

PARECER

**CONSTITUCIONAL. ELEITORAL. AÇÃO AFIRMATIVA. COTA DE GÊNERO. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL.**

**INAPLICABILIDADE DA REGRA DA ANUALIDADE (ART. 16, CR/88) ÀS AÇÕES AFIRMATIVAS. CONFRONTO COM O ART. 60, §4, IV DA CR/88. ASSEGURAMENTO DA SOBREVIVÊNCIA E O PLENO EXERCÍCIO DE OUTRO DIREITO TAMBÉM PREVISTO EM CLÁUSULA PÉTREA PLENO EXERCÍCIO DE UM DIREITO E GARANTIA INDIVIDUAL. CONCRETO EXERCÍCIO E VIABILIDADE DE DIREITOS POLÍTICOS QUE A REALIDADE INSISTE EM ABOLIR.**

**JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: DEFINIÇÃO DO CONTEÚDO DO PROCESSO ELEITORAL E ADEQUAÇÃO ÀS AÇÕES AFIRMATIVAS**

**A REGRA DA ANUALIDADE: VACATIO LEGIS EM PRAZO MÍNIMO PARA NORMAS QUE ALTEREM O PROCESSO ELEITORAL. VACATIO SUPERIOR A UM ANO QUE AFASTA SUA INCIDÊNCIA.**

**I – A CONSULTA**

1. A Doutora Daniela Teixeira, Conselheira Federal e Presidente da Comissão Nacional da Jovem Advocacia do Conselho Federal da OAB, honra-me com pedido de um parecer jurídico a propósito da incidência da regra da anualidade em alteração normativa que amplia o percentual da cota de gênero para registro das chapas nas eleições da Ordem dos Advogados do Brasil.
2. Relata que em 04/09/2018, na sessão do Conselho Pleno da OAB, a partir da deliberação sobre a Proposição nº 49.0000.2018.007897-6/COP, originária do Conselho Pleno, da Comissão Nacional da Mulher Advogada e da Comissão Especial destinada ao estudo dos aspectos relativos às eleições vindouras da OAB, aprovou-se a seguinte alteração do Regulamento Geral:

Art. 131. São admitidas a registro apenas chapas completas, que deverão atender ao **mínimo de 30% (trinta por cento) e ao máximo 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo**, com indicação dos candidatos aos cargos de **diretoria do Conselho Seccional**, de **conselheiros seccionais**, de **conselheiros federais**, de **diretoria da Caixa de Assistência dos Advogados**, sendo vedadas candidaturas isoladas ou que integrem mais de uma chapa.

§ 1º O percentual mínimo previsto no caput deste artigo aplicar-se-á quanto às **diretorias dos Conselhos Seccionais das Caixas de Assistência e do Conselho Federal** e deverá incidir sobre os cargos de titulares e de suplentes, se houver.

§ 2º Para o alcance do percentual mínimo previsto no caput deste artigo, far-se-á o arredondamento de fração para cima somente quando esta for superior a 05, (zero vírgula cinco).

§ 3º As regras deste artigo aplicam-se também às chapas das Subseções.

Art. 156 - B. As alterações das regras estabelecidas no art. 131, caput e parágrafos §1º, §2º e §3 deste Regulamento Geral, promovidas em 2018, **passarão a vigorar a partir das eleições de 2021**, inclusive.

Art. 156 - C. As eleições nos Conselhos Seccionais e nas Subseções em 2018 e no Conselho Federal em 2019 serão regidas pelas regras do Provimento 146/2011 e deste Regulamento Geral, vigentes em 2018.

3. Já em dezembro de 2020, o Colégio de Presidentes da OAB, por maioria, manifestou-se a favor da ampliação do percentual destinado à cota de gênero, de modo que o registro das chapas passaria a condicionar-se à paridade. A proposta vem à votação no Conselho Federal, na reunião de 14 de dezembro de 2020.

4. Considerando que o estatuto da OAB prevê que *“a eleição dos membros de todos os órgãos da OAB será realizada na segunda quinzena do mês de novembro, do último ano do mandato”* (art. 63), portanto, a menos de um ano da alteração, indaga-se se a regra da paridade estaria vigente para as eleições de 2021. A questão se coloca também quanto à eleição da Diretoria do Conselho Federal, órgão ao qual se estende a proposta.

## **II - PARIDADE NÃO É FAVOR: os dados da desigualdade e a fundamentalidade dos direitos políticos – anualidade na ação afirmativa corretiva**

5. Não há quem coloque em dúvida o fato de que a isonomia formal chegou ao Brasil há alguns anos. Em tese, a lei não permite o tratamento desigual em razão do gênero e da raça. Isso, contudo, ainda não tem sido suficiente para assegurar as mesmas oportunidades aos homens e mulheres, independentemente do trabalho, dedicação e competência. O impulso das normas genéricas não foi capaz de competir com a força da realidade: quando a disputa por espaço não é objetiva e impessoal, quando depende da **formação de redes**, as posições são, majoritariamente, ocupadas por homens.

6. Assim ocorre nos postos de comando das empresas<sup>1</sup>, nos cargos de direção, chefia e assessoramento do Poder Público<sup>2</sup>, nos Tribunais<sup>3</sup>, nos partidos políticos<sup>4</sup>, na Câmara dos

<sup>1</sup> As mulheres no Brasil ocupam hoje 34% dos cargos de liderança sênior (diretoria executiva) nas empresas, de acordo com a pesquisa mais recente do *International Business Report* da *Grant Thornton*, realizada com 4.812 empresas, em 32 países. [https://www.grantthornton.com.br/contentassets/158da8c0b7c04474a3cc43f4a5dc73af/women\\_in\\_business\\_2020.pdf](https://www.grantthornton.com.br/contentassets/158da8c0b7c04474a3cc43f4a5dc73af/women_in_business_2020.pdf) Acesso em 12.12.2020.

<sup>2</sup> De acordo com o estudo Cenários de Gênero, lançado pelo Conselho Nacional do Ministério Público, em 2018, os quatro ramos do MP e as 27 unidades nos estados contam com 5.114 promotoras e procuradoras e 7.897 promotores e procuradores, na proporção de cerca 39% de mulheres e 61% de homens. [https://www.cnmp.mp.br/portal/images/20180622\\_CEN%C3%81RIOS\\_DE\\_G%C3%8ANERO\\_v.FINAL\\_2.pdf](https://www.cnmp.mp.br/portal/images/20180622_CEN%C3%81RIOS_DE_G%C3%8ANERO_v.FINAL_2.pdf) Acesso em 12.12.2020.

Deputados<sup>5</sup>, no Senado Federal<sup>6</sup> e na Presidência da República<sup>7</sup>. Lamentavelmente, não é diferente na maior parte dos órgãos de representação da Ordem dos Advogados do Brasil.

7. No triênio 2019/2021, todas as seccionais da OAB do país são presididas por homens. No Conselho Federal, as mulheres ocupam 16 das 81 vagas de conselheiros titulares. A Ordem dos Advogados do Brasil foi criada em 18 de novembro de 1930, (Decreto nº 19.408/30) e nesses noventa anos, nunca uma mulher presidiu o Conselho Federal. Parece bastante claro que não são vontade, esforço ou competência que impedem mulheres de chegarem às posições de poder, ainda que suas inscrições correspondam a metade do número total de advogados/as.

