condenação não definitiva imposta a este ex-Presidente, mas que, considerada a plausibilidade das alegações e o risco de perecimento de direitos, deliberou pela retirada de qualquer óbice à candidatura deste ex-Presidente.

Nesse sentido, é esclarecedora a seguinte passagem do parecer elaborado especialmente para esse caso por Marcelo PEREGRINO FERREIRA e Orides MEZZAROBÀ:

A decisão do Comitê da ONU representa uma alteração fática e também jurídica posterior ao tempo do registro e que explicitamente trata do tema da elegibilidade. Em primeira mão, há alteração fática pela intervenção de um órgão internacional, onde o fato em si carregado com a inelegibilidade (condenação criminal em segundo grau) é objeto de exame pelo Comitê. Por esta razão isolada e da possibilidade da reversão daquele fato gerador da inelegibilidade, em processo judicial internacional, o registro já mereceria ser deferido, em nome da interpretação mais benfazeja ao direito político fundamental, em aplicação simples do princípio pro persona, já delineado.

Sob o prisma jurídico, há decisão quase-judicial e jurídica, de um órgão da ONU, Comitê de Direitos Humanos, competente para monitoria e fiscalização do cumprimento do Pacto dos Direitos Civis

e Políticos, reconhecendo a necessidade do acionamento do mecanismo de injunctive relief ou de uma interim measure of relief, somente presente em casos de extrema gravidade e de danos irreparáveis para a vítima. Por evidente, ao prolatar medidas tais, o Comitê faz uma análise da probabilidade do reconhecimento do direito no momento da apreciação do mérito da reclamação, o que reforça a necessidade de cumprimento da medida.

Idêntico o entendimento vertido por André Ramos TAVARES em seu parecer (Grifo nosso):

*Ademais, e em reforço ao que assinalei acima, a própria Lei Ficha Limpa não impede de forma absoluta a candidatura, eis que **expressamente possibilita, em norma válida e em vigor, a suspensão da inelegibilidade** “sempre que existir plausibilidade da pretensão recursal” (artigo 26-C da LC 64/1990, introduzido pela Lei Ficha Limpa - LC 135/2010).*

Assim, a partir desse dispositivo, temos um regime jurídico muito próprio da inelegibilidade para o caso aqui analisado. No presente caso, temos um aspecto material que requer a suspensão da inelegibilidade.

É sob essa premissa que o Direito brasileiro se torna compatível com o PIDCP na determinação específica do CDH. Este veda, no caso concreto, que a condição de possível inelegibilidade impeça, antecipadamente, a participação eleitoral como candidato. Entre o dilema de preservar direitos políticos durante o processo eleitoral ou descartá-los antecipadamente, com o risco de serem reconhecidos ao longo do período eleitoral, a Lei Ficha Limpa, neste caso, permite a suspensão da inelegibilidade.

A plausibilidade de uma reversão da decisão condenatória (em face de diversas alegações de violação de direitos) e o distanciamento temporal de uma decisão que é necessária – porque integrante do sistema - em sede de Recurso Especial já

apresentado no caso concreto da condenação penal, tornaram necessária a imposição de suspensão da inelegibilidade, como medida de garantia de aplicação do direito de participação política, a fim de garantir um processo justo ao ex-Presidente⁹⁵.

Esse ponto é crucial para compreender o significado (âmbito material) da decisão do Comitê de Direitos Humanos e, sobretudo, para que o Pacto seja efetivamente cumprido.

O direito convencional de acesso às funções públicas em condições de igualdade, nos termos do art. 25 do PIDCP, impõe, para o caso concreto aqui analisado, a participação delineada pelo CDH. O Pacto determina condições de igualdade de acesso e, com a determinação do CDH, temos a inequívoca situação descrita na Lei Ficha Limpa, de maneira que é preciso atentar para a força do PIDCP, a determinar todo o encadeamento normativo e decisório aqui descrito, e que deve culminar, neste momento, com a suspensão da inelegibilidade, por decisão da Justiça brasileira.

Nesse sentido, a Justiça Eleitoral, ao analisar o pedido registro e sua impugnação, deve referendar a candidatura do ex-Presidente, pois não lhe compete a função de revisor da decisão do Comitê de Direitos Humanos, nem deve avançar sobre competência que não é sua, para deliberar sobre o pedido contido no Recurso Especial (já atendido pela referida decisão do Comitê). Ademais, nenhuma autoridade judiciária brasileira poderá proferir decisão incompatível com os direitos de participação política previstos no Pacto dos Direitos Civis e Políticos, garantidos conforme legítima decisão do Comitê de Direitos Humanos.

Preenchidos estão, portanto, todos os requisitos do art. 26-C da LC nº 64/90, de sorte que o cumprimento pleno da decisão acautelatória exarada pelo

⁹⁵ O Ministro LUIZ FUX, pronunciando-se no julgamento da Lei Ficha Limpa, explicou que garantias de um processo eleitoral justo visam a “garantir direito político fundamental *pro* eleitor e *pro* candidato” (voto no RE 633.703/MG, j. 23.01.2011).

Comitê da ONU significa dar a ela, no âmbito do presente pedido de registro de candidatura, os mesmos efeitos e consequências das decisões provenientes de Tribunais domésticos, que, em idêntico juízo cognitivo, reconhecem a plausibilidade de determinadas alegações de violações legais e, por isso, deliberam pela suspensão dos efeitos de inelegibilidade derivados de uma condenação ainda provisória e submetida a recursos ainda pendentes.

O tema ora submetido a esta Corte, com todo respeito, longe de ser vulgar e comum, coloca a este Tribunal Superior Eleitoral **debate constitucional e convencional inédito e da mais alta envergadura**, a certamente merecer cuidadoso pronunciamento, que honre as melhores tradições democráticas do país e os compromissos históricos por ele assumidos perante a Comunidade Internacional.

Daí, portanto, o pedido de que esta Casa, considerado o advento de decisão liminar suspensiva da suposta inelegibilidade apontada contra este candidato em razão de condenação criminal meramente provisória, dê consequência e efeitos a este *decisum* e, portanto, nos termos do art. 26-C da LC 64/90, c/c o art. 11, § 10º da Lei nº 9.504/97, **DEFIRA** o pedido de registro de candidatura de Luiz Inácio Lula da Silva, sob pena de **manifesta violação aos arts. 1º, caput, 4º, inciso II, 5º, §2º, da Constituição Federal de 1988**.

8. A NECESSÁRIA APLICAÇÃO DA RECENTE LEITURA CONSTITUCIONAL SOBRE A CULPABILIDADE PARA A AFERIÇÃO DOS LIMITES DA APLICABILIDADE DO ART. 1º, I, “E” DA LEI COMPLEMENTAR Nº 64/90

Subsidiariamente, é preciso emprestar nova interpretação ao dispositivo da Lei do Ficha Limpa que fundamenta a suposta inelegibilidade do ex-Presidente.

A Lei Complementar nº 135 de 2010 teve sua constitucionalidade colocada em debate em três ações perante o Supremo Tribunal Federal (ADCs

29 e 30 e ADI 4578). Todas foram julgadas em voto conjunto em 2012, quando se entendeu pela constitucionalidade do diploma legal.

Na ocasião do julgamento da ADI 4578 e das ADCs 29 e 30, se verificou a construção de uma nova leitura da presunção de inocência. O relator na oportunidade, min. Luiz Fux, afastou especificamente a incidência do princípio da vedação ao retrocesso, diante da pretensa inexistência dos pressupostos indispensáveis de radicação de dada interpretação na “consciência jurídica geral” e da “arbitrariedade” na restrição legislativa. Como asseverou, *“não há como sustentar, com as devidas vênias, que a extensão da presunção de inocência para além da esfera criminal tenha atingido o grau de consenso básico a demonstrar sua radicação na consciência jurídica geral”*.

Afirmou-se, então, que, neste novo cenário, passaria a ser possível *“revolver temas antes intocáveis, sem que se incorra [incorresse] na pecha de atentar contra uma democracia que – louve-se isto sempre e sempre – já está [estava] solidamente instalada”*.

Essa nova leitura constitucional teve como fio condutor a **dissociação entre os conceitos de “presunção de inocência” e a “não culpabilidade”**. Já por ocasião do julgamento, o relator dirigiu uma crítica à assimilação dos conceitos, comumente endossada pela Corte, dizendo que *“sua recepção no ordenamento jurídico brasileiro, particularmente na jurisprudência deste STF, vinha tratando como sinônimos as expressões presunção de inocência e não culpabilidade”*⁹⁶.

⁹⁶ “Já o tema da presunção de inocência merece atenção um pouco mais detida. Anota Simone Schreiber (Presunção de Inocência. In TORRES, Ricardo Lobo et al. (org.) *Dicionário de Princípios Jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2001, p. 1004-1016) que dito princípio foi consagrado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, refletindo uma concepção do processo penal como instrumento de tutela da liberdade, em reação ao sistema persecutório do Antigo Regime francês, ‘[...] no qual a prova dos fatos era produzida através da sujeição do acusado à prisão e tormento, com o fim de extrair dele a confissão. [...]’. Sua recepção no ordenamento jurídico brasileiro, particularmente na jurisprudência deste STF, vinha tratando como sinônimos as expressões presunção de inocência e não culpabilidade.”

Em que pese as pertinentes e fundamentadas divergências trazidas à época do julgamento⁹⁷, prevaleceu na Suprema Corte o movimento de releitura do comando constitucional, separando os conceitos de culpabilidade e presunção de inocência, definindo, ainda, como marco para afastamento da não culpabilidade o julgamento por órgão colegiado – em sede recursal ou não.

Admitiu-se, assim, que uma decisão condenatória proferida por órgão colegiado, mesmo sem trânsito em julgado, pudesse produzir alguns de seus efeitos, entre eles a incidência da inelegibilidade.

⁹⁷ Dentre as divergências, destaca-se aqui trecho do voto proferido pelo min. Dias Toffoli: **Aqui residem, no meu sentir, situações de afronta ao princípio da presunção de inocência.** Trata-se de hipóteses proibitivas diversas em que se veda a participação no pleito eleitoral daqueles que foram condenados pela suposta prática de ilícitos criminais, eleitorais ou administrativos, por órgãos judicantes colegiados, mesmo antes da atestação da definitividade do julgado. (...)

A incidência das regras de inelegibilidade deve reclamar o caráter definitivo do julgamento das causas que a elas antecedem. O impedimento prematuro à candidatura cria instabilidade no campo da segurança jurídica, pois a causa da inelegibilidade despida de certeza pode provocar prejuízo irreversível ao direito de candidatura. Também pertinente as considerações trazidas pelo min. Cezar Peluso, presidente da Corte à época: Não é garantia estritamente penal, senão que apenas leva em consideração a pendência do processo penal para dar ao réu uma garantia. Que garantia? **A de não ser tratado indignamente pelo ordenamento, antes de sentença condenatória definitiva, transitada em julgado, só pelo fato de ser réu.** Noutras palavras, **não é por ser réu que o acusado perde sua dignidade de pessoa, e, por isso mesmo, o ordenamento jurídico não está autorizado a impor-lhe medidas gravosas ou lesivas de qualquer natureza, pelo só fato de estar respondendo a um processo penal que ainda não terminou.** [...]

Noutras palavras, **o réu não pode sofrer nenhuma restrição pelo fato de ser réu, porque ser réu, como tal, para o Direito, é algo transitório e neutro, pois ainda não se definiu sua eventual culpabilidade, de modo que essa condição não pode fundamentar nenhuma limitação à sua esfera jurídica.**

Por esta razão básica é que **não me parece possa a lei impor, ainda que para retirar direito associado a eleições, ao direito de concorrer, nenhuma medida restritiva que lhe retire qualquer direito pelo simples fato de ainda ser réu de um processo criminal não terminado.** Também cabe destaque às considerações do min. Gilmar Mendes, que reconheceu expressamente os efeitos extrapenais do postulado: “[...] **a presunção de inocência, embora historicamente vinculada ao processo penal, também irradia os seus efeitos, sempre em favor das pessoas, contra o abuso de poder e a prepotência do Estado, projetando-os para esferas processuais não-criminais, em ordem a impedir, dentre outras graves consequências no plano jurídico – ressalvada a excepcionalidade de hipóteses previstas na própria Constituição -, que se formulem, precipitadamente, contra qualquer cidadão, juízos morais fundados em situações juridicamente ainda não definidas (e, por isso mesmo, essencialmente instáveis) ou, então, que se imponham, ao réu, restrições a seus direitos, não obstante inexistente condenação judicial transitada em julgado.**”

Portanto, foi com a análise da constitucionalidade da Lei Complementar nº 135/10 que se realizou, de modo inédito, **a dissociação entre presunção de inocência e noção de culpabilidade, com a pretensão de antecipar a produção de efeitos** de condenações judiciais provisórias, porque ainda submetidas a recurso.

Em visível superação de certas premissas constitucionais então assentadas pela Suprema Corte, quando do julgamento da ADPF nº 144, a LC nº 135, sob o pretexto de disciplinar a cláusula do art. 14, § 9º da Constituição da República, deu a seguinte redação ao art. 1º, alínea *e*, da LC 64/90:

Art. 1º São inelegíveis:

I - para qualquer cargo (...):

e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes.

Quando instado pelas ADC nº 29 e nº 30, assim como pela ADI nº 4.578, o Supremo Tribunal Federal chancelou a constitucionalidade da LC nº 135, com o argumento de que a presunção de inocência deveria ser interpretada literalmente, *“de modo a reconduzi-la aos efeitos próprios da condenação criminal (que podem incluir a perda ou a suspensão dos direitos políticos, mas não a inelegibilidade), sob pena de frustrar o propósito moralizante do art. 14, §9º, da Constituição Federal”*.

A possibilidade de separação dos conceitos de culpabilidade e de presunção inocência, especificamente para que uma condenação penal ainda provisória pudesse começar a produzir alguns de seus efeitos (no caso, a incidência da inelegibilidade), foi assim explorada no voto do E. Ministro Relator, Luiz Fux:

Não cabe discutir, nestas ações, o sentido e o alcance da presunção constitucional de inocência (ou a não culpabilidade, como se preferir) no que diz respeito à esfera penal e processual penal. Cuida-se aqui tão somente da aplicabilidade da presunção de inocência especificamente para fins eleitorais, ou seja, da sua irradiação para ramo do Direito diverso daquele a que se refere à literalidade do art. 5º, LVII, da Constituição de 1988.

A atual D. Presidente deste Tribunal Eleitoral, Ministra Rosa Weber, discorreu com clareza sobre o ponto:

Se, no próprio processo penal, onde está em jogo a liberdade de ir e vir, admite-se que sejam estabelecidas restrições ao princípio da presunção de inocência, como a imposição, antes do julgamento, de prisão provisória, não me parece, data vênia, correto concluir que, em outros ramos do Direito, seria vedado em absoluto também estabelecer restrições a direitos de outra natureza antes de um julgamento.

Teve-se, portanto, de forma inaugural, a ruptura conceitual entre **inocência e culpa, de sorte que, com o esgotamento da jurisdição ordinária (em regra, segunda instância), se daria, considerado o exaurimento da análise fática do processo, a devida formação da culpa**, apta a viabilizar, sem que isso ofendesse a cláusula pétrea da presunção de inocência, que a condenação penal pudesse começar a produzir alguns dos seus efeitos, no caso, a incidência de hipótese de inelegibilidade.

Consequência inevitável de tal premissa jurídica, derivada de uma releitura constitucional da norma inscrita no inciso LVII do art. 5º da Constituição da República, foi, poucos anos depois do julgamento da constitucionalidade da LC 135/2010, a extensão do debate sobre esse novo olhar hermenêutico para a possibilidade, ou não, **de que essa mesma dissociação entre culpa e inocência** viabilizasse, agora, a produção de outros efeitos de decisão penal condenatória já exaurida na instância ordinária, mas

ainda recorrível, qual seja, **a de pronto início de cumprimento de eventual sanção restritiva da liberdade (prisão)**⁹⁸.

