

Anais da Jornada de **DIREITO ELEITORAL**



Anais da Jornada de **DIREITO ELEITORAL**



Operários, 1933. Óleo sobre tela de Tarsila do Amaral



EMAG
ESCOLA DE MAGISTRADOS
DA JUSTIÇA FEDERAL
DA 2ª REGIÃO



Edição especial comemorativa dos 20 anos da EMAG

Equipe editorial

Diretor de Subsecretaria da EMAG	Humberto Heitor Rossitti Filho
Diretora da Divisão de Relações Públicas e Publicações Acadêmicas	Valquíria Rodrigues Costa
Jornalista Responsável	Clarice Michielan – MTB 23710
Revisão	João Rodrigues de Jesus Vera Lucia Emidio
Colaboradores	Miriam Yocie Iza Nilton Tadeu de Queiroz Alonso
Estagiários de Comunicação	Enrique Costa Henriques Urzúa Rafaella Queiroz Guimarães Marchetti Thais Valverde Faria
Capa	<i>Luz no Fim do Túnel</i> , de Márcia Hoffmann do Amaral e Silva Turri, Juíza Federal, vencedora do I Concurso de Fotografia da Escola de Magistrados da Justiça Federal da 3ª Região
Projeto gráfico e diagramação	Wladimir Wagner Rodrigues
Impressão	Divisão de Serviços Gráficos do Tribunal Regional Federal da 3ª Região

Jornada de Direito Eleitoral (2012 : São Paulo, SP)

Anais da Jornada de Direito Eleitoral / Escola de Magistrados da Justiça Federal da 3ª Região - EMAG. – São Paulo : Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 2013.
256 p.

Edição especial comemorativa dos 20 anos da EMAG.

Evento realizado de 22 a 24 de agosto de 2012 no Auditório do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, São Paulo, credenciado pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM).

1. Direito Eleitoral - Brasil. 2. Direito Eleitoral - Eventos. I. Escola de Magistrados da Justiça Federal da 3ª Região (EMAG). II. Título.

CDD 342.8107

CDU 342.8

Avenida Paulista, 1912 – 3º andar – Edifício Funcef Center – 01310-924 – São Paulo – SP
www.trf3.jus.br/emag | e-mail: emag@trf3.jus.br
Telefones: (011) 3012-1781 e 3012-1785 – Fax: (011) 3012-2050

Esta publicação não é comercializada.

As opiniões expressas pelos autores não refletem, necessariamente, o pensamento da Escola de Magistrados da Justiça Federal da 3ª Região.

Jornada de DIREITO ELEITORAL

Evento em comemoração dos 20 anos da Escola de Magistrados da Justiça Federal da 3ª Região, realizado de 22 a 24 de agosto de 2012, no auditório do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em São Paulo. Credenciado pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), este evento faz parte do Plano Nacional de Aperfeiçoamento e Pesquisa para Juízes Federais (PNA).

Realização

Centro de Estudos Judiciários (CEJ)

Diretor: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Corregedor-Geral da Justiça Federal

Escola de Magistratura Federal da 1ª Região (ESMAF)

Diretor: Desembargador Federal JOSÉ AMILCAR MACHADO

Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região (EMARF)

Diretora: Desembargadora Federal LILIANE RORIZ

Escola de Magistrados da Justiça Federal da 3ª Região (EMAG)

Diretor: Desembargador Federal MAIRAN MAIA

Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (EMAGIS)

Diretor: Desembargador Federal LUIZ FERNANDO WOWK PENTEADO

Escola de Magistratura Federal da 5ª Região (ESMAFE)

Diretor: Desembargador Federal MANOEL ERHARDT

Coordenação Científica

Daniel Santos Rocha Sobral – Juiz Federal da 1ª Região

Helena Elias Pinto e Caio Márcio Gutterres Taranto – Juízes Federais da 2ª Região

Otávio Henrique Martins Port – Juiz Federal da 3ª Região

Coordenação Executiva

Maria das Graças Costa Baldez – Subsecretária de Pesquisa e Programas Educacionais do CEJ

Lívia Contreiras (Assessora da ESMAF)

Vanessa Martins (Assessora da EMAG)

Apoio

Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE)

Defensoria Pública da União (DPU)

Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU)

Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR)

Associação dos Juízes Federais da 1ª Região (AJUFER)

Associação dos Juízes Federais do Rio de Janeiro e Espírito Santo (AJUFERJES)

Associação dos Juízes Federais de São Paulo e Mato Grosso do Sul (AJUFESP)

**DIRETORIA DA ESCOLA DE MAGISTRADOS
DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO**

Diretor

Desembargador Federal Mairan Maia

Membros da Diretoria

Desembargador Federal Nelton dos Santos

Desembargadora Federal Cecilia Mello

Desembargadora Federal Vesna Kolmar

Tribunal Regional Federal da 3ª Região

NEWTON DE LUCCA

Presidente

MARIA SALETTE CAMARGO NASCIMENTO

Vice-Presidente

FÁBIO PRIETO DE SOUZA

Corregedor-Regional

Desembargadores Federais

MÁRCIO JOSÉ DE MORAES

DIVA PRESTES MARCONDES MALERBI

PAULO OCTAVIO BAPTISTA PEREIRA

ANDRÉ NABARRETE NETO

MARLI MARQUES FERREIRA

ROBERTO LUIZ RIBEIRO HADDAD

OTÁVIO PEIXOTO JÚNIOR

CECÍLIA MARIA PIEDRA MARCONDES

THEREZINHA ASTOLPHI CAZERTA

MAIRAN GONÇALVES MAIA JÚNIOR

NERY DA COSTA JÚNIOR

ALDA MARIA BASTO CAMINHA ANSALDI

LUIZ CARLOS HIROKI MUTA

CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA

MARISA FERREIRA DOS SANTOS

LUIZ ANTONIO JOHNSOM DI SALVO

NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS

SÉRGIO DO NASCIMENTO

VERA LUCIA ROCHA SOUZA JUCOVSKY

REGINA HELENA COSTA

ANDRÉ CUSTÓDIO NEKATSCHALOW

NELSON BERNARDES DE SOUZA

WALTER DO AMARAL

LUIZ DE LIMA STEFANINI

LUÍS PAULO COTRIM GUIMARÃES

MARIA CECILIA PEREIRA DE MELLO

VESNA KOLMAR

ANTONIO CARLOS CEDENHO

MARIA LUCIA LENCASTRE URSAIA

JOSÉ MARCOS LUNARDELLI

DALDICE MARIA SANTANA DE ALMEIDA

FAUSTO MARTIN DE SANCTIS

PAULO GUSTAVO GUEDES FONTES

Anais da Jornada de

DIREITO ELEITORAL

SUMÁRIO

13 SOLENIDADE DE ABERTURA

37 ASPECTOS POLÊMICOS DA LEGISLAÇÃO
ELEITORAL
Arnaldo Versiani Leite Soares

55 A CONSTRUÇÃO DA CIDADANIA
E AS ELEIÇÕES DE 2012
Sandra Cureau

79 FEDERALISMO CONSTITUCIONAL
E JUSTIÇA ELEITORAL
Gustavo Sampaio Telles Ferreira

111 A JUSTIÇA ELEITORAL E A MAGISTRATURA
FEDERAL
Daniel Santos Rocha Sobral

137 ABUSO DE PODER ECONÔMICO E POLÍTICO
Marcelo Velasco Nascimento Albernaz

155 ELEIÇÕES MUNICIPAIS E A LEI DA FICHA
LIMPA
Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti

- 175 CONDIÇÃO DE ELEGIBILIDADE
Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz
- 185 INELEGIBILIDADE E RELAÇÕES FAMILIARES
Guilherme Calmon Nogueira Viana
- 203 FINANCIAMENTO DE CAMPANHA ELEITORAL:
UMA VISÃO CRÍTICA
Pedro Barbosa Pereira Neto
- 227 SOLENIDADE DE ENCERRAMENTO
- 229 DEMOCRACIA E REPRESENTAÇÃO POLÍTICA
Rogério Dultra dos Santos
- 245 PALAVRAS FINAIS

Solenidade de abertura

22 de agosto de 2012

A solenidade de abertura foi presidida pelo Desembargador Federal Newton De Lucca, Presidente do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Integraram a mesa de honra:

- *Ministro João Otávio de Noronha, Corregedor-Geral da Justiça Federal e Diretor do Centro de Estudos Judiciários*
- *Desembargadora Federal Salette Nascimento, Vice-Presidente do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*
- *Desembargador Federal Fábio Prieto, Corregedor-Regional da Justiça Federal da 3ª Região*
- *Desembargador Federal Mairan Maia, Diretor da Escola de Magistrados da Justiça Federal da 3ª Região*
- *Doutor Afonso Carlos Roberto do Prado, Subdefensor Público-Geral Federal – DPU*

Palavras iniciais

Desembargador Federal Mairan Maia

Diretor da EMAG

Cumprimento-me consignar a grande honra que é para a Escola de Magistrados da Justiça Federal da 3ª Região, ao festejar 20 anos de existência, sediar este evento. É o primeiro evento organizado em cooperação entre o Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal e as cinco Escolas da Magistratura Federal.

Ao longo dos próximos dias, teremos a oportunidade ímpar de aprofundar conhecimentos e de ponderar questões de relevância e atualidade na temática do Direito Eleitoral. A ocasião é muito própria, porque conjuga o aniversário de marcos históricos a questões que estão na pauta do dia. Ao mesmo tempo em que se comemoram 80 anos de criação da Justiça Eleitoral, acompanhamos uma florescência de debates e de transformações nas searas política e eleitoral, fincados em imperativos como a moralização da conduta política, a otimização do processo eleitoral, a efetividade do sistema representativo e a plenitude do exercício da cidadania.

Faço menção, aqui, a temas como as condições de elegibilidade, objeto da Lei da Ficha Limpa, e a tantos que têm surgido no ensejo da reforma do Código Eleitoral e da reforma política.

De modo geral, cuida-se de buscar, hoje, um sistema político-eleitoral que favoreça o fortalecimento das agremiações

políticas e, concomitantemente, aperfeiçoe a representatividade popular. É desafio perene: garantir, num modelo de democracia representativa partidária, que a vontade do povo seja sempre respeitada. Na síntese do jurista espanhol Manuel García-Pelayo, cabe aos partidos políticos a função de “converter as necessidades expressas ou latentes e os anseios mais ou menos difusos de parcelas da população em pretensões exatas e concretas”¹, factíveis pelo Estado; em contraponto, o representante político, uma vez eleito, como anota Norberto Bobbio, “não é diretamente responsável perante seus eleitores, porque convocado a tutelar interesses gerais da sociedade civil e não os interesses particulares desta ou daquela categoria”².

Instala-se a crise político-partidária precisamente quando as agremiações não mais se mostram capazes de aferir as demandas sociais e convertê-las em decisões políticas. O enfraquecimento político-ideológico dos partidos dá lugar à personalização do voto nas eleições proporcionais, além de favorecer a fragmentação do quadro partidário e a transposição constante de mandatários políticos entre as legendas. O fluxo de recursos privados às campanhas tende a elevar seu custo, correndo-se o risco de torná-las dependentes do poder econômico.

Nesse conjunto, as discussões das reformas política e eleitoral se operam em torno de diversas possibilidades: revisão do sistema eleitoral, em especial nos atuais postos de representação proporcional, adoção de listas fechadas, instituição do voto facul-

¹ *El Estado de Partidos*. Madrid: Alianza, 1986. p. 82.

² *O Futuro da Democracia*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 42.

tativo, mudança das regras para o financiamento de campanhas, dentre tantas outras.

São pontos com forte interconexão. Por exemplo, no tema do financiamento de campanhas, na história recente, partimos do financiamento exclusivamente público, na vigência da Lei Orgânica dos Partidos Políticos de 1971, sistema consentâneo com a natureza das agremiações políticas à época, que tinham personalidade jurídica pública, adquirida com o registro no Tribunal Superior Eleitoral. Na prática, tratava-se de sistema frequentemente burlado, sendo grande o afluxo de recursos de fontes privadas; nesse contexto, considerou-se que a regulamentação das doações particulares traria transparência ao processo eleitoral.

Com a Constituição de 1988 e com as posteriores Lei dos Partidos Políticos e Lei das Eleições, foi instituído um sistema de financiamento misto. Os partidos, agora pessoas de direito privado, a partir do simples registro civil, ganharam autonomia e foram autorizados a receber recursos privados, com certas ressalvas quanto à sua origem, sendo devida a prestação de contas à Justiça Eleitoral; foi mantido o financiamento público nas formas de recursos do fundo partidário e de acesso gratuito ao rádio e à televisão.

Hoje, estuda-se a conveniência do retorno ao sistema de financiamento exclusivamente público, cuja viabilidade na atual configuração democrática do país, argumenta-se, dependeria de mudanças outras, como a adoção de lista fechada nas eleições proporcionais e a substituição das coligações eleitorais por federações partidárias, de caráter mais duradouro e ideológico.

São temas, enfim, que demandam estudo metuculoso. Cabe analisar em que medida o sistema político-eleitoral atualmente posto serve a seus propósitos, em que aspectos se mostra deficiente, e ponderar alternativas que possam de fato conduzir a aperfeiçoamentos, sob pena de uma ampla reforma, nesse âmbito, vir a constituir incosequente experimento social.

Outra questão de relevância diz respeito à composição da Justiça Eleitoral, em primeira instância e nos Tribunais, assim como a composição do Ministério Público Eleitoral. A ausência de participação da magistratura federal na jurisdição eleitoral de primeiro grau é alvo de grande questionamento, mormente quando analisada a natureza dessa Justiça especializada, que tem orçamento e quadro de servidores federais, e tem na Polícia Federal sua polícia judiciária. Há outros pontos de convergência: as multas eleitorais são revertidas ao Tesouro Nacional, e cobradas pela Procuradoria da Fazenda Nacional; o representante do Ministério Público, com assento nos Tribunais Regionais Eleitorais, é proveniente das Procuradorias Regionais da República; a própria gratificação paga aos magistrados atuantes na Justiça Eleitoral é calculada com base nos subsídios do juiz federal.

Há de se considerar, ainda mais, a importância que a Justiça Federal e a Justiça Eleitoral desempenham na guarda do Estado Democrático de Direito. Indaga-se a coerência ao princípio federativo no fato de a jurisdição eleitoral ter sido confiada, exclusivamente, aos estados.

Neste ano também se comemoram 80 anos de instituição do sufrágio feminino em âmbito nacional. Relembro que, antes do Decreto de 1932, em 1927, o estado do Rio Grande do Norte

foi o primeiro da Federação a instituir o voto feminino, por meio da Lei estadual nº 660, ao fundamento de que a Constituição, embora não o previsse, tampouco o proibia. Já no ano seguinte, aquele Estado viu eleita a primeira prefeita do país e da América do Sul, na cidade de Lajes: Alzira Soriano, viúva de um jovem promotor pernambucano e mãe de três filhas.

O sufrágio feminino, mais que o mero exercício dos direitos políticos de votar e ser votada, foi elemento catalisador da ascensão do *status* jurídico da mulher, nas décadas que se seguiram. Tomo, aqui, os exemplos do Estatuto da Mulher Casada e da equiparação do Ensino Normal (ou Magistério) ao Ensino Médio, em 1961, fato que, à época, ampliou consideravelmente o acesso das mulheres à universidade. Uma dinâmica que, desde então, não se viu diminuir, a ponto de, no ano de 2004, o número de titulações de doutorado de mulheres ter superado o de homens.

Em suma, esses são apenas alguns dos temas que veremos mais bem e profundamente explanados e debatidos nas conferências e nos painéis que teremos o privilégio de acompanhar, dentro em pouco. Sem maiores delongas, e com os agradecimentos a todos aqueles que apoiaram a realização deste evento inaugural do trabalho conjunto entre as Escolas e o Conselho da Justiça Federal, faço votos de que estas jornadas verifiquem-se profícuas e instigantes, e semeiem, particularmente entre os novos juízes federais, o amor e o interesse que a disciplina merece.

Afonso Carlos Roberto do Prado

Subdefensor Público-Geral Federal – DPU

Gostaria, inicialmente, de fazer uma saudação especial à Doutora Helena Elias Pinto, Juíza Federal da 3ª Vara Cível do Rio de Janeiro, pela sensibilidade de perceber, numa vertente de ordem institucional, a importância da presença da Defensoria Pública Federal neste foro tão importante, seletor e formador de opinião. Certamente, temas como este que se apresenta — Justiça Eleitoral — têm no debate sua vertente natural, concebida em sua ordem institucional.

Tomar a frente nesse debate, necessário, sobre em que prisma deve ficar a atuação, principalmente em primeira instância, é da mais alta importância. Sobretudo, tendo em consideração as questões federalistas, que existem dentro da nossa estrutura de Estado. E há necessidade efetiva de que tenhamos essa atenção, porque assim foi concebida essa estrutura federalista e assim deve ser perseguida. Atenção que percebo com o foro que ora se estabelece.

É notório que temos grandes fragilidades estruturais. Somos hoje 486 defensores federais. Onde estamos instalados, já atuamos em primeira instância. Mas o que eu quero mais de perto firmar é a importância dos trabalhos a partir dos Tribunais Regionais Eleitorais — tema que certamente vai aflorar neste foro, uma vez que pressupõe a atuação em nível recursal — e junto ao Tribunal Superior Eleitoral.

Em todos os TREs a Defensoria Pública da União está devidamente estruturada. Nós produzimos um material, que será disponibilizado e poderá ser utilizado por todos que atuam junto aos TREs, em atribuições específicas da Defensoria Pública. Temos defensores de primeira categoria em todos os TREs, com atribuições adstritas a esses tribunais. Da mesma forma, temos atuação direta e permanente junto ao Tribunal Superior Eleitoral. Com essa constatação, firmo a importância de que o tema seja debatido nessa concepção de ordem institucional e que tenhamos essa visão dentro do princípio do federalismo.

Ministro João Otávio de Noronha

Corregedor-Geral da Justiça Federal e Diretor do Centro de Estudos Judiciários (CEJ/CJF)

O Conselho da Justiça Federal (CJF) é um órgão de cúpula da Justiça Federal, com previsão constitucional no artigo 105, parágrafo único da Constituição da República. A ele compete exercer na forma da lei a supervisão administrativa e orçamentária da Justiça Federal de 1º e 2º graus, como órgão central do sistema, com poderes correicionais, cujas decisões terão caráter vinculante. A Lei nº 11.798, de 29 de outubro de 2008, disciplina a composição e a competência do CJF, prevendo a existência de um importante órgão que integra a sua estrutura institucional, com competência para:

- realizar e fomentar estudos e pesquisas, serviços editoriais e de informação, com vistas à modernização da Justiça Federal;
- planejar, coordenar e executar atividades de formação e aperfeiçoamento de magistrados e servidores, em articulação com as Escolas da Magistratura dos Tribunais Regionais Federais;
- elaborar e encaminhar à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados o Plano Nacional de Aperfeiçoamento e Pesquisa para Juízes Federais (PNA).

Esse órgão é o Centro de Estudos Judiciários (CEJ), que é dirigido, por força do artigo 7 do referido diploma legal, pelo Corregedor-Geral da Justiça Federal. Nesta gestão da Corregedoria, estamos resgatando e imprimindo a importância das Escolas da Magistratura, cujos diretores, reitero, estão compreendendo bem o novo papel a ser cumprido por essas instituições.

Para o fiel cumprimento dessa indeclinável missão legal, estamos realizando mais uma atividade de aperfeiçoamento: a Jornada de Direito Eleitoral, fruto da parceria entre o CEJ e as cinco Escolas da Magistratura Federal, com especial destaque para a Escola da 3ª Região, anfitriã deste evento. Buscamos na integração com as Escolas da Magistratura o fortalecimento de um trabalho que vem sendo feito em prol da profissionalização e da formação inicial e contínua dos magistrados federais.

Feitas essas considerações iniciais, passo à seguinte indagação: “Por que estudar Direito Eleitoral na Justiça Federal?”.

A realização de um curso dedicado ao tema Direito Eleitoral é uma demanda dos próprios juízes federais. A Justiça Eleitoral integra o Poder Judiciário da União, sem que exista um quadro próprio de magistrados eleitorais. A jurisdição em toda a matéria eleitoral é exercida por juízes federais e juízes estaduais, de acordo com as normas previstas na Constituição e no Código Eleitoral. A Justiça Eleitoral apresenta natureza federal, sendo mantida pela União. Seus servidores são federais e seu orçamento é aprovado pelo Congresso Nacional. Em matéria criminal, é a Polícia Judiciária Federal que detém atribuições para instaurar e conduzir inquéritos policiais com vistas à apuração de crimes eleitorais. A Justiça Eleitoral também é competente para julgar processos que tratam de crimes de que são vítimas servidores da Justiça Eleitoral no exercício de suas atividades, ou de crime praticado em detrimento do patrimônio da Justiça Eleitoral, que, em última análise, é parte integrante do patrimônio da União. Juízes e promotores eleitorais recebem da União gratificação pecuniária específica para o desempenho de suas funções. Tendo

em vista que a União os remunera para que exerçam funções eleitorais, igualmente seus atos são passíveis de controle pela Justiça Federal, seja no plano da responsabilidade criminal, civil ou administrativa, com a ressalva da própria competência da Justiça Eleitoral, se o fato constituir crime eleitoral.

Ao contrário dos demais órgãos que compõem o Poder Judiciário, a Justiça Eleitoral não apresenta corpo próprio de juízes. Na Justiça Eleitoral, atuam magistrados oriundos de diversos tribunais. No Tribunal Superior Eleitoral, participam membros do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Nos Tribunais Regionais Eleitorais, as Cortes são compostas de membros da Justiça Federal e da Justiça Estadual. Os representantes da Justiça Federal serão os juízes de Tribunal Regional Federal com sede na capital do estado; não havendo TRF no local, será um juiz federal escolhido pelo respectivo Tribunal. Constata-se, assim, que a composição da Justiça Eleitoral é a nítida expressão do princípio cooperativo no federalismo brasileiro, tendo em vista que órgãos da Justiça Federal e da Justiça Estadual dos diversos estados da nação disponibilizam seus magistrados para assegurar o regular funcionamento da Justiça Eleitoral. A par disso, deve-se destacar a natureza temporária da investidura de seus membros pelo prazo mínimo de dois anos, que pode ser renovado no período subsequente. Desse modo, o princípio cooperativo no federalismo brasileiro e a natureza temporária da investidura de seus membros são fatores relevantes, que contribuem para a desejável imparcialidade e para o fortalecimento dessa importante instituição.

Deve-se destacar que os institutos de Direito Eleitoral encontram-se presentes nas demandas em curso nas varas criminais federais e nas varas cíveis federais com competência para processar e julgar ações de improbidade administrativa. Especialmente sobre o tema improbidade administrativa, a Constituição da República, no seu artigo 37, parágrafo 4º, dispõe que “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”. Tal dispositivo foi regulado pela Lei nº 8.429/92, que estabeleceu três espécies de atos de improbidade. Primeiro, os que importam em enriquecimento ilícito (artigo 9º); segundo, os que causam lesão ao patrimônio público (artigo 10); terceiro, os que atentam contra os princípios da administração pública (artigo 11).

Como consequência da sentença condenatória a ser eventualmente proferida, o artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa estipula várias sanções entre as quais se destaca a suspensão dos direitos políticos por até dez anos. Com o trânsito em julgado da sentença condenatória, cópias desses atos jurisdicionais devem ser encaminhadas ao Juízo Eleitoral para os devidos registros. Ultrapassado aquele lapso de tempo, o réu voltará a usufruir de seus direitos políticos. O conhecimento e o julgamento de ações de improbidade administrativa no plano federal competem à Justiça Federal e não à Justiça Eleitoral, embora seja possível que fatos que fundamentem o ajuizamento da ação de improbidade sejam igualmente utilizados para embasar alguma ação de competência da Justiça Eleitoral.

Deve-se lembrar, ainda, que o Direito Eleitoral tem forte ligação com o Direito Constitucional, em razão da relevância do processo eleitoral para o Estado Democrático de Direito. Diversos temas debatidos na Justiça Eleitoral constituem objeto de questionamento judicial que chega até o Supremo Tribunal Federal — Corte que detém a competência para dar interpretação definitiva do sentido e alcance do texto constitucional.