8. Há muito pesquisas buscam identificar por que a igualdade formal não foi capaz de garantir que as mulheres ocupassem, de forma equivalente, posições de liderança.

9. Para compreender a sub-representação feminina em posições de liderança, não se pode perder de vista que até 1962 a mulher era considerada relativamente incapaz e dependia do seu marido para exercer inúmeros direitos<sup>8</sup>. Foi com o estatuto da mulher casada, Lei 4.121/62, que parte

---

<sup>3</sup> O Departamento de Pesquisas Judiciárias promoveu o Censo do Poder Judiciário no ano de 2014 e publicou o Perfil Sociodemográfico dos Magistrados Brasileiros no ano de 2018. A partir dos dados coletados nessas pesquisas foi possível determinar o percentual geral de ocupação dos cargos da magistratura e dos cargos de servidores. O Censo do Poder Judiciário identificou que 35,9% dos magistrados e 56,2% dos servidores eram mulheres. Além disso, as referidas pesquisas identificaram que quanto maior o nível da carreira na Magistratura, menor era a participação feminina, sendo ela representada por 44% dos juízes substitutos, 39% dos juízes titulares, 23% dos desembargadores e apenas 16% dos ministros de tribunais superiores. <https://www.tjpr.jus.br/documents/18319/17932066/Diagnostico+feminino/13a68e86-b069-4440-6b94-9acce5ba28c0> Acesso em 12.12.2020.

<sup>4</sup> Quase metade (44,28%) dos filiados aos partidos brasileiros são mulheres, mas elas ocupam apenas 21% dos cargos nas suas executivas nacionais. <https://mulheresnaseleicoes.org.br/relatorio1/> Acesso em 12.12.2020.

<sup>5</sup> Entre os 513 deputados eleitos, há 436 homens e 77 mulheres. São 27 deputadas a mais do que na legislatura anterior. Apesar de a representação feminina na Câmara ter subido de 10% para 15%, ainda fica bem distante do índice de 51,5% que faz das mulheres a maioria da população brasileira, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE): Agência Câmara de Notícias

<sup>6</sup> A bancada feminina no Senado a partir de 2019 foi reduzida de 13 para 12 senadoras. Dos 353 candidatos ao Senado nas eleições de 2018, 62 eram mulheres e, dessas, sete se elegeram. Em 20 estados, nenhuma mulher foi eleita e em três deles nem houve candidatas. O Distrito Federal e a Paraíba elegeram a primeira senadora da história dessas unidades da Federação. Fonte: Agência Senado

<sup>7</sup> De acordo com pesquisa do M(Números) a Presidência da República conta com 957 mulheres nomeadas. O valor representa 28,7% do total de 3.334 funcionários, além de duas mulheres no comando das 22 pastas ministeriais. <https://www.metropoles.com/brasil/mulheres-representam-apenas-287-dos-funcionarios-da-presidencia> Acesso em 12.12.2020.

<sup>8</sup> Maria Lygia Quartim de Moraes: “Com o casamento, a mulher perdia sua capacidade civil plena. Cabia ao marido a autorização para que ela pudesse trabalhar, realizar transações financeiras e fixar residência. Além disso, o Código Civil punia severamente a mulher vista como ‘desonesta’, considerava a não virgindade da mulher como motivo de anulação do casamento (...) e permitia que a filha suspeita de ‘desonestidade’, isto é, manter relações sexuais fora do casamento,

das desigualdades e essa noção de incapacidade foi revogada. Não se tratava, portanto, de simples questão cultural, mas de opção normativa incorporada ao Estado de Direito vigente, amparada por política estatal que se pautava exclusivamente pelo gênero. Também não se pode minimizar que o curso da história delineou um modelo de família em que a mãe seria a responsável por dispensar especial atenção ao cuidado e à educação dos filhos, assumindo tarefas domésticas em ambiente eminentemente privado. Nessa configuração, os espaços públicos seriam de direito dos homens, vistos como provedores e chefes da família<sup>9</sup>.

10. Há pouco mais de 30 (trinta anos), em 1985, as pesquisadoras Albertina de Oliveira Costa, Carmen Barroso e Cynthia Sarti, da Fundação Carlos Chagas, fizeram um levantamento bibliográfico das pesquisas sobre as mulheres, realizadas no Brasil, entre 1976 e 1985, e apontam como fatores que dificultaram o trabalho: a “*novidade relativa do assunto*” e o “*terreno de convergência possível entre diferentes disciplinas e terra de ninguém*”<sup>10</sup>

11. No mesmo período, em 1987, a Professora Titular de História da FFLCH escreveu um artigo em que explicava como era difícil estudar a história da mulher brasileira<sup>11</sup> porque a “*estrutura*

---

fosse deserdada”. Moraes, Maria Lígia Quartim – “Cidadania no feminino”: In Pinsky, J. e Pinsk, C B, História da Cidadania, Ed. Contexto, SP, 2003.

<sup>9</sup> “De acordo com as estatísticas disponibilizadas pelo Tribunal, no ano de 2014, a proporção geral de candidaturas era de 68,955 (homens) para 31,05% (mulheres). Nessas eleições, o descumprimento do mínimo legal foi alarmante, tendo se verificado em 11 dos 32 partidos analisados: DEM (29,49%), PCO (24,49%), PDT (29,68%), PHS (29,94%), PROS (28,45%), PRTB (28,27%), PSDC (29,34%), PSOL (29,61%), PT do B (29,68%), PTB (29,42%), e SD (26,35%). Com exceção do PSTU, que atingiu um percentual de 40% de candidaturas femininas, os 20 partidos restantes ficaram entre 30,08% (PSB) e 33,92% (PMN) – porcentagem próxima do limite mínimo, que ainda é muito baixo. Nas eleições municipais de 2016, por sua vez, o percentual de candidaturas femininas atingido pelos partidos ficou entre 30,77% (PDT) e 34,34% (PT), média muito semelhante à de 2014. Somente o PSTU (39,20%) e o PMB (43,47%), apresentaram percentuais notadamente destoantes. Vale dizer que, com exceção do PCO, que alcançou somente 29,41% de candidaturas femininas, os demais partidos respeitaram, ao menos formalmente, o mínimo legal de cotas para mulheres. Partindo-se de um universo de 35 partidos, constatou-se haver 68,11% de candidaturas masculinas contra 31,89% de candidaturas femininas”. Permanecem, assim, de todo verdadeiras as afirmações feitas por Fernanda Ferreira Mota e Flávia Biroli, no artigo “O gênero na política: a construção do feminino nas eleições presidenciais de 2010” (cadernos pagu (43), julho-dezembro de 2014): “**A presença reduzida de mulheres na vida política brasileira não é uma circunstância ocasional. É um desdobramento dos padrões históricos da divisão sexual do trabalho e da atribuição de papéis, habilidades e pertencimentos diferenciados para mulheres e homens. Corresponde a uma realização restrita do ideal democrático da igualdade política, que reserva os espaços de decisão e as posições de poder a uma parcela da população com perfis determinados – homens, brancos, pertencentes às camadas mais ricas da população. As desigualdades de gênero, assim como a desigualdade racial e a de classe, são importantes para se compreender os mecanismos de divisão e diferenciação que impedem uma realização mais plural da política.**” (REPERCUSSÃO GERAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.018.911 – RR RELATOR : MIN. LUIZ FUX)

<sup>10</sup> COSTA, Albertina de Oliveira, BARROSO, Carmen Barroso e SARTI, Cynthia. Pesquisa sobre mulher no Brasil do limbo ao gueto. *Cad. Pesquisa*, São Paulo (54): 5-15. p. 5, agosto, 1995. Disponível em:

<file:///C:/Users/Marco%20Aurelio/Downloads/1389-5271-1-PB.pdf> Acesso em: 03 june 2018.