Nesse sentido, de forma coerente com o novo alcance constitucional conferido à presunção de inocência, o Supremo Tribunal Federal avançou para aprofundar a dissociação entre inocência e culpabilidade, a fim de permitir a execução provisória da pena privativa de liberdade, quando a decisão condenatória for proferida por órgão judicial colegiado.

O paradigma da ampliação do posicionamento da Corte para que essa nova visão sobre o princípio da presunção de inocência e da culpabilidade pudesse estender suas raízes ao processo penal foi o HC 126.292. Na ocasião, o Supremo Tribunal Federal estendeu o entendimento dado ao princípio no julgamento da constitucionalidade da LC 135/210 para superar posição pretérita (assentada, em âmbito penal, no HC 84.078, rel. min. Eros Grau, DJE de 26/02/2010), deliberando pela possibilidade de execução da pena por decisão colegiada sem trânsito em julgado.

Naquele julgamento o relator, min. Teori Zavascki, autor do voto condutor do julgamento, atrelou o juízo de culpabilidade ao de responsabilidade, que demandaria análise probatória exaurida em segunda instância recursal, o que afastaria a legitimação das Cortes Superiores para promover uma modificação do entendimento neste sentido⁹⁹.

⁹⁸ De forma interessante, esse mesmo raciocínio constitucional **AINDA** não se fez aplicar às sanções penais de natureza pecuniária ou mesmo às restritivas de direitos, que seguem demandando, na linha da jurisprudência mais recente, o trânsito em julgado do título condenatório respectivo (HC 458.501/STJ, 12/07/2018).

⁹⁹ “(...) A eventual condenação representa, por certo, um juízo de culpabilidade, que deve decorrer da logicidade extraída dos elementos de prova produzidos em regime de contraditório no curso da ação penal. Para o sentenciante de primeiro grau, fica superada a presunção de inocência por um juízo de culpa - pressuposto inafastável da condenação -, embora não definitivo, já que sujeito, se houver recurso, à revisão por Tribunal de hierarquia imediatamente superior. É nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado. É ali que se concretiza, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua inteireza, mediante ampla

Confirmou-se, com esse novo entendimento, uma abordagem do princípio da presunção da inocência dissociada da não culpabilidade. Assumiu-se que o afastamento da não culpabilidade não contraria o princípio da presunção de inocência, definindo-se, ainda, que a culpabilidade se conforma com a decisão colegiada.

A lógica condutora dos votos que declararam a constitucionalidade da LC nº 135/2010 e da possibilidade de prisão após a decisão de segundo grau é o momento formador do juízo de culpabilidade, entendido, em ambas as oportunidades, que tal fenômeno ocorre após o julgamento colegiado.

O novo entendimento sobre a execução provisória de acórdão condenatório proferido por instância recursal foi posteriormente confirmado nas Medidas Cautelares nas **ADC nº 43/DF e nº 44/DF** e no **ARE nº 964.246/SP**, de repercussão geral reconhecida. O enunciado da tese constitucional ao final fixada foi assim redigido: *“a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção da inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal”*.

O fundamento constitucional, uma vez mais, foi a **dissociação entre o princípio da presunção da inocência e a noção de culpabilidade**. O juízo de apelação, ao esgotar a análise dos fatos e das provas e concretizar o duplo grau de jurisdição, teria o condão de substituir a presunção da inocência pela presunção de culpabilidade. De acordo com o voto do E. Ministro Teori Zavascki no ARE nº 964.246, *“(…) parece inteiramente justificável a relativização*

devolutividade da matéria deduzida na ação penal, tenha ela sido apreciada ou não pelo juízo a quo. Ao réu fica assegurado o direito de acesso, em liberdade, a esse juízo de segundo grau, respeitadas as prisões cautelares porventura decretadas. Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado. É dizer: os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória. (...)”

e até mesmo a própria inversão para o caso concreto, do princípio da presunção da inocência até então observado”.

Como se sabe, **cuida-se de controvérsia ainda a ser dirimida em definitivo pelo E. Supremo Tribunal Federal nos autos das ADC nº 43/DF e nº 44/DF, tão logo sejam incluídas em pauta.**

No entanto, a aplicação concreta, por Juízes e Tribunais, das premissas teóricas e abstratas firmadas pela Suprema Corte, sobretudo no contexto da repercussão geral, revelou distorções e generalizações.

Disso veio o florescimento de um novo repensar do tema por doutos Ministros integrantes da Suprema Corte, para que, **ainda que preservado o pressuposto da mitigação da presunção da inocência, considerada a gradual formação da culpa ao longo da tramitação processual, uma pequena calibragem fosse concebida, evitando-se que excessos práticos tornassem a premissa fixada incompatível com a Carta Política.**

O tema, portanto, estava a merecer revisitação.

Nesse sentido, confira-se declaração da Ministra Rosa Weber, Ministra do Supremo Tribunal Federal e Presidente deste Tribunal Superior Eleitoral, no julgamento do HC nº 152.752:

*Senhora Presidente, enfrento este habeas corpus nos exatos termos como fiz todos os outros que desde 2016 me foram submetidos, reafirmando que o tema de fundo, para quem pensa como eu, **há de ser sim revisitado no exercício do controle abstrato de constitucionalidade**, vale dizer, nas ADCs da relatoria do Min. Marco Aurélio, em que esta Suprema Corte, em atenção ao princípio da segurança jurídica, em prol da sociedade brasileira, há de expressar, como voz coletiva, enquanto guardião da Constituição, se o caso, outra leitura do art. 5º, LVII, da Lei Fundamental. Tal preceito, com clareza meridiana, consagra o princípio da presunção de inocência, ninguém o nega, situadas no seu termo final – o*

momento do trânsito em julgado - sentido e alcance, pontos de candentes divergências, as disputas hermenêuticas

Cumpre lembrar que a i. Ministra acompanhou a maioria nos julgamentos que culminaram na tese de que a execução provisória da pena pode ocorrer após o julgamento condenatório em segundo grau.

Nesse mesmo julgamento, também externou sua opinião pela necessidade de o Supremo emitir novo juízo sobre a controvérsia o E. Ministro Marco Aurélio Mello.

Em recentíssimo voto, prolatado em Medida Cautelar na ADC 43 (Ação Declaratória de Constitucionalidade que questiona a extensão do art. 283 do CPP¹⁰⁰) o min. Dias Toffoli denotou a tendência da Corte a reconhecer que **a formação do juízo de culpabilidade somente se consolidaria após a apreciação da matéria pelo STJ:**

“(.) se o trânsito em julgado se equipara à constituição da certeza a respeito da culpa – enquanto estabelecimento de uma verdade processualmente válida, para além de qualquer dúvida razoável -, reputo viável que a execução provisória da condenação se inicie com o julgamento do recurso especial ou do agravo em recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça.”

O julgamento da ADC –que, possivelmente, colocará fim à celeuma instaurada sobre a possibilidade de execução provisória da pena após julgamento colegiado – no entanto, ainda não foi pautado na Suprema Corte, diferente de alguns recursos de natureza difusa, como o HC 152.752, impetrado em favor deste manifestante. Na ocasião, aliás, foi possível verificar em

¹⁰⁰ “Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”.

concreto essa tendência pela calibragem do posicionamento assentado pela Corte.

Se no julgamento do HC 126.292 quatro foram os ministros (Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, então presidente da Corte) que se manifestaram pela impossibilidade da execução provisória; no julgamento do HC 152.752, foram contabilizados cinco votos favoráveis à calibragem do momento processual em que se conforma a culpabilidade e, assim, contrários à possibilidade de execução da pena por decisão condenatória de 2ª instância (prolatados pelos ministros Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio, Celso de Mello, Gilmar Mendes e Dias Toffoli).

Na hipótese aderiu-se à **distinção iniciada no julgamento da ADI 4578 entre presunção de inocência e não culpabilidade, entendendo-se que o esaurimento do juízo de culpabilidade necessário à autorização da execução provisória somente ocorreria no STJ.**

Em voto do min. Marco Aurélio no HC 138.088 (ainda que em decisão monocrática publicada em 07.12.2016 e posteriormente reformada pela 1ª Turma em 19.09.2017), também ficou evidente essa tendência de ajuste dos limites da incidência da culpabilidade. Como ali se afirmou, *“não se pode potencializar o decidido pelo Pleno no habeas corpus nº 126.292, por maioria, em 17 de fevereiro de 2016. Precipitar a execução da reprimenda importa antecipação de culpa, por serem indissociáveis”*. No mesmo sentido foi o voto do min Ricardo Lewandowski no HC 144.908, em decisão monocrática¹⁰¹.

¹⁰¹ “No presente caso, entendo estarem presentes ambos os requisitos autorizadores para concessão da medida liminar. Isso porque, em juízo preliminar, vislumbro que o art. 147 da Lei de Execuções Penais determina que a pena restritiva de direitos será aplicada somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (...) Cabe registrar que o entendimento até então esposado pelo Plenário deste Supremo Tribunal Federal deu-se na análise de medidas cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, carecendo, ainda, de pronunciamento quanto ao mérito. Ademais, a decisão proferida no ARE 964.246/SP, julgado pela sistemática da repercussão geral, não tratou especificamente de execução provisória de pena restritiva de direito, vedada pelo art. 147 da LEP, mas sim de pena privativa de liberdade, tratando, somente, da hipótese do art. 283 do Código de Processo

Em voto igualmente recente, o min. Gilmar Mendes, no HC nº 146.815, também em decisão monocrática, externou seu posicionamento demonstrando convergência com essa interpretação, ao sustentar que “*manifestei minha tendência em acompanhar o Ministro Dias Toffoli no sentido de que a execução da pena com decisão de segundo grau deve aguardar o julgamento do recurso especial pelo STJ*”.

Nesse contexto, ganha corpo, força e densidade, uma nova acomodação na leitura constitucional feita sobre a cláusula da presunção de inocência, originariamente desenvolvida pelo Ministro Dias Toffoli, e já agora compartilhada por outros nobres Ministros, **no sentido de que o marco suficiente de consolidação da culpabilidade**, capaz de permitir o início de produção de efeitos de condenação criminal ainda recorrível, sem lesão à presunção de inocência, **seria o do julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça, órgão último de uniformização e interpretação da legislação federal.**

Eis o que registou o Ministro Dias Toffoli, ao ventilar essa solução de compromisso pela primeira vez, quando da apreciação da MC nas ADC nº 43 nº 44:

(...) se o trânsito em julgado se equipara à constituição da certeza a respeito da culpa – enquanto estabelecimento de uma verdade processualmente válida, para além de qualquer dúvida razoável – reputo viável que a execução provisória da condenação se inicie com o julgamento do recurso especial ou do agravo em recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça.

O argumento para tanto é a função do Superior Tribunal de Justiça: uniformização da aplicação da lei federal no território. Haveria, na interposição do recurso especial, o interesse subjetivo do recorrente em ver

Penal. Destaco, por fim, que o art. 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988 reforça a fumaça do bom direito que exala dos presentes autos, ao determinar que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

aplicado corretamente ao seu caso o vasto arcabouço jurídico infraconstitucional penal. Não obstante o recurso especial não seja apto a reexaminar arcabouço fático-probatório, é remédio hábil a corrigir ilegalidades na tipificação de crimes, na dosimetria da pena e na fixação do regime.

Essa nova *perspectiva de calibragem* sagrou-se vencedora no recente julgamento da Reclamação nº 30.008 na Segunda Turma da Corte, quando concedido *habeas corpus* de ofício para condicionar a execução provisória da pena ao julgamento dos recursos especial pelo Superior Tribunal de Justiça. Com voto do relator, min. Dias Toffoli, aplicando esta nova leitura e suspendendo a execução provisória da pena imposta até que o Superior Tribunal de Justiça decida o recurso do Reclamante. Em seu voto registrou: “no sentido de que a execução provisória da pena deverá ser obstada até o julgamento colegiado no Superior Tribunal de Justiça do recurso especial (REsp) ou do agravo em recurso especial (AREsp), bem como dos primeiros embargos declaratórios eventualmente opostos contra esses julgados.” Aderiram à sua tese os D. Ministros Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski.

O Ministro Gilmar Mendes, de seu turno, já havia externado a inclinação pela posição do Ministro Dias Toffoli no julgamento do HC nº 142.173/SP e, após, do HC nº 146.815. Naquela oportunidade, o Ministro publicamente afirmou não mais comungar da tese fixada no ARE nº 964.246/SP¹⁰², no qual compôs a maioria.

Portanto, essa é a leitura constitucional do art. 5º, inciso LVII, da Constituição de 1988 que, em coerência com a leitura constitucional que vem sendo externada pela Suprema Corte, ao que parece, prevalecerá perante o

¹⁰² De relatoria do i. min. Teori Zavascki, o ARE nº 964.246 fixava entendimento no sentido de que “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal”.

Supremo Tribunal Federal: a **condenação penal pode produzir seus efeitos validamente – mais especificamente o de início de cumprimento de pena restritiva de liberdade -, sem vulneração do princípio constitucional da presunção da inocência, uma vez formada a culpa pelo esgotamento da competência do Superior Tribunal de Justiça, com o julgamento colegiado do Recurso Especial ou do Agravo em Recurso Especial e dos primeiros Embargos de Declaração eventualmente opostos.**

Esse nova perspectiva interpretativa do Supremo Tribunal, quanto ao momento em que uma condenação criminal pode passar a produzir alguns de seus efeitos, deve, por dever de coerência e *unidade de hermenêutica jurisprudencial*, ser projetada também na esfera eleitoral, já que tanto a inelegibilidade, como eventual encarceramento, **nada mais são do que consequências naturais de uma mesma premissa, qual seja, a de que, a partir de um dado momento anterior à coisa julgada, a formação da culpa já autoriza que uma condenação penal provisória projete suas consequências para o mundo dos fatos.**

Aplicar no campo eleitoral o entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal, guardião último do texto constitucional, na interpretação do art. 5º, inciso LVII, é medida que se impõe em consideração ao **princípio da conformidade funcional**¹⁰³, incumbindo aos demais ramos integrantes do Poder Judiciário dar consequência e efeito concreto às premissas exaradas da Suprema Corte.

Como também abordado noutro tópico da defesa, a Corte assim o fez ao consolidar o entendimento de que a inelegibilidade da alínea *p* do inciso I do art. 1º da LC nº 64/90, relativa à doação acima do limite legal, restará

¹⁰³ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1225.

caracterizada tão somente quando a doação afetar a normalidade e legitimidade das eleições, veja-se:

ELEIÇÕES 2016. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. REGISTRO DE CANDIDATURA. ART. 1º, I, P, DA LEI COMPLEMENTAR 64/90. EXCESSO DE DOAÇÃO. VALOR INEXPRESSIVO. AUSÊNCIA DE IMPACTO NA DISPUTA. DESPROVIMENTO. Consoante a jurisprudência deste Tribunal, a inelegibilidade prevista no art. 1º, I, p, da LC 64/90 somente se caracteriza quando o excesso da doação envolve quantia capaz de, ao menos em tese, perturbar a normalidade e a legitimidade das eleições. Agravo regimental a que se nega provimento.

(RESPE nº 43017, Rel. Min. Henrique Neves Da Silva, PSESS 29/11/2016)

Introduziu-se, portanto, na aplicação concreta da norma (cuja literalidade restou preservada), o critério constitucional da proporcionalidade (*substantive due process of law*), para que a realização efetiva da norma no caso concreto se aproximasse das balizas constitucionais que a legitimam, evitando-se indevidas distorções, tão perniciosas ao sistema, e, porque não dizer, injustiças.

Caso fosse adotada uma interpretação literal do dispositivo, o Tribunal Superior Eleitoral não encontraria em seu enunciado qualquer elemento que autorizasse a adoção do critério da proporcionalidade na aferição da inelegibilidade por doação acima do teto. Entretanto, justamente para não permitir, na aplicação concreta da norma, que o cidadão sofresse tamanha violência em seus direitos fundamentais num contexto de decisão desvestida de envergadura para tanto, o Tribunal interpretou a expressão normativa “*tida por ilegais*” como “*tida por apta a quebrar a isonomia entre os candidatos, pôr em risco a normalidade e a legitimidade do pleito ou que se aproxime de abuso do poder*”

econômico” (RESPE nº 43017, Rel. Min. Henrique Neves Da Silva, PSESS 29/11/2016).

