

A inaplicabilidade da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) nas representações eleitorais

Luiz Sílvio Moreira Salata¹
Advogado

O debate sobre o polêmico tema evoluiu substancialmente no ordenamento jurídico eleitoral após a edição da *Lei nº 12.034, de 29/09/2009 (minirreforma)*, com a introdução do art. 105-A no texto da *Lei nº 9.504/97 (lei geral das eleições)* vazado com a precisa redação: “Art. 105-A. Em matéria eleitoral, não são aplicáveis os procedimentos previstos na Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985”.

Cumprе anotar, no preâmbulo dos comentários, que a ementa da *Lei nº 7.347, de 24/07/1985* não fixa nenhuma questão voltada ao direito eleitoral na sua exegese: “Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências”, assim, por demais visível, não encontrar consignada no texto reproduzido qualquer vinculação da lei da ação civil pública com as disposições previstas na lei de regência das eleições.

Nesta quadra, importante destacar ainda, pois longínquo no tempo, a impossibilidade de proposta de ação civil pública no âmbito da Justiça Eleitoral, não encaixando no elenco do processo eleitoral a hipótese de instauração da medida, nem mesmo nos casos da prática de conduta vedada aos agentes públicos nas campanhas (*art. 73, da Lei no 9.504/97*).

Evidente que no caso em tela, com a introdução do *art. 105-A, na Lei nº 9.504/97*, o legislador pretendeu definitivamente afastar do processo eleitoral os procedimentos previstos na lei da ação civil pública, trazendo uma substancial inovação quanto à proibição de Instauração do Inquérito Civil Público (ICP) e proposta do Termo de Ajuste de Conduta (TAC) nas representações eleitorais.

Por certo o legislador inspirou-se na óptica de que os mecanismos previstos na LIA tratam de absoluto comando do Ministério Público, mantendo no âmbito do direito eleitoral a nítida finalidade na produção antecipada de provas, para instrução de representações ou ações, sempre trazendo prejuízos aos envolvidos nas investigações preliminares, pois não possibilitado em nenhuma circunstância o exercício das garantias fundamentais asseguradas pela ampla defesa e contraditório, obedecida a cláusula do devido processo legal (*art. 5º LIV e LV, da Constituição da República*).

Nessa situação, não se pode olvidar que a doutrina processual pátria absorveu de imediato as cláusulas dispostas no texto fundamental, alçando em patamar superior as garantias dispostas, surgindo no direito brasileiro o fenômeno da constitucionalização do processo, restaurando os equívocos anteriores, através dos primados da *Carta Política de 1988*, colacionando as significativas ilustrações doutrinárias:

¹ Advogado. Conselheiro Seccional, Presidente da Comissão de Relações com Poder Legislativo e Vice-Presidente da Comissão de Direito Eleitoral, todos da OAB/SP.

Modificou-se o panorama com o advento da Carta Política de 5.10.1988. [...] Uma consequência natural do fenômeno consistiu no fato de que os processualistas brasileiros foram levados, mais que anteriormente, a examinar ou reexaminar problemas do processo – tanto civil quanto penal – à luz das diretrizes contidas na Constituição. Grande parte da literatura processual contemporânea revela a impregnação de valores constitucionais, a que se passou a dar maior peso na interpretação dos textos processuais. [...] A elevação de garantias processuais ao patamar constitucional, em 1988, tem óbvia significação, à luz das circunstâncias históricas. O país emergia de longo período de governos arbitrários, durante os quais não se pode dizer que fossem elas fielmente observadas. Era compreensível o cuidado de impregnar a nova Constituição de valores inerentes ao Estado de Direito que então se restaurava. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Estudos de direito processual constitucional – a constitucionalização do processo no direito brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 48 e 55).

Até então, era plenamente viável ao Ministério Público Eleitoral a instauração de procedimentos preparatórios com vários rótulos/com vários títulos, mas de igual finalidade na óptica de verdadeira investigação antecipada, para promover a colheita de provas necessárias à instrução das ações previstas no elenco do processo eleitoral.