<sup>11</sup> Logo no início do artigo a Professora Maria Beatriz Nizza da Silva relata: “*Área do saber ainda imprecisamente demarcada, pretendendo-se interdisciplinar, os estudos sobre a mulher dificilmente se impõem e ganham autonomia na*

*universitária [era] demasiadamente conservadoras". Naquele momento, narrava a professora que "a História da Mulher ainda é encarada como 'coisa de feminista' ou então como simples curiosidade fútil num leque de disciplinas que se propõe transmitir o essencial do saber histórico"<sup>12</sup>.*

12. Não é irrelevante, nesse contexto, o fato de que nossa sociedade é composta por aqueles que viveram, foram criados ou são herdeiros do que previa o Código Civil de 1916. Essa constatação reflete a posição cultural de 81% dos homens brasileiros, os quais consideram viver em uma sociedade machista que reforça estereótipos do que seria papel do homem e da mulher.<sup>13</sup>

13. Não surpreende, portanto, que a sociedade não tenha absorvido culturalmente esse critério de igualdade e que as normas que prevejam requisitos de acesso a partir de uma igualdade formal acabem por aprofundar a exata medida da desigualdade. Entre poucas divergências, há um consenso: os dados são mais que suficientes para demonstrar que não serão a isonomia formal, os discursos bem intencionados ou maior esforço feminino os motores capazes de alterar essa realidade.

14. É exatamente a incapacidade do modelo vigente há quase 32 (trinta e dois) anos – ao menos na vigência desta constituição – e em operação na Ordem dos Advogados do Brasil há 90 (noventa) anos que exige seja dado um passo à frente. Não há estudos que avaliem o progresso da participação feminina caso mantido o contexto atual, especificamente, nos órgãos de representação de classe. Mas, há para o cenário eleitoral que, em tudo, aplicasse-se à hipótese.

15. José Eustáquio Diniz Alves, pesquisador e professor em demografia publicou artigo em que apresenta dados segundo os quais, caso mantido o sistema atual para eleição de prefeitos, a paridade

---

*estrutura universitária brasileira, demasiado conservadora para abandonar as disciplinas a muito cristalizadas. De todas as Universidades talvez a Universidade de São Paulo seja a mais difícil de abalar. Enquanto em outras, mais flexíveis, já existem desde 1981 núcleos de estudos sobre a mulher (nas Universidades Federais do Ceará, Paraíba, Bahia, Minas Gerais e Rio Grande do Sul e nas Universidades Católicas do Rio de Janeiro e São Paulo), só em 1985 docentes pesquisadores da Universidade de São Paulo se reuniram para fazer um levantamento de todos os cursos e pesquisas que tivessem como objeto a mulher e as relações de gênero. Constituiu-se então o núcleo Mulher que lançou o seu primeiro Boletim em maio de 1986, com informações sobre os seminários organizados nesse ano ("A mulher em sociedades negro-africanas", "A violência contra a mulher", "O aborto", "Igreja, concubinato, bastardos e mães solteiras") e também sobre cursos ministrados no Departamento de Ciências Sociais especificamente sobre a mulher ("Mulher, trabalho e participação política" e "Mulher, sexualidade e trabalho").*

<sup>12</sup> SILVA, Maria Beatriz Nizza da. A história da mulher no Brasil: tendências e perspectivas. Revista do Instituto de Estudos Brasileiros, São Paulo, n. 27, p. 75-91, dec. 1987. ISSN 2316-901X. Disponível em:

<<http://www.revistas.usp.br/rieb/article/view/69910>>. Acesso em: 11 de março de 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.11606/issn.2316-901X.v0i27p75-91>.

<sup>13</sup> 81% dos homens consideram o Brasil um país machista, aponta pesquisa inédita da ONU Mulheres. <[http://www.onumulheres.org.br/wpcontent/uploads/2018/04/Relatorio\\_ONU\\_ElesporElas\\_PesquisaQuantitativa2016.pdf](http://www.onumulheres.org.br/wpcontent/uploads/2018/04/Relatorio_ONU_ElesporElas_PesquisaQuantitativa2016.pdf)>

seria atingida em 76 eleições, ou 304 anos. Já nas câmaras municipais no ritmo do avanço de 2016 para 2020 a paridade poderá ser alcançada após 14 eleições, ou seja, 56 anos<sup>14</sup>.

16. Trata-se, portanto, de garantir o efetivo exercício de direitos e garantias individuais que, **embora o texto constitucional tenha assegurado de forma abstrata, a realidade aboliu**. A concreção da desigualdade fez ceder o que vêm assegurado em cláusula pétrea (art. 60, §4º, IV da CR/88) e que a política de cotas, tendo por norte a fundamentalidade dos direitos políticos, busca efetivar.

17. É nesse contexto que se investiga como a noção constitucional de *processo eleitoral* imposta como regra, dialoga com a fundamentalidade dos direitos políticos, especificamente no tocante às **ações afirmativas** que têm por **pressuposto** resistir à realidade fática que acaba por **abolir** direitos e garantias individuais, em desacordo com o quanto disposto no próprio texto constitucional (art. 60, §4º, IV da CR/88). O antecedente que pauta a análise é: a realidade tem abolido a igualdade material cujo resgate é almejado pela ação afirmativa.

### III - A REGRA DA ANUALIDADE: divergências sobre o conceito de processo eleitoral e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

18. Como visto, está em causa a extensão do óbice previsto no art. 16 do texto constitucional (“*a lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência.*”), considerando que a modificação da norma se daria a menos de um ano do próximo processo eleitoral.