Nesse sentido, por questão de unidade e coerência, insista-se, imperioso que esta Corte Eleitoral ajuste sua orientação, *calibrando-a* em conformidade com o novo entendimento do STF, e condicione a incidência da hipótese de inelegibilidade do art. 1º, inciso I, alínea *e*, da LC nº 64/90 ao julgamento do recurso especial, e dos eventuais embargos de declaração opostos, no Superior Tribunal de Justiça.

Do contrário, se consolidaria a injustificável situação na qual Tribunais diferentes elegem momentos diferentes, a partir dos quais é de se ter como formada a presunção da culpa, a ponto de quebrantar a presunção de inocência, com a permissão de que um decreto condenatório ainda recorrível e provisório comece a produzir os seus efeitos, sejam eles secundários, sejam eles principais.

Importa reforçar que não se está aqui a sustentar a inconstitucionalidade da lei complementar nº 135/10, cuja adequação ao texto da Carta Magna já foi assentada pelo Supremo Tribunal Federal nos autos das ADCs nº 29 e nº 30, bem como nos da ADI nº 4.578.

O que se pede, para fins de unidade de hermenêutica constitucional e de coerência judiciária, é que este Tribunal Superior, em atenção ao novo parâmetro jurisprudencial do Supremo, interprete o art. 1º, inciso I, alínea *e* da LC nº 64/90 da forma mais adequada possível com o art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, que agora se “*estende*” até o julgamento de recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça.

Uma exegese nessa linha teria o condão de introduzir um mecanismo de *calibragem* no arcabouço do direito eleitoral, evitando que **decisões colegiadas em matéria criminal (temática integralmente regida por lei federal)**, ainda

que ilegais, gerassem a automática inelegibilidade do condenado e o dramático descarte dos votos populares a ele atribuídos.

Os pressupostos levantados pelo min. Dias Toffoli, em sua posição intermediária que agora parece prevalecer no corpo do Supremo Tribunal Federal, são integralmente aplicáveis ao tema da inelegibilidade derivada de condenação criminal ainda provisória.

Introdução de semelhante mecanismo de calibragem, como se viu, não seria medida estranha a este E. Tribunal.

O entendimento adotado na análise da inelegibilidade prevista na **alínea p** do inciso I do art. 1º da LC nº 64/90, sem sombra de dúvidas, introduziu relevante mecanismo de justiça no processo eleitoral, o que deve ser igualmente transplantado para o contexto da inelegibilidade penal prevista no art. 1º, I, “e” da LC 64/90, para que não exista, num mesmo sistema justiça, **marcos diferentes de reconhecimento de formação da culpa, pressuposto necessário para que um decreto penal condenatório ainda precatório surta seus efeitos, sem ofensa à Constituição da República.**

9. PREJUDICIALIDADE

9.1 A plausibilidade da suspensão e reforma da decisão. Prejudicialidade e sindicabilidade excepcionais

Além de todos os argumentos acima, que explicitam a superveniência de decisão vinculante do Comitê de Direitos Humanos da ONU que afasta integralmente a inelegibilidade de LULA, o TSE deve, excepcionalmente, sindicatar o título responsável por gerar, em tese, a inelegibilidade do ex-Presidente: o acórdão na Apelação Criminal n.º 5046512-94.2016.4.04.7000/PR do TRF4.

Com a Lei do Ficha Limpa, de lado as críticas manifestadas e tópico próprio, a Justiça tem buscado dar máxima concreção aos pressupostos de moralidade e probidade postos na Constituição Federal. É inegável também que a Lei, ao ampliar o sistema de inelegibilidades, promoveu uma clara *transferência de competência* a outros órgãos (judiciários e administrativos) para, ainda que reflexamente, obstar uma candidatura.

A análise da elegibilidade de qualquer candidato depende, assim, de um devido processo (judicial, administrativo, disciplinar ou político) próprio e de uma decisão condenatória prévia proveniente da justiça comum, das Casas Legislativas, dos tribunais de contas até mesmo de conselhos de classe. Daí surgem, *reflexa e incidentalmente*, as inelegibilidades.

Nessas situações, um ponto central dos debates acerca da aplicação da Lei da Ficha Limpa foi em torno de quais os limites da sindicabilidade das inelegibilidades pela Justiça Eleitoral em face das balizas decisórias dos demais órgãos? Poderia a Justiça Eleitoral ir *além* do quadro fático ou legal traçado pelas demais instâncias para fazer incidir ou afastar os efeitos da condenação de uma candidatura?

Em tal aspecto, a Justiça Eleitoral tem uma jurisprudência em evolução, com espaços próprios de atuação a depender da fonte (administrativa ou judicial) da inelegibilidade. A conferir:

a) **ART. 1º, I, ALÍNEA I¹⁰⁴**: A jurisprudência dessa Corte consolidou-se primeiramente no sentido de que “*nos processos de registro de candidatura não cabe a esta Justiça Especializada aferir o acerto ou o desacerto de decisões proferidas*

¹⁰⁴ “Art. 1º. São inelegíveis: I – para todos os cargos: (...) I) os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena;”

em outros processos, tampouco rediscutir questões de mérito a eles afetas”¹⁰⁵. No julgamento no RESPE n.º 15444, concluiu-se que *“não cabe à Justiça Eleitoral proceder a novo enquadramento dos fatos e provas veiculados na ação de improbidade para concluir pela presença de dano ao erário e enriquecimento ilícito, sendo necessária a observância dos termos em que realizada a tipificação legal pelo órgão competente para o julgamento da referida ação”*¹⁰⁶. O entendimento foi, inclusive, sumulado por este C. TSE.¹⁰⁷

Posteriormente, a jurisprudência da Corte evoluiu.

No Recurso Ordinário n.º 38023, por exemplo, de relatoria do Min. João Otávio de Noronha, a Corte manifestou o entendimento segundo o qual *“deve ser indeferido o registro se, a partir da análise das condenações, for possível constatar que a Justiça Comum reconheceu a presença cumulativa de prejuízo ao erário e enriquecimento ilícito decorrentes de ato doloso de improbidade administrativa, ainda que não conste expressamente na parte dispositiva da decisão condenatória”*.¹⁰⁸

Essa orientação ainda foi reafirmada em diversas outras oportunidades¹⁰⁹. Pacificou-se que pode a Justiça Eleitoral **sindicar as razões de mérito da decisão condenatória do ato de improbidade**, com o objetivo de

¹⁰⁵ TSE, Recurso Ordinário n.º 113797, Relator Ministro João Otávio de Noronha, Publicado em Sessão, Data: 30/09/2014.

¹⁰⁶ TSE, Recurso Especial Eleitoral n.º 154144, Relator Min. Luciana Christina Guimarães Lóssio, Publicação: DJE Data 03/09/2013. Igualmente, Mais recentemente, o TSE sedimentou que a incidência na causa de inelegibilidade da alínea “I” *“pressupõe análise vinculada da condenação colegiada imposta em ação de improbidade administrativa, não competindo à Justiça Eleitoral, em processo de registro de candidatura, chegar a conclusão não reconhecida pela Justiça Comum competente”* (TSE, Recurso Ordinário n.º 44853, Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes, Publicado em Sessão, Data 27/11/2014).

¹⁰⁷ Súmula TSE n.º 41: *“Não cabe à Justiça Eleitoral decidir sobre o acerto ou desacerto das decisões proferidas por outros órgãos do Judiciário ou dos tribunais de contas que configurem causa de inelegibilidade”*.

¹⁰⁸ TSE, Recurso Ordinário n.º 38023. Relator Min. João Otávio de Noronha. Publicado em 12/09/2014.

¹⁰⁹ RO n.º 140804, Rel. Min. Maria Thereza Rocha de Assis Moura, J. 22/10/2014; AgReg no RO n.º 22344, Relator Min. Luiz Fux, J. 17/12/2014; AgReg em AI n.º 189769, Rel. Min. Luciana Lóssio, DJE Data 21/10/2015.

verificar a presença dos elementos necessário à subsunção da decisão à inelegibilidade da alínea “l”.

b) ART. 1º, I, ALÍNEA G¹¹⁰: Tradicionalmente, o TSE tem imposto limites à profundidade da cognição da Justiça Eleitoral, consolidando que não cabe ao juiz eleitoral perquirir o acerto ou desacerto das decisões dos Tribunais de Contas, mas somente *“proceder ao enquadramento das irregularidades como insanáveis ou não e verificar se constituem ou não ato doloso de improbidade administrativa”*¹¹¹. A defesa, é claro, não desconhece o conteúdo da Súmula n.º 41 do TSE.

Em julgado recente, todavia, o min. Luiz Fux trouxe um entendimento mais consentâneo com uma leitura restritiva da Lei de Inelegibilidades, concluindo que a inelegibilidade da alínea “g” *“não se revela quando a conduta configure, apenas em tese, o ato de improbidade administrativa”, sendo “imperioso demonstrar que a conduta revele minimamente o dolo, a má-fé em dilapidar a coisa pública ou a ilegalidade qualificada em descumprir as normas de gestão”*¹¹².

Essa concepção vem sendo confirmada em outros julgados¹¹³ e, com essa viragem, é possível dizer que o TSE tem se atribuído um maior poder de

¹¹⁰ “Art. 1º. São inelegíveis: I – para todos os cargos: (...) g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no [inciso II do art. 71 da Constituição Federal](#), a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição;”.

¹¹¹ TSE, Recurso Ordinário n.º 72569, Rel. Min. Maria Thereza Assis Moura, DJ 27.03.2015.

¹¹² TSE, Recurso Especial Eleitoral n.º 9229, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 30.10.2017.

¹¹³ “A jurisprudência deste Tribunal Superior orienta-se na linha de que não é qualquer vício apontado pela Corte de Contas que atrai a incidência da inelegibilidade prevista no art. 1º, I, g, da LC 64/90, mas tão somente aqueles que digam respeito a atos desonestos, que denotem a má-fé do agente público” (TSE, Recurso Especial Eleitoral n.º 13527, Rel. Min. Rosa Weber, DJ 02.04.2018). No mesmo sentido: TSE, Recurso Especial Eleitoral n.º 28-69/PE, Rel. Min. Luciana Lóssio, publicado na sessão de 1º.12.2016.

sindicabilidade das decisões que rejeitam as contas. A Justiça Eleitoral passou a ser o *locus* apropriado para a identificação de um *dolo específico* na conduta do responsável pela “*irregularidade insanável*”.

Noutro exemplo da ampliação do espaço de atuação da Justiça eleitoral, ainda na mesma alínea, tem o tema da competência. Em razão da orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento conjunto dos RE nos 848.826/DF e 729.744/MG, a Justiça Eleitoral passou a analisar a *competência* do órgão que julga as contas de prefeitos, afastando a inelegibilidade das rejeições de contas de gestão pelos tribunais de contas, sem decisão final pela Câmara Municipal¹¹⁴.

Entendeu essa Corte por tal possibilidade em devido “*cumprimento do due process of law constitucional, que constitui pressuposto procedimental de validade dos títulos normativos e administrativos (decretos legislativos e acórdão de contas, respectivamente), sob pena de afronta ao art. 31, §§ 1º e 2º, da CF*”¹¹⁵.

Por fim, em momento no mesmo sentido, o TSE também sedimentou que “*a revogação do decreto que rejeitou as contas do recorrente sem que se tenha indicado qualquer vício no julgamento anterior não tem o condão de afastar a inelegibilidade decorrente da rejeição de contas*”¹¹⁶. Ou seja, reconheceu jurisdição-competência para analisar, em sede de registro de candidatura, a *motivação* do ato de anulação ou revogação do julgamento das contas a fim de verificar sua validade e a projeção dos efeitos reflexos da inelegibilidade¹¹⁷.

¹¹⁴ TSE, Recurso Especial Eleitoral nº 50784, Relator Min. Tarcisio Vieira De Carvalho Neto, DJE Data 02/02/2018.

¹¹⁵ Precedente: REspe nº 39-14/AM, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 27.6.2017.

¹¹⁶ TSE, Recurso Especial Eleitoral nº 21246, Relator Min. Henrique Neves Da Silva, Publicado em Sessão, Data 19/12/2016.

¹¹⁷ Precedentes: Respe nº 16389, Rel. Min. Rosa Weber; nº 3914, Rel. Min. Luiz Fux; RO 1731-70, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, CTA 540-93, Respe 295-40, Rel. Min. Fernando Gonçalves.

A simples rejeição das contas não possui, portanto, efeitos automáticos sobre a elegibilidade. Pela atual posição do TSE, como se viu, é possível à Justiça Eleitoral, no julgamento do registro, analisar com relativa profundidade de cognição (i) a presença do dolo específico do candidato nos motivos de rejeição das contas; (ii) a competência do órgão que julgou as contas e, por fim (iii) a motivação legítima do ato que promove novo julgamento das contas.

c) ART. 1º, I, ALÍNEA O¹¹⁸: nessa hipótese de inelegibilidade, ainda que o dispositivo da Lei de Inelegibilidade estabeleça expressamente a reserva de jurisdição (*“salvo se o ato houver sido suspenso ou anulado pelo Poder Judiciário”*) para o provimento suspensivo ou anulatório do ato de demissão, esta Corte já decidiu sindicat o ato gerador da inelegibilidade (*com importantes considerações acerca da teleologia do sistema de aferição de inelegibilidades*).¹¹⁹

d) ART. 1º, I, ALÍNEA P¹²⁰: O caso que melhor ilustra essa evolução jurisprudencial¹²¹ e que confirma o raciocínio aqui desenvolvido, todavia, é o caso da alínea ‘p’ do art. 1º, I, da LC n.º 64/90, que estabelece a inelegibilidade de todos aqueles *“responsáveis por doações eleitorais tidas por ilegais por decisão*

¹¹⁸ “Art. 1º. São inelegíveis: I – para qualquer cargo: (...) o) os que forem demitidos do serviço público em decorrência de processo administrativo ou judicial, pelo prazo de 8 (oito) anos, contado da decisão, salvo se o ato houver sido suspenso ou anulado pelo Poder Judiciário;”

¹¹⁹ TSE, Recurso Especial Eleitoral nº 38812, Relator Min. Luiz Fux, Publicado em Sessão, Data 06/12/2016.

¹²⁰ “Art. 1º. São inelegíveis: I – para todos os cargos: (...) p) a pessoa física e os dirigentes de pessoas jurídicas responsáveis por doações eleitorais tidas por ilegais por decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, pelo prazo de 8 (oito) anos após a decisão, observando-se o procedimento previsto no art. 22;”

¹²¹ Antes, era pacífica nesta Corte a seguinte posição: “(...) 3. Na espécie, o agravante foi demitido do serviço público em decorrência de processo administrativo disciplinar, não havendo decisão judicial que tenha suspenso ou anulado o ato demissório. Desse modo, o indeferimento do seu pedido de registro de candidatura deve ser mantido por incidência da causa de inelegibilidade prevista no art. 1º, I, o, da LC 64/90. (...)”. (TSE, Recurso Especial Eleitoral nº 13189, Relatora Min. Fátima Nancy Andrigli, Publicado em Sessão, Data 04/10/2012)

transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral". Isso levou à impugnação de inúmeros candidatos que realizaram doações em excesso, acima dos limites dos artigos 23¹²² e 81¹²³ da Lei n.º 9.504/97, mesmo que em quantias irrisórias.

Em um primeiro momento, a jurisprudência entendia que, para a incidência dessa inelegibilidade, bastava *"tão somente que a doação irregular tenha sido reconhecida por meio de decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado"*¹²⁴. Da mesma forma, entendia que *"doação acima do limite é doação ilegal"*, sendo que a LC n.º 64/90 *"descreve fatos objetivos, os quais se presumem lesivos à probidade administrativa, à moralidade para exercício de mandato, bem como à normalidade e legitimidade das eleições, valores tutelados pelo art. 14, § 9º, da Constituição Federal"*¹²⁵.