Por certo, nessas precárias condições, sempre resultou em afronta a garantias constitucionais, pois o órgão do *parquet* não facultava a intervenção dos envolvidos na conduta tida como ilícita na seara da Justiça Eleitoral, sobretudo com vedação de participação de Advogado na apuração preliminar ou investigação antecipada, trazendo gravíssimas consequências para a defesa.

Nesse sentido, trago para escorar a posição os breves e excepcionais comentários:

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

A aperfeiçoar o princípio do devido processo legal, tanto em sua vertente forma quanto material, é dizer, como elementos concretizadores daquele princípio, segue a Constituição, nesse inciso, como que a especificá-lo, exigindo que nos processos, sejam eles administrativos ou judiciais, o princípio do contraditório e da ampla defesa devem ser respeitados. A meu sentir, não há que se falar em divisão do princípio da ampla defesa e do contraditório em dois, dado que se estabelecem em uma complementaridade circular, é dizer, o respeito ao contraditório somente se dá com o consequente respeito à ampla defesa, e vice-versa. (BONAVIDES, Paulo et al. Comentários a Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 218-219).

O devido processo legal tem como corolários a ampla defesa e contraditório, que deverão ser assegurados aos litigantes, em processo judicial criminal e civil ou em procedimento administrativo, inclusive militares, e aos acusados em geral, conforme o texto constitucional expresso. (MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 364).

4.1 Direito de ampla defesa. Contraditório

A bilateralidade está inscrita no próprio conceito de justiça como observa Giorgio Del Vecchio (La Justicia, p. 72). É regra contida na parêmia audiatur altera pars, ninguém pode ser demandado sem ser ouvido. Isso vem de longe. O direito assegura ao indivíduo um direito processual de defesa, e não direito substantivo na resposta. (ROSAS, Roberto. Direito processual constitucional. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 48).

Dentro das inúmeras ocorrências havidas no curso das campanhas eleitorais, principalmente aquelas que culminaram com a cassação de mandatos eletivos obtidos pela consagração da soberania popular, em ações propostas pelo Ministério Público Eleitoral, acompanhadas de toda a sorte das provas coletadas em ICP e procedimentos correlatos, instaurados antecipadamente, passaram a incomodar a classe política (a própria destinatária da norma jurídica), de modo especial pelo conflito formado em face do indiscutível fator de desigualdade entre partes litigantes na contenda instalada na arena das Cortes Eleitorais.

Na esfera do processo legislativo, com início na tramitação da proposta originária, não constava no *Projeto de Lei nº 5.498/2009 (Relator: Dep. Flávio Dino, PCdoB/MA)* o texto envolvendo essa questão, cuja inclusão foi objeto da apresentação da *Emenda de Plenário nº 57, de autoria do Dep. Bonifácio Andrada (PSDB/MG)*, introduzindo a redação do *art. 105-A, no texto da Lei nº 12.034/09*, dispondo sobre a proibição do manejo dos mecanismos previstos na lei de regência da ACP em matéria eleitoral, firmando posição com contundentes ponderações apostas na justificativa:

O processo eleitoral é específico e precisa ser devidamente regulamentado e não pode ser alterado na prática do dia a dia, quer por parte do Juiz Eleitoral, quer por parte do Membro do Ministério Público. São comuns ocorrências em que o Ministério Público instala sindicâncias seguindo os procedimentos que se prevê na Lei de Ação Civil Pública ou certos tipos de inquéritos que na realidade representam providências ilegais e com graves repercussões no processo político eleitoral, mesmo que estes inquéritos não resultem em apuração de qualquer infração. Só o fato de se instalar uma sindicância contra um candidato já constitui uma providência que atinge de uma forma muito expressiva sua campanha eleitoral.