19. Inicialmente, cabe destacar que há uniformidade doutrinária e jurisprudencial quanto ao marco de incidência do quanto disposto no art. 16 da CR/88: a data da eleição<sup>15</sup>. Com efeito, aprovada a paridade em dezembro de 2020, a discussão sobre a incidência da regra da anualidade apenas faria sentido no caso da diretoria do Conselho Seccional, de conselheiros seccionais, de conselheiros federais, de diretoria da Caixa de Assistência dos Advogados, das diretorias dos

<sup>14</sup> <https://www.ecodebate.com.br/2020/11/25/as-mulheres-nas-eleicoes-municipais-de-2020/>

<sup>15</sup> Cita-se, por todos, Roberta Gresta: “Tem-se, portanto, que à temporalidade da estabilização normativa do art. 16 da CRFB: i) determina que somente leis vigentes ao menos um ano antes da data prevista para o encerramento do procedimento eleitoral serão a ele aplicáveis; ii) perdurará enquanto não encerrado o procedimento referido, mesmo que nova data seja designada para repetir votação invalidada, por eleição direta ou indireta); iii) é determinada em relação a cada procedimento eleitoral, de modo que é possível, por exemplo, que a lei vigente se aplique às eleições municipais mas não se aplique às eleições gerais ainda não encerradas validamente (exatamente o que não foi observado pelo TSE no RO 2246-61.2014.6.04.0000, quando aplicou redação do art. 224 do CE, dada por lei de 2015, ao procedimento eleitoral de 2014)”.

Conselhos Seccionais das Caixas de Assistência e do Conselho Federal, que por previsão legal ocorrem na segunda quinzena do mês de novembro (art. 63 do estatuto).

20. Em nenhum caso, cabe discutir a incidência da regra do art. 16 da CR/88 sobre a eleição da Diretoria do Conselho Federal, pois, nos termos do art. 67, IV do estatuto “no dia 31 de janeiro do ano seguinte ao da eleição, o Conselho Federal elegerá, em reunião presidida pelo conselheiro mais antigo, por voto secreto e para mandato de 3 (três) anos, sua diretoria, que tomará posse no dia seguinte. Quando desta eleição, já haverá decorrido mais de um ano da alteração normativa.

21. Portanto, tem-se uma **primeira conclusão**: aprovada a paridade para a **diretoria do Conselho Federal** em dezembro de 2020 ou janeiro de 2021, considerando que a eleição ocorrerá em 31 de janeiro de 2022, não há que se debater a incidência do art. 16 da CR/88.

22. Ultrapassado esse ponto, sendo o caso de avaliar norma cuja publicação ocorra a menos de um ano das eleições, tem-se que a alteração do processo eleitoral é o parâmetro para pronunciar a incidência da regra da anualidade o que exige, portanto, definir o que o texto constitucional emana quando delimita o *processo eleitoral*<sup>16</sup>.

23. A propósito é preciso observar que a interpretação desta abrangência já foi enfrentada, em diversas oportunidades, pelo Supremo Tribunal Federal<sup>17</sup>: i) ADI 354/DF: vigência imediata de novas regras sobre apuração de votos (eleições 1990); ii) RE 129.392/DF: vigência imediata da LC 64/90 (eleições 1990)<sup>18</sup>; iii) ADI 733/MG: criação de novos Municípios em ano eleitoral (eleições 1992)<sup>19</sup>; iv) ADI 3345/DF e ADI 3365/DF: definição de critérios para fixação do número de Vereadores pelas Câmaras Municipais por Resolução do TSE editada no ano eleitoral (eleições 2004)<sup>20</sup>; v) ADI 3685/DF:

<sup>16</sup> É certo que a aplicação do princípio da anterioridade da lei eleitoral pressupõe a definição, pelo Supremo Tribunal Federal, do significado da locução constitucional processo eleitoral, pois será, do 562 “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]” BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 354/DF, Relator: Ministro Octavio Gallotti, Tribunal Pleno, Julgado em: 24 set. 1990, DJ, p. 23, Publicado em: 22 jun. 2001, Ementário, v. 2036-01, Voto do Ministro Celso de Mello.

<sup>17</sup> Levantamento produzido e estruturado em GRESTA, Roberta Maia. Teoria do processo eleitoral democrático: a formação dos mandatos a partir da perspectiva da cidadania. UFMG: tese. Acesso em 12.12.2020. [https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-](https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-BBWKAZ/1/tese_para_banca__gresta__roberta_maia__teoria_do_processo_eleitoral__democra__tico.pdf)

BBWKAZ/1/tese\_para\_banca\_\_gresta\_\_roberta\_maia\_\_teoria\_do\_processo\_eleitoral\_\_democra\_\_tico.pdf. p. 183-252.

<sup>18</sup> Não incidência, acarretando a vigência imediata da LC 64/90, com aplicação às eleições de 1990.

<sup>19</sup> Não incidência, com reconhecimento da vigência imediata da lei que criou 33 municípios com observância dos requisitos formais para tanto.

<sup>20</sup> Não incidência sobre Resolução TSE 21.702/2004, que fixa quantitativos máximos de vereadores com base na prévia decisão do STF no RE 197.917/SP, por se tratar de simples operacionalização desta

verticalização das coligações (eleições 2006)<sup>21</sup>; vi) ADI 3741/DF: minirreforma eleitoral de 2006 (eleições 2006)<sup>22</sup>; vii) ADI 4298/TO MC: regras para eleição indireta de Governador (eleições 2006)<sup>23</sup>; viii) ADI 4307/DF: aplicação retroativa do número máximo de vereadores fixado na EC 58/2009 (eleições 2008)<sup>24</sup>; ix) RE 633.703/MG: aplicação imediata da LC 135/2010 (eleições 2010)<sup>25</sup>; x) RE 637.485/RJ: aplicação imediata de viragens jurisprudenciais do TSE (eleições 2008)<sup>26</sup>; xi) ADI 5577/DF: aplicação do parâmetro de representação parlamentar mínima para assegurar participação em debates (eleições 2016)<sup>27</sup>

24. O enfrentamento do elemento *processo eleitoral*, previsto no art. 16 da CR/88, enquanto instrumento de controle fundante do processo democrático recebeu pouca atenção da doutrina tradicional (constitucional e eleitoralista)<sup>28</sup> e aprofundamento teórico que ainda parece insuficiente do Supremo Tribunal Federal<sup>29</sup>.

25. A análise das decisões revela que não há uniformidade no esquema hermenêutico demandado pela regra da anualidade. É preciso reconhecer que não há vinculação necessária a uma concepção de *processo eleitoral*. Entretanto, em que pese a produção jurisprudencial até então tenha

---

<sup>21</sup> Incidência sobre EC que conferiu ampla liberdade de composição das coligações nas eleições gerais, por alterar as expectativas do eleitor e das agremiações partidárias e, ainda, impactar no resultado.

<sup>22</sup> Não incidência sobre regras de caráter “ eminentemente procedimental”, relativas a propaganda, financiamento e prestação de contas.

<sup>23</sup> Não incidência sobre as regras para realização de eleições extemporâneas destinadas a suprir a dupla vacância do cargo de Governador e Vice-Governador.

<sup>24</sup> Incidência sobre parâmetros que permitiriam a ampliação do número de cadeiras de vereadores após a diplomação, por constituir alteração do resultado de processo eleitoral encerrado (retroação de efeitos).

<sup>25</sup> Incidência sobre regras que afetem a competição eleitoral, desde seu início, fixado exatamente em um ano antes das eleições.