Diante de tal fato, essa Corte evoluiu e passou a entender que *"nem toda doação eleitoral tida como ilegal é capaz de atrair a inelegibilidade da alínea p"*, mas somente aquelas que impliquem em *"quebra da isonomia entre os candidatos, risco à normalidade e à legitimidade do pleito ou que se aproximem do abuso do poder econômico é que poderão ser qualificadas para efeito de aferição da referida*

¹²² "Art. 23. Pessoas físicas poderão fazer doações em dinheiro ou estimáveis em dinheiro para campanhas eleitorais, obedecido o disposto nesta Lei. § 1º As doações e contribuições de que trata este artigo ficam limitadas a 10% (dez por cento) dos rendimentos brutos auferidos pelo doador no ano anterior à eleição."

¹²³ "Art. 81. As doações e contribuições de pessoas jurídicas para campanhas eleitorais poderão ser feitas a partir do registro dos comitês financeiros dos partidos ou coligações: § 1º As doações e contribuições de que trata este artigo ficam limitadas a dois por cento do faturamento bruto do ano anterior à eleição." [\(Revogado pela Lei nº 13.165, de 2015\)](#)

¹²⁴ TSE, Recurso Especial Eleitoral nº 40669, Relator Min. Henrique Neves Da Silva, DJETSE Data 07/05/2013.

¹²⁵ TSE, Recurso Especial Eleitoral nº 94681, Acórdão, Relator Min. José Antônio Dias Toffoli, J. 19/02/2013. No mesmo sentido: *"o comando normativo previsto no art. 1º, I, p, da LC 64/90 exige apenas que haja "decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral", não se cogitando, em registro de candidatura, de juízo quanto ao eventual dolo do dirigente da empresa, notório responsável por doação irregular à própria candidatura"* (TSE, Recurso Especial Eleitoral nº 26124, Relatora Min. Fátima Nancy Andriighi, Publicado em Sessão, Data 13/11/2012).

inelegibilidade” (TSE, RO 534-30/PB, rel. Min. Henrique Neves da Silva, DJe 16.9.2014)¹²⁶.

Em tese, uma inelegibilidade ‘aritmética’, da qual a lei presumia a lesão aos bens jurídicos do art. 14, §9º, da CF, o TSE fixou, a partir das eleições de 2014, que não é qualquer declaração de ilegalidade da doação que afeta a normalidade do pleito e, portanto, implique na inelegibilidade da alínea “p”. O requisito da lesão à probidade, à normalidade e à legitimidade do pleito deve agora ser extraído no julgamento *incidental* do processo de registro.

Novamente, a Justiça Eleitoral reconheceu seu poder de analisar em relativa profundidade a decisão que declarou a doação como ilícita para afastar a inelegibilidade daquelas que não afetem a normalidade do pleito.

É visível, portanto, em todas essas hipóteses, um processo de evolução hermenêutica para aumentar o espaço próprio de sindicabilidade da Justiça Eleitoral. **É plenamente possível essa evolução também em relação à alínea ‘e’ aqui em discussão.** É o que está a se defender no ponto.

É somente mediante os processos de registro de candidatura (art. 3º e seguintes da LC n.º 64/90) e do Recurso Contra a Expedição de Diploma (art. 262, CE) que a elegibilidade pode ser analisada. Em ambos os procedimentos, os prazos são céleres e os procedimentos são sumários. Não há espaço para uma cognição plena e exauriente desta Justiça para a aferição das inelegibilidades previstas na LC n.º 64/90 quando reflexas a decisões de outros órgãos ou entidades: a cognição aqui é apenas *incidental*.

Ainda assim, dentro dessa cognição incidental, é reconhecido espaço de relativa *sindicabilidade*. Não se pretende aqui negar vigência à Súmula n.º 41

¹²⁶ No mesmo sentido: “(...) 1. As condenações por doação acima do limite legal atraem a inelegibilidade da alínea p do inciso I do art. 1º da LC nº 64/90 quando o montante excedido possa, ao menos em tese, vulnerar os bens jurídicos tutelados pelo art. 14, §9º, da Constituição Federal. Precedentes. (...)”. (TSE, Recurso Especial Eleitoral nº 46557, Relatora Min. Rosa Maria Pires Weber, DJE Data 17/03/2017).

deste TSE ou mesmo às regras de competência absoluta previstas na CF. Todavia, o respeito à autoridade da justiça comum e dos demais órgãos aos quais caiba os julgamentos que, reflexamente, implicarão na inelegibilidade dos candidatos, a Justiça não só pode, mas deve se atribuir *certa* sindicabilidade para proteger a capacidade eleitoral passiva de qualquer cidadão.

Essa ampliação do espaço de sindicabilidade já se manifestou na apreciação *incidental* das inelegibilidades pela Justiça Eleitoral: na análise dos elementos subjetivos (dolo) e objetivos (enquadramento típico) das condutas apuradas em condenações por improbidade administrativa; no afastamento do elemento subjetivo doloso na rejeição das contas por gestores públicos; na incompetência dos órgãos para o julgamento das contas; na consideração da autotutela administrativa na anulação de atos demissionais para afastar a inelegibilidade; na profundidade e lesividade das doações declaradas ilícitas para fins de cognição da inelegibilidade.

É dizer: não há impedimento algum para que as matérias suscitadas acima, que evidenciam a ilegalidade e o arbítrio da condenação de LULA, sejam por esta Corte conhecidas de maneira incidental, a fim de resguardar seus direitos políticos.

Condenações criminais proferidas por juízo incompetente; em manifesta parcialidade e perseguição judicial e dos membros do Ministério Público; eivadas por diversas violações ao devido processo legal e à ampla defesa do réu; em atropelo às formalidades processuais; manifestamente contrárias à prova dos autos; em desrespeito à tipicidade penal dos delitos em tese reconhecidos; com evidentes vícios na individualização e na dosimetria das penas etc. não podem ser reconhecidas como suporte fático válido para fins de inelegibilidade, em prejuízo de um réu (seja quem for).

Como bem reconhece Michele Pimentel DUARTE, desse dever de proteção é que o processo não pode ser visto como “*mera técnica ou ferramenta destinada a revelar a vontade da lei, mas direito fundamental*”. Assim, “*a constitucionalização da inafastabilidade da jurisdição, inclusa no rol de direitos fundamentais, significa tutela jurisdicional adequada ao direito material*”¹²⁷. É isso o que tem paulatinamente reconhecido o TSE.

Não foi por outra razão que o TSE, pela autorizada voz do min. Luiz Fux, avaliando um caso de alínea “g”, consignou que o *due process of law* constitucional “*constitui pressuposto procedimental de validade dos títulos normativos e administrativos (decretos legislativos e acórdão de contas, respectivamente), sob pena de afronta ao art. 31, §§ 1º e 2º, da CF*”¹²⁸.

Outra vez o min. Luiz Fux, agora no tema relativo à alínea ‘o’ (*supra*), voltou a defender que “*o Tribunal Superior Eleitoral desempenha, por determinação magna, a prerrogativa precípua de instância protetora dos direitos políticos fundamentais e do regime democrático, razão pela qual se deve repudiar, no afã de tutelar valores tão caros à ordem constitucional pátria, a adoção de filigranas estéreis, elevando-as a um patamar de importância maior que o próprio direito material*”.

Não se sustenta aqui tese irrazoável. O caso do ex-Presidente LULA é excepcional. É evidente a ausência de pressupostos de validade para a projeção dos efeitos eleitorais de sua condenação. Está claro no parecer dos criminalistas.

Para Néviton GUEDES, “*a capacidade de votar e a de ser candidato correspondem a direitos fundamentais dos mais prestigiados em todo mundo*

¹²⁷ DUARTE, Michelle Pimentel. O processo jurisdicional eleitoral e seus fundamentos: direitos políticos, inelegibilidades e o devido processo legal. In: *Direito Processual Eleitoral*. FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo Peccinin (Org.). Belo Horizonte: Fórum, 2018 (Tratado de Direito Eleitoral, v.6), p. 95-124.

¹²⁸ Precedente: REspe nº 39-14/AM, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 27.6.2017.

civilizado e democrático”¹²⁹. O princípio democrático e a soberania popular (art. 1º, parágrafo único, CF) projetam-se sobre todo o ordenamento jurídico processual pátrio, com especial relevância sobre o Direito Eleitoral. Como ensina Clèmerson Merlin CLÈVE, “*representação, democracia indireta, povo, cidadania*” são fundamentos da legitimação do poder e, por sua vez, o Direito Eleitoral “*não é outra coisa senão a regulação do método ou procedimento democrático de legitimação do poder político*”. E arremata: “*falhando o direito eleitoral, falha o procedimento legitimador, esmorecem os canais de comunicação entre a ação do Estado e a vontade popular, aparecem as ‘crises políticas’*”¹³⁰.

Nesse caso, a análise em profundidade da validade da condenação de LULA para que se evidencie a impossibilidade de projeção de seus efeitos eleitorais sobre sua elegibilidade é, não somente possível, como **indispensável**.

Em conjunto com as garantias da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CF), além do próprio princípio democrático e da soberania popular (art. 1º, CF), é **dever** da jurisdição eleitoral garantir efetiva proteção aos direitos políticos fundamentais quando diante de ilegalidades evidentes.

A condenação de Lula é flagrantemente ilegal. Os pressupostos de validade para fins da inelegibilidade do art. 1º, I, ‘e’, da LC n.º 64/90 não existem.

¹²⁹ “Em resumo qualquer restrição ao sufrágio, seja no que diga respeito à capacidade política ativa, seja no que respeite à capacidade política passiva, deve submeter-se ao que a teoria constitucional, contemporaneamente, designa como “limites dos limites”, entre os quais sobressaem o princípio da proporcionalidade e a **garantia do conteúdo essencial do direito fundamental**. **No caso do sufrágio, tenho séria e honesta dúvida se a legislação do chamado “ficha-limpismo” no Brasil alcançou respeitar esses limites**”. GUEDES, Néviton Oliveira Batista. A democracia e a restrição aos direitos políticos. In: *Direito Constitucional Eleitoral*. FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo Peccinin (Org.). Belo Horizonte: Fórum, 2018 (Tratado de Direito Eleitoral, v.1), p. 111-120.

¹³⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 210-211.

O ex-Presidente teve sua condenação de primeiro grau confirmada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região na Apelação Criminal n.º 5046512-94.2016.4.04.7000/PR. Como já mencionado, há Recurso Especial admitido – até hoje inexplicavelmente não enviado ao STJ. Admitido que está, o RESP passa a ter devolutividade ampla (RESP 1484415/DF, Rel. Min. Rogerio Schietti, lendo as súmulas 292 e 528 do STF).

Há inúmeros vícios flagrantes na decisão, apontados por dezenas de juristas sem nenhuma ligação com a causa. A primeira nulidade diz com a competência de quem condenou e confirmou uma condenação pelos crimes de corrupção (art. 317, CP) e lavagem de dinheiro (art. 1º, Lei 9.613/98).

No TRF4, em *excepcional convergência* dos três julgadores (reputada *esquisita* por quem acompanha o tema), a pena foi aumentada para de nove anos e seis meses para doze anos e um mês. Há quem diga que este “e um mês” não está ali apenas por mero capricho da dosimetria, mas para subir um patamar na contagem da regra de prescrição. Trata-se, no entanto, de mera especulação.

De qualquer forma, o que se quer reforçar aqui é que há enorme plausibilidade de reforma da decisão pelo STJ (pelo menos). Não fossem as dezenas de trabalhos acadêmicos publicados sobre o tema – já aqui referidos – a defesa faz referência ao exaustivo parecer dos dois eminentes professores ALAMIRO VELLUDO SALVADOR NETTO e JULIANO BREDÁ.

Há inúmeras teses que apontam para a plausibilidade. Aqui, no espaço limitado e excepcional da sindicabilidade autorizada à justiça eleitoral, devem merecer análise apenas as teses destacadas no parecer os criminalistas. Todas as demais merecerão tratamento próprio nos tribunais superiores, ao momento do julgamento:

- a) Atipicidade da conduta:** LULA foi condenado por “sua capacidade de influência” e “sem que se mostre necessário sua conduta ativa nos contratos”,

sem qualquer ato de ofício determinado que implique na tipicidade do crime de corrupção passiva.

- b) Atipicidade do crime de lavagem de dinheiro:** o acórdão contrariou o art. 1º da Lei n.º 9.613/98 porque considerou *prescindível* perquirir a origem dos recursos que *Léo Pinheiro* teria empregado no triplex, supostamente em benefício do recorrente, ou seja, se a quantia de fato tinha origem criminosa. Ainda porque reputou crime consumado, ainda que reconheça que nunca existiu posse ou propriedade do imóvel.
- c) Ilegalidade na dosimetria da pena e na aplicação da multa:** houve majoração da pena em afronta ao art. 59, 60 e 317, §1º, do Código Penal e, consequência disso, **flagrante prescrição da pretensão punitiva** (flagrada especialmente pelo equívoco de indicação do momento consumativo).

Quem pensa assim, como também já mencionado, não é apenas a defesa do ex-Presidente ou os ilustres signatários do parecer agora acostado (entre outros pareceres já postos no processo criminal). Importante citar aqui alguns exaustivos trabalhos apontando vários pecados graves do título condenatório:

- Prof. Dr. JUAREZ CIRINO DOS SANTOS (professor aposentado de Direito Penal da UFPR)¹³¹;
- Prof. PEDRO STEVAM SERRANO (Professor de Direito Constitucional da PUC-SP);
- Prof. Dr. AFRÂNIO SILVA JARDIM (professor de Direito Penal da UFRJ)¹³²;

¹³¹ **A condenação de Lula: um erro judiciário histórico.** Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2018/01/23/condenacao-de-lula-um-erro-judiciario-historico/>

¹³² **Jurista afirma que a condenação de Lula por Moro fere todos os princípios do direito.** Disponível em: <http://cartacampinas.com.br/2017/07/jurista-afirma-que-condenacao-de-lula-por-moro-fere-todos-os-principios-do-direito/>

- Prof. Dr. MAURICIO DIETER (Professor de Direito Penal da USP)¹³³;
- Prof. Dr. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (professor de Direito Administrativo da PUC-SP)¹³⁴;
- Prof. Dr. CLAUDIO LEMBO (professor de Direito Constitucional da Mackenzie)¹³⁵;
- Prof. Dr. BRUNO GALINDO (professor associado da UFPE)¹³⁶;
- WILLIAM BOURDON, da França, BALTASAR GARZÓN, da Espanha, LUIGI FERRAJOLI, da Itália, e EMÍLIO GARCÍA MENDEZ, presidente da Fundação Sul Argentina.

Aqui **não se discute** o processo do Comitê de Direitos Humanos da ONU, orientado por outras razões. A repercussão da decisão do Comitê está noutra parte da defesa.

O importante é: o acatamento **qualquer das teses** aqui indicadas importa no reconhecimento da necessidade de reforma (ainda que parcial) do acórdão condenatório e, consequência da decisão, na eliminação do suporte da inelegibilidade arguida pelos impugnantes.