De imediato, o novel dispositivo trazido no bojo da minirreforma eleitoral compatibilizou-se com o núcleo das previsões contidas nos *art. 276 cc. art. 339*, ambos do Código de Processo Civil, aplicados supletivamente no processo eleitoral, no que refere a restrita e limitada permissibilidade da produção da prova exclusivamente perante o juízo natural da causa, não admitida em nenhuma hipótese sua elaboração fora dele:

Na relação entre contraditório e prova, aquele emerge como verdadeira condição de eficácia desta. Conforme já tive a oportunidade de assinalar, tanto será viciada a prova colhida sem a presença do juiz quanto aquela colhida sem a presença das partes. Daí, inclusive, se

pode afirmar que, ao menos em princípio, não têm eficácia probatória os elementos informativos se a respectiva colheita não contar com a possibilidade real e efetiva de participação dos interessados, em relação aos quais se pretende editar provimento de caráter vinculante que possa atingir a esfera jurídica de terceiros (Nesse sentido meu trabalho “O conteúdo de garantia do contraditório”, in Novas Tendências do Direito Processual, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1990, especialmente ns. 3.1 e 3.2, pp. 22-25.). (GRINOVER, Ada Pellegrini. Estudos de direito processual constitucional – princípios processuais e princípios de direito administrativo no quadro das garantias constitucionais. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 175).

Por esse exato motivo, as provas têm de ser produzidas perante o juiz natural, e nenhum outro, sob pena de nulidade absoluta. Não pode ser convalidada a prova, por mais escorreita que tenha sido sua produção (e o procedimento observado nessa produção), se o juiz perante o qual ela foi produzida não era o juiz natural.

(BRAGHITTONI, R. Ives. O princípio do contraditório no processo. São Paulo: Forense Universitária, 2002. p. 58-59).

Ainda neste enfoque, importante observar, como acentuado no próêmio, que a produção da prova no seio do processo por óbvio depende obrigatoriamente do cumprimento das garantias fundamentais da ampla defesa e do contraditório com a completa obediência da cláusula do *due process of law*, sob pena de sua nulificação em razão da perfeita configuração de prova ilícita (art. 5º – LVI, da CR).

Nesta quadra, não se pode deixar de registrar no ponto nuclear do tema, nos tempos atuais, sobre inequívoca inaplicabilidade dos mecanismos contidos na Lei nº 7.347/85, como sustentação legal para gerar a produção antecipada de provas, em sede de ICP, trazendo por consequência a expansão do vício na amplitude do processo, absorvendo na hipótese a teoria de *fruits of the poisonous tree* maculando por derivação todo conjunto probatório.

Imperioso também destacar que a abrangência da norma em comento melhor aparelhou o ordenamento jurídico no ramo do direito eleitoral, para afirmar pressupostos ao Estado Democrático de Direito, fixados em *prima facie da Regra Matriz Pátria*, sobretudo quanto ao princípio da igualdade no elenco dos primados estabelecidos no art. 5º, caput, da CR, reafirmando a garantia fundamental como fator impeditivo o tratamento desigual perante a lei, extraído da doutrina o perfeito entendimento:

Dessa forma, o Princípio da Isonomia não é tão-somente uma limitação ao legislador. Demonstra-se ser referencial hermenêutico, a ser aplicado nos casos concretos, conforme explica Manoel Gonçalves Ferreira Filho: É também um princípio de interpretação. O juiz deverá dar sempre à lei o entendimento que não crie privilégios, de espécie alguma. E, como o juiz, assim deverá proceder todo aquele que tiver de aplicar a lei. [grifo nosso] (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 282).

(PIVA, Otávio. Comentários ao art. 5o da Constituição Federal de 1988 e teoria dos direitos fundamentais. 3. ed. São Paulo: Método, 2009. p. 50).

Nessa toada, evidencia com meridiana clareza que a introdução da norma no cenário eleitoral trouxe o necessário equilíbrio das partes litigantes no campo processual, de um lado, sempre atuando o representante do órgão do *parquet*, firmada a paridade de armas, afastado o despropósito em possibilitar o Ministério Público, em caráter unilateral, proceder a montagem das provas em procedimentos preparatórios previstos na lei da ação civil pública, visando à propositura de ações eleitorais.