<sup>26</sup> Incidência nos seguintes termos: “as decisões do Tribunal Superior Eleitoral que, no curso do pleito eleitoral ou logo após o seu encerramento, impliquem mudança de jurisprudência, não têm aplicabilidade imediata ao caso concreto e somente terão eficácia sobre outros casos no pleito eleitoral posterior”

<sup>27</sup> Não incidência sobre lei publicada mais de um ano antes das eleições, inexistindo garantia de estabilidade das regras aplicáveis ao processo eleitoral que ultrapassem o marco objetivo do art. 16 da CRFB.

<sup>28</sup> “[...] invariavelmente, fragmenta-se a compreensão do processo eleitoral e não se promove sua teorização por uma teoria processual que considere a fundamentalidade dos direitos políticos como premissa. A literatura eleitoralista se vê, em larga medida, aprisionada pela hegemonia, muitas vezes velada, da teoria do processo como relação jurídica e seus desdobramentos instrumentalistas. Daí que seja necessário promover a desnaturalização da influência daquela teoria sobre a concepção de processo eleitoral.” GRESTA, Roberta Maia. Teoria do processo eleitoral democrático: a formação dos mandatos a partir da perspectiva da cidadania. UFMG: tese. Acesso em 12.12.2020. [https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-BBWKAZ/1/tese\\_para\\_banca\\_\\_\\_gresta\\_\\_\\_roberta\\_maia\\_\\_\\_teoria\\_do\\_processo\\_eleitoral\\_\\_\\_democra\\_\\_\\_tico.pdf](https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-BBWKAZ/1/tese_para_banca___gresta___roberta_maia___teoria_do_processo_eleitoral___democra___tico.pdf). p. 167.

<sup>29</sup> GRESTA, Roberta Maia. Teoria do processo eleitoral democrático: a formação dos mandatos a partir da perspectiva da cidadania. UFMG: tese. Acesso em 12.12.2020.

[https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-BBWKAZ/1/tese\\_para\\_banca\\_\\_\\_gresta\\_\\_\\_roberta\\_maia\\_\\_\\_teoria\\_do\\_processo\\_eleitoral\\_\\_\\_democra\\_\\_\\_tico.pdf](https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-BBWKAZ/1/tese_para_banca___gresta___roberta_maia___teoria_do_processo_eleitoral___democra___tico.pdf). p. 152.



sido incapaz de estabelecer um parâmetro claro e estável de *processo eleitoral*, em construção subsequente, **o Supremo Tribunal Federal forma posição consensual no sentido de afastar a regra da anualidade como restrição à vigência imediata de ações afirmativas.**

26. Na ADI 5617, de relatoria do **Min. Edson Fachin**, e na Consulta 0600252- 18.2018.6.00.0000, de relatoria da **Min. Rosa Weber**, ambas tratando dos incentivos à participação feminina da política, tanto Supremo Tribunal Federal quanto Tribunal Superior Eleitoral concluíram pela aplicação imediata do conteúdo da decisão que alterava o parâmetro de incidência da norma de distribuição de recursos para as campanhas eleitorais.

27. No mesmo sentido, no julgamento da MC ADPF 738, o Rel. **Min. Ricardo Lewandowski** reafirmou posição adotada na ADI 3741, acompanhando pela maioria do plenário do Supremo Tribunal Federal, ao dar vigência imediata à distribuição dos fundos eleitoral e partidário vinculada ao percentual de negros, asseverou que:

“Não obstante a coincidência de pontos de vista quanto à necessidade da adoção de políticas afirmativas para promover candidaturas de pessoas negras no âmbito eleitoral, o TSE cindiu-se no tocante ao momento da entrada em vigor das medidas propugnadas. Como visto, prevaleceu, por maioria de votos, o entendimento segundo o qual os incentivos propostos não seriam colocados em prática nas próximas eleições, mas somente naquelas realizadas a partir de 2022. [...] Não obstante a coincidência de pontos de vista quanto à necessidade da adoção de políticas afirmativas para promover candidaturas de pessoas negras no âmbito eleitoral, o TSE cindiu-se no tocante ao momento da entrada em vigor das medidas propugnadas. Como visto, prevaleceu, por maioria de votos, o entendimento segundo o qual os incentivos propostos não seriam colocados em prática nas próximas eleições, mas somente naquelas realizadas a partir de 2022. Preponderou o argumento segundo o qual o art. 16 Constituição, que abriga o denominado ‘princípio da anterioridade’, determina que ‘a lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência’. **É certo que o STF, em alguns precedentes, emprestou uma interpretação extensiva ao mencionado dispositivo constitucional, assentando que mudanças jurisprudenciais, que alterem o processo eleitoral, somente se aplicam às eleições que ocorrerem após o transcurso de um ano. Não obstante, parece-me, pelo menos nesse juízo provisório ao qual ora procedo, que a resposta formulada pelo TSE não pode ser compreendida como uma alteração do processo eleitoral.** Isso porque o Supremo Tribunal Federal, na ADI 3.741, também de minha relatoria, julgada em 6/9/2006, estabeleceu, por votação unânime, que só ocorre ofensa ao princípio da anterioridade nas hipóteses de: (i) rompimento da igualdade de participação dos partidos políticos ou candidatos no processo eleitoral; (ii) deformação que afete a normalidade das eleições; (iii) introdução de elemento perturbador do pleito; ou (iv) mudança motivada por propósito casuístico. No caso dos autos, **é possível constatar que o TSE não promoveu qualquer inovação nas normas relativas ao processo eleitoral, concebido em sua acepção mais estrita, porquanto não modificou a disciplina das convenções partidárias, nem os coeficientes eleitorais e nem tampouco a extensão do sufrágio universal. Apenas introduziu um aperfeiçoamento nas regras relativas à propaganda, ao financiamento das campanhas e à prestação de contas, todas com caráter eminentemente**

**procedimental, com o elevado propósito de ampliar a participação de cidadãos negros no embate democrático pela conquista de cargos políticos.** O incentivo proposto pelo TSE, ademais, **não implica qualquer alteração das ‘regras do jogo’ em vigor.** Na verdade, a Corte Eleitoral somente determinou que os partidos políticos procedam a uma distribuição mais igualitária e equitativa dos recursos públicos que lhe são endereçados, quer dizer, das verbas resultantes do pagamento de tributos por todos os brasileiros indistintamente. E, é escusado dizer, que, em se tratando de verbas públicas, cumpre às agremiações partidárias alocá-las rigorosamente em conformidade com os ditames constitucionais, legais e regulamentares pertinentes. De resto, **a obrigação dos partidos políticos de tratar igualmente, ou melhor, equitativamente os candidatos decorre da incontornável obrigação que têm de resguardar o regime democrático e os direitos fundamentais (art. 16, caput, da CF) e do inarredável dever de dar concreção aos objetivos fundamentais da República, dentre os quais se destaca o de ‘promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade’ (art. 3º, IV, CF).”**

28. Embora se possa sustentar que os precedentes inserem a modificação na rubrica de *financiamento de campanhas ou prestação de contas* – que seriam excluídos do conteúdo de *processo eleitoral*, não é essa a minha compreensão sobre a matéria. Apesar de o ponto específico não ter sido objeto de maior aprofundamento, os fundamentos dos votos proferidos pela maioria dos integrantes do Supremo Tribunal Federal parecem mais consentâneos com a compreensão de que as ações afirmativas têm por objetivo **garantir a efetividade das regras do jogo e não o contrário.**

27. O que significa dizer que a regra da anualidade tem estatura constitucional e o conteúdo do quanto se compreenda por *processo eleitoral* não pode ser afastado **exceto para assegurar a sobrevivência e o pleno exercício de outro direito também previsto em cláusula pétreia, como o pleno exercício de um direito e garantia individual (art. 60, §4, IV da CR/88).** Exatamente o que ocorre quando estão em causa ações afirmativas como a cota de gênero.