A partir desta introdução, no ambiente do julgamento do processo de registro, são dois os possíveis (porque defensáveis) desdobramentos: **(i)** sua suspensão em razão da prejudicialidade dos pedidos de suspensão da inelegibilidade já deduzidos e ainda não analisadas pelo STJ e STF ou **(ii)** o

¹³³ **Maurício Dieter analisa a condenação de Lula por Sérgio Moro.** Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=hY6Lxfw9JeA>

¹³⁴ **Juristas gravam vídeo repudiando processo do tríplex que condenou Lula.** Disponível em: <https://www.revistaforum.com.br/juristas-gravam-video-repudiando-processo-do-triplex-que-condenou-lula/>

¹³⁵ **Ex-governador de SP Cláudio Lembo classifica prisão de Lula como ‘equivocada’.** Disponível em: <https://istoe.com.br/ex-governador-de-sp-claudio-lembo-classifica-prisao-de-lula-como-equivocada/>

¹³⁶ **Comunidade jurídica critica condenação de Lula por Sérgio Moro.** Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/07/12/comunidade-juridica-critica-condenacao-de-lula-por-sergio-moro/>

reconhecimento, desde já, pelo plenário desta Corte, da ilegalidade-nulidade (plausibilidade da ilegalidade-nulidade) do título e, conseqüentemente, impossibilidade de reconhecimento da inelegibilidade reflexa que subsidia múltiplas impugnações.

A condenação de LULA está longe de ser ‘chapada’ ou incontroversa. As ilegalidades (formais e materiais) são escandalosas, pendentes (por morosidade processual) de julgamento pelas instâncias superiores. Podem ser revistas a qualquer momento pelo Supremo Tribunal.

Assim, afastadas os fundamentos anteriores, subsidiariamente, requer-se a análise dos argumentos de ilegalidade apontados acima e com base nas peças e nos documentos trazidos em anexo à presente defesa, a fim de reconhecer a inexistência da inelegibilidade do art. 1º, I, ‘e’, da LC n.º 64/90 decorrente da condenação na Apelação Criminal n.º 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, e, por consequência, o *deferimento* do registro pleiteado.

9.2 Prejudicialidade excepcionalíssima. Ausência de oportunidade para a apreciação dos pedidos de suspensão de inelegibilidade deduzidas no RESP e RE. Suspensão

Como já está amplamente demonstrado, a aleatória (ou não) distribuição no tempo das decisões que dizem respeito com a inelegibilidade do ex-Presidente Lula teve alguns *caprichos*. O TRF4 julgou rapidamente o recurso e demorou na análise da admissibilidade. Paralelamente, a decisão do Comitê da ONU – requerida em julho e que poderia sair a qualquer momento –, saiu dois dias depois o pedido do registro.

Quer porque, em um primeiro momento, o TRF4 não mandou a julgamento os recursos extraordinários; quer porque, noutro momento, estava para ser deferida (como de fato foi) a *interim measure* pelo Comitê da ONU, até aqui não houve análise do art. 26-C por STF e STF. Com a decisão do Comitê,

para reiterar aqui, retirou o interesse de agir (por ausência de utilidade) do pedido de suspensão da inelegibilidade.

A conjugação de fatores excepcionalíssimos aponta para a necessidade do reconhecimento de uma prejudicialidade também em caráter excepcional. Uma **prejudicialidade com prazo limitado**, como está em importante precedente da Justiça Eleitoral.

Se no julgamento das impugnações o TSE inadmitir a aptidão da decisão do Comitê para afastar a inelegibilidade, indeferirá o registro sem que o ex-Presidente tenha tido a oportunidade de buscar a suspensão da inelegibilidade no STJ/STF, deixando de *testar* a plausibilidade apontada por parcela relevante da comunidade jurídica brasileira. E o ex-Presidente será prematuramente *arrancado* da disputa, com inegáveis efeitos irreversíveis.

Aqui está a racionalidade que exige um excepcional reconhecimento de prejudicialidade. É a primeira vez que o Judiciário brasileiro avalia a aptidão que a decisão do Comitê tem para afastar uma inelegibilidade. A defesa, amparada em múltiplos pareceres, apresenta e sustenta a *tese*. E é a tese que retira *interesse de agir* em buscar decisão de idêntica aptidão no Judiciário. Refutada a *tese*, o ex-Presidente tem o direito de, pelo menos, ver avaliada as liminares do art. 26-C, expressamente previstas na Lei do Ficha Limpa – antes de sofrer os efeitos deletérios e irreversíveis do indeferimento.

A prejudicialidade que aqui se requer, portanto, é apenas em relação aos pedidos sumários do art. 26-C. Até que STJ e STF se pronunciem (em juízos sumários, para insistir). Pronunciamento que está trancado pela ausência de interesse até que o TSE, eventualmente, não reconheça que já havia uma suspensão de inelegibilidade eficaz.

Dois fatos – o involuntário *acelera-segura* do TRF4 e a decisão do Comitê – criaram um espaço de aplicação excepcional da prejudicialidade. Inadmitida a aptidão da decisão do Comitê, STJ e STF devem avaliar “a probabilidade de

reforma do acórdão recorrido”¹³⁷ sem a irreversibilidade do indeferimento do registro. Irreversibilidade que está na lógica fundante do art. 16-A da Lei 9.504/97.

A propósito, não se pode deixar de reconhecer que já há uma *regra de prejudicialidade implícita* na aplicação combinada dos arts. 16-A, 11, § 10 e 26-C, como demonstrado, por outra ótica, em tópico próprio. Embora implícita, parece óbvia.

O art. 26-C estabelece a possibilidade de suspensão da inelegibilidade. O TSE, lendo o art. 11, § 10, define que a suspensão pode se dar até a diplomação. E o art. 16-A, por sua vez, estabelece que o candidato fica na disputa enquanto estiver sub judice – o que, como regra – segue até a diplomação. Há quem possa não concordar, mas é assim como estão as regras de registro de candidatura no Brasil. É o que se espera que seja cumprido.

Agora, se o *sub judice* for *calibrado* pelo TSE, o que se requer aqui é uma prejudicialidade em grau menor: até a apreciação dos juízos sumário do art. 26-C. **No prazo máximo de cinco dias.** É pedir menos do que a interpretação literal dos três dispositivos – até aqui prevalente no TSE – entregaria ao ex-Presidente LULA. É pedir o mínimo.

Certo é que o pedido do art. 26-C da LC 64/90 deve ser, nos limites indicados, uma questão **prejudicial** do mérito do pedido de registro. Explica o Min. Luiz Fux: “*uma relação diversa daquela que compõe a causa de pedir*” que “*não obstante esteja fora da órbita da decisão da causa, **precisa ser apreciada como premissa lógica integrante do itinerário do raciocínio do juiz, antecedente necessário ao julgamento.** Saltar sobre ela significaria deixar sem justificativa a conclusão sobre o pedido*”.¹³⁸

¹³⁷ JORGE, Flávio Cheim. LIBERATO, Ludgero. RODRIGUES, Marcelo Abelha. Curso de Direito Eleitoral. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017. p. 507.

¹³⁸ FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 434

É a lógica do art. 313 do CPC: suspende-se o processo (...) IV –quando a sentença de mérito: a) “*depende do julgamento de outra causa ou da declaração de existência ou de inexistência de relação jurídica que constitua o objeto principal de outro processo pendente*”. É precisamente o caso, em especial em razão das particularidades aqui reveladas.

Na jurisdição comum, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende de modo consolidado que a relação de prejudicialidade entre duas ações se dá “*quando o julgamento de uma delas tiver o condão de potencialmente influir no conteúdo substancial do julgamento da outra*”. Assim, “*a relação jurídica fundamental objeto da ação prejudicial constitui pressuposto lógico do julgamento da ação prejudicada, circunstância que justifica a suspensão desta última*”.¹³⁹

Na ideia clássica e prejudicialidade (adotada pelo STJ), Barbosa MOREIRA enfatizava que a distinção fundamental entre questão preliminar e questão prejudicial reside na natureza da *influência* que uma ou outra exerce sobre a questão subordinada, ou seja, “*se a solução da subordinante influi no teor da resolução da subordinada, deparamo-nos com uma questão prejudicial*”.¹⁴⁰ Essencialmente, a prejudicialidade é uma relação de *influência* entre dois juízos, em que o primeiro, logicamente anterior, vincula o teor do segundo.

Clarisse FRECHIANI, em monografia sobre o tema, explica que causas prejudiciais são aquelas dotadas de vinculação jurídica, “*é o juízo que tem aptidão a vincular um outro juízo processual em virtude da eficácia das decisões ou*

¹³⁹ STJ, 3ª Turma, REsp 1230174/PR, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJe 13/12/2012. No mesmo sentido: “(...) 1.- O art. 265, § 5º, do Cód. de Proc. Civil autoriza a suspensão do processo até um ano, quando o julgamento da causa estiver subordinado ao resultado de outro processo conexo, retomando-se, em seguida, ao andamento regular do feito. 2.- Essa regra somente pode ser excepcionada quando o Juízo, avaliando segundo sua livre convicção, a razão da demora do processo conexo e a situação do processo “sub judice”, se convença de que deve ele permanecer suspenso. (...)”. (STJ, 3ª Turma, REsp 1374371/RJ, Rel. Ministro Sidnei Beneti, DJe 10/03/2014).

¹⁴⁰ Diferentemente da questão preliminar, na qual o juízo sobre condicionante predetermina a existência do julgamento da condicionada. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1967, p. 54.

da exigência de coerência interna no processo”. Decorrem tanto (a) da “*subsunção do juízo prejudicial na hipótese fática de uma norma que preveja como consequência o juízo prejudicado*”, quanto (b) da “*autoridade do pronunciamento prejudicial sobre o julgador que resolve a questão prejudicada*”.¹⁴¹

O espaço das matérias prejudiciais é amplíssimo, para Luiz Guilherme Marinoni: “*todo fato que pode ser associado a um efeito jurídico (...) é capaz de dar origem a uma questão prejudicial*”. Os fatos sobre os quais podem recair a prejudicialidade podem ser todos aqueles eventualmente colocados em controvérsia pela parte, não apenas os fatos constitutivos do afirmado pelo autor, *mas [também] aqueles impeditivos*, modificativos e extintivos da demanda¹⁴².

Aqui a prejudicialidade está com *potencial influência* de fato impeditivo à causa de inelegibilidade (a suspensão da inelegibilidade na perspectiva dos juízos sumários do art. 26-C).

A concessão da tutela do art. 26-C, por quaisquer dos motivos lá arguidos, faz surgir *fato extintivo* – se concedido após as eleições e antes da diplomação – ou *fato impeditivo* – se antes – das eleições. É fato superveniente que afasta de **forma plena** a inelegibilidade, como reconhece o TSE.

Se não for reconhecida a aptidão da decisão do Comitê para afastar a inelegibilidade, é **indispensável que o processo de registro seja sobrestado até a apreciação dos pedidos sumários de suspensão de inelegibilidade pelo STJ e pelo STF**. Tais pedidos, não custa repetir, já estão deduzidos desde abril.

¹⁴¹ LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Prejudicialidade no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 89-92

¹⁴² Neste ponto, o processualista cita como exemplo da atribuição de culpa a um réu ser prejudicial à discussão civil dos danos emergentes de um acidente automobilístico. MARINONI, Luiz Guilherme. Coisa julgada sobre questão, inclusive em benefício de terceiro. In: *Revista de Processo*. vol. 259/2016, p. 97 – 116, Set/2016.

A suspensão, portanto, por força do artigo acima mencionado, se torna imperiosa quando a questão prejudicial é externa e a conexão das causas é impossível¹⁴³, exatamente como ocorre no presente caso. Eventual suspensão da inelegibilidade em momento posterior ao julgamento definitivo do registro trará efeitos irreversíveis.

Daí porque, em caráter subsidiário, se não for reconhecida a aptidão da decisão do Comitê da ONU para suspender a inelegibilidade e, além disso, não for garantido o direito de o candidato seguir em campanha enquanto o registro estiver *sub judice* (art. 16-A), requer-se o reconhecimento da prejudicialidade. Uma *prejudicialidade mitigada*: apenas até que haja a análise dos juízos sumários do art. 26-C.

O presente pedido está em consonância com a garantia constitucional da *inafastabilidade da jurisdição* e da *proteção judicial efetiva* quando há projeção em relação ao processo eleitoral (*latu sensu*; STF, RE nº 633.703).

Como está para o TSE, “negar o fato superveniente que afasta a inelegibilidade constitui grave violação à soberania popular” (TSE, EDs em RO nº 29462). O Ex-Presidente Lula quer apenas o direito de buscar a suspensão da inelegibilidade (e a decisão do Comitê da ONU não for reconhecida como apta, é claro).

Há um precedente do TRE-SC que merece ser citado:

“Impetração de habeas corpus no Superior Tribunal de Justiça visando à anulação de todo o processo criminal condenatório por nulidade absoluta (incompetência absoluta do Juízo criminal). (...). Questão da inelegibilidade ainda não definida no Juízo próprio, mas na iminência de sê-lo. Inconveniência da cassação imediata. Questão de ordem acolhida para

¹⁴³ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2003. 2 v. p. 479.

determinar a suspensão do processo até o julgamento do habeas corpus pendente ou a cassação da liminar, por, no máximo, quarenta e cinco dias”. (TRE/SC n.º 81, Rel. Osni Cardoso Filho, Rel. des. Márcio Luiz Fogaça Vicari, DJESC Data 12/12/2005)

O TRE de Santa Catarina **deu 45 dias para resolver a prejudicial**. O ex-Presidente LULA aqui requer apenas **05 dias** para ver apreciadas as liminares do art. 26-C, até aqui não apresentadas pelo atraso do TRF4 e, depois, pela superveniência da decisão do Comitê da ONU. Não é pedir muito, pois a prejudicial só se justifica se não for respeitada a interpretação literal do art. 26-C que até aqui sempre prevaleceu no TSE.

Assim, nos termos do art. 313 do CPC, concreta a possibilidade de concessão de medida suspensiva ou reformatória da condenação criminal e de superveniente ineficácia ou extinção do suporte fático ao reconhecimento da inelegibilidade, é de se sobrestar a tramitação deste registro por 05 dias, até a apreciação dos pedidos sumários de suspensão da inelegibilidade pelo STJ e pelo STF.

10. IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS DE IMPUGNAÇÃO ORIENTADOS POR OUTRAS CAUSAS DE PEDIR

Quase todas as impugnações/notícias oferecidas indicam como causa de pedir a inelegibilidade do artigo 1º, I, “e”, 1 e 6 da Lei Complementar nº 64/90. Algumas, porém, trazem matérias distintas que devem, ainda que sucintamente, ser aqui enfrentadas:

- (i) art. 14, §3º, II, CF (suspensão dos direitos políticos);
- (ii) art. 1º, I, “l”, LC 64/90 (improbidade administrativa);
- (iii) art. 1º, I, “i”, LC 64/90 (sem correlação com a fundamentação da peça);

- (iv) art. 8º, Lei nº 9.504/97 (ausência do IMPUGNADO na convenção partidária que deliberou pela sua escolha); e
- (v) art. 11, §1º, VIII, Lei nº 9.504/97 (ausência de juntada de certidão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região).

10.1 Impugnação do Partido Novo

a. Do esboço fático traçado na impugnação

Num primeiro momento, cumpre esclarecer que a tese levantada na impugnação do Partido Novo assenta-se em descrição equivocada dos fatos que sucederam a condenação do impugnado na ação penal.

Para sustentar a tese de inexistência da verossimilhança necessária à incidência do art. 16-A da Lei nº 9.504/97¹⁴⁴, aduz o requerente (i) que este manifestante não teria formulado no bojo de nenhum dos recursos interpostos contra a decisão condenatória do TRF4 na Apelação Criminal nº 5046512-94.2016.4.04.7000 (constituente da inelegibilidade) o pedido de suspensão da inelegibilidade dela decorrente com base no art. 26-C da Lei Complementar nº 64/90; e (ii) que os pedidos formulados nas ações cautelares ajuizadas para a concessão de efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário interpostos (junto ao STJ e STF, respectivamente), abrangeriam o pedido específico de suspensão da inelegibilidade fundada no art. 26-C, e que, diante do juízo de improcedência (STJ) e da desistência (STF) das ações, não caberia nova tentativa de formulação.

As premissas, todavia, não condizem com a realidade dos fatos.

¹⁴⁴ Posto que o perigo da demora, no caso, pelas próprias palavras do impugnante, seria presumível: “(...) não se desconsidera que o art. 16-A da Lei Eleitoral presume o perigo da demora, tendo em vista que a ausência de campanha e do nome do candidato na urna eletrônica criam situação irreversível” (fl. 22).