Estudar Direito Eleitoral significa ainda tratar de questões relativas à tutela dos direitos fundamentais, da cidadania e da legitimidade do mandato eletivo. No Estado Democrático de Direito, é inaceitável que o exercício do poder político, ainda que de forma transitória, não tenha por característica a plena legitimidade. Desse modo, fica claro o quanto o Direito Eleitoral é um dos mais importantes ramos do Direito na atualidade. Trata-se de ramo do Direito essencial à concretização do regime democrático de direito, desenhado na lei fundamental, ao exercício da soberania popular, da cidadania e dos direitos políticos. Pelo Direito Eleitoral passam toda a organização e o desenvolvimento do certame eleitoral, desde o alistamento e a formação do corpo de eleitores até a proclamação dos resultados e a diplomação dos eleitos. Aliás, devo destacar que nenhuma Justiça no mundo, nenhum processo eleitoral no mundo é tão bem conduzido como o processo eleitoral no Brasil, graças à fiscalização, à regulamentação e à jurisdição que a Constituição assegura a um Tribunal Superior ou a uma Justiça especializada, que é a Justiça Eleitoral. Para que ocorra a legítima ocupação dos cargos políticos eletivos, a pacífica investidura dos mandatos públicos e o correto exercício no poder estatal, faz-se imprescindível a observância

das normas de Direito Eleitoral. Em resumo, podemos dizer que a finalidade mais importante desse ramo do Direito consiste em propiciar a legitimidade do exercício do poder.

Palavras finais

Agradecimentos

Desembargador Federal Newton De Lucca

Presidente do TRF3

Minhas palavras só podem ser de agradecimento. Em primeiro lugar, ao eminente Ministro João Otávio de Noronha, Corregedor-Geral da Justiça Federal, que tanto nos estimula a aperfeiçoar nossa função de magistrados e de administradores da coisa pública.

Ao diretor da Escola, Desembargador Federal Mairan Maia, pela feliz ideia de ao mesmo tempo comemorar 20 anos da Escola e 80 anos da Justiça Eleitoral. Seria despidendo eu acrescentar qualquer coisa sobre a importância de, no âmbito da Justiça Federal, refletirmos sobre as questões fundamentais do Direito Eleitoral.

Tenho que agradecer também a todas as entidades que apoiaram este evento: Associação dos Juízes Federais do Brasil, Defensoria Pública da União, Escola Superior do Ministério Público da União, Associação Nacional dos Procuradores da República, Associação dos Juízes Federais da 1ª Região, Associação dos Juízes Federais do Rio de Janeiro e Espírito Santo, Associação dos Juízes Federais de São Paulo e Mato Grosso do Sul.

Enfim, meu agradecimento a todos aqueles que contribuíram para que este evento se tornasse realidade, sobremaneira a essas pessoas tão ilustres, no âmbito do Direito Eleitoral, pela

preciosa colaboração à EMAG e, conseqüentemente, para o nosso Tribunal e para toda a Justiça Federal.

Desembargador Federal Mairan Maia

Diretor da EMAG

Gostaríamos de agradecer a presença nesta solenidade de tão ilustres personalidades.

Inicia-se, com o presente evento, a comemoração dos 20 anos da EMAG. Teremos, a partir de agora, a oportunidade de agradecer e reconhecer o trabalho de todos aqueles que construíram e fomentaram a Escola. Esse agradecimento é feito não só em meu nome, mas também em nome da atual diretoria, Doutora Vesna Kolmar, Doutor Nelton dos Santos e Doutora Cecilia Mello.

No presente momento homenageia-se também a Justiça Eleitoral, destacando-se a participação e a importância dessa instituição para a Justiça Federal, procurando fazer despertar nos senhores magistrados o interesse e a preocupação com as questões eleitorais. Em particular, homenageia-se a mulher eleitora e juíza, pelos 80 anos da Justiça Eleitoral e pela participação e importância da vontade e atividade feminina na formação da nossa sociedade.

Nosso agradecimento ao presidente, Desembargador Newton De Lucca, pelo apoio que nos tem dado desde que assumimos a Escola. Cumprimento-o também pelo exercício e pela forma compartilhada, assim como destacou quando foi eleito na administração desta Corte.

Gostaríamos de agradecer também ao eminente Ministro João Otávio de Noronha, que nos honra com o trabalho conjunto no CEMAF, em reuniões que, além de produtivas, são extremamente prazerosas, pois nos permitem aprender e trabalhar com eficiência, visando não somente à Justiça Federal de hoje, mas em especial à formação do juiz federal de amanhã. Esta é uma preocupação contínua de Sua Excelência, que, como bom empreendedor, nos faz despertar para que a Justiça Federal seja administrada como uma empresa de sucesso que é. É claro que esta é uma instituição pública, com escassez de recursos materiais e humanos, e essa administração há de ser feita observando essas carências, sempre em prol do aperfeiçoamento do magistrado, que visa à garantia do direito do cidadão e à construção de uma sociedade mais justa e melhor, tal como proclamado na nossa Constituição.

A Escola agradece neste momento à colega Salette Nascimento, ex-Diretora da EMAG, que também teve a oportunidade de exercer essa atividade e comprovar quão difícil e quão importante ela é. Muito obrigado à eminente colega pelo apoio que nos oferece.

Ao prezado colega, Fábio Prieto, nosso Corregedor, agradecemos a presença e o apoio que nos tem dado nas atividades da Escola. É sempre uma honra contar com a participação de Sua Excelência nos eventos que realizamos. Desembargador Fábio Prieto, sinta-se eternamente convidado.

A Defensoria Pública tem exercido um papel fundamental na construção do Brasil e da nossa sociedade. Nosso agradecimento ao Doutor Afonso Carlos Roberto do Prado por ter aceitado nosso convite, bem como por destacar a preocupação da Defensoria Pública da União com a atuação da magistratura federal no exercício do processo eleitoral brasileiro.

Muito obrigado.

Conferências de abertura

22 de agosto de 2012

Aspectos polêmicos da legislação eleitoral

Conferencista: Ministro Arnaldo Versiani Leite Soares

Tribunal Superior Eleitoral

Antes de abordar os aspectos polêmicos da legislação eleitoral, tema que me coube nesta Jornada, gostaria de retomar uma referência feita pelo Ministro João Otávio de Noronha sobre a demanda de juízes federais por eventos como este. Tive a oportunidade de participar, em Brasília, de um evento mais concentrado, destinado a juízes federais vinculados à 1ª Região. Já naquela ocasião, fiquei impressionado com o interesse dos juízes federais por esse tema, que também desperta grande interesse em estudantes de Direito. A propósito, várias universidades federais e particulares já têm, em seu currículo, disciplinas voltadas para o Direito Eleitoral. É significativa a procura por cursos e seminários sobre o assunto, como no seminário realizado na cidade de Curitiba, em 2012, ano eleitoral, que reuniu cerca de 3 mil pessoas.

Essa demanda, a meu ver, é uma semente que está sendo plantada em prol da participação dos juízes federais no processo eleitoral. A Justiça Eleitoral é uma Justiça Federal e, contraditoriamente, a participação naquele processo dos que compõem a Justiça Federal é menor. Contradição que pode ser explicada, talvez, pelo fato de o Congresso Nacional não ter disponibilidade suficiente para alterar essa questão, que é polêmica, apesar de nossa Constituição, que já tem 24 anos, ser a única no mundo que continua sofrendo alteração no ato das

disposições transitórias. Uma disposição transitória que, 24 anos depois, ainda não se aperfeiçoou.

Por provocação da Associação dos Juízes Federais, no princípio de 2012, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) cuidou de examinar uma petição bem elaborada, que talvez não tenha merecido a atenção adequada daquele órgão. Há um novo pleito nesse sentido, mais como um *mea-culpa* do TSE, preocupado em transferir para a Justiça Federal, principalmente em um período transitório, as atribuições que hoje são cometidas à Justiça Estadual. É evidente que a Justiça Federal está mais do que capacitada para exercer esse papel e assumir o processo eleitoral desde o seu início, não só nas capitais, como também naquelas subseções onde há exercício efetivo de juízes federais.

Outro ponto a ser destacado é a discussão, que sempre vem à tona, em relação à remuneração. O fato é que todo servidor público, mesmo o juiz, *lato sensu*, tem o direito de ser remunerado pelo trabalho que faz. A questão não é essa. A questão é: a Justiça Federal pode assumir o processo eleitoral? Pode ser complicado em termos de composição de TRF (Tribunal Regional Federal), mas quem sabe, como disse anteriormente, não estejamos plantando uma semente na própria reforma do Código Eleitoral, ou algum outro mecanismo que possibilite, dentro de poucos anos, uma participação mais efetiva da Justiça Federal nesse processo? É por isso que vejo com bons olhos o interesse de tantos juízes federais sobre o tema.

Abstraída essa introdução, gostaria de iniciar esta conferência destacando que não faltam aspectos polêmicos na legislação eleitoral, o que é um problema essencialmente grave,

por ser este um dos poucos ramos em que aqueles que legislam são diretamente interessados nas leis que editam. Daí a grande dificuldade em fazer reformas políticas ou reformas eleitorais. Mas, em termos gerais, houve uma mudança radical, muito bem-vinda, no sentido de termos uma legislação definitiva, ou, se não definitiva, pelo menos um único instrumento jurídico. Refiro-me à Lei nº 9.504/97, a Lei das Eleições, que acabou com aquele processo, que já acontecia há algum tempo, de uma legislação casuística e específica a cada eleição. Rompeu-se com esse processo, passou-se a dar instrumentos mais eficazes à Justiça Eleitoral num só instrumento jurídico, sem prejuízo de outras legislações que dispõem a respeito, como leis criminais e o próprio Código Eleitoral, que traduziu bem esse espírito.

No entanto, apesar da Lei nº 9.504/97, muito se tem discutido hoje sobre o ativismo judiciário no Brasil, onde a Justiça, de modo geral, não se limita a ter um papel passivo e começa a dar interpretações a qualquer questão jurídica, num sentido mais amplo, mais abrangente, mais participativo. E isso ocorre não só na Justiça Eleitoral, mas também no próprio Supremo Tribunal Federal, que passou a julgar de maneira bem mais ampla as ações diretas de inconstitucionalidade (ADIN), interpretando conforme a Constituição, em certos aspectos talvez até muito mais evolutivos do que outrora. Dizia o Ministro Moreira Alves que “a interpretação conforme a Constituição só poderia chegar até um ponto em que o STF não se transformasse em legislador”. Hoje em dia, em tese, não é isso que estamos vendo. O STF tem dado uma interpretação evolutiva, como vimos no instituto eleitoral de fidelidade partidária, entendendo alguns institutos

como implícitos na Constituição, quando o próprio Congresso Nacional, pela Constituição, não incorporou tal instituto. Ainda assim o Supremo diz que estava implícito.

No âmbito da Justiça Eleitoral, o TSE tem sido bastante criticado por certo ativismo, em termos de mudança de legislação, como vimos recentemente sobre o que se atribuiu como candidatos contas-sujas, em relação à quitação eleitoral, entre outros aspectos. Ainda nesse particular, é com bons olhos que vejo essas críticas, pois, na verdade, questões surgem dos juízes eleitorais e dos Tribunais Regionais Eleitorais, a jurisprudência do próprio TSE se firma em um sentido ou em outro e a própria Justiça Eleitoral vem agasalhar essa mudança de jurisprudência. Isso aconteceu, por exemplo, em relação a vários aspectos, com a introdução da Lei 12.034, de 2009. Os aspectos polêmicos que surgiram nas eleições de 2010 foram em grande parte introduzidos por essa lei. A grande mudança em termos de inelegibilidade foi a Lei da Ficha Limpa (LC 135/2010), que tem despertado muita curiosidade.

Para mim a Justiça Eleitoral é apaixonante, gratificante. O processo eleitoral de antigamente também era muito gratificante. Participei, no Distrito Federal, da primeira eleição pós-ditadura militar, em 1986, bem como das eleições de 1990 e 1994, a última eleição por urna de lona. A apuração chegava a demorar uma semana. É com certo saudosismo que vejo que a urna eletrônica, introduzida em 1996, acabou um pouco com esse chamego de contar, tornando o processo mais impessoal. No entanto, devo reconhecer que não há termos de comparação. Hoje a apuração de uma eleição para a presidência da República

envolvendo 130 milhões de eleitores é feita em 3 horas. Antigamente, demorávamos três ou quatro dias. Quanto mais acirrada a disputa, mais difícil se tornava o processo de apuração.

Voltando aos temas polêmicos, a complicação surge exatamente do embate com o Congresso Nacional em termos de evolução da legislação. Selecionei alguns temas. O primeiro deles diz respeito a cotas, mais precisamente a cotas de mulheres no processo eleitoral. Um dos avanços proporcionados pela Lei nº 9.504/97, artigo 10, parágrafo 3º, foi estabelecer que “cada partido ou coligação deverá reservar, do número de candidaturas a que tem direito, 30% e 70% para candidatos de cada sexo”. A grande dificuldade, já naquela época, foi traduzir o que seria “deverá reservar”. Surgiram correntes de que na verdade não seria uma reserva, mas sim que o partido político ou a coligação deveria lançar no mínimo 30% de candidaturas femininas. Dizia-se na ocasião que isso era impossível, que o Brasil era muito grande e havia muitos municípios no interior do país em que era pequena a participação feminina. Essa reserva funcionaria, então, da seguinte forma: de 10 candidatos que um partido lançasse, 7 deveriam ser homens; se nenhum candidato fosse do sexo feminino, o partido abriria mão de 3 vagas.

A nova redação, introduzida com a edição da Lei nº 12.034/09, estabelece que o partido ou coligação “preencherá” as vagas existentes, observando a cota estabelecida para candidatura de cada sexo. Ou seja, de 10 candidatos, se o partido não lançasse 7 homens e 3 mulheres, o DRAP (Demonstrativo de Regularidade de Atos Partidários) seria rejeitado. Os partidos políticos têm os seus candidatos eleitos no Congresso Nacional,

são eles que nos representam nesse órgão. Se o Congresso Nacional editou uma lei, modificando a anterior, dizendo que onde se lê “deverá reservar”, passa-se a ler “preencherá”, não houve nenhuma outra razão a não ser tornar obrigatória a participação feminina.

Agora a regra geral é esta: “preencherá”. Já foi assim em 2010, mas naquele ano não tivemos grandes problemas, até porque, como houve essa transitoriedade, devolvemos aos TREs aqueles registros que chegaram ao TSE e que não compunham os percentuais de 30 e 70, para um procedimento de adequação — acréscimo de novas candidaturas do sexo que ainda não havia atingido o percentual mínimo, substituição ou exclusão de candidaturas —, evitando-se, assim, que aqueles pedidos de registro fossem indeferidos pela Justiça Eleitoral. Atualmente, de 10 candidatos, o partido ou a coligação deverá lançar 7 homens e 3 mulheres. Se lançar apenas 7 candidatos, 2 ou 3 candidatos de 7 deverão ser mulheres. O percentual mínimo de 30% deverá ter como base de cálculo o número total de candidaturas efetivamente lançadas pelo partido ou coligação. O partido não é obrigado a lançar candidatos segundo o número total de vagas; pode ficar com vagas complementares ou suplementares para preenchimento posterior.

Até agora, salvo uma ou outra exceção, nada vi em termos de indeferimento coletivo, tanto de juízes eleitorais, quanto de Tribunais Regionais Eleitorais. Tenho visto muitos registros coletivos serem indeferidos em termos de município. Geralmente, quem mora em capital ou cidade grande não tem muito conhecimento de como é o interior. A própria presidente

do Tribunal recebeu uma delegação, cujas pessoas, dedo em riste, disseram-lhe: “A senhora não manda no meu município; então, lá não tem mulher. Se alguma mulher resolver se candidatar, pior; se for eleita, não será recebida; se for recebida, será a bala na Câmara de Vereadores”. Certamente terão seus registros rejeitados. O sistema vai gerar um aviso dizendo que o registro coletivo foi recebido, mas os percentuais não foram atendidos. Existe até oportunidade de julgamento do registro para adequar esses percentuais.

Pessoalmente, penso que essa questão de cotas não vai resolver problemas de composição, salvo talvez com um critério e uma distribuição de renda mais efetivos. Tenho observado que cerca de 90% das audiências em primeira instância, em Brasília, são presididas por juízas. A meu ver, não há na legislação nada que diga que, em concurso para magistratura, no mínimo 30% dos candidatos deveriam ser mulheres. Isso significa dizer que a participação feminina não cresce por obrigação prevista em lei, cresce pelo processo natural de evolução.

Creio que a legislação pecou por excesso. Não deveria ter imposto essa obrigação, mas cabe a nós, juízes, fazer cumprir a lei. Só espero que os partidos políticos passem a utilizar recursos do fundo partidário para fazer com que esse processo evolutivo e participativo da mulher torne-se realmente efetivo, o que, aliás, é mais do que natural. Se examinarmos a composição das Câmaras de Vereadores e das Assembleias Legislativas, veremos que o número de mulheres que ocupam cargos majoritários é um processo evolutivo crescente, e é natural que assim seja,

até porque as mulheres constituem mais de 50% da população brasileira.

Vamos analisar agora outro tema que, há algum tempo, é bastante polêmico: a quitação eleitoral. Quando esse critério foi introduzido, em 2004, o Tribunal já mostrava certo receio, tanto que não o aplicou naquela ocasião. Somente em 2006 passou a exigí-lo apenas para aqueles que não apresentassem prestação de contas. O ativismo judiciário foi se intensificando e os juízes, com seu pensamento reflexivo, acabaram criando em 2008 mais esta regra: não bastava prestar contas, era preciso aprová-las também, o que provocou uma das poucas reações contrárias do Congresso Nacional, que via de regra tende a aceitar essas mudanças de jurisprudência e torná-las efetivas. Em termos de quitação eleitoral foi o inverso.

Originalmente, o conceito de quitação não estava previsto nesse sentido. A legislação de 1997 exigia a apresentação de quitação eleitoral, mas em relação à multa, por não comparecimento às urnas, por propagandas irregulares, propagandas antecipadas, etc. A partir de 2008, mudança de instrução do Tribunal Superior Eleitoral passou a prever a aprovação de contas. Veio o Congresso Nacional e editou a Lei nº 12.034, prevendo exclusivamente o critério de apresentação de contas.

Qual critério adotar, afinal? A composição atual do TSE decidirá a respeito. Continuo convencido de que a quitação eleitoral significa realmente a prestação e não a aprovação de contas. A experiência demonstra que a Justiça Eleitoral examina com certo rigor a prestação de contas e, por isso mesmo, não se exige a aprovação delas.

Ao falar sobre o tema, costume sempre brincar com o caso do seu Zé. Imagine que, candidato a vereador no interior de Minas Gerais, em campanha eleitoral, seu Zé percorre todo o município com seu “Fusquinha”. Cada vez que ele tem necessidade de abastecer, para no posto para colocar um pouquinho de combustível. Ao apresentar sua declaração de arrecadação e gastos de campanha, seu Zé não menciona o seu “Fusquinha”, apenas os gastos com combustível. Ao ser submetido à arguidade técnica, o juiz eleitoral pergunta-lhe: “Onde está o seu veículo, seu Zé? O senhor comprou essa gasolina e fez o que com ela?”. “Coloquei no meu ‘Fusquinha’!” “O senhor deveria ter emitido um recibo eleitoral dizendo que estava doando o uso do seu ‘Fusquinha’ para a sua própria campanha.” “Está bem. Então, posso fazer isso?” “Não, não pode mais. O período de prestação de contas já passou. O senhor já devolveu os recibos eleitorais que deveria ter preenchido e não poderá mais regularizar sua prestação de contas.” Tendo a prestação de contas desaprovada, seu Zé fica na condição de não elegível ou inelegível por quatro anos.

É preciso considerar, ainda, que a quitação eleitoral e a prestação de contas nada têm a ver com fatos graves que ocorram durante a campanha eleitoral, como, por exemplo, envolvendo arrecadação irregular ou gastos ilícitos. Em relação a esses fatos, os partidos, coligações ou candidatos têm a sua disposição instrumento próprio, que é representar à Justiça Eleitoral, no prazo, relatando essas irregularidades, que podem gerar efeito ainda mais grave, como a cassação do diploma do candidato eleito. Enfim, sobre essa questão da quitação eleitoral,

só o tempo dirá. Vários projetos de lei estão em tramitação para tornar mais explícito ainda que só se exigiria a prestação de contas e não a aprovação.

Mais uma questão bastante polêmica das eleições de 2010 é a que envolve as condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade. A Justiça Eleitoral, principalmente o TSE, sempre entendeu que ambas deveriam ser aferidas na data do pedido de registro. Além de elegível, o candidato não poderia apresentar nenhuma hipótese de inelegibilidade. Até mesmo uma liminar suspensiva da inelegibilidade, obtida depois do pedido de registro, impediria a candidatura. Porém, a Lei nº 12.034/09 introduziu uma modificação. Entendeu a jurisprudência que as condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade devem ser aferidas no momento da formalização do pedido de registro, ressalvadas as alterações das inelegibilidades, certamente para salvaguardar aqueles que incidissem em alguma hipótese de inelegibilidade à data do pedido de registro, e que sobrestassem essa causa com alguma medida judicial, até a data da sua diplomação.

O aspecto polêmico que eu gostaria de levantar é em relação à condição de elegibilidade. Ou seja, se a parte final desse dispositivo, que se refere à causa de inelegibilidade, se aplicaria também às condições de elegibilidade. Parece relativamente claro que o texto da lei dispõe apenas sobre inelegibilidade. Mas, nas eleições de 2010, tivemos um caso em que o TSE aplicou para condição de elegibilidade.

Vamos considerar a questão, comparando a seguir duas questões hipotéticas. Um candidato que deixou de votar na

última eleição faz o seu pedido de registro. Sabemos que quem não comparece a uma eleição deve pagar uma multa, no valor “vultoso” de R\$3,19. E ainda pode pedir dispensa do pagamento, se disser ao juiz que não tem condição econômica de arcar com esse valor. Mesmo assim o candidato não pagou a multa. Um dia depois de a Justiça Eleitoral verificar que ele não atendia aos requisitos para registro, pois não tinha quitação eleitoral, o candidato pagou a multa. Só que deveria ter pagado antes de ter pedido o registro.

Assim como os crimes eleitorais, hoje a quitação eleitoral é aferida diretamente pela Justiça Eleitoral. Antigamente, o candidato exigia a quitação com um mês de antecedência do pedido de registro. Verificada alguma pendência, ele tratava de regularizá-la. Nada impede hoje que um candidato peça a certidão de quitação à Justiça Eleitoral e faça a mesma verificação. Os partidos políticos acabam não informando, até porque se mandadas as informações para o Diretório Nacional, sabe-se lá onde ficarão arquivadas.

Voltando à nossa comparação, suponhamos outro candidato que foi condenado por tráfico de entorpecentes, em primeira e em segunda instância, o que incide na Lei da Ficha Limpa, portanto ele estaria inelegível. Esse candidato obtém uma liminar no STF em relação a algum aspecto técnico, formal, do recurso.

Vale ressaltar que, em termos de inelegibilidade, temos que considerar basicamente dois aspectos: um relacionado a fatos passados e outro, à inexigibilidade do trânsito em julgado. É necessário saber o que representa para a sociedade o exercício de um mandato, majoritário ou proporcional, de alguém a quem

tenha sido imputada alguma causa de inelegibilidade, como essa, por tráfico de entorpecentes ou qualquer outro crime que possa ter sido praticado, como, por exemplo, improbidade administrativa ou malversação do dinheiro público. O que pode representar um mal maior para a sociedade: o exercício desse mandato ou a barração do candidato, sem prejuízo de que ele obtenha algum efeito suspensivo?

Passou-se a entender que, para a sociedade, seria preferível que esse candidato não assumisse o mandato, se exigido o trânsito em julgado dessa condenação. Sabemos quanto tempo demoraria a assunção dele a cargos que já ocupou e pretende ocupar novamente. É preferível alijá-lo, sem prejuízo da obtenção de efeito suspensivo, a permitir que ele assumo o mandato? O que é pior para a sociedade: aquele que não pagou a multa no dia certo ou o que foi condenado por tráfico de entorpecentes, ou outro crime qualquer, e tenha obtido uma liminar?