28. Embora não enfrente o tema da perspectiva específica das modificações que dão vigência à ações afirmativas em sua tese de doutorado, não se desconhece posição de Roberta Gresta<sup>30</sup> dando sentido objetivo e abrangente à expressão *processo eleitoral* como conteúdo da regra da anualidade:

“Tomado esse arcabouço conceitual, é possível afirmar que uma lei que altera o processo eleitoral é aquela que modifica a normatividade que repercute sobre a formação dos mandatos eletivos. O que propugna o art. 16 da CRFB é que se estabilizem não apenas as normas coconstitucionalizantes (princípios, premissas e pressupostos que compõem o estatuto dos direitos políticos), mas, também, as regras e procedimentos coconstitucionalizados que regulamentem o procedimento eleitoral [...] concepção teórica de processo eleitoral democrático paulatinamente construída ao longo da tese:

<sup>30</sup> GRESTA, Roberta Maia. Teoria do processo eleitoral democrático: a formação dos mandatos a partir da perspectiva da cidadania. UFMG: tese. Acesso em 12.12.2020.

<https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS->

[BBWKAZ/1/tese\\_para\\_banca\\_\\_\\_gresta\\_\\_\\_roberta\\_maia\\_\\_\\_teoria\\_do\\_processo\\_eleitoral\\_\\_\\_democra\\_\\_\\_tico.pdf](https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-)

processo eleitoral é o espaço discursivo demarcado pelos princípios institutivos do processo e pelo estatuto constitucional dos direitos políticos para atuação da Cidadania na concreção da estatalidade democrática, no qual os legitimados ativos exercem sua competência decisória de formação dos mandatos eletivos, em posição isomênica com o Estado e com os demais componentes da comunidade”<sup>31</sup>

29. Entretanto, com todo o respeito e acatamento a posicionamentos em contrário, em detrimento de um conceito procedimental ou judicial da expressão constitucional *processo eleitoral*, parte-se da compreensão de que o processo eleitoral equivale às fases de concretização dos direitos fundamentais constitucionais atribuídos aos cidadãos, especificamente, de participar de assuntos públicos e de serem eleitos para cargos públicos. Diante da realidade fática que, por anos, tem revelado força suficiente para **abolir a isonomia entre os gêneros, a ação afirmativa se apresenta como garantia de vigência do quanto disposto no art. 14 e 60, §4º, IV da CR/88.**

29. Com efeito, em face da fundamentalidade do exercício dos direitos políticos e da estatura constitucional da também regra prevista nos dispositivos referenciados, é de se concluir que as normas que têm por conteúdo a previsão de ações afirmativas não se submetem à incidência da regra da anualidade prevista no art. 16 da CR/88. Como bem pontua Ana Del Pino Carazo, a incidência de restrições como esta tem como princípio básico “a interpretação favorável à plena eficácia dos direitos fundamentais”<sup>32</sup>

30. De fato, sendo o art. 16 norma que contém expressão constitucional limitadora de produção normativa, diretamente relacionada ao exercício de direitos fundamentais, não pode ser lida a partir

---

<sup>31</sup> Submetidas a testes argumentativos, essas premissas permitem sustentar que: i) a partir de uma compreensão da Constituição como marco teórico-discursivo, o processo eleitoral pode ser enunciado como quarta matriz processual, ao lado do processo legislativo, do administrativo e do judicial, cuja inserção linguística e sistêmica evidenciam sua pretensão normativa de que a formação de mandatos eletivos, decisão de competência dos cidadãos, tenha por locus o devido processo legal coinstitucionalizado e coinstitucionalizante; ii) a naturalização da instrumentalidade do processo tem comprometido a adequada apreensão dessa pretensão normativa, tanto pela literatura quanto pela jurisprudência, que culmina na redução do processo eleitoral a um recorte temporal cuja função teleológica é casuisticamente definida para atender a diretrizes metajurídicas associadas a um ideal cívico; iii) a teoria neoinstitucionalista do processo é, dentre as teorias concorrentes, a que se mostra apta a expor e superar a instrumentalidade do processo, permitindo, a partir da demarcação do processo como metainstituição igualadora da Cidadania e do Estado, a teorização do processo eleitoral no paradigma da processualidade democrática GRESTA, Roberta Maia. Teoria do processo eleitoral democrático: a formação dos mandatos a partir da perspectiva da cidadania. UFMG: tese. Acesso em 12.12.2020. [https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-BBWKAZ/1/tese\\_para\\_banca\\_\\_\\_gresta\\_\\_roberta\\_maia\\_\\_\\_teoria\\_do\\_processo\\_eleitoral\\_\\_democra\\_\\_tico.pdf](https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-BBWKAZ/1/tese_para_banca___gresta__roberta_maia___teoria_do_processo_eleitoral__democra__tico.pdf). p. 407.

<sup>32</sup> p. 21

dos marcos definidos pelas normas infraconstitucionais<sup>33</sup>. Significa dizer que as leis eleitorais ao fixarem marcos temporais para a data das eleições, das convenções e registro não podem ter força normativa superior ao quanto disposto no próprio texto constitucional.

31. A leitura do art. 16 em conjunto com o art. 60, §4º, VI da CR/88 leva em conta o aleta de Carrió no sentido de que a linguagem normativa é aquela utilizada, entre outras coisas, para *“atribuir ou reconhecer direitos; afirmar que alguém tem (ou não tem) uma competência, um dever, um direito, uma responsabilidade; impor direitos ou obrigações; afirmar que algo feito por alguém é (ou não é) uma transgressão ou que merece (ou não) um prêmio ou punição”*<sup>34</sup>. E tem em consideração exatamente a perspectiva de que se há na linguagem uma ambiguidade, tal não quer dizer que não existam limites ao estabelecimento do que ela quer dizer, sob pena de produzir-se *“distintas formas de sem sentido”*, que *“ajudam a delimitar, de fora pra dentro, a área na qual a linguagem normativa pode ser usada, por assim dizer, a sério e com eficácia”*<sup>35</sup>

32. Essa perspectiva também parece se confirmada por Rodolfo Viana Pereira, ao afirmar que: [...] a democracia é um conceito semanticamente e estruturalmente condicionado. Semanticamente condicionado porque em face da ausência de consenso sobre seus elementos definidores torna-se obrigatório sustentar uma versão do que ela deve significar. [...] estruturalmente condicionado [porque] **a democracia não se realiza em abstrato, nem se mantém sem instituições, procedimentos e regras operacionais.**<sup>36</sup>

33. Para incidência do art. 16 da CR/88 **quando confrontado com alterações que tragam à vigência ações afirmativas**, o que se deve verificar, portanto, é se as modificações pretendidas afetam **o concreto exercício e a viabilidade de direitos políticos, que são direitos individuais**

<sup>33</sup> LIBERATO, Ludgero, O alcance do conceito do processo jurisdicional eleitoral no Direito brasileiro, in: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber (Orgs.), Direito processual eleitoral, Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 24–25.