Em primeiro lugar e antes de tudo, o ex-Presidente LULA não precisa de nenhuma decisão de suspensão de inelegibilidade. A suspensão de inelegibilidade já está dada pela decisão do Comitê da ONU, como exaustivamente demonstrado na defesa.

Não houvesse a decisão do Comitê da ONU, como também já está devidamente esclarecido, até aqui o STJ e o STF não analisaram os pedidos de liminares do art. 26-C deduzidos pela defesa. O que foi indeferida no STJ foi uma cautelar que não analisou a plausibilidade de todas as teses de defesa. Simplesmente não era o escopo daquela cautelar. A desistência no STF já foi também explicada.

A plausibilidade da pretensão recursal necessária à suspensão da inelegibilidade (art. 26-C) revela-se como requisito menos contundente. O Professor Titular de Direito Penal da Universidade de São Paulo Alamiro Velludo Salvador Netto e o Dr. Juliano Breda, em parecer elaborado a pedido dos patronos deste manifestante, elucidaram, didaticamente, a distinção entre os requisitos necessários à concessão das medidas.

No caso vertente, o pedido de reconhecimento da suspensão da **inelegibilidade pelo 26-C foi expressamente formulado por este manifestante em ambos os recursos interpostos contra a decisão condenatória do órgão colegiado.**

O recurso especial interposto foi admitido pela presidência do E. TRF4. Todavia, não foi sequer remetido ao STJ até o presente momento, diante do (tantas vezes mencionado) movimento processual involuntariamente assimétrico do TRF (acelera para condenar; freia para liberar os recursos). Contra a decisão do Tribunal Regional que negou admissibilidade ao recurso extraordinário foi interposto agravo, também pendente de remessa ao C. STF.

Nenhum dos pedidos de suspensão da inelegibilidade decorrente da condenação, assim, nestes processos, foi apreciado¹⁴⁵.

Há que se registrar ainda que, como bem demonstraram os pareceristas, entre todas as teses levantadas nos recursos interpostos perante às Cortes Superiores, ao menos três se revelam propensas, ainda que analisadas autonomamente, para denotar a existência da plausibilidade da pretensão recursal que autoriza a suspensão pelo art. 26-C, prescindindo qualquer incursão em elementos fático-probatórios.

As teses plausíveis já foram mencionadas, mas merecem ser reiteradas neste tópico.

Em primeiro lugar, o parecer mencionado revela que a análise, tanto da sentença condenatória de primeiro grau quanto do acórdão confirmatório da condenação, permite concluir que houve uma sublimação **da “necessidade de determinação do ato de ofício em tese negociado” para fins de configuração do delito de corrupção**, posicionamento que não se amolda à realidade fática brasileira (poderia, quando muito, a conduta, tipificar-se à luz de ordenamentos estrangeiros). Elucidam os professores que *“no caso, o decreto condenatório reconheceu expressamente que bastaria ‘para a configuração que os pagamentos sejam realizados em razão do cargo ainda que em troca de atos de ofício indeterminados, a serem praticados assim que as oportunidades apareçam’”*.

No âmbito do TRF4, o relator da matéria, da mesma forma reiterou a tese dos atos de ofício indeterminados, acrescentando, em relação ao crime de corrupção passiva que *“trata-se de crime formal que se concretiza com a solicitação ou o recebimento da benesse, de modo que a prática efetiva de ato de ofício não*

¹⁴⁵ O Juízo negativo de admissibilidade, sob nenhuma hipótese, poderia ser tomado como um indeferimento do pedido de suspensão efetuado, somente passível de apreciação pela Corte a que incumbe o julgamento do recurso (no caso, o próprio STF).

consustancia elementar do tipo penal, mas somente causa de aumento de pena (§ 1º do art. 317, CP)."

A leitura de ambos os dispositivos demonstra de maneira categórica que a condenação, no caso, prescindiu da aferição da existência de ato de ofício determinado, exigível, pela ótica do ordenamento brasileiro, para fins de configuração do delito em comento. Acerca da matéria, assim dispuseram os pareceristas mencionados:

"É inegável que a consumação do tipo penal de corrupção passiva não demanda a prática concreta do ato de ofício. Se assim, fosse, aliás, a causa de aumento prevista no §1º do artigo 317 se converteria num eterno bis in idem. Porém, isso nada tem a ver com a exigência, essa sim inexorável, da identificação do ato de ofício que ensejou e motivou as ofertas, solicitações e aceites. O ato pode não se realizar, mas é sempre a razão existencial da corrupção. Nos termos expostos pelas decisões judiciais, não restou evidenciado o teor do "acerto" entre as partes, qual era o seu objeto. A identificação do ato de ofício, efetivado ou apenas prometido, é a única forma por meio da qual se pode afirmar a existência de corrupção. Sem ela, não há tipicidade corrupta na forma da legislação brasileira".

O tópico foi especificamente abordado no recurso especial interposto por LULA, ocasião em que se questionou, como mencionado pelos pareceristas, a *"equivocada interpretação ampliativa em face do princípio da legalidade e dos arts. 317 e 333 do Código Penal"*. Vislumbrar-se-ia, assim, só por esta razão, **a plausibilidade da pretensão recursal defensiva.**

Além disso, nos recursos apresentados, há questionamento a respeito da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva das duas imputações, alegações que, de per se, também se mostram aptas a configurar a plausibilidade da pretensão recursal necessária à concessão da suspensão pelo art. 26-C.

O parecer demonstra de maneira clara como o TRF4 teria atribuído aos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro, formais, natureza de crimes permanentes, para fins de afastar a prescrição da pretensão punitiva. Isso porque, tomando-se por base as datas dos fatos que consubstanciam os núcleos dos tipos, em ambos os casos seria necessário reconhecer a prescrição.

A questão da prescrição da pretensão punitiva do crime de corrupção passiva, assim, também levantada no recurso especial, por si só, denota a existência da plausibilidade da pretensão recursal necessária à concessão da suspensão pelo art. 26-C, e da própria probabilidade de provimento do apelo.

Por fim, igualmente plausível, para fins de concessão da suspensão, da tese, expressamente levantada no recurso especial, referente à prescrição da pretensão punitiva do crime de lavagem de dinheiro - tomado como crime instantâneo de efeitos permanentes -, cuja pena final foi fixada em 3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão. Do parecer mencionado, tem-se que:

“O simples fato de o autor seguir se aproveitando da lavagem perpetrada, não é suficiente para denotar a permanência delitiva, posto que não são praticados, diariamente, novos atos de ocultação e dissimulação.

“(...) a suposta dissimulação da propriedade do bem em questão teria ocorrido em outubro de 2009, de acordo com as afirmações acima” (grifos nossos).

No caso, mostram os pareceristas que,

“a denúncia foi recebida em 20/09/2016,” mas o “fato tido como delituoso ocorreu antes da alteração dada pela Lei 12.234/2010 ao art. 110 do Código Penal. Destarte, operou-se a prescrição da pretensão punitiva pela decorrência de intervalo superior a 4 (quatro) anos entre a data do fato imputado e o recebimento da denúncia.”

Também no tocante a este ponto, não só é patente a existência da plausibilidade da pretensão, como **da própria probabilidade de provimento do recurso especial.**

Feitas tais considerações acerca dos fatos que se sucederam à condenação do TRF4 e da natureza dos pedidos efetuados em cada um dos recursos interpostos, bem como acerca da plausibilidade da pretensão dos pedidos formulados, cai por terra a tese do impugnante, fundada na inexistência de “perspectiva” de reversão ou de suspensão dos efeitos da decisão constituinte da inelegibilidade.

Isso porque:

a) a natureza do pedido formulado com base no art. 26-C da LC 64/90 não se confunde com a natureza do pedido genérico de suspensão dos efeitos da condenação passível de formulação por meio de ação cautelar, fundada nos arts. 995, parágrafo único e 1.029, §5º do CPC;

b) os pressupostos para verificação da plausibilidade da pretensão recursal (requisito da suspensão da inelegibilidade autorizada pelo 26-C) têm natureza distinta daqueles necessários à aferição da probabilidade de êxito (requisito do deferimento de cautelar *lato sensu*): enquanto aqueles atrelam-se diretamente à plausibilidade da argumentação (lógico-jurídica), estes demandam uma análise, ainda que perfunctória, do contexto fático envolvido (a verossimilhança); e

c) a apreciação de cada um dos pedidos formulados é autônoma, de forma que a negativa da cautelar não implica na negativa da tutela do 26-C.

No caso vertente, **nenhum dos pedidos de suspensão da inelegibilidade pelo art. 26-C, liminares, apresentados no RESP e no RE (reiterado no ARE interposto contra a decisão que negou admissibilidade no TRF4), foi apreciado, em que pese a irrefutável existência da plausibilidade da**

pretensão necessária à concessão da suspensão. Os recursos, aliás, sequer foram remetidos aos órgãos superiores.

O fato, além de causar certa estranheza, refuta, de pronto, a principal afirmação da impugnação apresentada pelo NOVO: os pedidos de suspensão da inelegibilidade apresentados com base no art. 26-C não foram negados, mas **sequer apreciados**, porquanto não se confundem com os pedidos formulados no âmbito das cautelares. A demora na remessa, aliás, demonstra, irrefutavelmente, que a celeridade que tem se dado ao caso pelo TRF4 em muito discrepa daquela vista antes do julgamento à tramitação do processo.

Apresentados tais esclarecimentos, de natureza processual e fática, passa-se à refutação teórica das teses encampadas na impugnação.

b. Da impropriedade da tese formulada na impugnação

Em que pese o esforço do impugnante para tentar sustentar a existência de uma excepcionalidade no contexto de candidatura à Presidência da República - supostamente não equiparável ao contexto de disputa dos demais cargos eletivos do Executivo -, que justificaria a atribuição de tratamento *sui generis* aos postulantes de registro à Presidência, a fundamentação não guarda sustentação constitucional.

Uma interpretação “sistemática” da Constituição, como pretende o impugnante, deve se pautar pela vontade da Constituição. Para levar a efeito tal desiderato, é necessário considerar os elementos clássicos de interpretação – gramatical, histórico, sistemático e teleológico – de maneira conjunta. Assim, a combinação adequada é fruto da combinação e do controle recíproco entre eles¹⁴⁶. Como afirmou o min. Luís Roberto Barroso, “*deve-se levar em conta,*

¹⁴⁶ Sobre os elementos clássicos de interpretação e sua aplicação ao texto constitucional, v. Luís Roberto Barroso, *Curso de direito constitucional contemporâneo*, 2009, p. 290 e ss.

portanto, o texto da norma (interpretação gramatical ou semântica), aspectos do seu processo de criação (interpretação histórica), sua conexão com outras normas do sistema jurídico (interpretação sistemática) e sua finalidade (interpretação teleológica)”¹⁴⁷.

A fundamentação do impugnante baseia-se na tentativa de promover uma nova interpretação do art. 77, §4º, da CF. Segundo afirma, o dispositivo denotaria o escopo do legislador constituinte de extirpar do ordenamento qualquer ameaça de instabilidade institucional decorrente da realização de eleições com uma candidatura *sub judice* à Presidência. Nos termos do próprio impugnante, *“uma leitura atenta da Constituição revela que o incômodo instalado pela instabilidade de uma candidatura sub judice, em especial no caso do Presidente da República, não é apenas moral, mas sobretudo, tem foro constitucional”*.

Num primeiro momento, mister que se reconheça, aqui, que *“a interpretação da Constituição, a despeito do caráter político do objeto e dos agentes que a levam a efeito, é uma tarefa jurídica, e não política”¹⁴⁸*. Assim, as decisões do Poder judiciário devem agir somente dentro dos *“limites e possibilidades abertas pelo ordenamento”*. Veja-se, aliás, que o posicionamento é encampado pelo próprio professor Lênio STRECK no artigo mencionado na inicial da impugnação. O autor, ao tratar da “integridade” das decisões, esclarece:

“decisão íntegra e coerente quer dizer respeito ao direito fundamental do cidadão frente ao poder público de não ser surpreendido pelo entendimento pessoal do julgador (...) um direito fundamental a uma resposta adequada à Constituição, que é que, ao fim e ao cabo, sustenta a integridade. Na feliz construção principiológica de Guilherme Valle Brum, sempre que uma determinada decisão for proferida em sentido favorável

¹⁴⁷ BARROSO, L. R.. Federalismo, isonomia e segurança jurídica: inconstitucionalidade das alterações nas distribuições de royalties do petróleo. RDE. *Revista de Direito do Estado*, v. 24, 2012, p.12.

¹⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.112.

ou contrário a determinado indivíduo, ela deverá necessariamente ser proferida da mesma maneira para os outros indivíduos que se encontrarem na mesma situação”¹⁴⁹.

O impugnante traz a questão da necessidade de utilização da técnica de *distinguishing*, introduzida pelo Código de Processo Civil de 2015, no inciso VI, §1º, do artigo 489 e no §2º do artigo 926. Embora tenha apontado a questão, deixa de observar dois aspectos fundamentais autorizadores da utilização da técnica: (i) demonstração de existência de distinção entre os casos; (ii) estabilidade, integridade e coerência nas decisões.

No caso da Registro de Candidatura de Presidente da República (RCPR) nº 137 – aqui já citado –, houve decisão do Ministro Cezar Peluso, em 24 de agosto de 2006, para que, nos termos do artigo 12 da Resolução nº 22.158/2006, **a então candidata impugnada, que estava *sub judice*, pudesse realizar todos os atos da sua campanha eleitoral, inclusive as propagandas no horário eleitoral gratuito**. Assim, no caso da possibilidade de realização de campanha eleitoral de candidato que estiver *sub judice*, é **plenamente utilizável** o precedente da RCPR137.

Não apenas valeu-se de forma equivocada do instituto do *distinguishing*, mas o partido impugnante ainda tenta fazer valer um instituto do direito inglês denominado *Golden Rule* - regra de ouro em tradução literal -, que autorizaria que o juiz empregue um significado que não seja o comum às palavras usadas pelo legislador.

Tal técnica, contudo, somente pode acontecer quando a atribuição dos significados comuns “gere uma inconsistência semântica, ou um absurdo ou inconveniência tão grande que convença o juiz que a intenção não era usá-las em sua

¹⁴⁹<<https://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdicao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc>>

significação comum, de forma a autorizar o juiz a utilizar outra acepção dos vocábulos”¹⁵⁰, característica não encontrada no caso em tela.

No presente caso, uma correta interpretação da Constituição impõe que os dispositivos mencionados sejam interpretados à luz de vetores constitucionais fundamentais. Uma análise assim pautada conduz à inarredável conclusão de que o art. 77, §4º da Constituição não alcança todas as fases do processo eleitoral como sugere o impugnante.

A interpretação que pretende o impugnante não só ignora a natureza de concisão própria dos textos constitucionais, como viola os postulados da Simetria e da Federação, princípios nucleares da organização política brasileira, rechaçando, ainda, a própria natureza integrativa do ordenamento jurídico.

A forma federativa de Estado, caracterizadora da fisionomia institucional do modelo consagrado pela Carta da República, apresenta-se como um dos núcleos imutáveis do nosso sistema constitucional (CF, art. 60, §4º, I). Ao se institucionalizar o modelo federal de Estado, reconheceu-se o sistema de federalismo de equilíbrio¹⁵¹, cujas bases se assentam na necessária igualdade político-jurídica entre os entes federados. Isto é, do princípio federativo se extrai o *princípio da igualdade constitucional das unidades federadas*¹⁵².

¹⁵⁰ Gary Slapper e David Kelly, *O sistema jurídico inglês*, p. 78.

¹⁵¹ O STF, ao julgar a ADI 939, assentou a importância do papel do equilíbrio federativo no modelo federativo brasileiro: “A Constituição do Brasil, ao institucionalizar o modelo federal de Estado, perfilhou, a partir das múltiplas tendências já positivadas na experiência constitucional comparada, o sistema do federalismo de equilíbrio, cujas bases repousam na necessária igualdade política-jurídica entre as unidades que compõem o Estado Federal”.

