



Danilo Cruz: Caso Deltan no TSE é impassível de correção

12/06/2023

Nas últimas semanas, toda a comunidade, a imprensa e o mundo jurídico brasileiro têm tratado, a seu modo, as razões e as consequências do caso da cassação do registro eleitoral do deputado federal Deltan Dallagnol.

Dentro desse contexto, abordaremos dois pontos cruciais na construção do voto do ministro Benedito Gonçalves, do TSE (Tribunal Superior Eleitoral) e do STJ (Superior Tribunal de Justiça), que merecem uma análise mais ponderada e sob o aspecto estritamente jurídico.

Desde Aristóteles: *"... a lei é a razão não afetada pelo desejo (...) [onde] os homens procuram por um termo médio... [e] a lei é o justo meio".*^[1] Nessa senda, a observância de uma série de premissas, atinentes à ciência jurídica devem ser postas para correta análise da decisão. Dentre as premissas destacamos que: i) Lei é Direito; ii) Direito é Linguagem e Poder ^[2]; iii) Linguagem não é algo asséptico, mas uma trama viva do *ser-no-mundo*; iv) Poder é linguagem em ação; v) O homem é linguagem, se constitui pela linguagem, realiza seu mundo, o mundo dos seus iguais e o conjunto de todos esses mundos sempre pela linguagem ^[3]; vi) Não há linguagem sem hermenêutica; vii) Hermenêutica é feita de pré-compreensões e historicidade...

E é sob a perspectiva dessas premissas que tomamos a decisão judicial como consequência natural do processo, afinal, quem fala é o agente público constitucionalmente determinado, órgão do arranjo estatal de jurisdição.

Toda decisão judicial para além de ato jurídico direcionado é reflexo-consequência de um estágio de evolução democrática.

O artigo 1º, I, q da Lei Complementar 64/90

Parte do ruído causado pela decisão do ministro Benedito Gonçalves dá-se pela peleja interpretativa de alguns atores jurídicos quando da leitura do art. 1º, I, q da Lei Complementar 64/90 que é uma lei restritiva de direitos políticos e que deve ser interpretada restritivamente.

Mas o que é uma interpretação restritiva?

"... [é aquela que] não reduz o campo da norma; determina-lhe as fronteiras exatas; não conclui mais nem menos do que o texto exprime (...) apenas declara o sentido verdadeiro e o alcance exato; evita a dilatação, porém não suprime coisa alguma. Abstem-se, entretanto de exigir o sentido literal: a precisão reclamada consegue-se com o auxílio dos elementos lógicos, tomados em apreço todos os fatores jurídicos-sociais que influíram para elaborar a regra positiva." ^[4]

Assim, podemos cunhar em termos dogmáticos que o Processo Administrativo Disciplinar é o meio que a Administração Pública se vale para apurar ilícitos que impliquem perda de cargo para o funcionário estável. Tem início com despacho de autoridade competente, determinando a instauração, assim que tiver ciência de alguma irregularidade; Não havendo elementos

suficientes para instaurar o processo, determinará previamente a realização de procedimento sumário que o balize.[5]

Pablo Valadares/Câmara dos Deputados



Pablo Valadares/Câmara dos Deputados

Dentro do amplo poder de investigação para apuração de fatos que possam configurar ilícitos administrativos, compete à Administração Pública envidar toda atividade investigativa apta a formar seu conhecimento que eventualmente enseje a instauração de Procedimento Administrativo Disciplinar, sempre que se descobrir a ocorrência de conduta lesiva ao interesse público ou o cometimento de infração disciplinar.[6]

Logo, quando a lei fala em Procedimento Administrativo Disciplinar, fala de toda a linha de investigação administrativa (*iter procedimental de razão ôntica comum, sem solução de continuidade com fim direcionado*), leia-se: Procedimentos sumários + PAD que culmine na possível pena de perda de cargo por funcionário estável. Esse é o fim da norma e não pode ser interpretado em tiras. [7]

Esse é o entendimento que se encontra presente na remansosa jurisprudência do TSE que enfatiza para além de uma interpretação restritiva de limitações dos direitos políticos, dentro, por claro, da concepção própria à dogmática da teoria das limitações dos direitos fundamentais, a ideia de finalidade normativa. [8]

Inserto nessa conjuntura normativa não poderia ser outro o olhar do julgador a partir do arcabouço fático que ele extrai dos autos.