Ainda em relação à multa de R\$3,19, gostaria de destacar que o que me chama a atenção não é o valor em si, mas o significado do voto. O objetivo do Estado não é ficar rico, arrecadando multa de quem não votou. O voto não é apenas um direito, é também um dever do cidadão. Na verdade, a punição é com o descaso no exercício do dever de voto. Além do mais, o eleitor tem a opção de justificar na data e até trinta dias depois. Em São Paulo, o TRE tem julgado inúmeros casos dessa matéria e indeferido todos os recursos em que não há o pagamento da multa.

Também questiono até que ponto podemos assumir esse efeito suspensivo à causa de inelegibilidade. Ou seja, até que momento a Justiça Eleitoral poderá deferir o registro àquele

candidato inelegível, após o pedido, e que tentará conseguir essa suspensão. Esse tema já foi motivo de discussão nas eleições de 2010, época em que admitimos que esse precedente seria até a fase da diplomação, o que nas eleições municipais de 2012 deve ocorrer em meados de dezembro.

No entanto, nessas eleições municipais, teremos uma grande dificuldade formal, processual, porque em eleição municipal o TSE julga recursos especiais. Já em eleições federais e estaduais, só há duas instâncias. O registro é examinado em primeira instância, que é o TRE, e cabe recurso ordinário para o TSE. Na eleição municipal, cumpre-se essa etapa, o juiz eleitoral julga, o TRE julga em grau de recurso ordinário e o TSE em recurso especial. O que fazer se, já interposto o recurso especial, o candidato obtém essa medida suspensiva? Ele não tratou desse tema no recurso especial; a matéria, portanto, não está prequestionada. Como podemos examinar algum fato superveniente em relação à matéria que não foi debatida? Por isso, essa questão ainda pode suscitar maiores controvérsias. Em termos de eleição, quanto mais candidatos houver, melhor para o eleitorado se definir.

Em relação à Lei da Ficha Limpa, a que me referi anteriormente, gostaria de destacar que, embora passasse a exigir maior rigor, ela abriu uma válvula de escape para os candidatos, permitindo que obtenham o registro sob condição. Isso já foi concedido nas eleições de 2010. Aquele candidato inelegível, que obtivesse a suspensão da inelegibilidade, poderia obter esse provimento. Por essa razão, seria interessante que tanto o juiz eleitoral quanto os TREs e o TSE passassem a deferir o registro

sob condição. Dessa maneira, seriam evitadas justificativas do tipo: “Não é possível rever essa questão, pois já transitou em julgado. Já passou a fase da diplomação e de eventual ação de impugnação de mandato eletivo. Então, meu registro é válido, porque não foi deferido sob condição”. Ouve-se esse tipo de argumento em casos nos quais o registro de um candidato é deferido sem maiores ressalvas e ele perde uma cautelar, a qual é obtida posteriormente, ou quando passa a fase de diplomação, bem como quaisquer outras fases do processo eleitoral, não havendo impugnação do registro do candidato, nem questionamento de sua obtenção. Espero que os juízes, os TREs e o TSE defiram explicitamente sob condição, para que, se obtida essa cautelar e suspensa ou cassada posteriormente, esse mandato seja automaticamente desconstituído.

Outro ponto interessante, que merece ser comentado, é em relação à eleição proporcional. Embora o candidato seja a mola mestra nesse sistema, os votos dele são inicialmente incorporados a um caixa coletivo, que inclui partido e coligação. Encerradas as apurações, é feito o cálculo do quociente eleitoral, e esse quociente é distribuído em relação à votação de um ou de outro. Até 2009, se o candidato tivesse o registro indeferido, era preciso verificar se o indeferimento foi proferido antes ou depois da eleição. Se indeferido antes da eleição, os votos não seriam computados nem para o partido, nem para a coligação. Se indeferido após a eleição, os votos iriam para o partido ou para a coligação, dependendo do caso. Havia uma regra no Código Eleitoral (artigo 175, parágrafo 4º), que dispunha sobre esse divisor de águas: “[...] quando a decisão de inelegibilidade ou

de cancelamento de registro for proferida após a realização da eleição a que concorreu o candidato alcançado pela sentença, os votos serão contados para o partido pelo qual tiver sido feito o seu registro”. Hoje esse divisor não existe mais.

O parágrafo único do artigo 16-A, incluído pela Lei nº 12.034, de 2009, revogou o parágrafo 4º do artigo 175 do Código Eleitoral, com a seguinte redação: “o cômputo, para o respectivo partido ou coligação, dos votos atribuídos ao candidato cujo registro esteja *sub judice* no dia da eleição, fica condicionado ao deferimento do registro do candidato”. Particularmente, considero ser este um propósito salutar, especialmente porque sabemos que existem candidatos inelegíveis, com uma ficha não recomendável, que lançam sua candidatura e deixam correr. Pela regra anterior, embora o candidato fosse sabidamente inelegível, o partido acabaria sendo beneficiado pelos votos atribuídos a ele, ou seja, o inelegível não assumiria, mas o segundo colocado assumiria o mandato parlamentar. Esse dispositivo ainda sofre restrições e o STF está julgando sua constitucionalidade. Não me atrevo a dizer qual será o resultado.

Em relação a dois pontos da Lei da Ficha Limpa, que a meu ver poderiam ser polêmicos, o STF já se pronunciou: ela se aplica a fatos passados e não há exigência de trânsito em julgado. A meu ver, o que mais chama a atenção é que, antes dessa lei, a inelegibilidade em termos de condenação pela Justiça Eleitoral era uma farsa. O prazo de inelegibilidade era de três anos. As eleições ocorrem de dois em dois anos, mas a antiga Lei Complementar exigia o trânsito em julgado. Particularmente, não vi nenhum caso, nas eleições de 2010, de candidato considerado

inelegível por três anos, em processo eleitoral iniciado em 2008, cuja condenação tivesse transitado em julgado nesses dois anos. O que chamou a atenção, para os árdios contestantes da Ficha Limpa, em relação a esse aspecto, é que ofende a coisa julgada, pois já houve uma sentença judicial que aplicou os três anos. Este foi o único aspecto da Ficha Limpa contestado nas eleições de 2010.

A maioria no Supremo Tribunal Federal entendeu que, se houvesse condenação explícita nessa suposta e única hipótese de fixação de uma considerada pena — particularmente, entendo que inelegibilidade não é pena —, esses três anos seriam não modificáveis. Ou seja, quando a Lei da Ficha Limpa passou o prazo de três para oito anos, não seria mais possível mudar os três anos em relação a sentenças judiciais transitadas em julgado. Para minha surpresa, como esses julgamentos do Supremo são um tanto alongados, além de ser difícil acompanhar os votos, pensei que esse aspecto não tivesse sido tratado, imaginei até que o STF tivesse tratado a Lei da Ficha Limpa mais ou menos no atacado. Essa lei é constitucional, sem prejuízo de outro aspecto mais relevante. Minha surpresa decorre exatamente do voto do relator, Ministro Luiz Fux, em que Sua Excelência diz especificamente em relação a esse caso, que se aplicaria também àquelas condenações pretéritas, de três anos. Por exemplo, se em 2008 algum candidato foi condenado a três anos por inelegibilidade, ele estaria inelegível para as eleições de 2012, apesar de aqueles três anos terem ficado extintos em 2011. Assim decidiu o STF.

A questão ainda é polêmica. Ministros do TSE, mesmo depois do julgamento do STF, entendem que esse prazo não poderia ter sido modificado. Eu, particularmente, entendo que sim. Se um fato que antigamente não era previsto como causa de inelegibilidade pode tornar o cidadão inelegível por oito anos, como não apanhar o ilícito, condenado por inelegibilidade? Àquele que não era prevista nenhuma pena, aplicavam-se os oito anos; o outro, por já ter trânsito em julgado, ficaria a salvo? Num processo típico em relação a direitos e deveres eleitorais, estamos cuidando de salvaguardar a sociedade.

A construção da cidadania e as eleições de 2012

Conferencista: Sandra Cureau

Subprocuradora-Geral Eleitoral
e Subprocuradora-Geral da República

Por tratar-se de tema extremamente amplo, a conferencista, Dr^a Sandra Cureau, optou por delimitá-lo, abordando-o sob a ótica da inelegibilidade e a Lei da Ficha Limpa.

Inicialmente, gostaria de ressaltar a importância desta Jornada para nós, membros da Justiça Federal, pela oportunidade de refletirmos sobre nosso papel no processo eleitoral. Minha primeira atuação como Procuradora Regional Eleitoral foi no Rio Grande do Sul, no período de 1985 a 1988, quando então me transferi para o Rio de Janeiro. Tive a honra de atuar nas eleições gerais de 1986. Na década de 1990, tive duas participações como membro do Ministério Público Eleitoral (MPE). Na época ainda se utilizavam urnas com votos em papel, o que não deixa de ser interessante, porque essa experiência nos permite ter uma visão diferente de todo o processo.

Para mim, como Ministério Público, era um trabalho árduo examinar as impugnações, os votos, decidir se o voto era válido ou não. Na verdade, enfrentávamos todo tipo de situação. Era muito comum, por exemplo, encontrar eleitores que espelhavam o voto. Analfabetos funcionais, eles levavam o número dos candidatos por escrito e espelhavam, ou seja, escreviam o número ao contrário. Como não sabiam o que estavam escrevendo, para eles era tudo a mesma coisa. Os

partidos, por sua vez, assim como os candidatos, esforçavam-se para fazer valer determinados votos. Era preciso chegar a alguma conclusão, o que variava dependendo da situação ou do tipo de erro. Lembro-me, perfeitamente, quando ainda estava no Rio Grande do Sul, de examinar voto por voto, todos aqueles casos em que o partido havia considerado que o voto não era válido ou, então, queria validá-lo. Era muito difícil chegar a uma conclusão a respeito da intenção real do eleitor.

Nesses casos, é bem diferente nossa posição como Ministério Público da posição de um representante de partido. Quando atuei na representação, auxiliava os fiscais dos partidos a exercerem a vigilância da melhor maneira possível, ou seja, a impugnarem tudo o que pudessem impugnar ou tentar salvar tudo o que pudesse ser salvo. Quando somos Ministério Público, a situação torna-se diferente.

Quanto à assunção das funções eleitorais pelos juízes federais, tive a oportunidade de me pronunciar favoravelmente. Entendo que, na época em que a composição dos Tribunais Regionais Eleitorais (TREs) e da própria Justiça Eleitoral, como um todo, foi pensada, a situação do Brasil era outra. Para falar a verdade, não me lembro se havia juízes federais nas capitais; não havia varas federais no interior, pois não havia interiorização da Justiça Federal. De certa forma, dá para entender que um TRE fosse composto de dois desembargadores, dois juízes estaduais, dois membros vindos da advocacia e um juiz federal. Hoje, nossa realidade não é essa. Há uma ampla interiorização da Justiça Federal, grande número de juízes federais, e a Justiça Eleitoral é uma Justiça Federal. Portanto, não vejo razão para que a com-

posição dos TREs seja majoritariamente de membros da Justiça Estadual, que os juízes eleitorais sejam juízes estaduais, mesmo onde há juízes federais, e que os membros do Ministério Público, que atuam junto aos juízes eleitorais, sejam promotores de Justiça, quando há procuradores da República naquelas cidades. A meu ver, isso requer um olhar diferente. Quando julgado no Tribunal Superior Eleitoral (TSE), prevaleceu o entendimento de que a Constituição, pela redação, levaria à conclusão de que os mesmos representantes da Justiça Estadual comporiam os TREs. Não me convenci dessa decisão. Penso que a questão deva ser reexaminada, porque estamos num outro momento.

Voltando para o nosso tema, a primeira coisa que gostaria de destacar, e que considero ter estreita relação com a questão do exercício da cidadania, é que não é por acaso que as duas grandes leis que temos hoje para o combate à corrupção eleitoral são oriundas da iniciativa popular. Tanto a Lei contra a Compra de Votos como a Lei da Ficha Limpa começaram na Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), depois de uma grande coleta de assinaturas. No caso da compra de votos, optou-se depois por um projeto de iniciativa da Câmara Federal, para evitar alegação de vícios de iniciativa. Quanto à Lei da Ficha Limpa, é totalmente de iniciativa popular. Para mim, isso sinaliza que a sociedade brasileira quer eleições limpas, com candidatos probos, que tenham condições morais de exercer os cargos para os quais serão eleitos.

Quem faz as leis é quem delas se beneficia. Por isso, a maioria das leis eleitorais sempre deixa uma brecha para que o candidato possa escapar das sanções legais. Tanto é assim que

aquela inelegibilidade de três anos, na verdade, não atingia ninguém, porque, se as eleições são realizadas de quatro em quatro anos, não é preciso ser nenhum especialista em matemática para saber que no quarto ano o candidato já estava pronto para pedir o seu registro, fazer campanha, ser votado, eleito e diplomado.

Os requisitos positivos que o cidadão tem de preencher para ser candidato a cargo eletivo constituem as chamadas condições de elegibilidade. Tais requisitos estão definidos no artigo 14, parágrafo 3º, da Constituição Federal: nacionalidade brasileira, pleno exercício dos direitos políticos, alistamento eleitoral, domicílio eleitoral, filiação partidária e idade mínima. Em relação às eleições de 2012, os principais problemas dizem respeito a domicílio eleitoral e filiação partidária. É muito comum um candidato filiar-se a um outro partido e esquecer-se de comunicar ao antigo partido e/ou à Justiça Eleitoral. Com dupla filiação partidária, ele acaba não tendo filiação nenhuma. Nas eleições de 2010, ocorreu uma situação inusitada: uma moça, integrante de uma instituição nacional, não poderia estar filiada a nenhum partido. Ainda assim, ela filiou-se e, se não bastasse, depois afastou-se do primeiro partido e filiou-se a um segundo, para concorrer.

A questão do domicílio eleitoral é um problema frequente e difícil de resolver. Por exemplo, em Brasília não há eleição municipal. Em ano de eleições, eleitores daquela cidade, principalmente da periferia, trocam de domicílio, deslocando-se para as cidades vizinhas do estado de Goiás, como Luziânia, Valparaíso, etc. Não é preciso fazer muito esforço para saber que isso acontece em troca de alguma vantagem econômica. Passadas as

eleições, eles voltam para Brasília, para não perder os benefícios que ali recebem. Recentemente, jornais divulgaram a ocorrência de fatos semelhantes em outras cidades grandes do Brasil: eleitores migram para cidades pequenas, onde, às vezes, dois/três votos elegem um vereador, depois voltam para a sua cidade de origem. A falta de comprovação dificulta o controle pela Justiça Eleitoral, o que, em algum momento, deverá ser feito. Talvez uma verificação permanente do número de eleitores das cidades e municípios brasileiros possibilite identificar esse “inchaço” populacional às vésperas das eleições, em pequenos municípios, cuja população, logo depois do pleito, volta a encolher.

Sabemos, então, que elegibilidade é o direito subjetivo público que tem o cidadão de disputar cargo eletivo. Já as causas de inelegibilidade são impedimentos para o exercício da cidadania passiva (inaptidão para receber votos). Decorrem da Constituição Federal ou de lei complementar, no caso a Lei Complementar nº 64/90, com alterações da Lei Complementar 135/2010 (Lei da Ficha Limpa). O inelegível não pode ser votado, mas pode votar.

Existem ainda as incompatibilidades, ou seja, impedimentos decorrentes do exercício de cargo, emprego ou função pública. Tais impedimentos constituem causas de inelegibilidade, que só podem ser superadas se a pessoa se desvincular do cargo no prazo previsto em lei (até seis meses antes do pleito). Visam evitar o uso do cargo a serviço da candidatura. Aqui surge a primeira dificuldade, porque, ao mesmo tempo em que existem essas incompatibilidades, temos a possibilidade de reeleição para cargos do Executivo. Diante dessa possibilidade, sabemos

que, de alguma maneira, a pessoa que está no exercício do cargo — de prefeito, governador, presidente da República — vai usar essa vantagem em proveito próprio, burlando a legislação eleitoral.

As inelegibilidades constitucionais, expressas no artigo 14 da Constituição Federal, incluem os inalistáveis e analfabetos. São inalistáveis os estrangeiros e aqueles que prestam serviço militar em caráter compulsório e embrionário. Às vezes, é muito difícil definir um analfabeto. Basta ver, por exemplo, quanto tempo demorou para se chegar à conclusão se Tiririca era ou não era alfabetizado. Além dos inalistáveis e dos analfabetos, existe também a situação de inelegibilidade reflexa, daquelas pessoas que têm relações de parentesco, consanguíneo ou afim, até o segundo grau, com quem detém cargos do Executivo, ou daquelas pessoas que os substituíram nos seis meses anteriores ao pleito.

Recentemente, tivemos o caso de um candidato a prefeito, que sustentava que não era inelegível, porque estava concorrendo à prefeitura com o seu próprio pai, que, por sua vez, concorria à reeleição do cargo. Tivemos também o caso da filha do governador do Rio Grande do Sul, que iria concorrer ao cargo de vereadora ou prefeita, não sei ao certo, e que alegava a seu favor o fato de ser filiada a outro partido, que não o partido do pai. Segundo ela, isso deixava público e notório que eles tinham uma incompatibilidade e, portanto, não incidiria em causa de inelegibilidade.

A meu ver, a causa de inelegibilidade nesses casos visa evitar que o cargo seja usado em proveito desse familiar, evitando-se assim a perpetuação de uma mesma família no poder, bem

como garantir a lisura das eleições e a isonomia de tratamento entre os diversos candidatos. O fato de esse candidato a prefeito estar concorrendo com o próprio pai pode ser uma forma de garantir que a família permaneça no poder. Não dá para dizer que o candidato está concorrendo com o pai e que, por isso, este não vai favorecê-lo. Pode ser que não favoreça diretamente, mas a família vai permanecer no poder. Acredito também que é preciso fixar regras objetivas, claras, válidas para todos. Se começarmos, casuisticamente, a cada situação, dizer: “este pode, porque o pai dele também é candidato e eles estão concorrendo um com o outro”; “esta pode, porque o pai dela pertence a um partido diferente e todos sabem que ela se desentendeu com o partido”, daqui a pouco, vamos esvaziar totalmente o dispositivo legal. Vejo que isso tem de ser interpretado de maneira bastante restritiva. Não se podem abrir exceções, mesmo nos casos em que as aparências levariam a concluir que talvez não houvesse possibilidade de o parente detentor do cargo beneficiar o candidato.

Quase tudo no Direito Eleitoral, se não arguido no momento próprio, preclui e não pode ser arguido posteriormente. No caso das inelegibilidades constitucionais, não. Elas podem ser arguidas a qualquer tempo. Não estão sujeitas a preclusão. Se forem arguidas após as eleições, isso terá de ser feito através do Recurso contra Expedição de Diploma (RCED). Há um julgado, cuja relatora foi a Ministra Nancy Andrigli, que diz: “*A interposição do RCED com fundamento no artigo 262, inciso I, pressupõe a existência de uma inelegibilidade superveniente ao registro de candidatura; ou uma inelegibilidade de índole constitucional*” — esta não preclui nunca —; “*ou uma incompatibili-*

dade, incluída, nesta hipótese, a suspensão de direitos políticos decorrente do trânsito em julgado de decisão penal posterior ao pedido de registro". Pode ser que o candidato não estava condenado quando pediu o registro, mas veio a ser condenado no curso do período eleitoral.

Consultado se membro do Ministério Público Estadual, que ingressou na instituição depois da Constituição Federal de 1988 e antes da Emenda Constitucional 45/2004, deve afastar-se definitivamente de seu cargo público para concorrer às eleições, o Tribunal, tendo como relator o Ministro Gilson Dipp, respondeu: *"Os membros do Ministério Público Estadual submetem-se à vedação constitucional de filiação partidária. No entanto, ante essa vedação, o prazo de filiação partidária para os que pretendam candidatar-se nas eleições de 2012 dependerá do prazo de desincompatibilização exigido ao membro do Ministério Público em geral, conforme o cargo que pretenda disputar"* (artigo 1º, inciso VII, alínea "a", da Lei Complementar nº 64/90).

Casos de parentesco costumam ocasionar muitos problemas. A título ilustrativo, vejamos a seguir dois casos de inelegibilidade constitucional por parentesco.

1. Se o titular do Poder Executivo Municipal já se encontra no exercício do segundo mandato, sua companheira é inelegível para o mesmo cargo no pleito subsequente.

2. Vice-prefeita de São João da Paraúna, município do estado de Goiás, foi considerada inelegível nas eleições municipais de 2008. Não obstante seu marido, que era o prefeito do mesmo município, estivesse em condições de concorrer à

reeleição em 2008, ele faleceu apenas três meses antes do pleito, sem que tivesse renunciado ao cargo no prazo legal.

Ao interpretar sistematicamente o artigo 14, parágrafos 5º e 7º da Constituição Federal de 1988, o TSE consignou que os parentes dos chefes do Poder Executivo são elegíveis para o mesmo cargo, no período subsequente, desde que os titulares dos mandatos sejam reelegíveis e tenham renunciado ao cargo ou falecido até seis meses antes do pleito, o que não ocorreu. Por isso, a viúva estava inelegível.

Trago agora uma questão que já foi bastante discutida no Tribunal: Quando o Ministério Público Eleitoral tem legitimidade para recorrer da decisão que deferir o pedido de registro de candidatura? Quando se tratar de matéria constitucional, sempre, mesmo que não tenha impugnado o registro, uma vez que a inelegibilidade de estatura constitucional não se submete à preclusão. Quanto ao exame da aptidão da candidatura, quando há renovação da eleição, ele deve ser feito no momento do pedido de registro. Não se leva em conta a situação anterior do candidato na eleição anulada, a menos que ele tenha dado causa à anulação do pleito. Ele poderia ser elegível na primeira eleição e tornar-se inelegível na segunda. O novo pleito é considerado autônomo e demanda a reabertura do processo eleitoral.

Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar nº 135/2010). Oriunda da iniciativa popular, esta lei coletou mais de 1.600.000 assinaturas. O TSE firmou o entendimento de que esse dispositivo não se aplicava às eleições de 2010, por força da incidência do artigo 16 da Constituição Federal e dos princípios constitucionais da segurança jurídica e da proteção da confiança legíti-

ma, que asseguram estabilidade nas regras do processo eleitoral. Ao mesmo tempo, ingressaram no Supremo duas Ações Declaratórias de Constitucionalidade — a ADC 29, do Partido Popular Socialista (PPS), e a ADC 30, da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) — e uma Ação Direta de Inconstitucionalidade — a ADIN 4.578, ajuizada pela Confederação Nacional das Profissões Liberais (CNPL). A ADIN 4.578 colocou em discussão apenas o artigo 1º, inciso I, alínea “m”, da Lei Complementar nº 64/90, com as modificações introduzidas pela Lei da Ficha Limpa, que diz respeito à inelegibilidade das pessoas excluídas do exercício da profissão, por decisão sancionatória do órgão profissional competente, em decorrência de infração ético-profissional. Votação majoritária do Plenário decidiu que a Lei da Ficha Limpa é compatível com a Constituição e pode ser aplicada a atos e fatos ocorridos anteriormente à sua edição, em julho de 2010.

Em 2012, iniciou-se no Ministério Público Eleitoral um trabalho de levantamento das situações de inelegibilidade, até porque estamos vivendo um período atípico. A Lei das Eleições prevê que o candidato, por ocasião do registro, só precisa apresentar certidões criminais. Com a Lei da Ficha Limpa, o condenado por ato doloso de improbidade administrativa é inelegível. Também é inelegível, por exemplo, a pessoa que se insere na alínea “m”, ou seja, que foi excluída do exercício da profissão pelo órgão competente da sua categoria profissional.