¹⁵² “A Constituição Federal de 1988 promoveu a reconstrução do federalismo brasileiro, estabelecendo a relação entre a Federação e os princípios e regras que individualizam essa forma de Estado no conjunto das formas políticas. (...) O federalismo constitucional de 1988 exprime uma tendência de equilíbrio na atribuição de poderes e competências à União e aos Estados. Afastou-se das soluções centralizadoras de 1967 e retomou, com mais vigor, soluções que despontaram na Constituição de 1946, para oferecer mecanismos compensatórios, em condições de assegurar o convívio entre os poderes nacionais-federais

Desse vínculo isonômico, que iguala as pessoas estatais dotadas de capacidade política, deriva, como uma de suas consequências mais expressivas, que os Entes federados são iguais do ponto de vista de sua organização constitucional e legal, sem que poder ou privilégio especial sejam conferidos a qualquer deles.

Reputar maior importância ao cargo de Presidente da República implica não reconhecer a isonomia político-jurídica entre os entes federados, fator indispensável à preservação institucional das próprias unidades integrantes da Federação¹⁵³. Com efeito, a autonomia política dos entes federados, atributo instituído pela Constituição Federal, abarca a capacidade de escolher governantes. Dessa forma, desequiparar os entes federados no tocante ao processo eleitoral, a fim de dar supremacia ao cargo de Presidente da República se revela afrontoso à isonomia federativa.

A partir do momento em que o impugnante busca instituir um regime jurídico diferenciado ao processo eleitoral referente ao cargo de Presidência da República, para colocá-lo em superioridade, incorre-se, necessariamente, na hierarquização entre os entes federados, o que é vedado pelo princípio da federação. Assim, afirmar que as eleições presidenciais estão em um patamar distinto das demais eleições agride o postulado institucional da Federação, preservado pela cláusula pétrea constante do art. 60, § 4º, da Constituição do Brasil.

da União e os poderes estaduais-autônomos das unidades federadas. As bases do federalismo de equilíbrio estão lançadas na Constituição de 1988". HORTA, Raul Machado. Autonomia do Estado no direito constitucional brasileiro. *Direito constitucional*, 5. ed., atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.pp. 413-416.

¹⁵³ Nota-se que a igualdade aqui tratada é a jurídica, pois, axiologicamente, não existem dois seres iguais. Não se quer, aqui, negar, por exemplo, que o Estado de São Paulo apresenta rendimento econômico superior ao Estado de Roraima, o que se quer afirmar é que, apesar das diferenças, todos entes federados devem receber o mesmo tratamento jurídico-formal isonômico, sobretudo quando se trata do exercício da esfera política.

Ignora, ademais, que a Constituição Federal, pela concisão que lhe é própria, não necessita, obrigatoriamente, dispor acerca dos pormenores aplicáveis a todos os entes federativos. Pelo princípio da simetria, estende-se aos outros entes federativos, no quanto cabível, as disposições referentes ao Governo Federal, por espelhamento.

No caso em apreço, contudo, mesmo sendo desnecessária a repetição para cada ente federativo, o Constituinte optou por frisar a simetria de forma textual. Assim é que para os Estados restou consignado:

Art. 28. **A eleição do Governador e do Vice-Governador de Estado**, para mandato de quatro anos, realizar-se-á no primeiro domingo de outubro, em primeiro turno, e no último domingo de outubro, em segundo turno, se houver, do ano anterior ao do término do mandato de seus antecessores, e a posse ocorrerá em primeiro de janeiro do ano subsequente, **observado, quanto ao mais, o disposto no art. 77.**

Dispositivo similar consta do regramento próprio dos Municípios, estatuído no art. 29 da Constituição Federal, com a seguinte redação:

Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição,

[...]

II - **eleição do Prefeito e do Vice-Prefeito** realizada no primeiro domingo de outubro do ano anterior ao término do mandato dos que devam suceder, **aplicadas as regras do art. 77, no caso de Municípios com mais de duzentos mil eleitores;**

Vê-se, fora de qualquer dúvida, que o Constituinte equiparou todos os entes nos quais há segundo turno na eleição ao Poder Executivo, submetendo-os ao regramento do art. 77, sem quaisquer exceções.

Superada a questão da simetria constitucional e, portanto, sendo certo que não há qualquer particularidade a ser observada na eleição presidencial, tampouco prospera a interpretação dada pelo partido impugnante ao art. 77, §4º da Constituição Federal. Sugere-se na impugnação que as locuções “antes de realizado o segundo turno” e “impedimento legal” deveriam ser lidas conjuntamente e de modo extensivo.

Em que pese o esforço do impugnante, a letra da lei é clara e não há razões para se ultrapassar a taxatividade do §4º do art. 77 da Constituição Federal.

Ao afirmar que determinado procedimento – convocação do candidato melhor colocado dentre aqueles que disputaram o primeiro turno, em caso de impedimento legal de um candidato – há de ser observado “antes de realizado o segundo turno”, o consectário lógico é a realização de um primeiro turno em que tenha sido possível aferir os votos dados pelo eleitorado e escalonar os candidatos conforme tal critério.

Admite-se, deste modo, não apenas que tenha havido um primeiro turno, mas que aquele candidato tenha dela participado, o que implica dizer que seu nome constou da urna eletrônica e que a ele se permitiu realizar os atos próprios da campanha eleitoral. O lapso temporal apresentado pelo constituinte, deste modo, somente pode referir-se ao período após o primeiro turno e antes do segundo turno.

Nestes termos é que se pode afirmar que em caso de “*morte, desistência ou impedimento legal de candidato antes de realizado o segundo turno*” é “*convocado, entre os remanescentes, aquele de maior votação no primeiro turno*”, de modo a garantir “*assim, que o critério da maioria absoluta seja sempre observado para*

*aqueles cargos em relação aos quais foi adotado o sistema eleitoral majoritário de dois turnos”.*¹⁵⁴

A interpretação postulada pelo impugnante, caso adotada, acarretaria na necessidade, por exemplo, de impedir que um partido substituísse uma candidatura em caso de morte do candidato antes do primeiro turno, lamentável fato ocorrido com Eduardo Campos na eleição presidencial de 2014, regularmente substituído por Marina Silva. Afinal, se “morte”, “desistência” e “impedimento legal” são elencados sucessivamente, sem distinção quanto ao regime jurídico aplicável a cada hipótese, a interpretação defendida pelo impugnante, para manter a coerência, haveria de chegar a tal absurdo.

Portanto, não há espaço hermenêutico para ultrapassar a taxatividade do §4º do art. 77 da Constituição Federal. A disposição, clara e aplicável a todas as eleições em que haja possibilidade de realização de segundo turno, somente pode ser lida a partir do seu próprio enunciado. Restringe-se aos eventos ocorridos entre o primeiro e o segundo turnos e, por esta razão, não é aplicável ao caso em análise.

10.2 Os direitos políticos de Lula seguem hígidos a despeito da condenação criminal por órgão colegiado

Pedro Lagomarcino (id nº 301637, p. 9) e Ari Chamulera (id nº 304113, p. 4-5) argumentam que a partir “*da condenação criminal da 8ª Turma do Tribunal Federal da 4ª Região (...) o impugnado não se encontra no pleno exercício de seus direitos políticos*”, razão pela qual o ex-Presidente careceria da *condição de elegibilidade* prevista no art. 14, §3º, II da Constituição Federal.

¹⁵⁴ STUART, Paulo Henrique de Mattos. *Quando, afinal, há segundo turno em uma eleição?* <<http://www.tse.jus.br/o-tse/escola-judiciaria-eleitoral/publicacoes/revistas-da-eje/artigos/revista-eletronica-eje-n-6-ano-3/quando-afinal-ha-segundo-turno-em-uma-eleicao>>.

O equívoco é manifesto. Ignora-se que o artigo seguinte ao invocado na arguição preceitua ser “*vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de (...) condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos*” (art. 15, III, CF).

O início precoce do cumprimento da pena provisória – tema abordado em tópico próprio – não implica em uma *oblíqua* e antecipada suspensão dos seus direitos políticos. Também não se confunde com a potencial inelegibilidade disposta no art. 1º, I, “e”, LC 64/90.¹⁵⁵ Os direitos políticos de Lula permanecem hígidos até o efetivo trânsito em julgado da decisão condenatória, como sempre reconheceu este E. Tribunal.¹⁵⁶

10.3 Lula não foi condenado por ato de improbidade administrativa

Marcos Paschoalin (id nº 304846) argumenta que deve ser declarada a inelegibilidade de Lula por improbidade administrativa, “*especialmente ao anuir as ilícitas medidas provisórias 282 e 295, por não promover licitação, e fazer revisão geral da remuneração dos servidores públicos no ano da eleição*”. Já Marcelo Feliz Artilheiro (id nº 301545) defende a tese segundo a qual a multicitada condenação criminal oriunda do TRF4 atrairia a inelegibilidade inserta na alínea “I” do inciso I do artigo 1º da Lei da ‘Ficha Limpa’.

Com todo o respeito, as teses são desconexas. A atração da inelegibilidade prevista na alínea “I”, parece óbvio, só pode advir de **condenação própria em ambiente de ação civil por ato de improbidade**

¹⁵⁵ Ac.-TSE, de 3.4.2008, no REspe nº 28390: “a suspensão dos direitos políticos decorrente de condenação criminal **não se confunde** com o disposto no art. 1º, I, e, da LC nº 64/1990”.

¹⁵⁶ Ac.-TSE, de 27.10.2016, no REspe nº 13273: “sendo incontroversa a pendência de embargos de divergência admitidos perante o Superior Tribunal de Justiça, **não há como reconhecer - sem que haja pronunciamento nesse sentido proferido por aquela Corte Superior - o trânsito em julgado da decisão e o início do prazo de suspensão dos direitos políticos do candidato.**”

administrativa¹⁵⁷ – situação que não se comprovou em relação a Lula. E não se comprovou porque simplesmente o ex-Presidente Lula nunca foi condenado por improbidade.

O que os impugnantes parecem pretender é que a Justiça Eleitoral proceda a uma análise dos fatos imputados a Lula sob o ponto de vista da improbidade administrativa, **ainda que sem a existência de uma ação na Justiça Comum que tenha lhe imposto a condenação**. A Justiça Eleitoral, no entanto, não tem esta competência. Apenas promove a subsunção de eventual condenação em improbidade ao tipo próprio de inelegibilidade.¹⁵⁸ E aqui não há, nem mesmo na versão dos impugnantes, condenação por improbidade.

Em síntese, como Lula não foi condenado por improbidade administrativa por órgão colegiado, simplesmente não há que se falar em inelegibilidade da alínea “l”.

10.4 Lula não ocupou cargo de direção em estabelecimento de crédito que tenha sido objeto de liquidação

Em uma confusa argumentação, Ernani Kopper (id nº 301546), aventando fatos sem qualquer correlação com o tipo por ele mesmo imputado, requer o indeferimento do registro de Lula com base na alínea “i” da Lei das Inelegibilidades. A petição é mesmo inepta¹⁵⁹, mas, para todos os efeitos, importa registrar que não há quaisquer provas de que Lula tenha ocupado

¹⁵⁷ Ac.-TSE, de 21.2.2017, no REspe nº 10049: requisitos de incidência desta alínea: **a) condenação por ato de improbidade administrativa** que importe, simultaneamente, lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito; b) presença de dolo; **c) decisão definitiva ou proferida por órgão judicial colegiado**; e d) sanção de suspensão dos direitos políticos.

¹⁵⁸ Ac.-TSE, de 13.12.2016, no REspe nº 5039: “*é lícito à Justiça Eleitoral examinar por inteiro o acórdão da Justiça Comum em que proclamada a improbidade, não podendo incluir ou suprimir nada, requalificar fatos e provas, conceber adendos e refazer conclusões.*”

¹⁵⁹ CPC: “Art. 330. (...) § 1º Considera-se inepta a petição inicial quando: (...) III - da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão;”

cargos nos estabelecimentos protegidos pelo escopo da alínea indicada¹⁶⁰, ônus do qual não se desincumbiu o Impugnante.

Não é qualquer falta de consideração ao Impugnante, mas realmente não é possível compreender como o ex-Presidente estaria inelegível por um dispositivo que está para administradores de estabelecimentos de crédito que estejam em liquidação. É algo sobre o qual nunca se ouviu falar.

10.5. O candidato não precisa estar presente para ser escolhido em convenção

Alexandre Frota (id nº 300385, p.3) argumenta que “*resta evidenciada a impossibilidade de participação do impugnado no pleito eleitoral até mesmo diante de sua ausência na convenção partidária*”. Sugere-se, em suma, que a presença do candidato na convenção que o escolheu para concorrer ao pleito seria obrigatória.

Não há, entretanto, norma alguma a exigir a presença do pré-candidato em convenção. O Estatuto do PT dispõe apenas que “*constituem a Convenção os membros da Comissão Executiva do mesmo nível correspondente*” e que será ele instalado “*com a presença de qualquer número de convencionais*” (art. 158).¹⁶¹ Com efeito, realizou o PT regular convenção partidária, cuja lista de presença com o quórum necessário foi *transmitido* (sistema CANDex) dentro do prazo legal¹⁶² e sem qualquer irresignação em âmbito próprio.¹⁶³

¹⁶⁰ Ac.-TSE, de 17.12.2008, no REspe nº 34115: “*a inelegibilidade prevista nesta alínea se configura com a responsabilidade do sócio causador do estado falimentar do estabelecimento de crédito, financiamento ou seguro pelo exercício de cargo ou função de direção, administração ou representação.*”

¹⁶¹ <http://www.pt.org.br/wp-content/uploads/2016/03/ESTATUTO-PT-2012-VERSAO-FINAL-alterada-outubro-de-2015-2016mar22.pdf>

¹⁶² <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-ata-de-convencao-realizada-dia-4-8-2018-pt>

¹⁶³ Conforme certificado nos autos do DRAP nº 0600901-80.2018.6.00.0000.

Não faz sentido algum a tese da impugnação. Os convencionais podem, inclusive, delegar poderes para que a Comissão Executiva delibere acerca de preenchimento de *vagas remanescentes* em reunião própria¹⁶⁴ – naturalmente sem a presença dos candidatos escolhidos.

LULA não precisava estar presente para ser escolhido por aclamação pelos convencionais – como de fato foi.

10.6. As certidões exigidas pela resolução aplicável foram integralmente apresentadas

Ari Chamulera (id nº 304014, p.5) argumenta que *“a situação de regularidade deve ser amplamente comprovada pelo noticiado através de documentos que não podem ser omitidos de seu registro, sob pena de indeferimento inescusável”*. E que, no caso, *“as certidões criminais (Inciso VII do artigo 11 da Lei nº 9.504/97), não foram apresentadas”*.

É verdade que a Lei Eleitoral exige a apresentação de *“certidões criminais fornecidas pelos órgãos de distribuição”*, mas a resolução que regulamenta o procedimento dos registros de candidatura especifica que somente são necessárias aquelas *“na qual o candidato tenha o seu domicílio eleitoral”* (art. 28, III, Res. nº 23.548/2017, TSE), o que foi rigorosamente cumprido pelo Impugnado (id’s nº 300479-300487).

Rechaça-se o argumento de ter havido *omissão dolosa*, ao passo que não compete ao Impugnado promover diligências que a lei não prevê e que estão ao alcance do Noticiante – tanto que procedeu a sua juntada, conforme id nº 304144.

¹⁶⁴ Código Eleitoral: “Art. 101. (...) § 5º Em caso de morte, renúncia, inelegibilidade e preenchimento de vagas existentes nas respectivas chapas, tanto em eleições proporcionais quanto majoritárias, as substituições e indicações se processarão pelas comissões executivas.”

Não se tratando de documento obrigatório, assim, não há que se falar em ausência de *requisito de registrabilidade*.