Assim, o novato regramento introduzido na lei geral das eleições, com vigência a partir do certame de 2010, resultou em nova garantia no processo, não obstante sua exegese se encontre exposta na riqueza da doutrina especializada:

Por este art. 105-A, o legislador veda a aplicação do rito procedimental nela constante em matéria eleitoral. Isso significa que os feitos eleitorais, de natureza extrapenal ou criminal, a serem aforados em juízo eleitoral, serão processados, exclusivamente, por ritos constantes da própria lei eleitoral e nenhum outro. (CANDIDO, Joel J. Direito eleitoral brasileiro. 14. ed. São Paulo: Edipro, 2010. p. 688).

Com aprovação e vigência do dispositivo em comento, passaram os representantes do Ministério Público, atuando nos Tribunais Regionais a engrenarem uma simultânea movimentação, irredutíveis com aplicação da escorreita norma, sob argumento do exercício da função institucional, aparelhadas nas disposições do art. 129, III, da CR e art. 6º, VII, “a” e XIV cc. art. 7º, da LC nº 73/93 (Lei Orgânica do Ministério Público), que contempla sua privativa legitimidade na instauração do ICP e outros procedimentos correlatos, justificando não fazer sentido que investigações por inteiro fossem anuladas pelo rigor da lei.

No embalo das eleições gerais de 2010 convergiu para o Tribunal Superior Eleitoral um enorme volume de recursos especiais subscritos pelo MPE, versando sobre a matéria em foco, permanecendo intacto o entrave primitivo quanto à perfeita aplicabilidade do art. 105-A, da Lei das Eleições, cujo primeiro julgamento foi inaugurado após extenso debate centralizado no Plenário da alta Corte Eleitoral, por maioria de votos (5 x 2), fixada a diretriz da ilicitude da prova, cuja conclusão foi lavrada a ementa oficial:

INQUÉRITO – INSTAURAÇÃO – MINISTÉRIO PÚBLICO – TEOR DO DISPOSTO NO ARTIGO 105-A DA LEI Nº 9.504/1997. Tem-se a impossibilidade de o Ministério Público instaurar, no respectivo âmbito, inquérito voltado a levantar dados para instruir a representação eleitoral. (TSE – RO nº 4746-42/AM – Rel. desig.: Min. Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, Rel. sorteado: Min. José Antônio Dias Toffoli – j. em 26/11/2013 – m.v. - DJe, de 06/03/2014). Mantido igual entendimento por reiterados julgamentos pretorianos: “1. O art. 105-A da Lei nº 9.504/97 estabelece que, para a instrução de ações eleitorais, o Ministério Público não pode lançar mão, exclusivamente, de meios probantes obtidos no bojo de inquérito civil público. 2. Ilícitas as provas obtidas no inquérito civil público e sendo essas o alicerce inicial para ambas as ALJEs, inarredável o reconhecimento da ilicitude por derivação quanto aos demais meios probantes, ante a aplicação da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada.” (AgRgREspe nº 898-42/RN – Rel. Min^a

Laurita Hilário Vaz – j. em 28/08/2014 – v.u. – DJE de 16/09/2014 – p. 129/130); “Conforme assentado no acórdão embargado, é ilegal a instrução obtida de elementos colhidos em inquérito civil público, a teor do que dispõe o art. 105-A, da Lei nº 9.507/97” (EDAgRgRO nº 4968-10/AM - Rel. Min. José Antonio Dias Toffoli – j em 15/5/2014 - Dje, de 24/6/14)

Ademais, na extensão do entendimento estampado no repertório jurisprudencial especializado foi também apreciada a questão relativa ao pacto do termo de ajustamento de conduta (TAC), previsto nos arts. 5º e 6º, da Lei nº 7.347/85, irradiando por completo o posicionamento originário do Sodalício no que tange à impossibilidade na utilização do referido instrumento na seara do direito eleitoral trazendo o escorreito posicionamento:

Representação eleitoral. Descumprimento de termo de ajustamento de conduta. 1. A realização de termos de ajustamento de conduta previstos no art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/85 não é admitida para regular atos e comportamentos durante a campanha eleitoral, consoante dispõe o art. 105-A da Lei nº 9.504/97. [...] Recurso especial parcialmente provido para extinguir, sem julgamento do mérito, a representação, desprovido o pedido de reconhecimento de litigância de má-fé.

(TSE – REspe nº 322-31/RN – Rel. Min. Henrique Neves da Silva – j. em 08/05/2014 – v.u. – DJE, de 30/05/2014).

Não obstante aos inúmeros duelos travados nos estados nas eleições de 2010, o tema aqui tratado somente foi colocado sob o crivo do Tribunal Regional Paulista recentemente, em recurso oriundo do município de General Salgado (168ª Zona Eleitoral) contra decisão primária prolatada em sede de ação de investigação judicial eleitoral (AIJE), cassando os mandatos do Prefeito e Vice-Prefeito, eleitos no certame suplementar realizado em junho de 2013, sob fundamento da prática de conduta vedada, abuso de poder econômico, abuso do poder político e uso indevido de meio de comunicação social, com acolhimento de provas produzidas no inquérito civil público eleitoral instaurado pelo representante do órgão do *parquet*.

O apelo dos candidatos eleitos postulando a extinção da ação, sem resolução do mérito, veio acompanhado da arguição da preliminar, versada na nulidade do processo face a prova ilícita encartada na petição inicial, instrumentalizada através de inquérito civil público, assim ementado o acórdão:

RECURSO ELEITORAL – REPRESENTAÇÃO POR CONDUTA VEDADA A AGENTE PÚBLICO – ABUSO DE PODER ECONÔMICO, POLÍTICO E DE AUTORIDADE – USO INDEVIDO DE MEIO DE COMUNICAÇÃO SOCIAL – SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE O PEDIDO – ELEIÇÕES SUPLEMENTARES, CASSAÇÃO DOS ELEITOS – PRELIMINAR DE ILICITUDE DA PROVA ACOLHIDA – REPRESENTAÇÃO EMBASADA TÃO SOMENTE EM INQUÉRITO CIVIL PÚBLICO – POSSIBILIDADE VEDADA PELO ARTIGO 105-A DA LEI DAS ELEIÇÕES – TEMA ENFRENTADO PELO COLENDO TRIBUNAL

SUPERIOR ELEITORAL – RECURSO PROVIDO PARA ACOLHER A PRELIMINAR DO FEITO POR ILICITUDE DA PROVA E JULGAR EXTINTO O PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, PREJUDICADO O EXAME DAS DEMAIS QUESTÕES SUSCITADAS.

(TRE/SP – RE nº 83-14/General Salgado – Rel. Des. Mário Devienne Ferraz – j. em 31/07/2014 – m.v. – DJE, de 12/08/2014). Obs.: O referido julgamento encontra-se intacto, mantida a integralidade da decisão regional, atualmente superada a instância extraordinária.

Para encerrar, deixo anotada a informação que tramita junto ao Supremo Tribunal Federal a ADI nº 4.352/DF – Rel. Min. Luiz Fux, proposta pelo PDT – Partido Democrático Trabalhista, tratando do exame de inconstitucionalidade de vários dispositivos contidos na *Lei nº 12.034/09*, entre eles o *art. 105-A*, cujo pedido inicial não contou com o beneplácito da liminar para suspensão de sua vigência.

Em conclusão, podemos afirmar que esse intrincado tema somente será definido com o julgamento pela Suprema Corte do recurso extraordinário admitido como representativo da controvérsia originário do Tribunal Superior Eleitoral e a decisão da ação direta de inconstitucionalidade.