Reunir esses documentos tem sido um trabalho difícil, porém muito interessante, para o Ministério Público. Estamos construindo uma grande base de dados de pessoas que, se de

alguma maneira incidirem em uma das situações expressas na Lei da Ficha Limpa, serão inelegíveis. Ao requisitar, aos órgãos de representação profissional, a lista das pessoas que tinham sido excluídas do exercício da profissão, chamou-me a atenção o fato de um bom número desses órgãos não retornar ou responder: “posso mandar, mas a partir de 8 de julho”; “posso mandar a partir de 10 de julho”. Ou seja, depois que não haveria mais tempo para impugnar a candidatura. Houve uma forte reação corporativa por parte de alguns órgãos de representação. Nos casos de condenação por improbidade, tivemos que entrar em contato com o Tribunal de Contas, com Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais. Enfim, tivemos um trabalho árduo para identificar essas situações, até porque esse processo é muito dinâmico, as condenações acontecem dia a dia. Como não consegui que se exigisse a certidão cível, esse trabalho ficou para o Ministério Público. Localizar todos os inelegíveis nestas eleições de 2012 é absolutamente impossível. Acredito que em 2014 tenhamos mais êxito.

Alguns votos interessantes sobre a Lei da Ficha Limpa

- Ministra Rosa Weber: *“A elegibilidade é condição a ser averiguada por ocasião de cada pleito eleitoral, segundo a lei da época, não havendo que se falar em direito adquirido”*.
- Ministra Cármen Lúcia: *“O que se passa na vida de alguém não se desapega de sua história, de forma que, quando um cidadão se propõe a ser o representante dos demais, a vida pregressa compõe a persona que se oferece ao eleitor e seu conhecimento há de ser de interesse público, a fim de se chegar*

à conclusão de sua aptidão — que a Constituição diria moral e proba — para esse mister”.

Os atributos “moral e proba”, a que se refere o artigo 14 da Constituição, é o que vou usar para tentar chegar ao Supremo Tribunal Federal (STF) na questão das quitações eleitorais.

Ministro Ayres Britto: *“A Constituição, em seu parágrafo 9º do artigo 14, autorizou a Lei Complementar a estabelecer requisitos (pré-requisitos) de configuração do direito de se candidatar. Não são restrições ao exercício de direito, mas, ao contrário, pressupostos que, se não preenchidos, afastam o próprio direito à candidatura”.*

Foi repelida, por maioria, a alegação de inconstitucionalidade da alínea “m”, ao fundamento de que, em suma, a condenação por infração ético-profissional demonstra a inaptidão para gestão da coisa pública. Conclusão: inelegibilidade por oito anos, a menos que o ato tenha sido anulado ou suspenso pelo Judiciário.

Na questão da presunção de inocência, os votos são bastante interessantes. O Ministro Luiz Fux repeliu a alegação de que a norma ofenderia o princípio da presunção de inocência. Aduziu que o exame desse postulado não deve ser feito sob o enfoque penal e processual penal, e sim eleitoral, podendo ser relativizado.

O Ministro Joaquim Barbosa entendeu que a inelegibilidade não é pena. Por isso é incabível a incidência do princípio da irretroatividade da lei, notadamente, da presunção de inocência às hipóteses de inelegibilidade. Não é pena — isso também é o que constava da decisão do TSE —, porque inclusive membros

do Ministério Público e da magistratura são inelegíveis. A inelegibilidade pode ser decorrente de uma condenação.

Para a Ministra Rosa Weber, no campo eleitoral, especialmente no que se refere à elegibilidade, a prevalência é da proteção do interesse público e da coletividade.

Questões polêmicas

▪ *Alíneas “e” e “l” do artigo 1º, inciso I, da Lei Complementar nº 64/90*

A inelegibilidade perdura desde a condenação até o transcurso do prazo de oito anos, contado após o final do cumprimento da pena. O Supremo afastou, por maioria, a possibilidade de redução desse prazo.

▪ *Coisa julgada e inelegibilidade*

O TSE vem entendendo que o prazo de inelegibilidade de oito anos não deve ser aplicado a fatos cujos efeitos jurídicos tinham se exaurido sob a égide da legislação anterior à Lei da Ficha Limpa, a exemplo daqueles apurados em sede de investigação judicial eleitoral (artigo 22, inciso XIV, da Lei Complementar 64/90) e em casos da incidência da alínea “d” do artigo 1º, inciso I, da mesma lei.

Entretanto, acórdão do Supremo menciona, explicitamente, que a coisa julgada não é óbice à aplicação do prazo de oito anos de inelegibilidade. Em julho de 2012, o Ministro Ayres Britto proferiu decisão contra uma prefeita do município de Tianguá, no estado do Ceará, cassando liminar concedida pelo TSE, com a fundamentação de que ela ofendia a autoridade do STF, que, no julgamento das ADCs 29 e 30 e da ADIN 4.578, confirmou a validade dessa lei, envolvendo inclusive situações

anteriores ao seu advento. É uma decisão realmente interessante, que desconsidera totalmente o exaurimento do período de inelegibilidade e aplica a Lei da Ficha Limpa, com o argumento de que não há direito adquirido ou coisa julgada contra essa lei. A decisão é recente.

▪ *Abuso de poder econômico*

Eleições de 2010. Entre os casos de condenação por abuso de poder econômico, temos o de um candidato apadrinhado por um ex-deputado distrital, dono de empresa de considerável porte, com cerca de 1.000 funcionários. Nesse caso, utilizou-se a estrutura da empresa para a realização de campanha eleitoral em favor do candidato. Os funcionários eram convocados para reunião e lá era feito um trabalho de convencimento, com pedido de votos e disponibilização de material de propaganda. Passados alguns dias, essas mesmas pessoas recebiam uma ficha, na qual tinham de indicar um número X de parentes ou conhecidos que poderiam votar no candidato. Nesse caso, ao contrário do que geralmente acontece, não havia promessa de recompensa, mas ameaça de demissão. Em razão da prática de abuso de poder econômico e captação ilícita de sufrágio, foi mantida a cassação do diploma do candidato, a imposição de multa e a declaração de inelegibilidade por oito anos, com base no artigo 41-A da Lei nº 9.504/97 e no artigo 22, incisos XIV e XVI, da Lei Complementar nº 64/90, com a nova redação da Lei Complementar nº 135/2010.

Eleições de 2006. O candidato recorrido foi condenado por abuso de poder econômico, previsto na alínea “d”, inciso I, do artigo 1º da Lei Complementar nº 64/90, cuja decisão transitou em julgado em 2009. O Tribunal julgou impossível

o reconhecimento da inelegibilidade por prazo maior (oito anos), tendo em conta a Lei Complementar nº 135/2010, pois equivaleria a desconhecer título judicial com trânsito em julgado. Entendimento contrário implicaria retroatividade máxima da lei, colocando-se em segundo plano ato jurídico perfeito por excelência — a coisa julgada. Nesse entendimento, o Tribunal, por unanimidade, desproveu o agravo regimental. No entanto, como vimos, recentemente o Ministro Ayres Britto concedeu liminar no sentido inverso.

Eleições de 2008. Ao organizarem esquema de distribuição de combustível a eleitores com o pretexto de participação em carreatas, o prefeito e o vice-prefeito incorreram na prática de captação ilícita de sufrágio e abuso de poder econômico. O TRE concluiu pela aplicação do disposto no inciso XIV do artigo 22 da Lei Complementar nº 64/90, com a alteração da Lei Complementar nº 135/2010, e impôs aos recorrentes a inelegibilidade pelo período de oito anos. Contudo, considerando que os fatos ocorreram em 2008, antes da entrada em vigor da Lei Complementar nº 135/2010, que alterou o prazo de inelegibilidade de três para oito anos, entendeu o TSE que deve prevalecer a norma originária inscrita no inciso XIV do artigo 22 da Lei Complementar nº 64/90.

Ainda sobre as condenações por abuso de poder econômico ou político, um ponto polêmico entre o MPE e o TSE refere-se à representação. O Tribunal entende que as causas de inelegibilidade, no que convergem a doutrina e a jurisprudência, são de *ius strictum*, não comportando interpretação extensiva, nem aplicação analógica. A hipótese da alínea “d”, inciso I, do

artigo 1º da Lei Complementar nº 64/90, modificada pela Lei Complementar nº 135/2010, refere-se exclusivamente à representação de que trata o artigo 22 da Lei das Inelegibilidades. O MPE defende que o termo “representação” deve ser entendido em sentido amplo, abrangendo as ações eleitorais, inclusive a Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE) e a Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME).

▪ *Crimes contra a ordem tributária*

O TSE julgou improcedente recurso interposto por candidato em razão de indeferimento a registro de candidatura, ao fundamento de que *“não procede a alegação de que a lei não contempla como hipótese de inelegibilidade os crimes contra a ordem tributária. Os crimes contra a administração pública devem ser interpretados em sentido amplo, não abrangendo apenas aqueles previstos no Código Penal, mas também aqueles em que há ofensa ao patrimônio público, como ocorreu na hipótese, em razão da diminuição na receita tributária”*.

▪ *Julgamento de membros do Executivo*

Esta também é uma questão polêmica entre o MPE e o TSE, para o qual todas as contas de membros do Executivo — prefeito, governador, etc. — devem ser julgadas pelas respectivas Câmaras Municipais, Assembleias Legislativas, etc. O MPE sustenta que, quando o chefe do Poder Executivo atua como ordenador de despesas, as contas devem ser julgadas pelo Tribunal de Contas e, havendo rejeição, fica configurada a inelegibilidade prevista na alínea “g” do artigo 1º, inciso I, da Lei Complementar nº 64/90. No caso das contas de governo, o MPE sustenta

perante o TSE que, na omissão do órgão legislativo, prevalece o parecer do Tribunal de Contas.

▪ *Artigo 11, parágrafo 10, da Lei nº 9.504/97*

“As condições de elegibilidade e 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.” As alterações fáticas ou jurídicas supervenientes são aquelas decorrentes, por exemplo, da concessão de uma liminar judicial, de um caso em que a pessoa veio a ser condenada depois de sua candidatura ter sido registrada. Entretanto, tenho recebido grande número de recursos de casos em que o candidato não pagou a multa no valor de R\$ 3,90, não compareceu à eleição, e alega que não sabia, dizendo que o TRE deveria ter comunicado a ele ou enviado uma comunicação para a União Federal executar a multa. Realmente, a Justiça Eleitoral não comunica à pessoa, mas, se ela entrar no *site*, está tudo registrado lá. Para mim, não é o valor da multa, irrisório, aliás, que conta, e sim o descumprimento de um dever imposto por lei, o dever de comparecer às urnas para votar. Se todas as pessoas decidirem não votar, simplesmente porque a multa é de apenas R\$ 3,90, provavelmente não teremos mais eleições nesse país.

Na prestação de contas de campanha, cumpre ao julgador tão somente assentar a regularidade ou não das contas, razão pela qual a questão alusiva à quitação eleitoral diz respeito à condição de elegibilidade que deverá ser aferida em processo de registro de candidatura. Muitos candidatos, na hora em que vão pedir o registro, ouvem do juiz eleitoral que não preencheram

as condições, pois não estão quites com a Justiça Eleitoral. No dia seguinte, pagam a multa e alegam que esse é um fato superveniente. De maneira nenhuma trata-se de fato superveniente, porque os candidatos sabiam que não tinham votado e que não votar e não justificar acarreta multa.

▪ *Candidatos “contas sujas”*

Na interpretação da minirreforma eleitoral da Lei 12.034 de 2009, o TSE, num primeiro momento, por maioria de votos (4 × 3), entendeu que não bastava o candidato comprovar que apresentou suas contas de campanha. Ele teria de provar que essas contas tinham sido aprovadas, não poderia ter tido suas contas rejeitadas. Num segundo momento, após ter sua composição alterada, o Tribunal, também por 4 × 3 votos, mudou seu entendimento. Isso na Justiça Eleitoral é muito comum, porque sua composição é, por natureza, rotativa. Na verdade, a única coisa permanente na Justiça Eleitoral são os servidores. Os julgadores ficam por um período, e a rotatividade implica mudança da jurisprudência; às vezes, uma mudança brusca, como essa que ocorreu em 28 de junho deste ano [2012], sete dias antes de ter início o registro das candidaturas.

A Emenda Constitucional de Revisão nº 4/94 inseriu novos elementos no parágrafo 9º do artigo 14 da Constituição Federal: a probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato, como diretrizes balizadoras dos limites da inelegibilidade. Por essa razão, venho sustentando a inconstitucionalidade da parte final do parágrafo 7º, do artigo 11, da Lei nº 9.504/97, com a redação dada pela Lei nº 12.034/2009, que

viabiliza a obtenção da quitação eleitoral a partir da mera apresentação de contas de campanha.

A Resolução TSE nº 23.376, de 1º de março de 2012, exigia a aprovação das contas eleitorais para a obtenção de certidão de quitação eleitoral e, em consequência, do próprio registro de candidatura. Foi apresentado pedido de reconsideração pelo Partido dos Trabalhadores (PT), endossado por mais treze partidos, sustentando que estar quite com a Justiça Eleitoral, para fins de candidatura, é apresentar a prestação de contas. Mais de 21.000 candidatos, que tiveram as contas reprovadas, encaixavam-se na situação de candidatos “contas sujas”.

Em virtude de alteração na composição do TSE, em 28 de junho de 2012, foi editada uma nova instrução¹, alterando a citada Resolução, para excluir do artigo 52 seu parágrafo 2º, que dizia: “*sem prejuízo do disposto no parágrafo 1º, a decisão que desaprovar as contas de candidato implicará o impedimento de obter a certidão de quitação eleitoral*”. Tal modificação, em pleno período eleitoral, representa grave violação ao princípio da segurança jurídica.

Acredito que é possível aplicar a decisão do STF no Recurso Extraordinário (RE 637485/RJ) que tratava da questão dos “prefeitos itinerantes”, segundo o qual as decisões do TSE que acarretassem mudança de jurisprudência no curso do pleito eleitoral, ou logo após o seu encerramento, não se aplicariam imediatamente ao caso concreto e somente teriam eficácia sobre outras situações em pleito eleitoral posterior.

¹ A palestrante refere-se à instrução nº 1542-64.2011.6.00.000.

Na verdade, criamos algumas situações muito complicadas. Nem sempre é o “Seu Zezinho, do Fusquinha” que tem as contas de campanha reprovadas. Alguns têm suas contas reprovadas por graves e insanáveis irregularidades. E basta essas pessoas comprovarem que apresentaram as contas de campanha para serem elegíveis, enquanto o cidadão que não pagou a multa de R\$ 3,90 é inelegível. Parece-me que há uma maneira de se fazer um balizamento dessas situações. Acho inclusive que, nessas eleições municipais, os Tribunais Regionais e os próprios juízes eleitorais vão considerar caso a caso. O “seu Zezinho”, que não declarou o combustível do seu Fusquinha, certamente não terá as contas rejeitadas por irregularidade insanável. Já o cidadão que não abriu uma conta específica para a campanha, ou que sacou todo o dinheiro da conta num único dia... São duas situações inteiramente diferentes. Esse cidadão não pode ser tratado como uma pessoa que preenche todas as condições de elegibilidade, que tem probidade, moralidade para o exercício de um cargo público, simplesmente porque apresentou as contas de campanha. Quanto ao candidato que nem conta apresentou, realmente não temos o que dizer.

▪ *Duas decisões monocráticas de inelegibilidade, envolvendo as eleições municipais de 2012*

Recurso Especial 9570. Decisão: Ministro Arnaldo Versiani. Inelegibilidade da alínea “g”. Por mais de um ano, presidente da Câmara Municipal efetuou o pagamento indevido de aposentadorias, em desobediência à ordem legal, o que contribuiu sobremaneira para que o limite previsto no artigo 29-A, inciso I, da Carta Magna, fosse ultrapassado. Ciente

da irregularidade, tinha o dever de, imediatamente, cumprir a ordem judicial e abster-se do pagamento. No entanto, por sua vontade livre e consciente, deliberou dar continuidade aos pagamentos indevidos, não podendo, agora, eximir-se de sua responsabilidade sob a alegação de ter incorrido em culpa.

Recurso Especial 13330. Decisão: Ministro Gilson Dipp. Ausência de quitação eleitoral nos casos em que o candidato teve as contas julgadas e dadas por não prestadas. *“As razões do recurso especial apontam para afronta ao artigo 11, parágrafo 7º, da Lei nº 9.504/97, ao argumento de que as contas da campanha eleitoral de 2008 foram prestadas, ainda que intempestivamente. A alegação do recorrente não encontra respaldo na orientação que se firmou no âmbito desta Corte acerca do tema. Ao julgar situação semelhante, este Tribunal afirmou a impossibilidade de obtenção de quitação eleitoral para os candidatos no pleito de 2008 que tenham tido suas contas julgadas não prestadas.”*

Espero ter contribuído para despertar o interesse pelo Direito Eleitoral, que é fascinante, mas precisa ser visto com olhar crítico, considerando que, via de regra, a legislação eleitoral é feita por quem dela vai auferir, ou não, proveito. Se realmente quisermos melhorar a situação desse país, ter legisladores e representantes do Executivo probos, de conduta ilibada, é preciso trabalhar para isso. Sempre existe uma brecha na legislação para ser aproveitada por aqueles que estão em via de ter sua candidatura impugnada e não poder concorrer às eleições. Com isso vão-se perpetuando no poder pessoas que praticam seguidos atos de improbidade, desviando recursos públicos e cometendo

sempre as mesmas faltas. Assim, é difícil ter administradores comprometidos com a democracia, com o erário, com a própria coletividade que os elegeu. É uma luta árdua, mas que vale a pena. Quem optar por ser juiz eleitoral verá. É por essa razão que, desde 1985, venho participando desse processo como Ministério Público Eleitoral. O caminho é procurar que a nossa democracia cumpra, sem desvios, os princípios que a Constituição Federal elencou e consagrou.

Conferências

do dia 23 de agosto de 2012

Federalismo constitucional e Justiça Eleitoral

Conferencista: Gustavo Sampaio Telles Ferreira

Professor-Adjunto da Faculdade de Direito da
Universidade Federal Fluminense (UFF)

Antes de fazer qualquer consideração, quero agradecer ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região pela oportunidade de apresentar alguns elementos deste tema tão caro, em especial para mim, que é a Federação, especificamente no que se refere à estrutura, ao desempenho e ao curso das funções institucionais da Justiça Eleitoral. Vamos examinar, basicamente, duas instituições fundamentais: a Justiça Eleitoral e a Federação no Brasil. O propósito não é estudá-las em apartado, mas verificar as relações que forçosamente surgiram da edificação de uma Justiça Eleitoral autônoma no Brasil e do esforço histórico da nossa Federação. Essas duas visadas são absolutamente coligadas. Não há como fazer análise apartada da Justiça Eleitoral e do federalismo constitucional no Brasil.

A história da Justiça Eleitoral, as idas e vindas, as mudanças sentidas até no processo eleitoral dizem respeito sobretudo à organização político-administrativa do Estado brasileiro e, portanto, às alterações que se processaram no curso destes mais de cem anos de República. É preciso notar que a Federação no Brasil é um problema científico, que vem sendo estudado desde muito pelas universidades brasileiras e pelos centros de pós-graduação *stricto sensu*. Temos feito isso no Programa de Mestrado

em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense, onde tenho a honra de lecionar.

A Federação no Brasil é um verdadeiro laboratório de estudos, porque os problemas não são poucos, a realidade é difícil e foram muitas as alterações sofridas ao longo do tempo. Isso justifica muito do que temos hoje dentre as soluções cominadas no processo eleitoral e as dificuldades por ele sentidas. Sinto que a inauguração republicana no Brasil, a própria importação de uma forma estatal, desenvolvida numa atmosfera absolutamente distinta da atmosfera republicana brasileira, foi um convite ao equívoco, um convite à formatação, em alguns aspectos equivocada, do nosso sistema constitucional de descentralização vertical. Isso porque, apesar das boas intenções e do que efetivamente moveu a atividade dos próceres do republicanismo no Brasil, o intento de descentralização federativa neste país veio diretamente associado à transformação súbita de um Estado unitário, exageradamente centralizador, já à época, com seus mais de 8 milhões de quilômetros quadrados de território. A dificuldade, portanto, era intensa e não houve adaptação do modelo.

A Carta Magna de 1891, nos albores do que hoje chamamos de Velha República, surgiu como resultado de uma manifestação monocrática do governo provisório do Marechal Deodoro da Fonseca — e isso tem um componente simbólico —, que, no Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889, estabeleceu o federalismo como forma estatal, sem que houvesse qualquer intervalo histórico de acomodação entre a centralização excessiva do Império, da Monarquia constitucional brasileira e a proposta de descentralização do período republicano. Federação se constrói,

se edifica. Federação não se estabelece simplesmente por uma mudança dogmática e muito menos por uma penada monocrática presidencial.

A Federação, como forma estatal criada no modelo norte-americano, foi desenvolvida e concebida ao longo de décadas. Foram anos de reflexão, anos de debate, de meditação, até que os convencionais da Filadélfia pudessem edificar a Carta Magna de 1787 e estabelecer a Federação como princípio. Evidentemente que, no nosso sistema, o fato de termos estabelecido uma Federação, a partir de um decreto e de uma constituição desenvolvida e redigida em poucos meses, faria com que este modelo fosse, no mínimo, fadado a questionamentos e posto à reflexão dos pensadores do Direito Constitucional brasileiro, se efetivamente é um modelo que está na alma, que está na gênese, que está na atmosfera republicana deste país.

De lá para cá, sem embargo de todos os esforços desenvolvidos, o federalismo vem claudicante, apesar de o termos como princípio estabelecido no *caput* do artigo 1º da Constituição da República, no âmago do título dos princípios fundamentais da República do Brasil. Apesar disso, desconfio que até hoje não tenhamos efetivamente uma República Federativa. Digo isso, não com alegria, muito pelo contrário. Na minha formação doutoral, desenvolvi tese sobre o federalismo. Acredito na Federação como forma estatal e acho que devemos incondicionalmente lutar por ela. Qualquer mecanismo de descentralização de poder é aprioristicamente bem-vindo. Reitero: é mecanismo aprioristicamente bem-vindo. Portanto, se temos a Federação como instrumento descentralizador, tal como tivemos a separa-

ção de poderes desde as concepções iluministas, podemos comemorar o seu cabimento, a sua recomendação, mas lutar para que a Federação efetivamente se estabeleça e se concretize em nossa realidade institucional.

Fiz essa consideração eminentemente introdutória, para dizer que o exame da Justiça Federal, no entremeio da Federação no Brasil, vem conjugado com uma inexorável realidade de nossa constatação histórica. Vivemos historicamente uma pendularidade, da qual o Brasil não se distancia, uma pendularidade que vai da centralização à descentralização, voltando à centralização, para depois caminhar novamente para a descentralização. Mas esta pendularidade não pode ser mera constatação de historiador, ela se justifica nas mais elevadas obras do Direito Constitucional do Brasil, do pensamento brasileiro, da ciência política.

Se destacarmos esse trecho histórico, da República Velha aos nossos dias, veremos que a centralização no Brasil estabeleceu-se e restabeleceu-se muitas vezes em razão do malogro da experiência da descentralização — e, quando digo centralização, não estou me referindo forçosamente a períodos ditatoriais. Muitas vezes, em razão de traumas sentidos na descentralização, justificou-se a centralização.

No Programa de Pós-Graduação *Stricto Senso* em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense, temos discutido muito alguns autores importantes da nossa República, dentre os quais Oliveira Viana. Sem querer advogar a tese desse jurista e historiador, comentava outro dia com meus alunos do Programa de Mestrado, que não se pode ler Viana meramente

com os olhos da desconfiança. Nesse sentido, um dia chamei a atenção de um aluno do programa, que discutia o tema comigo.

Hoje, Oliveira Viana é visto como um dos artífices da centralização do governo Vargas, da construção do Estado forte na década de 1930. E, de fato, foi. Mas não se pode ler Oliveira Viana como quem lê com a devida desconfiança o que produziu um autor nas décadas de 1920 e 1930. Eu discutia: por que Oliveira Viana, assim como outros autores daquela quadra, entre eles Azevedo Amaral, Araújo Castro e até o próprio Francisco Campos? Quero falar aqui especificamente de Oliveira Viana. Por que Viana escreveu o que escreveu e, ao cabo da República Velha, foi entusiasta do Estado centralizado? Será meramente por conceber que a centralização supera a descentralização?