11. NECESSIDADE DE DAR OPORTUNIDADE PARA QUE AS PARTES SE PRONUNCIEM SOBRE A DEFESA E DOCUMENTOS, ALEGAÇÕES FINAIS E MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Reitera-se aqui a ausência de qualquer pedido de produção de prova ou diligências. O que se pretende é apenas o julgamento em plenário. A única providência imprescindível é a oitiva dos impugnantes, intimação do Ministério Público e alegações finais. Sempre nos estritos limites da própria Resolução do TSE.

Apenas o mínimo necessário para garantir o contraditório em uma ação de cognição exauriente.

Há quem aponte o caráter *sumário* das ações eleitorais.¹⁶⁵ A afirmação merece ser interpretada com o máximo cuidado, sob pena de sugerir mitigação do direito de ampla defesa e do contraditório.¹⁶⁶ Fato é que as ações eleitorais típicas – aí incluída a ação de impugnação de registro de candidatura – reclamam *contraditório substancial*.¹⁶⁷

¹⁶⁵ Entre outros, ZÍLIO, Rodrigo Lopez. *Direito Eleitoral*. 5ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 581.

¹⁶⁶ “A consagração da ampla defesa e contraditório no mesmo dispositivo constitucional indica, de um lado, que o legislador constituinte os concebe como princípios distintos, de outro, que guardam entre si uma relação umbilical de interdependência que torna impossível, na dialética processual conceber um sem o outro” (SANTOS FILHO, Orlando Venâncio dos. *A dogmatização da ampla defesa: óbice à efetividade do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p.135).

¹⁶⁷ “O contraditório compreende, de modo geral, o direito de influir na decisão do magistrado, mediante argumentos, contrapontos e provas. Porém, os ritos mais céleres previstos na legislação eleitoral (artigos 58 e 96, ambos da Lei Eleitoral), indiscutivelmente suprimem tal abrangência. Todos os demais feitos eleitorais que tratam da possibilidade, ainda que mínima no caso concreto, de cassação de registro, diploma ou mandato, ou que continuem ou gerem na via reflexa uma inelegibilidade no acusado deveriam respeitar, em sua plenitude, o princípio do contraditório” (PECCININ, Luiz Eduardo; GOLAMBIUK, Paulo Henrique. O impacto do contraditório substancial no direito eleitoral à luz do novo Código de Processo Civil. In TAVARES,

É verdade que há *sumarização formal* na AIRC. Esta sumarização se verifica, por exemplo, com o *encurtamento dos prazos e irrecorribilidade das interlocutórias*. São técnicas clássicas de *sumarização formal*.¹⁶⁸ Não há nas ações eleitorais, no entanto, *sumarização material*. Apesar da arquitetura enxuta do procedimento, as ações eleitorais comportam cognição exauriente, apta a formar coisa julgada material.¹⁶⁹ Não há qualquer *recorte* horizontal ou vertical na cognição.¹⁷⁰

Diferentemente das ações *materialmente sumarizadas* – que autorizam julgamento com *cognição incompleta*¹⁷¹ –, a cognição aqui é completa, sem qualquer limite. É importante compreender isso. As ações eleitorais, reunidas aqui no caso em análise, precisamente porque sem limitação de cognição, podem eventualmente ter *dilação probatória* (está expresso na LC 64/90). Especialmente porque podem redundar na grave consequência do indeferimento do registro.¹⁷²

André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando. *O direito eleitoral e o novo Código de Processo Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 97).

¹⁶⁸ “A sumarização formal nada mais é do que forma encurtada, simplificada e concentrada do procedimento, mas não apresenta incompletude da cognição. Já a sumarização material caracteriza-se pela incompletude material da causa cognitio. Na sumariedade formal há sempre cognição exauriente, o que não ocorre na sumariedade material” (Neste sentido: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Perfil dogmático da tutela de urgência. *Revista Forense*, v. 342, Rio de Janeiro : Ed. Forense, p. 334). Sobre o tema, com ótimas referência à origem da técnica, conferir a obra de GUILLÉN, Victor Fairen. *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*. Barcelona: Bosch, 1953.

¹⁶⁹ Para citar um autor de Direito Eleitoral, Adriano Soares da Costa fala em *plena cognitio* com *sumariedade prazal* (Instituições, p. 448).

¹⁷⁰ Sobre cognição horizontal e vertical, Watanabe, *Da Cognição no Processo Civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1987.

¹⁷¹ “A instrução das causas cautelares é necessariamente sumária em razão da emergência de perigo que o provimento procura obviar. Reduzem-se, por isso, as provas a informações sumárias, fundadas em critérios de mera plausibilidade” (THEODORO JUNIOR, *Processo Cautelar*, p. 133).

¹⁷² JORGE, Flávio Cheim e RODRIGUES, Marcelo Abelha. Aspectos processuais do direito eleitoral: a ação de impugnação de registro de candidato, a ação de investigação judicial eleitoral e a representação do art. 96 da Lei das Eleições. In *Temas atuais de Direito Eleitoral*. Coord. COSTA, Daniel Castro Gomes da. Editora Pillares: São Paulo, 2009, p. 68.

O caso concreto não aponta para a necessidade de produção de prova, apesar dos pedidos articulados pelos impugnantes. Não quer isso dizer, contudo, que o processo esteja pronto para julgamento.

Como constou da introdução, a defesa apresentou, além de *exceção processual* e uma *exceção substancial direta*, uma *exceção substancial indireta*. Assim, merece aplicação o art. 350 do CPC: “*Se o réu alegar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, este será ouvido no prazo de 15 (quinze) dias, permitindo-lhe o juiz a produção de prova*”. Trata-se de uma faculdade (e não um ônus) que deve ser oferecida aos impugnantes.

O *aventado direito* dos impugnantes, a inelegibilidade, *ainda que pudesse ter nascido* (com a condenação de segunda instância), já *estaria extinto* (pela decisão do Comitê).¹⁷³ A suspensão da inelegibilidade é hipótese típica de *exceção substancial indireta*. E neste caso superveniente, como autoriza o art. 11, § 10º, da Lei Eleitoral ou mesmo o art. 493 do CPC.¹⁷⁴

Superveniente ou não, o direito do autor de falar sobre a exceção substancial indireta “*não pode ser suprimido, sob pena de violação à garantia do contraditório*”.¹⁷⁵ Incogitável que fosse diferente. Como é que o plenário vai julgar o processo à luz de um argumento sobre o qual não tiveram a oportunidade de se pronunciar os impugnantes? Seria uma ofensa *chapada e aritmética* ao princípio do contraditório.¹⁷⁶

¹⁷³ DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coords.), *Breves comentários ao novo código de processo civil*, São Paulo: RT, 2015, p. 947.

¹⁷⁴ Art. 493. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão.

¹⁷⁵ MEDINA, José Miguel Garcia. [Novo código de processo civil](#) comentado. São Paulo: RT, 2015, p. 501.

¹⁷⁶ “Se tal exigência é relevante nas demandas comuns, mais ainda naquelas em que estão em jogo direitos fundamentais políticos, a regularidade e normalidade da eleição, a verdade do voto, sustentáculos da democracia pátria.” (MACEDO, Elaine Harzheim. O código de processo civil de 2015 e a legislação processual eleitoral. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber

Necessidade de intimação dos impugnantes se dá também em atenção ao art. 15 do CPC: *“Na ausência de normas que regulem processos eleitorais (...), as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”*. Também a Resolução do TSE nº 23.478/2016, art. 2º, parágrafo único, dada a *compatibilidade sistêmica*, confirma para a hipótese a aplicação do CPC. Há compatibilidade sistêmica entre o art. 350 e o Direito Eleitoral.

Ainda que não se aplicasse o art. 350, os impugnantes teriam direito de apresentar manifestação em relação à prova documental referente à decisão do Comitê da ONU, apresentada apenas com a defesa (não poderia ter sido apresentada antes). Aí teria aplicação o art. 437 do CPC: *“o autor manifestar-se-á na réplica sobre os documentos anexados à contestação”*, até para exercer as faculdades previstas no art. 436 do CPC (impugnar a prova documental).

Citando precedentes do STJ, CRUZ e TUTTI consigna que *“a desatenção a esta norma processual poderá acarretar inarredável nulidade por cerceamento de defesa”*.¹⁷⁷ Nem seria necessário invocar o CPC. Como apontam os pareceristas Fernando e Henrique NEVES, citado precedentes do próprio TSE:

Há muito que se reconhece que *“tendo sido juntados documentos pelo impugnado na oportunidade da apresentação de sua defesa em ação de impugnação de registro de candidatura e não concedida vista ao impugnante, resta caracterizado o cerceamento de defesa. Precedente: Acórdão nº 21.988.”*¹⁷⁸

de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). *Tratado de Direito Eleitoral*. v. 6. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 71-92).

¹⁷⁷ José Rogério. In DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coords.), *Breves comentários ao novo código de processo civil*, São Paulo: RT, 2015, p. 947.

¹⁷⁸ RESPE 22.545, rel. Min. Carlos Eduardo Caputo Bastos, PSESS de 6.10.2004; *“Registro de candidatura impugnado em face de alegada ausência de desincompatibilização de presidente de sindicato no prazo legal. O pré-candidato impugnado juntou, na contestação, ata de afastamento do sindicato. O Juiz procedeu ao julgamento antecipado da lide, sem abrir vista ao impugnante para que se manifestasse sobre o documento. Alegação de cerceamento de defesa e de falsidade da ata. Hipótese na qual houve afronta ao disposto no art. 5º, LV, da*

No limite, o Relator do caso poderia dispensar a oitiva dos impugnantes porque convencido da inconsistência da defesa apresentada. Ainda assim os impugnantes devem ser intimados a apresentar manifestação. E por dois motivos autossuficientes. Em primeiro lugar porque a atenção ao contraditório não está apenas para garantir o direito da parte, mas para o *incremento da qualidade da decisão judicial*.¹⁷⁹

E em segundo lugar – e mais importante – porque a decisão é de competência do plenário, como alertaram os pareceristas: “*Em tese, o que pode parecer irrelevante para o relator da causa, pode ter grande significado para os outros julgadores*”.¹⁸⁰ Portanto, sendo a decisão de competência do plenário do TSE, parece temerário que o Relator pressuponha a desnecessidade abrir ao contraditório em torno de uma *exceção substancial indireta* (acompanhada de documentos) sobre a qual os impugnantes nunca se manifestaram. E que pode (deve, sustenta a defesa) levar à rejeição das impugnações.

A pressa de julgar sem ouvir os impugnantes, alertam os pareceristas – citando um conhecido precedente –, pode acabar levando a mais atraso:

Desse modo, como política judiciária, revela-se menos gravosa a utilização de poucos dias para garantir o pleno respeito ao contraditório e à ampla defesa como forma de evitar que, após o início do julgamento, ocorra o retrocesso do feito à fase anterior para que

Constituição Federal. Imperativo que se tivesse intimado o impugnante para se manifestar sobre o documento” (RESPE 21.988, rel. Min. Caputo Bastos, PSESS de 26.8.2004).

¹⁷⁹ THEODORO JR, Humberto. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. In: *Revista de Processo*, v. 168, p. 107-141, 2009.

¹⁸⁰ A situação mostra-se mais complexa nos julgamentos colegiados, tendo em vista que a condução do feito, até o julgamento, fica a cargo do relator, a quem cabe decidir sobre a necessidade ou não da produção das provas, bem como sobre a abertura da fase de alegações finais ou, ao menos, a intimação dos impugnantes para se manifestarem sobre os documentos apresentados com a defesa oferecida. (...) A complexidade deriva do fato que o Juiz Natural, nessas situações, é o órgão colegiado do Tribunal composto por diversos juízes justamente para permitir que os processos não sejam julgados a partir de uma visão isolada da causa.

*seja assegurado o cumprimento dos prazos estabelecidos em lei e as garantias da ampla defesa e do contraditório, como já ocorreu*¹⁸¹.

Não fosse por tudo isso, não custa lembrar que a Resolução nº 23.478/2016, de forma, expressa, mandou aplicar aos processos eleitorais os artigos 9º e 10º do CPC.¹⁸² Os dois dispositivos evitam a decisão surpresa. O décimo já bastaria: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”. A decisão do Comitê da ONU, para insistir, surge apenas agora.

12. PEDIDOS FINAIS

Diante de todo o exposto, requer:

- a) o recebimento da presente defesa, porque tempestiva, bem como dos documentos que a acompanham;
- b) a abertura de vistas às partes contrárias para se manifestarem acerca das teses *impeditivas* e *extintivas* suscitadas, além da documentação acostada e das preliminares de mérito arguidas, ainda que em sede de alegações finais;

¹⁸¹ Registre-se, apenas como exemplo dessa possível situação, o julgamento da questão de ordem da AIME 7-61, em que se discutia a validade da eleição da chapa Dilma-Temer, no qual se decidiu pelo retorno do feito à fase de produção de provas, de modo a que fosse respeitado o prazo integral de cinco dias para a apresentação das alegações finais. (DJE 29.5.2017).

¹⁸² “(...) nas ações eleitorais que podem levar a consequências gravíssimas, como a cassação de registro ou de diploma, o que pode ocorrer em ação de investigação judicial eleitoral, ação de impugnação de registro de candidatura, ação de impugnação de mandato eletivo, recurso contra expedição de diploma e representação que siga o rito do art. 22 da LC 64/90, não se pode cogitar o desrespeito ao disposto nos arts. 9º e 10 do NCPC.” (PAIM, Gustavo Bohrer. O contraditório como direito de influência e de não surpresa no novo código de processo civil e sua importância para o direito processual eleitoral. *In*: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). Tratado de Direito Eleitoral. v. 6. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 259-270).

c) o *indeferimento* de todos os pedidos de provas requeridos pelos IMPUGNANTES, porque *impertinentes*, pugnando pelo julgamento antecipado da lide;

d) a abertura de prazo para alegações finais e, após, vistas à Procuradoria-Geral Eleitoral para manifestação;

e) a rejeição da *tutela de evidência* requerida;

f) a *extinção* das *impugnações* de id nº 301636 e 301546, sem resolução do mérito, em razão da ilegitimidade ativa *ad causam* dos IMPUGNANTES;

g) o *não recebimento* das *notícias de inelegibilidade* de id nº 301543 e 301545, porque não comprovado requisito essencial a outorgar legitimidade aos Noticiantes;

h) o *não recebimento* das *ações de impugnação de mandato eletivo* de id nº 305093 e 305094, por inadequação da via eleita e ilegitimidade ativa dos Impugnantes;

i) ao final, sejam julgadas **improcedentes** as *impugnações* que restarem conhecidas, bem como as *notícias de inelegibilidade* que restarem recebidas e, via de consequência, seja **deferido** o pedido de registro de candidatura formulado;

j) sucessivamente, sejam *suspensos* os presentes autos até que formulados e apreciados os pedidos referidos no tópico 9.2.

Nestes termos,

Pede deferimento.

Brasília, 30 de agosto de 2018.

LUIZ FERNANDO CASAGRANDE PEREIRA
OAB/PR 22.076

FERNANDO GASPAR NEISSER
OAB/SP 206.341

MARIA CLAUDIA BUCCHIANERI PINHEIRO
OAB/DF 25.341

FERNANDO HADDAD
OAB/SP 88.022

LUIZ EDUARDO PECCININ
OAB/PR 58.101

EDUARDO BORGES E. ARAÚJO
OAB/DF 41.595

PAULA BERNARDELLI
OAB/SP 380.645

PAULO HENRIQUE GOLAMBIUK
OAB/PR 62.051

DIOGO RAIS
OAB/SP 220.387

RENATA ANTONY DE SOUZA LIMA
OAB/DF 23.600

MAITÊ MARREZ
OAB/PR 86.684

LAIS ROSA BERTAGNOLI LODUCA
OAB/SP 372.090

RAFAELE WINCARDT
OAB/PR 90.531

LAYS DO AMORIM SANTOS
OAB/SE 9.749

RENATA CEZAR
OAB/SP 327.140

ROBERTO J. NUCCI RICETTO JR.
OAB/SP 409.382