<sup>34</sup> CARRÍO, Genaro, *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Buenos Aires: Astrea, 2001., p. 19

<sup>35</sup> Tradução extraída do original em espanhol: “el uso del lenguaje normativo o de ciertas expresiones pertenecientes a él produce, a veces, distintas formas de sinsentido, en una acepción amplia de esta palabra, que incluye lo disparatado y lo absurdo. Y añadiré que es útil explorar esas formas de sinsentido, entre otras razones porque algunas de ellas ayudan a delimitar, desde afuera, el área dentro de la cual el lenguaje normativo puede usarse, por decirlo así, “en serio” y con eficacia, y fuera de la cual, para repetir una metáfora conocida, se va de vacaciones y empieza a operar locamente como una turbina que girase en el aire fuera de sus engranajes.” In: GRESTA, Roberta Maia. Teoria do processo eleitoral democrático: a formação dos mandatos a partir da perspectiva da cidadania. UFMG: tese. Acesso em 12.12.2020. [https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-BBWKAZ/1/tese\\_para\\_banca\\_\\_gresta\\_\\_roberta\\_maia\\_\\_teoria\\_do\\_processo\\_eleitoral\\_democra\\_tico.pdf](https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-BBWKAZ/1/tese_para_banca__gresta__roberta_maia__teoria_do_processo_eleitoral_democra_tico.pdf)

<sup>36</sup> PEREIRA, Rodolfo Viana, Direito Constitucional Democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade, 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 69.

**fundamentais.** Não se trata de uma proteção potencial, mas de interferência concreta que busca **restaurar o que a realidade insiste em abolir.** A história de desequiparação de gênero e raça, de contexto estrutural, inviabilizaram o exercício desses direitos individuais em condição de isonomia. A restauração dessa condição, por meio de ações afirmativas, não pode encontrar óbice na regra da anualidade, por contrariar em extensão oposta o quanto disposto no art. 60, §4º da CR/88.

33. O que se tem em causa nas ações afirmativas são normas cujo objetivo é **assegurar a sobrevivência de direitos de estatura constitucional superior ou, no mínimo, de mesma estatura da regra da anualidade, pois assegurados em cláusula pétreia.** Embora não tenha se dedicado ao tema nessa extensão – como visto – a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal dá suporte à conclusão.

34. No dizer do eminente Ministro Sepúlveda Pertence, ao lembrar as palavras de Norberto Bobbio, a regra da anualidade diz respeito à preservação das *regras do jogo* em torno da democracia, cujo único ponto de acordo possível, quando se falar de democracia *“entendida como contraposta a todas as formas de autocracia, é o de considerá-la caracterizada por um conjunto de regras primárias e fundamentais, que estabelecem quem está a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos”*. (STF, ADI 354, rel. Min. Octavio Gallotti, DJ de 22.6.2001).

35. Ao julgar a ADI 3.345, relatada pelo eminente Ministro Celso de Mello, e manter a Res.-TSE 21.702, de 2004, que fixava o número de vereadores para a eleição, assentou que *“a norma consubstanciada no art. 16 da Constituição da República, que consagra o postulado da anterioridade eleitoral (cujo precípuo destinatário é o Poder Legislativo), vincula-se, em seu sentido teleológico, à finalidade ético-jurídica de obstar a deformação do processo eleitoral mediante modificações que, casuisticamente introduzidas pelo Parlamento, culminem por romper a necessária igualdade de participação dos que nele atuam como protagonistas relevantes (partidos políticos e candidatos), vulnerando-lhes, com inovações abruptamente estabelecidas, a garantia básica de igual competitividade que deve sempre prevalecer nas disputas eleitorais”* (DJe de 20.8.2010).

36. Doutrinariamente, a de Néviton Guedes não é divergente ao relembrar que a referida norma, em sua concepção original, *“(…) busca, em síntese, proteger o processo eleitoral de mudanças casuísticas, ou seja, alterações que possam atender aos interesses de quem, na condição de legislador e simultaneamente destinatário da norma, sabe que terá que enfrentar a disputa eleitoral*

*proximamente e poderá, por isso mesmo, cultivar a tentação de introduzir alterações legislativas com o propósito inconfessável de obter vantagens em futuras eleições*<sup>37</sup>.

37. Como registra Rodrigo Cyrineu em sua dissertação de mestrado intitulada *“Alterações jurisprudenciais no Direito Eleitoral”*, esse contingenciamento de ordem temporal imposto à atividade legiferante do Congresso Nacional, no plano específico do Direito Eleitoral, justifica-se, no escólio de Fávila Ribeiro, como forma de impedir que as eleições *“fiquem ao sabor do dirigismo normativo das forças dominantes de cada período, alterando-se as leis sem qualquer resguardo ético, aos impulsos de eventuais conveniências, em círculo vicioso, para impedir que as minorias de hoje tenham legítima ascensão ao poder”*.<sup>38</sup>

38. Diverge-se quanto ao fundamento intrínseco da norma que para alguns residiria em seu caráter moralizador, o qual *“impede mudanças ‘ad hoc’ no processo eleitoral”*<sup>39</sup> e para outros *“busca proibir o casuísmo eleitoral, usado durante a época do Estado autoritário”*.<sup>40</sup> De um modo ou de outro, representa a clara repulsa, pelos constituintes, de prática que leva a um regime de exceção: manipular regras eleitorais atingindo candidatos determináveis<sup>41</sup>.

39. O princípio da anualidade eleitoral, portanto, foi idealizado e instituído tendo como pressuposto a preocupação real com os perigos ofertados pelas maiorias dominantes no seio do Poder Legislativo da União (titular exclusivo da competência para alterar as regras de Direito Eleitoral). Esse receio residia no poder das grandes bancadas federais, em detrimento da necessária igualdade que deveria existir entre todos os partidos, grandes ou pequenos. Por todos, Celso Ribeiro Bastos assim captou a vontade do constituinte:

---

<sup>37</sup> GUEDES, Néviton. Comentário ao artigo 16. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013. p. 689.

<sup>38</sup> RIBEIRO, Fávila. **Pressupostos Constitucionais do Direito Eleitoral**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990. p. 93.

<sup>39</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1. p. 134.

<sup>40</sup> PINTO FERREIRA. **Comentários à Constituição Brasileira**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 317.