Certamente que não. Ninguém há de pensar que a centralização se constitui em mecanismo mais próspero do que a descentralização, nosso bom senso não comunga com esta percepção, e qualquer estudioso do Direito hoje será defensor da descentralização. Não foram poucos os autores que, ao fim da República Velha, ao fim daqueles 41 anos de experimentação republicana, perceberam o que a descentralização no Brasil, naquela quadra histórica, gerou. Victor Nunes Leal, que nós tanto citamos, a quem sempre recorremos, já justificava a realidade eleitoral da República Velha. Ele, que era incondicional defensor do processo democrático e que sofreu as sanções decorrentes de uma ruptura institucional, já salientava o que a descentralização fizera com o processo eleitoral na República Velha.

Quero dizer que, quando lemos alguns autores daquela quadra histórica, ainda que não estejamos de acordo — porque

eu mesmo não me ponho de acordo, já que me identifiquei como federalista —, não podemos examiná-los com a desconfiança dos dias de hoje. Torna-se necessária uma espécie de viagem no tempo para compreender a conjuntura, compreender na literatura da época, na forma de dizer as coisas próprias da época, por que esses grandes autores sustentaram a construção do Estado Nacional na década de 1930. Retirei este exemplo para justificar o que nomeiei pendularidade histórica, reproduzindo a dicção de muitos autores; não é uma expressão minha.

Essa pendularidade atravessa a República e marca-nos contemporaneamente. Afirmo isso porque estamos numa quadra de centralização, não de descentralização. Por isso também fiz questão de consignar que, quando me refiro à centralização, não relaciono necessariamente a processos ditatoriais. Tais processos são centralistas por excelência, mas também há centralização no processo democrático que vivemos. Estamos em gozo e fruição da democracia, mas vivemos um período pendular, que deixa o pêndulo no ângulo da centralização. Basta ver o papel que hoje desempenha o Supremo Tribunal Federal na estrutura do Poder Judiciário, na República, e a criação de alguns órgãos de caráter central, como o próprio Conselho Nacional de Justiça.

A um de meus alunos, que pressupunha condenar Oliveira Viana, Francisco Campos e os autores da década de 1930, eu dizia, por exemplo, que a criação do Conselho Nacional de Justiça funda-se muitas vezes na doutrina de Oliveira Viana, funda-se na doutrina daqueles autores que foram próceres da centralização constitucional no Brasil. É preciso analisar as coisas com a capacidade de transportar-se no tempo: por

que esses professores, esses doutrinadores escreveram o que escreveram naquelas quadras históricas?

A Justiça Eleitoral surge institucionalmente na década de 1930. A primeira Constituição brasileira a prever, *ipso facto*, a Justiça Federal foi uma Constituição democrática — a Carta Magna de 1934 —, que dizem ser, num ângulo comparativo, a segunda Constituição mais democrática da nossa história. Ainda que a Assembleia Nacional Constituinte de 1933 — constituída não por aproveitamento de uma legislatura preexistente, mas exclusivamente para a elaboração do texto constitucional — viesse a ser uma assembleia classista, porque tínhamos ainda representação classista naquela assembleia, vamos concebê-la aqui como eminentemente democrática.

Mesmo tendo se concretizado naquela quadra constitucional de 1934, a Justiça Eleitoral veio no esteio da edificação do Estado Nacional forte, ainda que no processo democrático e ainda que a Constituição, ou a Carta Magna de 1937, três anos depois, a tenha menoscabado por conta da necessidade do Estado Novo.

A Justiça Eleitoral surgiu como veículo de centralização das atividades de controle do desempenho da constituição dos órgãos eletivos no Brasil, parlamentares e executivos. Com essa constatação quero dizer que, muitas vezes, o poder local e o poder regional causam desconfiança. Reitero com pesar essa afirmação, porque minha tese de doutoramento foi sobre o federalismo, nela teço uma defesa e proponho um redimensionamento do poder local no Brasil, uma vez que o nosso federalismo é, como poucos no mundo, tridimensional, um federalismo que, já no *caput* do

artigo 1º da Carta da República, estabelece o município como esfera da Federação.

Tão forte foi essa dicção que o próprio inciso VII do artigo 34 da Carta Magna atual, na enumeração dos chamados princípios constitucionais sensíveis — aqueles princípios que, se violados, ensejam a propositura da ação direta interventiva —, prevê a autonomia municipal na alínea “c”. Hoje, essa autonomia é concebida como preceito fundamental pela jurisprudência do excelso Supremo Tribunal Federal, como princípio constitucional sensível e como cláusula pétrea constitucional. Assim é definida a autonomia municipal, autonomia da terceira esfera, que os economistas costumam nominar esfera terciária de governo.

Apesar dessa ênfase, desse entusiasmo federalista, reconhecimento que a experiência do poder local e do poder regional no Brasil é muitas vezes frustrante. Nós desejamos, ansiamos, somos entusiastas da descentralização, mas ao mesmo tempo desconfiamos. E, quando temos a coragem de nos lançarmos sobre ela e progredir constitucionalmente nesse sentido, nós nos deparamos com a experiência de captura de poder e, ainda que essa captura possa ocorrer nos três níveis da Federação — e, de fato, ocorre —, é notório que ela é muito mais ostensiva no âmbito do poder local e do poder estadual. A capacidade que a sociedade brasileira tem de fiscalizar o poder público federal é muito maior que a de fiscalizar o poder público municipal e o poder público estadual, mesmo pela pulverização, pela capilarização, por essa descentralização.

Imagino que muitos magistrados federais, bem como profissionais da advocacia pública, do Ministério Público e

da advocacia privada, sejam investidos de função docente em disciplinas do Direito Público e ouçam de seus alunos, sobretudo os da graduação, ainda neófitos, que o Brasil não vive uma Federação de verdade, porque o artigo 22 concentra uma larga margem de competências em torno da União Federal, o que, na experiência norte-americana, seria inconcebível. É verdade. Não tenha dúvida. Mas o que aconteceu quando as competências legislativas na República Velha eram mais distribuídas do que na Nova República, após 1988?

Hoje, só o inciso I do artigo 22 da Constituição da República já concede à União Federal autoridade para legislar em quase todos os ramos clássicos do Direito — do Direito Civil ao Direito Penal, do Direito Processual Civil ao Direito Processual do Trabalho, Direito Marítimo, Direito Agrário, Direito Aero-náutico, Direito Espacial e Direito do Trabalho. O artigo 24 da Constituição da República traz algumas ressalvas, mesmo assim à guisa de competência legislativa concorrente, na qual a União Federal estabelece as normas gerais.

Na República Velha, a competência para legislar em matéria processual era dos estados. Não sou processualista, mas os processualistas costumam comentar que essa experiência estadual nem sempre foi de produzir tão bons resultados. Em matéria de Direito Eleitoral, tema que estamos tratando, a República Velha também fez uma meiação. A Constituição de 1891 era muito clara ao dispor a autoridade do Congresso brasileiro para legislar sobre as eleições federais, sobre Direito Eleitoral de caráter nacional, mas não propriamente sobre as eleições no âmbito dos municípios, por exemplo, ou no âmbito dos estados. Essa pro-

posta, que se consumou e que perdurou durante 41 anos, sofreu reservas dentro da própria República Velha.

Um dos maiores comentaristas da Constituição de 1891, professor Carlos Maximiliano, autor de *Hermenêutica*, na edição de comentários de 1929, de encerramento da República Velha, comentou a grande reforma constitucional de 1926, introduzida nessa Constituição. Nessa reforma foram suprimidas certas competências que haviam sido conferidas aos estados na Carta originária de 1891, porque, dentro da própria República Velha — e eu não estou falando aqui da Era Vargas —, já surgia uma relativa desconfiança no que se produzira como experiência nesse período, em termos de captura do poder local. No livro *Coronelismo, enxada e voto*, Victor Nunes Leal explica muito bem essa passagem. Tivemos idas e vindas.

A descentralização da República Velha inaugurou um modelo de Justiça Federal: converteu o antigo Supremo Tribunal de Justiça em Supremo Tribunal Federal, estabeleceu uma Justiça Federal e cometeu a esta Justiça, em sede inaugural, a autoridade para o controle difuso de constitucionalidade, que era também uma importação da experiência norte-americana, como foram o sistema de governo presidencialista, a forma republicana de governo, a forma federativa de Estado e, junto com tudo isso, a *Judicial Review of Legislation*, que era o padrão de controle e guarda da Constituição que se tinha à época, implantada no Brasil a partir da Carta de 1891. Ainda que pouco exercido, na prática processual, esse controle difuso era cometido aos juízes federais e, apenas em grau de recurso, ao Supremo Tribunal Federal, que não surgira na República Velha como guardião da

Constituição, mas como guardião da Federação. Temos que estabelecer essa diferença. O próprio *nomen iuris* Supremo Tribunal Federal definia que aquele seria o Tribunal mediador-presidente dos conflitos potencialmente surgidos entre as entidades que compunham a Federação. Era essa a destinação do Supremo Tribunal no Brasil. A experiência do controle difuso, uma experiência de descentralização que se pôs a serviço do Brasil através da Justiça Federal, aliás matéria muito bem comentada, creio eu, por um dos grandes comentaristas da República Velha, que foi João Barbalho Uchôa Cavalcanti, também ministro do Supremo Tribunal Federal.

Na medida em que esses mais de 120 anos de República conviveram com essa pendularidade, com esse caminhar entre uma descentralização que gera, muitas vezes, efeitos condenáveis, mas necessários, e uma centralização que se propõe a combater esses efeitos condenáveis de uma descentralização necessária, essa trajetória pendular fez com que tivéssemos hoje um quadro organizacional político-administrativo do Estado brasileiro com algumas fendas, com algumas zonas de tensão, embora, a meu ver, o saldo seja extremamente positivo. Se a *Judicial Review*, por exemplo, foi uma contribuição da descentralização na República Velha, ela foi mantida num sistema híbrido, num sistema sincrético de defesa e guarda da Constituição, que convive muito bem com o controle concentrado de constitucionalidade, embora estejamos agora atingindo um certo excesso em matéria de controle concentrado, mas, ainda assim, tenta-se fazer a acomodação entre centralismo e descentralização.

Por essa razão, temos hoje uma Justiça Eleitoral que, historicamente, divorciou-se da Justiça Federal comum, da Justiça Federal propriamente dita, e compôs-se pela magistratura estadual, pelo menos na sua exercibilidade prática. Muitas vezes questiona-se por que a magistratura estadual, no Brasil, recebe a investidura judicante eleitoral, e não a magistratura federal. Mais uma vez, as constatações não advêm da concepção teórica, mas da realidade prática. Temos um federalismo centralizador no Brasil, se é que podemos chamá-lo de federalismo, mas que assim seja. E uma magistratura, que se concebe nacional, mais do que estadual ou federal, mas que historicamente tem um quantitativo de magistrados estaduais muitíssimo superior àqueles que integram a magistratura federal.

Apesar de a magistratura federal, numa concepção precipitada, ser porta de acesso à centralização, isso não é verdade, porque ela foi concebida como veículo de descentralização, na medida em que poderia, a partir de então, pulverizar a investidura jurisdicional federal no Brasil, para cuidar dos assuntos federais nos mais diversos rincões e situações geográficas do país. Essa magistratura federal, que foi suprimida, que foi reduzida em tempos ditatoriais e, por conta de rupturas institucionais como o Estado Novo, desgastou-se. Essa magistratura, que vinha se edificando desde a República Velha, atingindo um quantitativo de juízes estaduais tão superior àqueles que integram a magistratura federal que, num bom trecho do nosso processo histórico, não teria como cometer aos juízes federais essa investidura judicante eleitoral, até pelo restabelecimento tardio da Justiça Federal, na década de 1960. Portanto, quero me referir à

Justiça Federal de primeira instância, embora houvesse Tribunal Federal de segunda instância, mas uma magistratura restabelecida nos idos de 1960 e que, de lá para cá, vem auspiciosamente ganhando espaço e estrutura, crescendo enormemente. No meu estado, Rio de Janeiro, se formos traçar uma comparação entre a magistratura federal de primeira instância no ano da promulgação da Constituição de 1988 e a magistratura federal de hoje, veremos que ela cresceu muito, inclusive interiorizando-se. A falta de interiorização da magistratura federal era um dos pontos graves, quando as eleições locais, num federalismo tridimensional, reclamavam afetação localista e, portanto, não comportariam o exercício dessa investidura pelos juízes federais. O quadro hoje é absolutamente distinto, é outro. Temos atualmente, no Brasil, uma situação em que o acesso à centralização de poder acaba muitas vezes corrompendo a conquista da descentralização no que ela teve propriamente de mais produtivo.

Embora o Brasil seja um dos poucos Estados Nacionais no mundo a terem uma estrutura jurisdicional eleitoral separada da estrutura jurisdicional comum — e de fato é —, o Direito Constitucional brasileiro, nesse aspecto, é rico em muitas identidades próprias. Apesar disso, temos ainda uma Justiça Eleitoral sem estrutura própria e que, muitas vezes, não alcança ou não consegue resolver todos os problemas próprios surgidos nesse processo histórico de captura de poder local, típico da nossa realidade federativa, embora isso esteja mudando e a evolução seja perceptível.

Essa pendularidade a que me referi durante todo o tempo desarranjou a estrutura institucional do nosso Estado;

devemos agora aperfeiçoá-la. Sou absolutamente partidário do aperfeiçoamento, não do retrocesso, porque, muitas vezes, quando se verificam essas antinomias na ordem constitucional brasileira, alguns logo sustentam uma recuperação constituinte originária para reorganizar tudo. Sou contra e tenho muito medo disso. Penso que a Constituição de 1988 foi resultado de uma conquista inequívoca que tivemos e, portanto, o que nela está deve ser apenas aperfeiçoado, sem que se lhe retire o núcleo basilar, o núcleo irreformável, a estrutura central, sobretudo o catálogo dos direitos e garantias fundamentais. Tenho medo até de assembleia constituinte parcial, coisas que se sustentam às vezes como solução intermediária, mas que podem não ser bem administradas. Mas creio, e sustentei na minha própria tese de doutoramento, que é possível a reforma do sistema federativo brasileiro, dentro do modelo constitucional rígido que temos hoje, sem que se turve o núcleo irreformável da Constituição da República, mas aperfeiçoando-o, aproximando-o do desejável.

Há cerca de cinco, seis anos, em razão de uma conflagração ocorrida na região metropolitana do Rio de Janeiro, fortemente atingida pela violência urbana e por gravíssima crise social, o governador do Estado foi à imprensa para propor que o Direito Penal se tornasse tema de competência legislativa estadual. Sua Excelência, o Governador do Estado, não propôs, naquele momento, o emprego do parágrafo único do artigo 22 da Constituição da República, que permite que, mediante lei complementar, o Congresso Nacional confira, ao estado-membro, autoridade atípica para legislar sobre assunto típico da competência unionista. Propôs, em sede de uma possível reforma cons-

titucional, que a competência em matéria de Direito Penal, por razões de índole repressiva ou repressora, passasse à autoridade estadual, crendo que a violência no Rio de Janeiro reclamaria uma solução distinta da solução proposta muitas vezes em outros estados.

Quando o governador fez essa proposição perante a imprensa, houve uma reação imediata, inclusive dos bons constitucionalistas, que diziam: se nós já temos um Direito Penal criticável em sede federal, o que será de um Direito Penal estadual? O que será da produção legislativa estadual em sede de Direito Penal? Tudo isso para demonstrar que os maiores entusiastas da democracia e da descentralização temem a descentralização.

Tivemos, por exemplo, na Constituição de 1988, na sede do Supremo Tribunal Federal, o acréscimo da ação direta de inconstitucionalidade, numa conversão da antiga representação de inconstitucionalidade da Emenda 16, de 1965, que era uma representação muito tímida; o acréscimo, na Emenda Constitucional nº 3, de 1993, da ação declaratória de constitucionalidade; o acréscimo da regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental na Lei 9.882, de 1999; o acréscimo do artigo 27 da Lei 9.868, de 1999, na fixação dos termos da modulação temporal, tão ampla no julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade; o acréscimo da súmula vinculante, na Emenda Constitucional 45; o acréscimo do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, na Emenda Constitucional 45. Tudo isso rumando para a centralização; não há como negar que isso é uma tendência inequívoca de centralização.

Feitas essas considerações, quero dizer que, na seara atual da Federação no Brasil, ainda temos substancialmente um Estado centralizado, um Estado unitário. Esta é uma constatação que eu não gosto de fazer, digo isso sem nenhum regozijo: temos um Estado ainda não realizador de uma descentralização desejada. Um Estado que, se não for unitário, é pelo menos alguma nova forma estatal que esteja entre o Estado unitário e o Estado federal, sem ser, por exemplo, a experiência do Estado regional, como tivemos na Constituição espanhola de 1978 e também na Carta italiana de 1947-1948. Temos um modelo híbrido, que não vivencia bem a descentralização, e uma Justiça Eleitoral que é federal. Portanto, no meu entendimento a Justiça Eleitoral, hoje, já poderia ser reformulada e sofrer modificações substanciais nessa crença de que a centralização resolve, para deixar a administração, sobretudo das eleições locais, muitas vezes guardada pela autoridade judicante federal, que é naturalmente um pouco mais distante da convivência local do que a autoridade judicante estadual, ao menos onde houver Justiça Federal. Isto já foi proposto, perante o Tribunal Superior Eleitoral, pelas associações representativas da magistratura federal de carreira, já foi negado e tem sido discutido novamente em sede da Corte superior eleitoral no nosso país.

Hoje, o estado do Rio de Janeiro, territorialmente muito pequeno, onde vivo e onde tantas subseções judiciárias federais foram criadas ao longo da década de 1990, até pouco tempo, é amplamente interiorizado em matéria judicante federal. Temos subseções judiciárias que congregam poucos municípios no interior. Não são subseções judiciárias a congregar vinte, trinta

municípios; muitas vezes restringem-se a três, quatro municípios. Por exemplo, a Subseção Judiciária de Angra dos Reis congrega tão somente os municípios de Angra dos Reis, Parati, Mangaratiba e Rio Claro. A Subseção Judiciária de Volta Redonda congrega os municípios de Volta Redonda, Pinheiral e Barra Mansa. A Subseção Judiciária de Resende congrega os municípios de Resende, Itatiaia, que já pertenceu ao município de Resende, Quatis e Porto Real.

Portanto, são poucos municípios dentro de pequenas subseções judiciárias, a demonstrar que, neste momento, já existe a possibilidade real de que a investidura judicante em matéria eleitoral seja confiada também à magistratura federal de primeira instância, onde houver sede, não digo onde houver subseção judiciária federal, mas sede de subseção judiciária federal. Isso proporcionaria uma convivência harmônica com a própria magistratura estadual, investida da função judicante eleitoral, sendo certo, é claro, que, ao longo do traçado histórico, a tendência seria a ampliação da investidura judicante eleitoral pelos juízes federais. Muitos acreditam, no debate do Direito Constitucional Eleitoral contemporâneo, que isto propiciaria, sobretudo em estados mais interiores da nossa República, um desempenho, não diria de modo algum comprometido, diria talvez menos aproximado da realidade do poder local, com uma distância suficiente para prover a independência necessária ao controle do processo eleitoral.

A obra de Victor Nunes Leal é mais do que atualizada. Sei que Sua Excelência quis se referir a um contexto eleitoral de outro tempo. Mas as observações de Raymundo Faoro, nas suas

obras, também são muito atualizadas e nós sabemos que captura de poder é um processo vivente na realidade nacional. Então, temos que discutir essas questões e saber onde o pêndulo deve parar: na centralização, na descentralização, no intermédio ou no ponto ideal para consolidação do processo democrático.

Com relação a isso, devo considerar apenas algumas notas jurisprudenciais contemporâneas sobre a Justiça Eleitoral e sobre o receio que tenho dessa centralização. Mencionei a todo o tempo a pendularidade histórica no Brasil, mas reitero que sou um federalista. Acredito na Federação e defendo-a. No entanto, penso que a sociedade brasileira ainda deve percorrer algum tempo histórico para ter condições de viver plenamente a descentralização pela qual tanto ansiamos, a ponto de depurarmos, fazermos uma assepsia em certos problemas, sobretudo aqueles ligados à administração local. Tenho algumas considerações conclusivas a fazer, em termos de jurisprudência, porque, como docente de Direito Constitucional, tenho acompanhado permanentemente a jurisprudência da nossa Suprema Corte e visto com satisfação muitas vezes, com preocupação em outras, que, com a boa intenção de quem quer o bem, algumas respostas são dadas no sentido de fortalecer essa centralização.

A primeira observação que faço diz respeito ao julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.367, que foi, como todos sabem, proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), logo depois da promulgação da Emenda Constitucional nº 45, para questionar a parametricidade da criação do Conselho Nacional de Justiça. O que há de mais oportuno na análise desse julgamento do Supremo Tribunal Federal não é

o conteúdo do dispositivo da decisão, não é o fato de o Supremo Tribunal Federal ter julgado constitucional o Conselho Nacional de Justiça. O que há de oportuno é a análise dos fundamentos dos votos dos ministros a respeito do que os motivou e do que os conduziu àquela conclusão. Discutiam-se basicamente dois elementos na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.367: violação do princípio da separação dos poderes e violação do princípio federativo. Havia esses dois assentos, essas duas colunas de sustentação daquela ação direta.

Sobre a ação direta violar a separação dos poderes, não vou me ater ao tema, pela exiguidade do tempo. Vamos ao que diretamente nos interessa: o princípio federativo. Concluiu o Supremo Tribunal Federal, não por unanimidade, que, se há uma magistratura nessa República, ela é nacional, não propriamente uma magistratura federal ou estadual. O curioso é que, ali, o Supremo Tribunal Federal negou uma das premissas do princípio federativo, porque, se formos à genuína Federação, que é a Federação norte-americana, veremos que, na concepção dos convencionais da Filadélfia e daqueles que os antecederam, converter os Estados soberanos em Estados autônomos se constituiria numa renúncia de soberania. Portanto, concedia-se pouco poder aos Estados, independentes desde a Declaração de 76, com o intuito de formar um vínculo unívoco de Direito Constitucional que mantivesse a estrutura federal. O que mais se pudesse conservar em sede dos Estados, conservar-se-ia. Tivemos naquele momento uma divisão da estrutura judiciária, ainda que não no próprio texto constitucional, porque o texto constitucional norte-americano é muito singelo em relação à estrutura judiciária, ao

dispor apenas sobre a Suprema Corte e legar à autoridade constituída legislativa dos Estados e da União o poder de estruturar o Judiciário, o que nós já não fizemos efetivamente na Constituição de 1988.

Mas, ao longo da produção do ordenamento jurídico norte-americano e da concretização da jurisprudência da Suprema Corte, houve uma divisão muito nítida entre Justiça Federal e Justiça Estadual naquele país. Uma divisão que se baseia no modelo de competências federativas e que não temos *ipso facto* no Brasil. Isso porque é o mesmo o Direito Processual aplicável pela magistratura federal e pela magistratura estadual. Com a concentração do inciso I, do artigo 22, da Carta da República, as competências da Justiça Federal e da Justiça Estadual acabam vertendo aplicação do mesmo Direito, ou quase sempre do mesmo Direito.

Quando o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação nº 3.367, entendeu que não há violação do princípio federativo e que a magistratura é acima de tudo uma magistratura nacional, negou essa essência federalizante do modelo norte-americano, mas decidiu, com base no que se tinha a compreender de uma Constituição da República, que não daria outra saída hermenêutica. Efetivamente, disse o Tribunal, diante do que está no capítulo III, do título IV da Carta da República, temos uma magistratura que não é estadual ou federal, mas uma magistratura nacional. Com isso, compreendeu que o controle desempenhado pelo Conselho Nacional de Justiça não seria um controle efetivamente violador do princípio da separação de esferas governamentais, típico de uma Federação. É evidente que

essa é uma matéria a se questionar, a se debater, pois certamente são muitas as opiniões formadas sobre o tema, e eu não haverei de expor aqui uma concepção unívoca, mas dizer que, se nós temos esse caráter ensaísta que fez com que o Brasil tantas vezes tivesse no seu texto constitucional características próprias frente a outros Estados Nacionais, que elas sejam aproveitadas de modo que possamos aperfeiçoar nosso sistema, e não agravá-lo.