Não houve, assim, uma interpretação extensiva da alínea "q" uma vez que com o auxílio dos elementos lógicos e tomados em apreço todos os fatores jurídicos-sociais que influíram na elaboração da regra positiva chegou-se à interpretação mais razoável.

A fraude à lei como construção argumentativa por inferência

Superado a temática anterior, passa-se à breve análise da parte do voto que trata da fraude à lei. De antemão, o ministro Benedito Gonçalves faz uma contextualização doutrinária, legislativa e jurisprudencial sobre o vício que promove a invalidade do ato jurídico uma vez que a razão última para o qual foi constituído era fraudar lei imperativa.

E aqui nos detemos em ponto importante dessa análise, o ato *in fraudem legis* é o que foge da incidência da norma jurídica ou das obrigações legais, sendo realizada de forma diferenciada. A nulidade por fraude é objetiva, não estado atrelada à intenção de burlar o mandamento legal. Havendo contrariedade à lei, pouco interessa se o declarante tinha, ou não, o propósito fraudatório.[9]

Repise-se, o critério objetivo do vício descola-se de critério subjetivo, havendo burla legal, propositada ou não, o instituto incide.

Mas como aferir a incidência da fraude à lei uma vez que não é possível concebê-la por subsunção ou mero silogismo? A aferição de incidência do instituto dá-se pela construção argumentativa por inferência.

Toda argumentação, desde seu ponto de partida passando pelo seu desenvolvimento, pressupõe acordo do auditório[10], esse acordo tem por objeto ora o conteúdo das premissas explícitas, ora as ligações particulares utilizadas, ora a forma de servir-se dessas ligações.

Dentre os objetos do acordo temos de um lado os fatos e verdades e do outro temos as presunções. Estamos diante de: *i)* um fato, do ponto de vista argumentativo, se pudermos postular a seu respeito um acordo universal não controverso; *ii)* já designar-se-ão com o nome de verdade um sistema mais complexo relativo à ligação entre fatos[11], e por *iii)* presunção, aos vínculos em cada caso particular, direcionado ao normal e ao verossímil.

De outro modo, presume-se, até prova em contrário, que o normal é o que ocorrerá, ou ocorreu, ou melhor, que o normal é uma base com a qual podemos contar em nossos raciocínios. As presunções também gozam do acordo universal com o auditório, todavia, a adesão não é máxima pois espera-se que essa adesão seja reforçada por outros elementos.[12]

E é dentro dessa perspectiva presuntiva da construção da argumentação que trataremos das provas por indução.

Michele Taruffo ensina que a expressão "provas por indução" designa os meios de prova que consistem, essencialmente, em uma inferência oriunda de premissas determinadas, as quais são representadas por enunciados relativos às circunstâncias de fato, a fim de se chegar — com base em critérios idôneos — à formulações de conclusões relativas à veracidade ou falsidade de um enunciado diferente, relativo a um fato em razão de sua causa.[13]

No estágio mais simples de sua estrutura, as provas por indução são apenas aqueles instrumentos de conhecimento dos fatos que consistem essencialmente de inferências indutivas, sendo sua engenharia assim descrita: um enunciado que descreve um fato X serve como premissa para uma inferência que tem, como conclusão, um enunciado que descreve o fato Y.

O fato Y é o fato que se pretende provar (*o factum probandum*): pode ser um fato principal, mas também um fato secundário que deve ser provado, visando a fundar outra inferência relativa a um fato principal. O fato X é a premissa da inferência (*o factum probans*), e se assume como verdadeiro por ser provado, ou percebido diretamente pelo juiz. O fato X é sempre um fato

secundário, o qual entra no processo e no raciocínio probatório apenas por ser útil (logicamente relevante) como premissa de uma inferência probatória.[14]

A noção de presunção parte da ideia de que o conhecimento de certo fato pode ser induzido pela verificação de outro, ao qual, normalmente, o primeiro está associado.[15] [16]

O voto condutor traz cinco aspectos caracterizadores da fraude, entrelaçados de forma temporal, fática e jurídica que podem ser assim resumidos: *i)* existência de dois processos administrativos disciplinares (PAD), com trânsito em julgado aptos a caracterizar maus antecedentes para procedimentos posteriores; *ii)* tramitavam contra o recorrido outros 15 procedimentos de natureza diversa poderiam vir a ser convertidos ou dar azo a processos administrativos disciplinares; *iii)* um dos procuradores da República que atuou com o recorrido na operação "lava jato" foi apenado com demissão pelo CNMP em 18/10/2021 a partir de anterior reclamação, por contratar e instalar outdoor em homenagem à força-tarefa, com fotografia na qual o recorrido também aparece; *iv)* apenas 16 dias depois, em 3/11/2021, o recorrido pediu exoneração; *v)* essa exoneração, ocorreu 11 meses antes das eleições 2022.