<sup>41</sup> CYRINEU, Rodrigo. *Alterações jurisprudenciais no Direito Eleitoral*. Dissertação de mestrado defendida no Instituto Brasiliense de Direito Público, 2019. REIS, Daniel Gustavo Falcão Pimentel dos. **Ativismo judicial no Brasil: o caso da verticalização**. 2014. 60 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo São Paulo, 2014. p. 255: *“O constituinte originário o previu para prevenir o sistema político-eleitoral brasileiros de alterações casuísticas como as verificadas durante o Regime Militar de 1964 (vide itens 3.4.2, 4.3 e 4.4 para o exame da evolução histórica da legislação eleitoral brasileira). A manipulação dos pleitos por meio da legislação eleitoral é característica histórica inerente ao Brasil. A anterioridade eleitoral, portanto, veio no bojo de garantir maior segurança jurídica, confiabilidade e legitimidade às eleições brasileiras”*.

(...) A preocupação fundamental consiste em que a lei eleitoral deve respeitar o mais possível a igualdade entre os diversos partidos, estabelecendo regras equânimes, que não tenham por objetivo favorecer nem prejudicar qualquer candidato ou partido. Se a lei for aprovada já dentro do contexto de um pleito, com uma configuração mais ou menos delineada, é quase inevitável que ela será atraída no sentido dos diversos interesses em jogo, nessa altura já articulados em candidaturas e coligações. A lei eleitoral deixa de ser aquele conjunto de regras isentas, a partir das quais os diversos candidatos articularão as suas campanhas, mas passa ela mesma a se transformar num elemento da batalha eleitoral. É, portanto, a ‘vacatio legis’ contida neste art. 16, medida saneadora e aperfeiçoadora do nosso processo eleitoral.<sup>42</sup>

40. Diante da dificuldade de estabelecer um pressuposto teórico estável para o conteúdo de *processo eleitoral*, a doutrina e jurisprudência parecem convergir para a compressão geral de que a regra da anualidade tem forte incidência quando há risco de quebra da igualdade de chances entre os participantes do processo eleitoral. Pois é o exato oposto que ocorre em normas que dispõem sobre ações afirmativas por pressuposto lógico: **restauração da igualdade material que a isonomia formal não foi capaz de assegurar**.

41. A partir do quanto exposto, pode-se apresentar uma **segunda conclusão**: a regra da anualidade não pode ser afastada **exceto para assegurar a sobrevivência e o pleno exercício de outro direito também previsto em cláusula pétrea, como o pleno exercício de um direito e garantia individual (art. 60, §4, IV da CR/88)**. Não se sujeitam, portanto, ao disposto no art. 16 da CR/88 normas que alterem o processo eleitoral para implementar ações afirmativas, pois buscam **assegurar o concreto exercício e a viabilidade de direitos políticos que a realidade insiste em abolir**.

42. Finalmente, observam-se que as alterações promovidas no Regulamento Geral da OAB prevendo o percentual de 30/70% como cota de gênero, em 2018, não chegaram a produzir efeitos. Passariam a **vigorar a partir das eleições de 2021**, conforme disposto no art. 156 do próprio regulamento. Apesar do percentual diferente – no debate atual está em pauta a paridade – desde 2018 a imposição da ação afirmativa encontra-se em *vacatio*.

43. Em razão desta *vacatio* que pende desde 2018, mesmo supondo que as alterações que implementem ações afirmativas atraiam a incidência da regra da anualidade, não seria esse o caso.

44. A regra da anualidade dispõe que mesmo as leis que alterarem o processo eleitoral “**entrar[ão] em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência**”. A leitura do dispositivo levaria à conclusão de que a regra da anualidade nada

<sup>42</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2. p. 596-7.

mais faz que estabelecer *vacatio legis* em prazo mínimo para normas que alterem o processo eleitoral.

45. Com efeito, como a ação afirmativa em questão foi publicada em 2018, optando por *vacatio* de três anos, superior, portanto, à exigência constitucional baseada na anualidade, não se poderia exigir ainda mais um triênio posterior à sua vigência para que passe a produzir efeitos especificamente no processo eleitoral da OAB.

#### **IV - CONCLUSÃO**

46. Diante do exposto, conclui-se que:

i) a garantia de paridade de gênero no processo eleitoral assegura o efetivo exercício de direitos e garantias individuais que, **embora o texto constitucional tenha previsto de forma abstrata, a realidade aboliu**. A concreção da desigualdade fez ceder o que vêm assegurado em cláusula pétrea (art. 60, §4º, IV da CR/88) e que a política de cotas, tendo por norte a fundamentalidade dos direitos políticos, busca efetivar;

ii) aprovada a paridade para a **diretoria do Conselho Federal** em dezembro de 2020/janeiro de 2021, considerando que a eleição ocorrerá em 31 janeiro de 2022, não há que se debater a incidência do art. 16 da CR/88.

iii) para eleição da diretoria do Conselho Seccional, de conselheiros seccionais, de conselheiros federais, de diretoria da Caixa de Assistência dos Advogados, das diretorias dos Conselhos Seccionais das Caixas de Assistência e do Conselho Federal, que por previsão legal ocorrem na segunda quinzena do mês de novembro de 2021, embora a análise das decisões do Supremo Tribunal Federal revele que não há uniformidade no esquema hermenêutico demandado pela regra da anualidade e que não há vinculação necessária a uma concepção de *processo eleitoral*, em construção subsequente, **a Corte formou posição consensual no sentido de afastar a regra da anualidade como restrição à vigência imediata de ações afirmativas.**

iv) a regra da anualidade não pode ser afastada **exceto para assegurar a sobrevivência e o pleno exercício de outro direito também previsto em cláusula pétrea, como o pleno exercício de um direito e garantia individual (art. 60, §4, IV da CR/88)**. Não se sujeitam, portanto, ao disposto no art. 16 da CR/88 normas que alterem o processo eleitoral para implementar ações afirmativas, pois



buscam assegurar o concreto exercício e a viabilidade de direitos políticos que a realidade insiste em abolir.

v) a regra da anualidade dispõe que mesmo as leis que alterarem o processo eleitoral “*entrar[ão] em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência*” e, portanto, nada mais faz que estabelecer *vacatio legis* em prazo mínimo para normas que alterem o processo eleitoral.

vi) como a ação afirmativa em questão foi publicada em 2018, optando por *vacatio* de três anos, superior, portanto, à exigência constitucional baseada na anualidade, não se poderia exigir ainda mais um triênio posterior à sua vigência para que passe a produzir efeitos especificamente no processo eleitoral da OAB.

É o parecer. Salvo melhor juízo.

Marilda de Paula Silveira - OAB-DF 33.954

*Mestre e doutora em Direito Público pela UFMG. Professora de Direito Administrativo e Eleitoral da graduação e do programa de Pós-graduação stricto sensu IDP/EDB. Coordenadora acadêmica da pós-graduação lato sensu em Direito Eleitoral da mesma instituição. Membro fundadora da ABRADep e membro do IBRADE. Pesquisadora líder do Observatório Eleitoral - LiderA IDP/EDB e Pesquisadora membro do CEDAU/USP. Coordenadora da Transparência Eleitoral Regional Brasil. Advogada sócia da Silveira e Unes Advogados Associados*