Na Europa continental, por exemplo, a experiência não foi essa. Não houve uma experiência de Justiça Eleitoral autônoma no modelo europeu continental, pelo menos não em regra. Temos alguns casos, mas não é o padrão de estrutura de poder público na Europa, o padrão de ter uma Justiça Eleitoral independente, autônoma, como nós temos. Quase sempre, sobretudo naquele processo de reestruturação realizado no período imediatamente posterior à Segunda Guerra Mundial, momento histórico de superação do totalitarismo do Estado Nacional forte da década de 1930, as constituições de reconquista democrática, as constituições dos catálogos dos direitos fundamentais na Europa continental, cometeram através dos órgãos concentrados de defesa e guarda das Constituições nacionais, a principal autoridade de administração e aplicação do Direito Eleitoral.

Hoje, na Alemanha, que é um exemplo de Estado federal, sob todas as condições, ainda sob a atmosfera da Lei Fundamental de Bonn, de 1949, a Corte constitucional federal tem sido a grande prolatora dos entendimentos acerca da aplicação do Direito Eleitoral. A França, que durante mais de duzentos anos, fez uma separação muito rígida entre jurisdição comum, jurisdição carneluttiana clássica e jurisdição administrativa, hoje não prevê

um Poder Judiciário autônomo. A Carta de 1958, a Constituição da 5ª República, prevê uma estrutura judiciária nacional, que é autônoma, não na forma de poder, mas a divide de modo muito claro entre jurisdição comum e jurisdição administrativa, criando um modelo de contencioso administrativo, ou melhor, recuperando o modelo francês de contencioso administrativo.

Este sistema francês comete a esse próprio contencioso administrativo a autoridade para a interpretação e aplicação do Direito Eleitoral e a sua conjugação com a realidade organizacional político-administrativa da França. Vejam, por exemplo, que em um Estado unitário como o Estado francês, e nesse sentido o grau de sinceridade legislativa por lá é maior, legou-se, por conta dessa estrutura de jurisdição administrativa, a autoridade, não para a aplicação jurisdicional do Direito, mas para a gestão das eleições locais, às próprias prefeituras locais. Ou seja, não existe uma Federação, muito menos uma Federação tridimensional na França, mas se reconhece à atmosfera local de poder autoridade para gerir o processo eleitoral local. Repito que não estamos falando de uma Federação, mas de um modelo de Estado unitário. Existem, portanto, as mais variadas conformações.

O que se tem propriamente, de mais oportuno, em termos de Direito Comparado, a ser estudado entre nós, brasileiros, é o que se tem concebido como experiência constitucional nos países latino-americanos. Aliás, tem sido também uma preocupação nossa, no programa de pós-graduação *stricto sensu* em Direito Constitucional, da Universidade Federal Fluminense, examinar a questão dos ordenamentos latino-americanos e compará-los ao

ordenamento brasileiro, no viés experimental. Temos alcançado sensíveis progressos: na Argentina, sobretudo a partir da reforma constitucional de 1994, e nos modelos constitucionais andinos, inclusive no modelo constitucional colombiano. Este, aliás, prevê uma estrutura de Justiça Eleitoral interessante de ser analisada por nós para efeito comparativo, não só para contribuirmos com nossos vizinhos, como também para obtermos deles contribuições relevantes, que possam aprimorar nosso sistema.

Outra decisão recente do Supremo Tribunal Federal, que também me causa preocupação no que se refere a esse processo histórico de centralização, foi o julgamento do Recurso Extraordinário nº 637.485, em 1º de agosto de 2012, a única pauta do Supremo anterior ao julgamento da Ação Penal nº 470. A abertura do semestre judiciário no Supremo Tribunal Federal deu-se com o julgamento desse recurso extraordinário, ocasião em que o Tribunal finalmente pacificou o entendimento acerca da reeleição de prefeito itinerante, que alguns chamam de prefeito profissional. Trata-se daquela discussão que se estendeu pelo Brasil sobre se quem foi prefeito por duas vezes em um município pode, em seguida, ser prefeito em município vizinho, ou se isso atenta contra a regra estabelecida por emenda constitucional no texto da Constituição da República. Por que mencionar esse precedente do Supremo Tribunal Federal?

Deve-se fazê-lo não propriamente pelo tema em si discutido, mas pelo resultado que veio do Tribunal. Em razão de uma certa desconfiança histórica na descentralização, hoje temos confiado demais nos órgãos centrais de poder do Estado Nacional e deles extraído decisões estandardizadas. O Supremo

Tribunal Federal decidiu por todo o sistema federativo brasileiro e foi taxativo, embora o prefeito recorrente naquele recurso extraordinário não viesse a ser atingido pela decisão do Tribunal, em respeito à não retroatividade da própria mudança jurisprudencial do Tribunal Superior Eleitoral, porque, na eleição de 2008, esse órgão ainda concebera a possibilidade de eleição em município vizinho. Apesar disso, o STF, não por unanimidade, mas por maioria, disse que não seria tolerada a possibilidade do prefeito itinerante, na medida em que isto caracterizaria um terceiro mandato.

Há entendimentos diversos sobre o tema, porém firmados com todo o respeito ao máximo Tribunal da República. E reitero: tenho certeza de que muitas decisões desse órgão, embora bem intencionadas, têm sido preocupantes em termos de segurança jurídica. Ao proibir que, após dois mandatos bem-sucedidos como prefeito em um município, este político seja imediatamente eleito em outro, o Tribunal revela, na sua boa intenção e extremada preocupação, um caráter excessivamente tutorial sobre o eleitor, tirando-lhe, como tem feito em muitas ocasiões, a autoridade para escolher e decidir sobre os destinos da própria democracia.

Esta é a minha concepção. Não podemos subestimar dessa forma a capacidade decisória do nosso eleitorado, sob pena de subestimarmos a própria democracia, o próprio princípio democrático. Afirmo isso porque o caso exemplificado anteriormente refere-se a um prefeito de um município do interior do estado do Rio de Janeiro, que, pela não retroatividade, permanece na investidura do mandato. Na cidade onde, hoje, esse prefeito de-

semprenha as suas funções, havia historicamente uma alternância de poder entre grupos, que não eram mais credibilizados pelo eleitorado daquele município. Vindo de município vizinho, onde fizera uma administração invulgar, o prefeito que hoje se encontra na investidura do mandato seria, a rigor da jurisprudência do Tribunal, classificado como prefeito itinerante. Vejam que não estou mencionando o nome do prefeito nem os municípios envolvidos.

No primeiro município, a administração desse prefeito foi considerada excepcional, de extremada exequibilidade e eficiência administrativa. No município vizinho, o eleitorado negou seu passado, negou seus dirigentes, e, em legítima manifestação democrática, elegeu aquele que veio do município confinante. Desde 1º de agosto, isso não é mais possível. Os munícipes insatisfeitos com seus velhos dirigentes que se contentem com eles, porque por lá não mais passarão dirigentes vindos de outras searas.

Para encerrar, quero voltar ao ponto inicial. Não há como discutir Direito Eleitoral, Justiça Eleitoral, no Brasil, sem discutir o problema da Federação, porque a opção pelo federalismo tridimensional foi do próprio constituinte originário. Temos no Brasil 5.568 municípios, 5.568 poderes executivos, 5.568 câmaras municipais, mais de 50 mil vereadores. É evidente que a democracia neste país consolida-se, em grande parte, a partir do poder local. A França viu isso e cometeu às instâncias administrativas locais a investidura do controle e administração das eleições, de modo que essa centralização, muitas vezes bem-intencionada, torna-se preocupante e questionável.

Por último, a recente decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida nos dias 15 e 16 de fevereiro de 2012, no julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.578 e das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 29 e nº 30, no qual o Supremo Tribunal Federal examinou a parametricidade da Lei Complementar nº 135, a Lei da Ficha Limpa. Ali também, por maioria, e não por unanimidade, o Tribunal decidiu pela constitucionalidade.

Indago se, às vezes, o Supremo Tribunal no Brasil não tem sido originalista, pragmatista, consequencialista ou experimentalista. A preocupação fica porque os votos mais dissidentes foram proferidos no julgamento da Lei Complementar nº 135, com evocações apaixonadas, convicções inauditas, ministros exemplarmente bem formados e de grande alicerce intelectual, mas que discordaram veementemente no plenário.

Mais uma vez foi dito, por maioria, que não há violação ao inciso LVII do artigo 5º da Constituição da República, quando não se permite a candidatura de um político condenado por uma instância colegiada do Poder Judiciário do Brasil. Não quero causar polêmica, embora o assunto seja extremamente polêmico. Porém, mais uma vez, o Supremo Tribunal Federal tirou do eleitor a capacidade de decidir, não sei se à luz da Constituição, porque tenho a minha convicção sobre a inafastabilidade do catálogo dos direitos e das garantias fundamentais, bem como sobre a aplicação inexorável e conveniente do princípio da presunção de inocência, que é um dos alicerces mais caros da nossa democracia. Uma vez mais, o Supremo Tribunal Federal disse: não se pode permitir que o eleitor escolha aquele candidato, que

deverá ser prelibado, ou seja, submetido a um juízo de prelibação, para que possa, ou não, ser candidato. Não atendidas aquelas condições, o eleitor não tem capacidade decisória.

Veja como a centralização, a que tantas vezes me referi, acaba muitas vezes comprometendo o experimentalismo que está nas achegas da própria Federação. O experimentalismo é pilar do federalismo. Aliás, a Suprema Corte norte-americana, em inúmeros de seus votos sobre questões federais, consagrou o experimentalismo como uma cláusula essencial à própria Federação. O federalismo integra a Federação, faz parte dela. O experimentalismo é, portanto, um elemento que propicia aproveitar, da boa experiência do vizinho, o que ela traz de melhor, e não aquilo que não prospera, que fracassa. Com tamanha centralização que temos atingido no constitucionalismo brasileiro da Nova República, o experimentalismo torna-se absolutamente ausente. Eu diria que, hoje, na Federação brasileira, não há experimentação.

Indago: de onde vem o princípio da simetria? Vem do texto constitucional? Porque o juspublicismo pós-positivista é artífice dos princípios, é um principialismo extremado. Hoje, temos princípio para resolver tudo. Se quisermos, não recorremos à regra e deixamos tudo a cargo dos princípios. A Constituição vem repleta de princípios, mas a jurisprudência também é muito construtiva na produção dos princípios. Onde está, então, o princípio da simetria no texto constitucional? Tal princípio não está no texto constitucional, foi criação da jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal. Um estado-membro da Federação não pode, hoje, estabelecer um elenco de legitimados

à representação de inconstitucionalidade no âmbito estadual, um elenco que ele próprio desejar, de acordo com sua própria experiência, com sua própria realidade cultural, com suas próprias características políticas e relacionais de poderes. Não pode mais porque esse elenco tem que estar absolutamente condizente com o modelo estandardizado pelo artigo 103 da Constituição da República, para o controle concentrado de constitucionalidade, em sede do Supremo Tribunal Federal.

Então, o caráter tutorial avança sobre todos os aspectos, a dizer o que os estados podem, o que os municípios podem, o que o cidadão pode, o que o eleitor pode, numa democracia pós-positivista, que reconhece, na colegialidade não eleita, a capacidade harmonizadora das relações entre os poderes e a defesa e guarda do texto constitucional — e aqui não me refiro apenas ao Brasil, mas incluo também os demais países. Essa contramajoritariedade que é confiada ao Supremo Tribunal Federal, assim como é confiada à Corte constitucional alemã e à Suprema Corte norte-americana, confia na capacidade que o colegiado tem de guardar a Constituição, não por não ser eleito, afastando os erros cometidos por 594 homens eleitos, mas por se tratar de uma instância que recebe do texto constitucional a tarefa de fazer uma interpretação que não deflagra uma atividade política de escolha, mas uma atividade política hermenêutica, sempre presa à supremacia constitucional, que é um dos principais alicerces da interpretação constitucional contemporânea.

O próprio Kelsen, jurista e filósofo austríaco, no diálogo com o jurista e teórico político alemão Carl Schmitt, já dizia que a interpretação constitucional não é uma interpretação que

se possa fazer por um único homem, é uma interpretação necessariamente colegiada. Kelsen, que foi, como todos sabem, o redator-chefe da Constituição austríaca de 1920, a partir da qual foi instituído o controle concentrado, sustentava que essa colegialidade é fundamental para dar democraticidade e interpretação plural na defesa e na guarda do texto constitucional. Este, como bem observou o ministro Luiz Fux, deriva da vontade democrática, mas de uma vontade democrática ainda maior do que aquela expressa no trabalho do legislador, porque é proveniente do processo constituinte originário, que é o processo-mor de deliberação e estruturação democrática de uma sociedade nacional.

Com esse sincretismo constitucional típico da nova República, temos hoje, entre nós, um Poder Judiciário que recebe o papel de defesa e guarda da Constituição, incumbência de todos os juízes desta República, e não apenas dos ministros do Supremo Tribunal Federal. Eu diria até mais, movido por um entusiasmo haberliano de uma sociedade aberta de intérprete da Constituição: é uma atividade confiada a todos nós, cidadãos, mas sobretudo ao Poder Judiciário, principalmente em um país que adota o sistema de jurisdição una, consagrado no artigo 5º do inciso XXXV da Carta da República.

Se os nossos magistrados receberam a incumbência da defesa suprema do ordenamento constitucional, e o Direito Eleitoral está diretamente ligado ao catálogo dos direitos fundamentais da consolidação do processo democrático, então, que o Poder Judiciário do Brasil sempre desempenhe as suas funções com os olhos voltados para a opção feita pelos constituintes de 1891. Queiramos ou não, o Estado brasileiro é um Estado fe-

deral. Queiramos ou não, a República Velha optou pela federalização, e essa opção não foi gerada por mera especulação, mas pela necessidade de resistir ao centralismo exacerbado do modelo deixado pela Constituição Política do Império do Brasil, de 1824. É evidente que esse cuidado reclama percepção federativa, compreensão federativa.

Utilizando a expressão do filósofo e político germânico, Karl Loewenstein, quando se referia ao sentimento constitucional próprio de uma sociedade democrática, diria que é preciso ter um sentimento federativo, uma percepção federativa dos afazeres públicos, e dosar idealmente. Aqui, transfiro a responsabilidade aos magistrados deste país de dosar devidamente essa pendularidade caracterizada pela centralização e pela descentralização no Brasil. Saber quando o Poder Judiciário realmente deve intervir para controlar os excessos, evitar catástrofes, evitar o mal maior, sempre respeitando a Constituição, e quando deve reconhecer a independência do eleitor, a independência do cidadão, para decidir. É muito difícil atingir o ponto ideal de equilíbrio.

Recentemente, vi o debate entre juízes estaduais e juízes federais sobre remuneração. As diferenças remuneratórias, muitas vezes verificadas no âmbito do próprio Poder Judiciário, que o Supremo Tribunal Federal estabelece como uno, como nacional, não como federal ou estadual, apesar do inciso XI do artigo 37 da Carta da República. Portanto, a crença otimista — eu não poderia ser pessimista neste momento — é de que estamos progredindo. Olhando para vinte anos atrás, vemos que, de lá para cá, o Brasil melhorou. E o Poder Judiciário teve um papel decisivo nesse aspecto. Não resta dúvida de que o Judiciário foi o

protagonista dessas grandes transformações. Mas sempre clamo ao Poder Judiciário que volte sua atenção para a necessidade do equilíbrio dos poderes, visto que os reiterados erros da política nacional, controlados pelo Judiciário, são erros necessariamente controláveis, que, no entanto, não podem suprimir, não podem menoscabar a independência dos símbolos maiores da democracia no Brasil, que são o Parlamento e as funções eleitas nesta República.

O papel do Judiciário é supremo, porque é o de defender a supremacia constitucional, defender a vontade democrática maior do que a própria vontade expressa na manifestação constituída legislativa, que é subsumida, que não está, como diria Lassalle, na plenitude. Porque a concepção francesa de uma supremacia da vontade geral expressa no Parlamento foi superada pelo juspublicismo pós-positivista, pelo neoconstitucionalismo que, acima de tudo, dispõe o texto constitucional.

Creio que chegaremos a bom termo. Creio que, superadas as crises, superadas as questões que o Parlamento nunca resolve, atingiremos o momento ideal em que, ainda que preservando a inteireza do modelo petrificado na Constituição de 1988, o Poder Legislativo, na investidura constituinte derivada, volte a discutir questões centrais sobre a Justiça Eleitoral no Brasil: o que é; por que nunca teve um quadro próprio; como deve formar-se efetivamente; qual é o papel da Justiça Federal no desempenho da jurisdição eleitoral. É preciso rediscutir temas que nunca foram bem assentados, como, por exemplo, o mandado de injunção.

Em meio a crises políticas, CPIs de todo tipo e discussões sobre a reforma tributária que nunca acontece, o Parlamento

deixou de discutir temas centrais desta República, muitas vezes, como sabemos, porque não são temas de apelo eleitoral. Não rende voto discutir mandado de injunção no Congresso Nacional, mas é necessário, inclusive em matéria eleitoral, como também é necessário discutir a reestruturação da Justiça Eleitoral nesta República, em respeito ao princípio federativo, acomodando-a à vontade da Federação, ao ânimo da Federação. Acima de tudo, acomodando-a à necessidade do experimentalismo, que é um dos elementos de sustentação do processo federativo. Se não for assim, não teremos vigência da Constituição de 1988. Se não for assim, que haja um processo constituinte originário novo. E, se não for essa a nossa meta, que saibamos respeitar a Constituição que aí está.

A Justiça Eleitoral e a magistratura federal

Conferencista: Daniel Santos Rocha Sobral

Juiz Federal Titular da 7ª Vara de Belém
e Membro Substituto do TRE/PA

Antes de entrar no tema que me foi proposto, *A Justiça Eleitoral e a magistratura federal*, gostaria de fazer algumas observações preliminares, assinalando que a Justiça Eleitoral é tipicamente federal, pois na essência tem características, princípios e interesses federais. A propósito, a fundamentação teórica do federalismo já foi muito bem explicada pelo Doutor Gustavo Sampaio, que me antecedeu nesta Jornada. Gostaria de ressaltar também o substancial crescimento orgânico alcançado pela Justiça Federal, como fizeram anteriormente o Ministro Noronha, o Desembargador Mairan Maia, o Ministro Versiani e a Subprocuradora Sandra Cureau. Na minha explanação, pretendo complementar essas assertivas sob o viés jurídico-constitucional, com as limitações próprias, humanas e de tempo.

Em primeiro lugar, vou analisar algumas peculiaridades da Justiça Eleitoral imbricadas com o tema, como a questão da ausência de magistratura eleitoral exclusiva. Todos sabem que a Justiça Eleitoral não tem quadro próprio de magistrados. Em períodos eleitorais são convocados magistrados de outra Justiça: ministros, desembargadores, juízes, advogados, e até cidadãos comuns (para compor as juntas eleitorais). Um caráter multifacetário está a auxiliar a Justiça Eleitoral. Daí por que esta composição híbrida dos tribunais: no Tribunal Superior

Eleitoral (TSE) são três membros oriundos do Supremo Tribunal Federal (STF), dois do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e dois advogados; nos Tribunais Regionais Eleitorais (TRE) são dois desembargadores do Tribunal de Justiça (TJ), dois juízes de direito, um juiz do Tribunal Regional Federal (na falta deste, um juiz federal) e dois advogados. Hoje os juízes eleitorais são juízes de direito.

Outra peculiaridade marcante é o caráter transitório do mandato na Justiça Federal, que é de dois anos. Os membros dos tribunais servem por, no mínimo, um biênio e, no máximo, dois biênios consecutivos. Na Primeira Instância são apenas dois anos; não há possibilidade de recondução. O critério utilizado é o da antiguidade. O TSE tem uma resolução específica sobre isso. Em regra, o juiz eleitoral fica dois anos na zona eleitoral, é o poder normativo, intrínseco ao TSE, decorrente do artigo 23, inciso IX, do Código Eleitoral, e do artigo 105 da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, Lei das Eleições, que permite a regulamentação e a concretude da legislação eleitoral. Isso é feito de dois em dois anos, notadamente na época das eleições, quando se baixam resoluções sobre propaganda eleitoral, registro, arrecadação de recursos, que, segundo o Código Eleitoral, têm força de lei ordinária. Esta é uma peculiaridade muito forte na Justiça Eleitoral, uma Justiça tipicamente federal, volto a enfatizar. Todas essas características, interesses e princípios detêm essa modelagem federal. Não há como fugir a essa constatação.

O serviço eleitoral tem indelével roupagem federal. São inúmeras as características que eu poderia explicitar aqui. A primeira delas é que a Justiça Eleitoral compõe o Poder Judiciário

da União. Conforme o artigo 92 da Constituição Federal, são órgãos do Poder Judiciário os tribunais e os juízes eleitorais. A competência legislativa privativa é da União. Está no artigo 22, inciso I, da Constituição Federal de 1988. As leis principais — Lei de Inelegibilidade (Lei Complementar nº 64/90), Lei das Eleições (Lei nº 9.504/97), Lei dos Partidos Políticos (Lei nº 9.096/95) — são federais, aprovadas pelo Congresso Nacional e sancionadas pelo presidente da República. Isto é uma marca do caráter federal.

Os servidores públicos federais são regidos pelo regime jurídico único da União. Hoje temos, entre TSE e TRE, em torno de 15 mil servidores públicos federais. Houve um crescimento robusto no setor. Esses servidores, com cargo efetivo, em caráter permanente, fazem com que as eleições não sofram solução de continuidade, até porque os membros dos tribunais têm mandato de dois anos.

O orçamento é federal, portanto toda a Justiça Eleitoral é custeada pela União. Em decorrência disso, a gratificação eleitoral, regulamentada pela Lei nº 8.350/91 e disciplinada pelo TSE na Resolução 20.593/2000, é paga com verba da União. O pagamento nos tribunais é feito na forma de jetons: só recebe quem participa das seções. Em regra, são pagas oito seções no ano. O magistrado é remunerado por oito seções no mês. No período de eleições, 90 dias antes e 90 depois, ele pode ser remunerado por até 15 seções. A sessão do TSE é em torno de 800 reais; tem como base o subsídio do Supremo. A sessão dos TREs é em torno de 700 reais; tem como base o subsídio do membro do Tribunal Regional Federal; e a das zonas eleitorais

tem como base o subsídio do juiz federal — 18% do subsídio do juiz federal corresponde à gratificação eleitoral, em torno de 3.700 reais. Essa mesma gratificação, também custeada pela União, é paga aos promotores eleitorais. Portanto, o que recebe o juiz federal também recebe o membro do Ministério Público.

A Lei Complementar nº 75/93, que dispõe sobre o Estatuto do Ministério Público da União, é categórica em afirmar que a função eleitoral é do membro do Ministério Público Federal. O representante do MPF deve atuar em todas as fases do processo eleitoral e em todas as instâncias, nas fases preparatórias, de votação, apuração e diplomação das eleições. Tem que atuar no TSE, no TRE e no primeiro grau também. No TSE o assento é do Procurador-Geral Eleitoral, que é o Procurador-Geral da República. Nos TREs, é do Procurador Regional Eleitoral, que é o Procurador Regional da República nas sedes dos TRFs. Onde não há sede de TRF, são os Procuradores da República que devem ocupar o assento. Na Primeira Instância, quem atua sob delegação são os promotores eleitorais. A função é do representante do Ministério Público, mas quem atua sob delegação são os promotores de Justiça.

A Constituição determina que a função de Polícia Judiciária da União é exercida pela Polícia Federal. Apenas na falta desta recairá na Polícia Civil. A Procuradoria da Fazenda da União Nacional encarrega-se de executar as multas eleitorais, nos termos do artigo 367 do Código Eleitoral.