Não sendo outro o desiderato, todos os cinco aspectos descrevem fatos que servem como premissas (*factum probans*) para uma inferência que tem como conclusão a fraude à lei (*factum probandum*). Não estamos diante de um critério decisional subjetivo ou precário, mas sim de uma construção lógico-jurídico, de sólido fundamento filosófico, de sofisticada engenharia argumentativa decisional[17], consequência natural do processo, proferida por agente público constitucionalmente legitimado e dentro do arranjo estatal de jurisdição.

Por tudo, resta impassível de correção a decisão do Tribunal Superior Eleitoral.

[1] ARISTÓTELES. *Política*. 6ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2015. p. 143-144.

[2] "A linguagem é o mundo interpretado pelo homem, é um acontecimento interpretativo da realidade" in ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 5ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 301

[3] O Direito produzido pelo homem atribui significação e dá sentido a quanto existe dentro da sua experiência subjetiva e comunicação intersubjetiva. Nesse *inter* o sentido e a significação não se *entificam* mas perseveram como produto da ação humana.

[4] MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 164.

[5] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 638-639.

[6] CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 9ª ed. Salvador, BA: JusPodivm, 2021. p. 1413.

[7] "...quando não há satisfação da finalidade legal não há satisfação real da regra de Direito, mas violação dela, pois uma regra de Direito depende inteiramente da finalidade, por ser ela que lhe ilumina a compreensão. O fato da finalidade estar muitas vezes implícita ou de ser nomeada mediante conceito fluidos não é impeditivo a que cumpra esta função de norte orientador do intérprete, pois, como disse Ihering, citado por Recaséns Siches 'o fim é o criador de todo o Direito; não há norma jurídica que não deva sua origem a um fim, a um propósito, isto é, a um motivo prático'" in MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discrecionalidade e controle jurisdicional*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 45.

[8] TSE - Ac. de 29.6.2017 no AgR-REspe nº 28641, rel. Min. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto.; TSE - Ac. de 5.4.2017 no REspe 14594, rel. Min. Luciana Lóssio, red. designado Min. Herman Benjamin.

[9] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil - parte geral e lndb*. 11ª ed. Salvador, BA: JusPodivm, 2013. p. 631.

[10] Para Perelman auditório é o conjunto daqueles que o orador quer influenciar com sua argumentação uma vez que a argumentação visa obter a adesão daqueles a quem se dirige; Conferir: PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação - a nova retórica*. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 21-22.

[11] PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação...* cit., p. 75-78.

[12] PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação...* cit., p. 79-83.

[13] TARUFFO, Michele. *Ensaio sobre o processo civil - escritos sobre processo e justiça civil*. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2017. p. 159.

[14] TARUFFO, Michele. *Ensaio sobre o processo civil...* cit., p. 160.

[15] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 157.

[16] "O juiz, ao raciocinar sobre a presunção ou ao raciocinar sobre o mérito, baseia-se nas regras de experiência, que são imprescindíveis não apenas para a verificação da presunção a

*partir do indício, mas também para a análise do mérito com base na própria presunção. Frise-se que a presunção judicial não exige que a regra de experiência faça concluir, de modo preciso e absoluto, que do fato indiciário decorre o fato probando. Isso, aliás, diante da possibilidade de soma ou contradição entre as presunções judiciais, é bastante evidente. Contudo, nada pode impedir, em casos excepcionais, que o juiz forme um juízo de procedência a partir de presunções que apontem apenas para uma ‘verossimilhança preponderante’”. in MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*, cit., p. 163.*

[17] “... o juiz deve estar ciente: o valor da verdade dos juízos que ele faz depende diretamente do fundamento racional e cognoscitivo das inferências de que tais juízos derivam. Quanto mais aprofundada a análise crítica das noções que o juiz emprega, mais confiáveis são as inferências probatórias que levam à confirmação das hipóteses sobre os fatos.” in TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade...* cit., p. 244.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2023-jun-12/danilo-cruz-decisao-tse-dallagnol-algumas-anotacoes/>