Em maio de 2012, houve um julgamento muito importante — Processo Administrativo nº 20.236/SP, que teve como relatora a Ministra do STJ, Nancy Andrighi —, no qual ficou assentado

que cabe à Defensoria Pública da União prestar assistência jurídica gratuita nos feitos eleitorais. Na falta desta caberá às Defensorias Públicas Estaduais. Se isso não for possível, o juiz eleitoral nomeará um advogado dativo. Foi dito nesta Jornada que a União tem apenas 486 defensores públicos. Nesse caso a questão de baixa capilaridade não é argumento suficiente, porque, onde houver um defensor público da União, ele estará atuando. Onde não houver, a respectiva instituição estadual atuará. Se isso é aplicável a um defensor público da União, por que não seria aplicável aos juízes federais?

Vamos agora fazer um paralelo entre a Justiça Eleitoral e a Justiça Federal. Ambas têm duas fases. A Justiça Federal foi criada pelo Decreto nº 848, de 1890, no alvorecer da República. Na época compunham a Justiça Federal: o Supremo Tribunal Federal, o juiz de secção (vitalício) e o juiz substituto (com mandato de seis anos), ambos nomeados pelo presidente da República. A Constituição de 1891 não trouxe grandes alterações à organização da Justiça Federal, apenas previa a possibilidade de criação de tribunais federais, o que nunca veio a ocorrer. A Constituição de 1934 fez uma reformulação, estabelecendo que o Poder Judiciário da União seria composto pela Corte Suprema, pelos juízes e tribunais federais, juízes e tribunais militares e juízes e tribunais eleitorais. Em 1937, a Justiça Federal foi extinta, o que se prolongou até 1945. Em 1946, foi recriada apenas em segundo grau: o órgão de Segunda Instância da Justiça Federal era o Tribunal Federal de Recursos, que existiu até 1988, quando foi extinto e criados o STJ e os cinco TRFs. É importante assinalar que, de 1937 a 1965, não existia Justiça Federal de Primeira

Instância. Nesse período quem julgava os processos de interesse da União eram os juizes de direito até 1945, com recurso ordinário para o Supremo; e de 1946 até 1988, com recurso para o Tribunal Federal de Recursos. Portanto, até a recriação da Primeira Instância da Justiça Federal, era o juiz de direito que fazia as vezes do juiz federal.

A Justiça Eleitoral foi criada em 1932, pelo Decreto nº 21.076, considerado o primeiro Código Eleitoral. A criação da Justiça Eleitoral foi uma forma de moralização do sistema eleitoral, pois até então não havia um órgão específico para tratar das eleições. Nessa primeira fase de existência eram previstos: o Tribunal Superior da Justiça Eleitoral, o Tribunal Regional da Justiça Eleitoral e os juizes eleitorais, nos estados, Distrito Federal e território do Acre. Não havia juntas eleitorais. A constitucionalização da Justiça Eleitoral deu-se em 1934. Extinta em 1937, seria recriada em 1945 pelo Decreto-lei nº 7.586. Nos trabalhos da Constituinte de 1946, os tribunais eleitorais foram extintos, apenas pró-forma, e reinstalados sob a luz da Constituição de 1946. Desde então não houve mais solução de continuidade da Justiça Eleitoral.

Temos 80 anos de Justiça Eleitoral. Nesse período vale destacar o notável avanço no campo administrativo, com as urnas eletrônicas e a segurança do voto. Estamos agora avançando para a fase de identificação biométrica do eleitor brasileiro, com o sistema de identificação digital. Em 2012, mais de sete milhões de eleitores votarão por esse sistema. Merece destaque também o avanço alcançado no plano normativo, legislativo, com o artigo 41-A da Lei nº 9.504/97 (Lei das Eleições), que

pune explicitamente a captação ilícita de sufrágio (“compra de votos”). Temos também a questão da fidelidade partidária, uma resolução de difícil constitucionalidade, que o Supremo interpretou como constitucional, e a questão da ficha limpa.

Para completar o tripé dos “três efes”, está faltando a questão da função eleitoral, pois desde 1946 praticamente não houve alteração nos órgãos judiciários. São sete ministros do TSE e sete membros do TRE. A única mudança relevante no TSE foi a troca dos dois membros do Tribunal Federal de Recursos por dois membros do STJ, mas continuam sendo sete membros. No TRE, a única mudança substancial foi que, em 1946, eram previstos três desembargadores, dois juízes de direito e dois cidadãos, que não eram necessariamente advogados. A Constituição de 1988 substituiu o terceiro desembargador por um juiz federal e os dois cidadãos por dois advogados. E é assim até hoje. Em relação às zonas eleitorais, não houve mudança, porque desde 1932, quando foram criadas, são os juízes de direito, antigamente chamados de juízes locais, que estão desempenhando as funções eleitorais.

Passo, agora, a demonstrar a colaboração da Justiça Federal comum com a Justiça Federal especializada, que é a Justiça Eleitoral. Desde 1932, o juiz federal, colaborador nato e por excelência da Justiça Eleitoral em todas as suas fases, sempre exerceu função eleitoral, no limite de suas forças. Por que no limite de suas forças?

Porque a regra era um juiz por estado. Na primeira fase era chamado um juiz de secção. Na segunda fase, até 1965, não havia juiz de Primeira Instância. As primeiras varas surgiram em 1966, eram em número de 44. E a regra também era um

juiz federal por estado. Esse panorama só viria a ser alterado na década de 2000, com o substancial crescimento da Justiça Federal.

Em 1932, ano em que foi criada a Justiça Federal, os TREs eram compostos de seis membros efetivos e seis membros substitutos. Nos estados e no Distrito Federal era designado o juiz federal da 2ª Vara. No território do Acre, o juiz federal. Criou-se a Justiça Eleitoral, e a Justiça Federal já existia, já estava atuando. Veio a Constituição de 1934, que constitucionalizou a Justiça Eleitoral, e o juiz federal estava presente também. Dizia o artigo 82, parágrafo 3º da Constituição: “Os tribunais regionais compor-se-ão um terço de desembargadores da respectiva sede, outro terço do juiz federal que a lei designar e de juizes de direito...”. Aqui já havia a equivalência entre juiz de direito e juiz federal.

Recriada a Justiça Federal de Segunda Instância, em 1946, com o Tribunal Federal de Recursos, automaticamente seus membros tinham função eleitoral no TSE. Está no artigo 110 da Constituição: “O TSE compor-se-á, mediante eleição, de dois juizes escolhidos pelo Tribunal Federal de Recursos”. E na Primeira Instância? Não havia. Era o juiz de direito que exercia a função federal. A Justiça Federal de Primeira Instância viria a ser regulamentada com a Lei 5.010/66, que previa um juiz federal no TRE, na seção judiciária. A Justiça Federal estava presente? Então, o juiz federal deveria ter assento eleitoral. Quero com isso demonstrar que, quando havia um juiz federal, ele estava automaticamente desempenhando função eleitoral.

O apogeu da atuação dos juízes federais veio com a Constituição de 1967, porque o órgão de Segunda Instância — Tribunal Federal de Recursos — estava no TSE com dois membros. O juiz federal, que era apenas um no estado, estava atuando no TRE. Continuava a impossibilidade material de atuar nas urnas eleitorais. Segundo o artigo 126, inciso II, da Constituição de 1967, “os TREs compor-se-iam de juiz federal e, havendo mais de um, do que for escolhido pelo Tribunal Federal de Recursos”. A vaga era do juiz federal. E isso faz toda a diferença, porque, pela Constituição de 1988, a vaga não é do juiz federal. É do juiz do Tribunal Regional Federal, como veremos a seguir. E, onde não houver sede de TRF, será do juiz federal.

Com a Constituição de 1988, o juiz federal deixou de ter uma vaga originária nos Tribunais Regionais Eleitorais. Onde há sede de TRF, como em São Paulo, por exemplo, é o desembargador federal que exerce a função eleitoral. Onde não há, como no meu estado, o Pará, é o juiz federal que tem essa função.

O inciso III, parágrafo 1º, do artigo 120 da Constituição de 1988 diz que os tribunais eleitorais “compor-se-ão, por nomeação pelo presidente da República, de dois dentre seis cidadãos de notável saber jurídico, indicados pelo Tribunal de Justiça”. Consideremos aqui a alteração de seis cidadãos para seis advogados, à qual já me referi anteriormente. Vale ressaltar que nesse caso a OAB não tem qualquer ingerência. A lista tríplice de advogados é formada apenas pelo Tribunal de Justiça, que também tem influência direta na escolha dos dois desembargadores e dos dois juízes de direito, conforme determina a Constituição, tendo, portanto, influência direta ou indireta na escolha de seis

dos sete membros que compõem os TREs. É preciso repensar essa composição. Nos quintos dos TRFs e do TJ, por exemplo, de uma lista sêxtupla enviada para os tribunais, forma-se uma lista tríplice e o presidente da República nomeia.

Ainda na Constituição de 1988, diz o parágrafo 2º do artigo 120: “O Tribunal Regional Eleitoral elegerá seu presidente e vice-presidente dentre os desembargadores”. Aqui é importante destacar a questão do corregedor. Os TREs estão sistematicamente alterando seus regimentos internos para vincular a figura do corregedor ao vice-presidente, ao desembargador. Apesar da influência do TJ na escolha de seis dos sete membros dos TREs, a essência desses tribunais é realizar eleições, sem abuso. Eles próprios não permitem eleição entre seus membros. No entanto, de 27 TREs, 17 já vinculam a figura do vice-presidente. Particularmente, não sei o porquê dessa campanha sistemática para alterar os regimentos. No Pará, em 2010, quiseram fazer a alteração, mas conseguimos abortar a mudança.

É importante registrar que, nos cinco TRFs, nenhum desembargador federal exerce cargo de corregedor. Nos TREs de São Paulo, no Distrito Federal e no Rio Grande do Sul, já há vinculação com o vice-presidente, quer dizer, com o desembargador. No Rio de Janeiro, hoje, o corregedor é o juiz de direito e a eleição é livre. No Recife, a mesma coisa: a eleição é livre e o corregedor é o juiz de direito. Temos dez TREs livres, que podem ter juiz federal como corregedor.

Zonas Eleitorais. Vou adentrar agora na questão das zonas eleitorais, que são a menor fração territorial em que há judi-

catura eleitoral. Estaria o juiz federal legitimado para esse mister, à luz da Carta Política vigente? A resposta só pode ser uma: sim, ele está legitimado, salvo expressa ressalva constitucional. Quero dizer com isso que toda a roupagem do serviço eleitoral — características, princípios, interesses — é federal. Se é federal e a Justiça Eleitoral não tem magistratura própria exclusiva, quem deve exercer a judicatura eleitoral são os juízes federais, salvo se a Constituição disser expressamente que essa função eleitoral de primeiro grau cabe a outra casta de magistrados, como, por exemplo, aos juízes de direito. Isso de fato ocorreu. Desde 1932, a legislação sempre ressaltou expressamente que cabia ao juiz de direito o exercício da função eleitoral. O artigo 30, do Decreto nº 21.076/32, diz: “Cabe aos juízes locais vitalícios, pertencentes à magistratura, as funções de juiz eleitoral”. Por quê? Era só um juiz federal, um juiz de secção, que não tinha como exercer a função. Caberia, então, a um juiz local. No mesmo decreto, o artigo 6º já outorgava aos magistrados eleitorais as mesmas garantias da magistratura federal, mostrando que se tratava de uma função federal, que, pela impossibilidade material, estava sendo desempenhada por um juiz estadual.

As Constituições de 1946 e 1967 e a Emenda Constitucional de 1969 também outorgavam expressamente essa função do primeiro grau estadual. Segundo o artigo 117 da Constituição Federal de 1946: “Compete aos juízes de direito exercer, com jurisdição plena e na forma da lei, as funções de juízes eleitorais”. Naquele momento não havia juiz federal de Primeira Instância. Então, podemos interpretar que em 1946 não havia nenhuma ressalva tão contundente, porque o juiz de direito fazia as vezes

de juiz federal. De suas decisões cabia recurso ao Tribunal Federal de Recursos, mas devemos admitir, era juiz de direito.

Veio a Constituição de 1967. Tinha acabado de ser recriada a Primeira Instância. O artigo 128 dessa Constituição dizia: “Compete aos juízes de direito exercer as funções plenas de juízes eleitorais, podendo eles outorgar a outros juízes funções não decisórias”. A Constituição também outorgava expressamente as funções eleitorais ao juiz de direito, o que foi mantido pela Emenda Constitucional de 1969, artigo 135: “Os juízes de direito exercerão as funções de juízes eleitorais, com jurisdição plena e na forma da lei”. Até 1988 era essa a tônica: juiz de direito deveria exercer a função plena de juiz eleitoral. Veio a Constituição de 1988 e o constituinte rompeu com essa exclusividade da função eleitoral ao juiz de direito. Dizia o artigo 121: “Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais”. Lei complementar disporá; e não lei complementar outorgará. Dispor é uma coisa; conferir exclusividade é outra.

Onde está o exercício de função plena de juiz eleitoral aos juízes estaduais, como estava nas Cartas pretéritas? É por isso que eu disse anteriormente: desde que não haja ressalva. Aqui não há mais ressalva, porque o constituinte já entendeu que a Justiça Federal iria crescer com tamanha envergadura que poderia assumir a função eleitoral em breve. Não há mais essa exclusividade. O termo “juiz de direito” do artigo 121 deve ser interpretado como “juiz eleitoral”. O artigo 118 da Constituição Federal diz que são órgãos da Justiça Eleitoral: o Tribunal Superior Eleitoral, os Tribunais Regionais Eleitorais,

os juízes eleitorais e as juntas eleitorais. Não diz que o órgão judicial eleitoral de primeiro grau é o juiz de direito. Por isso, o artigo 121 deve ser interpretado à luz do 118. Pela falta de exclusividade e equivalência com a expressão juiz eleitoral, não há mais possibilidade de exercício exclusivo do juiz de direito. Acabamos de ver que essa atribuição exclusiva não vige mais perante a atual Carta Magna Federal de 1988.

Baixa capilaridade. Vimos que as primeiras varas federais só foram fundadas em 1966. A regra era uma vara por estado. São Paulo tinha sete e Guanabara, cinco. Não havia juiz federal em número suficiente para desempenhar a função eleitoral. Com a Constituição de 1988, houve o rompimento, mas ainda assim, naquele momento, havia a impossibilidade material de o juiz federal exercer função eleitoral, porque, considerando capital e interior, só tínhamos 155 varas federais no Brasil. A primeira vara do interior só veio em 1968. Foi a Vara de Santos. Com a aprovação da Lei nº 12.011/2009 foram criadas 230 varas federais — 46 varas ao ano. Em 2010, tínhamos 777 varas federais. Hoje, temos em torno de 870. Aproximando esse número para 900, temos então 1.800 juízes federais. Em 1966, tínhamos 88. Em 2014, teremos dois mil juízes federais, mais os 225 cargos de juiz federal da Turma Recursal, que foi criada agora, num total projetado de 2.225 juízes. De 1966 para 2014, um crescimento vertiginoso.

Não podemos considerar esse crescimento orgânico da Justiça para nenhum fim eleitoral? Ou seja, os juízes federais têm que continuar aliados da Primeira Instância? Isso merece uma reflexão. Considerando o avanço da Justiça Federal, vejamos

para efeitos comparativos o número de zonas eleitorais e varas federais, em 2009-2010, nos estados do Pará e de São Paulo.

Pará: temos 11 zonas eleitorais na capital e 93 no interior; 104 no total. Em 2012, ainda continua assim, até porque, em ano eleitoral, não podem ser criadas zonas eleitorais. Em 2009-2010, eram nove varas federais na capital e quatro no interior; 13 no total. Hoje, são dez na capital e oito no interior; 18 no total. De 13 saltou para 18, um crescimento de 50%.

São Paulo: há 58 zonas eleitorais na capital e 365 no interior; 423 no total. Em 2009-2010, havia 64 varas federais na capital e 99 no interior; 163 no total. E 128 juízes federais, considerando titular e substituto. Naquela época, já tínhamos juízes federais em número suficiente para todas as zonas eleitorais da capital.

No Brasil, em 2010, havia 343 zonas eleitorais nas capitais e 2.677 no interior; 3.020 zonas na Justiça Eleitoral. Tínhamos na época 404 varas federais nas capitais (o número de varas era maior que o número de zonas eleitorais) e 373 no interior; 777 no total. Isso quer dizer que, se os juízes federais fossem chamados para a função eleitoral, teriam condições de ocupar todas as zonas eleitorais das capitais. Das 2.677 zonas eleitorais do interior, 612 poderiam ser ocupadas por juízes federais. Como uma vara tem dois juízes, se houvesse duas zonas eleitorais, titular e substituto pegariam. Por isso seriam 612 zonas. Unificando capital e interior, 955 das 3.020 zonas seriam ocupadas por juízes federais, quase 32%. Em 2010, se fôssemos chamados em primeira mão, como a Constituição determina, e considerando que somos 1.800, praticamente 1.000 colegas te-

riam função eleitoral. Isso, até para a Justiça Federal, seria estratégico. Por exemplo, em Santarém temos três zonas eleitorais e duas vagas federais. Lá só tem dois juízes. É difícil ter substituto para lugares de difícil provimento. Duas zonas seriam ocupadas pelos dois juízes de Santarém e sobraria uma. Se houvesse um juiz substituto, ele poderia ocupá-la. Esta é uma forma de atrair e fixar o juiz substituto na região. Devemos pensar a Justiça Federal estrategicamente. Se tomarmos como exemplo os estados da Região Sudeste, mais precisamente o estado de São Paulo, veremos que o número de juízes federais nas capitais é bem superior ao de zonas eleitorais. Isso ocorre em todos os estados da região.

Ultrapassada a questão da baixa capilaridade e considerando o rompimento pelo legislador constituinte de 1988 de atribuição constitucional expressa da função eleitoral de primeiro grau a magistrados estaduais, em caráter exclusivo, o que, na atual quadra temporal, mantém os juízes federais afastados do mister eleitoral?

O artigo 32 do Código Eleitoral, Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965, que diz: “Cabe a jurisdição de cada uma das zonas eleitorais a um juiz de direito em efetivo exercício e, na falta deste, ao seu substituto legal que goze das prerrogativas do artigo 95 da Constituição”. Observem que a Constituição não outorga aos juízes federais. Pelo artigo 121 fala: “Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais”. O Congresso Nacional nunca editou essa lei complementar nos termos do 121, mas não há vácuo legislativo. Qual é a lei vigente? É a Lei nº 4.737/65, recepcionada como lei complementar para os fins do

121. Então, ela tem de ser recepcionada com a roupagem dada pela Constituição Federal, que sinalizou que não cabia mais exclusividade aos juízes estaduais. Outro argumento: em 15 de julho de 1965, não havia juiz federal; não havia Justiça Federal de Primeira Instância. Esta só seria reintroduzida em outubro daquele ano. Se não existia Justiça Federal na época, como o artigo 32 está vedando o juiz federal de exercer judicatura de primeiro grau? Como já foi dito anteriormente, no mínimo esse artigo tem de ser interpretado à luz do 118 da Constituição, que fala no seu inciso III: “São órgãos da Justiça Eleitoral os juízes eleitorais”. Mas está ocorrendo o inverso: a Constituição está sendo interpretada à luz do artigo 32. Uma interpretação literal não pode ir de encontro ao que determina a Constituição. Isso não se sustenta.

A Resolução do TSE nº 21.009/2002 estabelece normas relativas ao exercício da jurisdição eleitoral de primeiro grau. Seu artigo 1º diz: “A jurisdição em cada uma das zonas eleitorais em que houver mais de uma vara será exercida, pelo período de dois anos, por juiz de direito da respectiva comarca, em efetivo exercício”. (Código Eleitoral, artigo 32.) Vincula apenas ao Código Eleitoral, porque é o único regramento infraconstitucional que permite o exercício exclusivo das zonas eleitorais pelos juízes estaduais.

Como já foi dito, a AJUFE (Associação dos Juízes Federais do Brasil) e a AJUFER (Associação dos Juízes Federais da 1ª Região) entraram com pedido administrativo no Tribunal Superior Eleitoral, para que a expressão juiz de direito, constante desse artigo 1º, seja interpretada como juiz eleitoral, o juiz da

Justiça comum, Estadual ou Federal, que está no artigo 118 da Constituição. Daí, onde houvesse vara federal, seria chamado o juiz federal. Onde não houvesse, seria o juiz estadual em caráter residual. Ou seja: quando a competência é da União, o juiz federal tem exercício preferencial. Quando não é, cabe ao juiz estadual. Este foi o raciocínio para o pedido administrativo. Não cabe aqui dizer que precisaria de Proposta de Emenda Constitucional (PEC) para alterar, porque partimos da interpretação de que a Constituição não outorgou essa exclusividade, não existe lei complementar, quem dispõe é o artigo 32, de 1965, época em que não existia Justiça Federal. Pleiteamos apenas que a expressão juiz de direito seja entendida como juiz eleitoral.

Quero registrar a importância dessa interpretação, resultante de estudos realizados por uma comissão da AJUFER, na época integrada por mim, pelo colega Veloso e pelo colega Renato Prates, de Minas Gerais, que deram ensejo a esse pedido administrativo no TSE, em fevereiro de 2011. Pleiteamos em ano não eleitoral para evitar a discussão. A Ministra Cármen Lúcia, do Supremo Tribunal Federal, e o Ministro Marcelo Ribeiro, do Tribunal Superior Eleitoral, assentaram na discussão bem rápido, justificando que não cabia essa mudança em ano eleitoral. Portanto, que se deixasse para analisar depois ou que, daquela decisão, só surtisse efeito em janeiro do ano seguinte, mas entenderam por bem dar continuidade ao julgamento. Na época o ministro Gilson Dipp, do Superior Tribunal de Justiça, votou contra o pleito. Sem qualquer crítica, mas, em seu voto, o ministro Dipp assentou no primeiro momento o caráter federal, afirmando, textualmente, que é truísmo dizer que o juiz de direi-

to equivale a juiz federal e estadual. É a mesma coisa. Segundo ele, tem que se entender, indiferentemente, juiz de direito como estadual e federal, que é antônimo de juiz leigo. Porém, quando a Constituição fala em juiz de direito, ela quer dizer que é órgão representativo da Justiça Estadual. E os artigos 120 e 121 constituiriam o robusto fundamento para negar o pleito.

Ora, nós não pedimos equiparação. Em nenhum momento pleiteamos passar por juiz de direito. Pelo contrário, pedimos que o juiz de direito fosse interpretado como juiz eleitoral. Então, no nosso sentir, o fato de o juiz de direito ser órgão da Justiça Estadual é irrelevante à questão. O artigo 120 fala em composição dos TREs. Não fala em zona eleitoral. E o juiz federal está lá, no TRE. O 121 fala que “Lei complementar disporá”. Essa lei não existe. Vimos que o Código Eleitoral de 1965 foi recepcionado como lei complementar. Nós pleiteamos que juiz de direito seja interpretado como juiz eleitoral. Os argumentos em si não foram devidamente feridos. Apenas o voto vencido do Ministro Marco Aurélio, à época, abriu a divergência e assentou exatamente a nossa tese, dizendo que não havia exclusividade na Justiça Eleitoral. Não existia Justiça Federal na época do Código. Daí a necessidade do mesmo tratamento de competência delegada, que existe nos benefícios previdenciários e execuções. Onde existe juiz federal, ele é o responsável pelas execuções e benefícios. Onde não existe, a responsabilidade é do juiz estadual.

Qual a razão da diferença para os feitos eleitorais? É por que existe gratificação? Não existe diferença. No embate, os juizes estaduais diziam que queríamos a gratificação. Por que eles não fazem tanta celeuma sobre outra competência? É por

que não existe gratificação? Realmente, esse argumento não procede.

Outro argumento do Ministro Dipp nesse julgamento, como fundamento de decidir, é que escapava à atribuição administrativa dos Tribunais de Justiça indicar juízes federais para atuar como juízes eleitorais. Onde existe atribuição administrativa para os Tribunais de Justiça indicarem juízes de direito para atuar como juízes eleitorais? Quem indica juiz eleitoral são os Tribunais Regionais Eleitorais. Está lá no artigo 3º da Resolução nº 21.009/2002: “Nas comarcas com mais de uma vara, caberá ao TRE designar um juiz de direito como juiz eleitoral”. Em nenhum momento, o Tribunal de Justiça tem qualquer ingerência na indicação de juiz de direito, de juiz eleitoral.

Se não bastasse o quadro constitucional, toda a nossa legislação infraconstitucional, pós-Constituição, estabelece a figura do juiz eleitoral como de Primeira Instância. E não poderia deixar de ser, com base no 118. Para sinalizar, cito a Lei Complementar nº 64/90, uma das principais leis de inelegibilidade, que, no seu artigo 2º, diz: “Compete à Justiça Eleitoral conhecer e decidir as arguições de inelegibilidade”. Parágrafo único: “A arguição de inelegibilidade será feita perante: (III) os Juízes Eleitorais, quando se tratar de candidato a Prefeito, Vice-Prefeito e Vereador”. No mínimo esse artigo 2º derogou o 32. Isso, se não se considerar que ele já foi ultrapassado por lei posterior à Constituição que diz que são os juízes eleitorais.

Vejamos mais um artigo dessa lei, só para realçar a contradição de não estarmos atuando no primeiro grau. Trata-se do artigo 24: “Nas eleições municipais, o juiz eleitoral será

competente para conhecer e processar a representação prevista nesta lei complementar, exercendo todas as funções atribuídas ao Corregedor-Geral ou Regional, constantes dos incisos I a XV do artigo 22, cabendo ao representante do Ministério Público Eleitoral, em função da Zona Eleitoral, as atribuições deferidas ao Procurador-Geral e Regional Eleitoral, observadas as normas do procedimento previstas nesta lei complementar”. Vejam a contradição: juiz eleitoral vai desempenhar as atribuições do Corregedor Regional do TRE. Ele irá exercer, por delegação, atribuições do Corregedor Regional.

Temos hoje dois juízes federais corregedores. O Corregedor pode delegar para o juiz eleitoral exercer. No entanto, ele próprio, após o mandato de dois anos, como Corregedor, não pode mais ser juiz eleitoral. Quando muito, pode ser juiz de zona. Ou seja, o juiz eleitoral subordinado a ele administrativamente pode exercer as atribuições de Corregedor Regional, mas o corregedor não pode ser juiz eleitoral. No Ministério Público, a mesma coisa. O procurador regional é o Procurador da República. É ele que chefia o serviço eleitoral no estado. O promotor de Justiça pode desempenhar, sob delegação, as funções do procurador regional eleitoral, mas, findo o mandato do Procurador Regional, ele não pode exercer essa função na zona. Quem tem que exercer é o Promotor de Justiça. Onde é que está a coerência? Nas instâncias maiores, mais complexas em tese, com eleições mais abrangentes, atuam a magistratura e o Ministério Público da União. Na Primeira Instância, sem nenhuma ressalva constitucional e com a própria lei dizendo que é o juiz eleitoral, não estamos atuando. É uma contradição.

Outra lei importante, que fala da figura do juiz eleitoral, é a Lei das Eleições (Lei nº 9.504/97). Refiro-me a essa legislação com o intuito de dizer que todas as leis eleitorais falam em juiz eleitoral como órgão de primeiro grau. Um artigo muito importante dessa lei é o 96, que diz: “Salvo disposições específicas em contrário desta lei, as reclamações ou representações relativas ao seu descumprimento podem ser feitas por qualquer partido político, coligação ou candidato, e devem dirigir-se: (I) aos juízes eleitorais, nas eleições municipais”. Mais uma lei dizendo que, nas eleições municipais, cabe ao juiz eleitoral conhecer e processar representações, e não ao juiz de direito. Diz o parágrafo 3º desse artigo 96: “Os Tribunais Eleitorais designarão três juízes auxiliares para a apreciação das reclamações ou representações que lhes forem dirigidas”. Juízes auxiliares são aqueles que atuam nas eleições gerais — federais, estaduais —, no caso, de quatro em quatro anos. Eles são a *longa manus* do Tribunal, como se fosse o próprio Tribunal decidindo.

Em vários estados, o juiz federal é juiz auxiliar: no Maranhão, no Piauí, no Pará. Em 2011, na consulta plebiscitária sobre a divisão do estado do Pará, teve juiz auxiliar. Nós, como membros substitutos, fomos designados juízes federais auxiliares. Nesse atuar podemos decidir reclamações, representações, qualquer transgressão da Lei Eleitoral em eleições em tese mais complexas, que abarcam todo o estado — eleições para deputado, senador, governador. Finda a nossa participação nessas eleições, não podemos desempenhar a função de juiz de zona, a quem cabe analisar as mesmas representações, reclamações, em eleições mais restritas, em relação ao município — eleições para

prefeito, vice-prefeito, vereador. Onde está a coerência nesse enfoque? Podemos ser corregedores, estamos nos TREs, podemos ser juízes auxiliares e não podemos ser juízes de zona.

Todas as resoluções também falam textualmente da figura do juiz eleitoral. Vou mencionar algumas apenas a título de ilustração.

Resolução TSE nº 23.363/2011: dispõe sobre a apuração de crimes eleitorais.

Artigo 2º: “A Polícia Federal exercerá, com prioridade sobre as suas atribuições regulares, a função de polícia judiciária em matéria eleitoral, limitada às instruções e requisições do Tribunal Superior Eleitoral, dos Tribunais Regionais, dos Juízes Eleitorais ou do Ministério Público Eleitoral”.

Parágrafo único: “Quando no local da infração não existirem órgãos da Polícia Federal, a Polícia do respectivo Estado terá atuação supletiva”.

A Resolução do TSE, com força de lei ordinária, diz que, na falta de órgão federal, o estadual deverá atuar. O próprio TSE disciplina a questão. Na mesma linha, a Resolução TSE nº 23.370/2011, que dispõe sobre a propaganda eleitoral e as condutas ilícitas em campanha eleitoral nas eleições de 2012, fala do juiz eleitoral.

Artigo 4º: “O juiz eleitoral é competente para tomar todas as providências relacionadas à propaganda eleitoral, assim como para julgar representações e reclamações a ela pertinentes”.

Parágrafo único. “Onde houver mais de uma zona eleitoral, o Tribunal Regional Eleitoral designará o juiz eleitoral, que ficará responsável pela propaganda eleitoral”.

Em síntese:

- A Justiça Eleitoral é Justiça tipicamente federal, forjada em interesses e princípios próprios do Poder Judiciário Federal.
- O juiz federal sempre foi colaborador nato e, por excelência, da Justiça Eleitoral, exercendo função eleitoral, no limite de suas forças, qualquer que seja a Carta Constitucional visualizada.
- Ausência de vaga específica de juiz federal, nos termos do artigo 120 da Constituição Federal de 1988, eis que originalmente dirigida a desembargador federal e, na sua falta, a juiz federal.
- Órgão judicial eleitoral de primeiro grau é o juiz eleitoral e não o juiz de direito.
- Ausência de norma constitucional expressa outorgando exclusividade da função eleitoral a magistrados estaduais.
- Necessidade de que o artigo 32 do Código Eleitoral, forjado em época em que inexistia Justiça Federal de Primeira Instância, seja interpretado à luz do artigo 118, III, Constituição Federal de 1988 (exegese histórica-sistemática-teleológica em detrimento da interpretação literal).
- Derrogação do artigo 32 do Código Eleitoral pelo inciso III, parágrafo único, do artigo 2º da Lei Complementar nº 64/90 (Lei das Inelegibilidades).
- Todas as leis pós-Constituição Federal de 1988 e resoluções emanadas do TSE explicitam, como não poderia deixar de ser, a figura do juiz eleitoral como órgão eleitoral de primeiro grau, e não o juiz de direito.
- Necessidade de se franquear a atuação dos juízes federais junto às zonas eleitorais, em caráter preferencial, atuando os estaduais,

em caráter residual, em atenção aos princípios da delegação, da simetria e da razoabilidade.

Simetria por quê? Nos TREs atuam o juiz estadual e o juiz federal. Por que na Primeira Instância, só atua o juiz estadual? Com base na simetria, devem atuar o juiz estadual e o federal.

Razoabilidade, por quê? Regra de Direito Eleitoral tem que ser uniforme em todo o estado. Como é que essas questões de ampla repercussão estão totalmente nas mãos dos juízes estaduais na Primeira Instância, e na Segunda Instância só um juiz federal atua no TRE. Já onde há sede de TRF, o juiz federal não está nem na Primeira nem na Segunda Instância, pois quem assume a função de juiz eleitoral é o desembargador do próprio TRF.

- Necessidade de se repensar a composição dos TREs e a forma de recrutamento dos juízes da Justiça comum para atuação junto às zonas eleitorais, em respeito à vontade da Constituição Federal de 1988 e como forma de dar maior sustentáculo à democracia brasileira — juízes federais naturalmente mais afastados das brigas paroquianas.

Entendemos, do que foi exposto, que não é preciso PEC nem lei complementar. Pode até vir uma lei complementar. O projeto de reforma do Código Eleitoral está andando, mas enquanto não vem... Há vinte e três anos estamos esperando esta lei complementar. Vamos ficar esperando mais vinte e três anos para ver se assumimos?

Para finalizar, quero relatar uma situação que vivenciei em março de 2012. Então diretor do Foro do Pará, propus aos

colegas a elaboração de um ofício dirigido ao Ministro Marco Aurélio, parabenizando-o pela atuação independente, serena e de alto discernimento eleitoral, fazendo valer o cumprimento da Constituição. Ele foi o único que votou favorável a nós, juízes federais, no julgamento dessa questão incongruente de a Justiça especializada da União ficar nas mãos dos estaduais.

Para a nossa surpresa, o Ministro Marco Aurélio respondeu ao ofício, agradecendo a gentileza e nominando todos os colegas que assinaram. Entendia o Ministro que o pleito era um fortalecimento ao Estado Democrático de Direito. E no bojo do ofício, mencionou a citação que transcrevo a seguir, a título de reflexão, até para que não tenhamos medo de afirmar que a Justiça Eleitoral é federal:

“A cegueira que cega cerrando os olhos não é a maior cegueira; a que cega deixando os olhos abertos, essa é a mais cega de todas”. (Padre Antônio Vieira. In: *Sermões da Quinta-Feira da Quaresma*, v. 1, 1669.)

Façamos, pois, que esses cegos de olhos abertos passem a enxergar. Respeito à Constituição e aos juízes federais do Brasil é o que devemos exigir.

Abuso de poder econômico e político

Conferencista: Marcelo Velasco Nascimento Albernaz

Juiz Federal do Distrito Federal

Quando se fala em campanha eleitoral, deve-se ter em mente que candidatos, agremiações, bem como as coligações formadas por essas agremiações, buscam convencer o eleitor a lhes conferir o seu voto, visando à obtenção de mandato eletivo. No exercício da propaganda eleitoral, eles se utilizam de recursos econômicos e patrimoniais, tendo à sua disposição recursos do fundo partidário, de origem pública, e predominantemente de origem particular. Entretanto, como em qualquer atividade legítima, dentro da realidade brasileira, é indispensável que a campanha eleitoral seja realizada em conformidade com os limites ético-jurídicos impostos pelo ordenamento. Daí por que a legislação eleitoral estabelece várias restrições, muitas delas voltadas a preservar a liberdade de voto, como, por exemplo, nas disposições que punem, que reprimem a captação vedada de sufrágio ou, em termos mais claros, a compra de votos; em outros casos, proíbe determinadas condutas com o objetivo de assegurar a paridade de armas, ou seja, o equilíbrio na disputa. É o que acontece, por exemplo, no que diz respeito às condutas vedadas a agentes públicos, previstas principalmente no artigo 73 da Lei das Eleições¹; em outros dispositivos essa mesma legislação eleitoral visa preservar a normalidade e a legitimidade das eleições. Ela assim o faz quando estabelece sanções e mecanismos

¹ Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas para as eleições.

processuais para apurar e reprimir abusos de poder político ou de autoridade e de poder econômico.

O abuso de direito é a ideia básica do Direito Privado. Daí surgiu a concepção do abuso de poder. Quando falo em abuso de direito, refiro-me ao exercício exagerado de um direito subjetivo, existente, que extrapole os objetivos para os quais foi conferido pelo ordenamento jurídico. Lembro-me do exemplo clássico, salvo engano, de Washington de Barros Monteiro, que faz alusão à situação de um dono de terreno, na França, que, para convencer o seu vizinho, que fabricava balões e dirigíveis no terreno ao lado, a adquirir o seu terreno, colocou altas estacas pontiagudas cercando todo o terreno, de modo que, quando o dirigível levantasse voo, as estacas acabariam furando o balão. Dessa forma ele impediria o vizinho de exercer sua atividade produtiva. Embora a legislação em vigor autorizasse o proprietário a usar e gozar do seu imóvel como bem lhe aprouvesse, esse direito lhe era assegurado para atingir uma finalidade útil, adequada, regular, e não para forçar o vizinho a adquirir o seu terreno pelo preço proposto. Entendeu-se na época que isso caracterizava abuso de direito, pois o proprietário do terreno extrapolou os limites subjetivos para os quais aquele direito havia sido conferido. Essa ideia é trazida aqui para a configuração de abuso de poder, mais especificamente de abuso de poder político e de poder econômico na seara eleitoral.

Não se discute que a legislação eleitoral em vigor permite o uso de recursos patrimoniais para a realização de campanha, tanto é que há previsão de um limite máximo de gastos pelos candidatos e partidos. Ocorre que esse direito é conferido para

que a campanha eleitoral se realize dentro de limites aceitáveis, razoáveis, de modo que o desbordamento desses limites, que não são bem claros na legislação, pode caracterizar o abuso de poder econômico. Da mesma forma, trazemos essa situação para o abuso de poder de autoridade ou abuso de poder político, que seria o uso excessivo, irregular, por parte de agentes públicos, de parcela do poder estatal que lhes foi conferido para a realização de algum interesse público primário.

Segundo o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), abuso de poder econômico, partindo dessa noção inicial, seria a utilização de recursos patrimoniais, públicos ou privados, dos quais se detém o controle ou a gestão em contexto revelador de desbordamento ou excesso, visando a favorecimento eleitoral. É indispensável que esse abuso tenha relevância dentro da seara eleitoral, ou seja, que tenha objetivo eleitoral claro, caso contrário poderá caracterizar outro tipo de ato ilícito. Segundo José Jairo Gomes, que atuou durante quatro anos como titular da Procuradoria Regional Eleitoral do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais (TRE-MG), a influência pode não decorrer do explícito mau uso do poder econômico, ao contrário, pode ser o corolário de um uso aparentemente normal, lícito, mas que, à vista das circunstâncias consideradas, deixa de ser razoável. Veremos adiante exemplo que já foi julgado pela jurisprudência, em que essa situação fica bastante clara, pois, embora os limites objetivos fixados no ordenamento tenham sido cumpridos e o limite máximo de gastos tenha sido observado, mesmo que não tenha ocorrido captação irregular nem gastos incompatíveis com o ordenamento jurídico explícito, ainda assim reconheceu-se a

prática de abuso, porque houve excesso, extrapolou-se o que se esperava para uma campanha eleitoral.

Já o abuso de poder político ou de autoridade, segundo o TSE, caracteriza-se quando os agentes públicos valem-se da condição funcional para beneficiar candidaturas, em evidente desvio de finalidade, violando a normalidade e a legitimidade das eleições. Um exemplo característico é o uso abusivo da propaganda institucional por candidatos à reeleição, visando beneficiar a sua candidatura em detrimento de outros candidatos e outras agremiações. Disso já se vê que abuso de poder econômico e abuso de poder político na seara eleitoral envolvem um conceito jurídico indeterminado, aberto, que somente pode ser delimitado quando se atenta para as circunstâncias do caso concreto. Não temos parâmetros objetivos que nos permitam aferir, antes da análise do caso concreto, quais seriam as possíveis hipóteses de condutas abusivas.

O bem jurídico tutelado pela norma está explícito no artigo 14, parágrafo 9º, da Constituição Federal, e no artigo 19, parágrafo único, da Lei Complementar nº 64/90. É preciso ter em vista que a repressão ao abuso de poder econômico e ao abuso de poder político para fins eleitorais tem por objetivo tutelar a normalidade e a legitimidade das eleições. Isso será importante como um primeiro ponto a ser analisado, para saber se de fato uma conduta caracteriza, ou não, abuso de poder econômico ou político.

Antes da Lei Complementar nº 135 de 2010, a chamada Lei da Ficha Limpa, a Lei Complementar nº 64/90, que define alguns critérios para o reconhecimento de abuso de poder

econômico e abuso de poder político, não era explícita. Mas a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, interpretando a legislação em vigor e, partindo principalmente do bem jurídico tutelado pela norma, passou a entender que a caracterização de abuso de poder econômico e de abuso de poder político pressupunha demonstração da potencialidade de essa conduta comprometer a normalidade e a legitimidade do pleito. Alguém pode perguntar: “essa potencialidade significa exigir nexo de causalidade, ou seja, pressupõe análise aritmética da quantidade de votos obtida por meio da conduta abusiva e do reflexo desses votos no resultado da eleição?” É claro que não. Diante do sigilo do voto, isso seria impraticável. Como saber quantos eleitores atingidos pela conduta abusiva teriam de fato votado naquele candidato para, a partir daí, definir se a conduta teve efetivamente reflexo, ou não, no resultado do pleito? Não haveria como. Por isso não se exigia nexo de causalidade, não se exigia cálculo aritmético para definir se aquela conduta supostamente abusiva teria realmente influenciado, ou não, no pleito. Bastava um juízo de probabilidade. Pergunto: “então houve a conduta?”. Houve. “Ela extrapola o normal, o aceitável?” Sim. “É provável que ela tenha influenciado ou havia a possibilidade de ela influenciar no resultado da eleição?” Sim. Respondidas essas perguntas, a princípio, reconhecer-se-ia o abuso de poder político ou o abuso de poder econômico, conforme o caso.

A questão é que, a partir do advento da Lei Complementar nº 135, houve a introdução do inciso 16 ao artigo 22 da Lei Complementar nº 64/90 e, segundo esse dispositivo, agora, já na vigência da Lei da Ficha Limpa, não se exige mais potenciali-

dade para a caracterização do abuso de poder econômico ou de poder político. Basta que seja analisada a gravidade da conduta diante das circunstâncias que a cercam. Então, não se exige mais potencialidade? Embora o legislador tenha editado essa norma com o objetivo de dispensar a potencialidade, continua entendendo que ela é exigível, porque o bem jurídico que é tutelado por essa norma está previsto na Constituição Federal. É ela que, no artigo 14, parágrafo 9º, determina que a legislação estabelecerá casos de inelegibilidade para assegurar a normalidade e a legitimidade das eleições. E o artigo 19, parágrafo único, da mesma Lei Complementar nº 64/90 repete essa disposição. Ou seja, a norma continua a tutelar a normalidade e a legitimidade das eleições, de modo que a punição nela prevista para essas condutas deve guardar relação com esse bem jurídico. Apenas quando ele for afrontado, ou houver probabilidade de ele ter sido afrontado, é que deve incidir a norma que impõe a sanção, de modo que, do meu ponto de vista, essa gravidade, prevista agora na Lei da Ficha Limpa, deve ser considerada ainda mantendo certos traços de potencialidade, porque é preciso que se afira que a conduta é realmente grave, a ponto de comprometer a normalidade e a legitimidade do pleito, que é o bem jurídico tutelado pela norma.

Ainda não vi casos julgados pelo TSE, que tenham abordado o instituto sob o enfoque dessa gravidade, não mais potencialidade. E as duas figuras, potencialidade e gravidade, iguais ou não, guardam perfeita sintonia com o princípio da proporcionalidade. É preciso que haja uma gravidade tal, que comprometa

o bem jurídico tutelado pela norma, para que se possa incidir a sanção.

Quanto ao momento de caracterização, alguém pode perguntar: “já que, para ter repercussão eleitoral, esse abuso de poder econômico ou político deve ter por objetivo um determinado pleito futuro ou em andamento, é possível que se caracterize esse tipo de abuso antes mesmo das convenções partidárias?”. Claro que é possível. Não apenas condutas praticadas a partir das convenções caracterizam abuso. Condutas anteriores, também. Porque, nós sabemos, os políticos, principalmente aqueles que conseguem se eleger, são espertos e sabem que, se praticarem essas condutas bem antes do pleito, as chances de elas serem levadas à Justiça Eleitoral são muito menores. Por isso costumam praticar condutas abusivas no ano anterior à eleição e no primeiro semestre do ano eleitoral.

A jurisprudência do TSE é bastante pacífica. O abuso de poder de autoridade ou de poder político e o abuso de poder econômico podem se caracterizar antes mesmo do registro de candidaturas e da convenção. Entretanto, a ação para apurar esse abuso deve ser ajuizada após a convenção, porque somente a partir daí é que se tem bem definido que aquele cidadão pretende postular um cargo eletivo, somente a partir da convenção é que se tem certeza do objetivo eleitoral.

A título de ilustração, mencionarei a seguir alguns casos de abuso já reconhecidos, a maioria pelo TSE.

1. Promessa de doação de lotes públicos a eleitores, em troca de voto, e distribuição de camisas associadas à cor da campanha dos candidatos, na véspera e no dia do pleito. Oferecer

doação de lote em troca de voto é captação vedada. Basta uma única conduta desse tipo para que haja cassação do diploma. Aqui foi analisado sob o enfoque do abuso, pela gravidade e magnitude do dano.

2. “Caso Filadélfia”: em referência ao município de Filadélfia, localizado no estado do Tocantins, na divisa com o estado do Maranhão. Na campanha eleitoral, em 2008, esse município tinha um eleitorado composto de 6.501 eleitores. De 5.289 votos válidos, o candidato eleito prefeito teve 2.788 votos. Para sua campanha, ele contratou 1.422 cabos eleitorais e 350 veículos. No total foram contratadas 1.772 pessoas, o que representava mais de 27% do eleitorado total do município. O total de votos obtidos por ele correspondia a menos da metade do total de pessoas contratadas. Fazendo um paralelo, daria para um candidato à presidência da República contratar quase 40 milhões de cabos eleitorais ou, no caso de candidato à prefeitura de São Paulo, mais de 2 milhões e 300 mil cabos eleitorais. O candidato eleito era sobrinho do prefeito, cujo mandato estava terminando, e nem assim conseguiu que cada cabo eleitoral seu convencesse mais de um eleitor.

O caso foi levado a julgamento no TRE do Tocantins. Ao proferir o seu voto, o relator considerou que não havia caracterização de abuso, com o fundamento de que o candidato havia declarado, no pedido de registro de candidatura, que gastaria até 800 mil reais na campanha e havia gastado menos. Segundo o relator, o caso não caracterizava abuso, porque o candidato observou o limite máximo de gastos e não havia indícios de arrecadação ilícita. Todos os gastos que fez eram compatíveis com

a legislação, pois a contratação de cabos eleitorais e veículos, desde que contabilizada, é autorizada. Fui voto vencido, num julgamento de maioria apertada: 3 a 2. O Ministério Público recorreu e esse prefeito foi cassado por unanimidade no TSE.

Considero este caso um dos mais característicos de abuso de poder econômico, porque nele nenhuma regra objetiva da legislação eleitoral restou descumprida: foi observado o limite de gastos, os gastos realizados foram compatíveis com as disposições objetivas da legislação eleitoral e não houve captação vedada de recursos. Que dispositivo o candidato violou, então? Ele não violou nenhum dispositivo explícito. Na verdade ele usou, de forma incompatível com a razoabilidade, a possibilidade de utilizar recursos públicos para o convencimento do eleitor. Afinal, a campanha é para convencer o eleitor e não para comprar seu voto. Porém, no fundo, tudo não passou de uma compra de votos disfarçada, como estamos acostumados a ver, muitas vezes, às vésperas das eleições e até mesmo no dia da eleição. Nessas ocasiões, a cada esquina das cidades, vemos cabos eleitorais balançando bandeiras ou utilizando trajes da cor que caracteriza o candidato, como se fosse uma manifestação individual e silenciosa, mas na realidade estão fazendo campanha eleitoral. Eles são contratados só para isso, numa quantidade que acaba comprometendo um percentual considerável do eleitorado. Na verdade este é um instrumento de compra de voto.

3. Distribuição massiva de combustível a eleitores, um dia antes das eleições, patrocinada por pessoas que apoiavam a candidatura dos agravantes. O TSE admite como legítima, desde que contabilizada, a realização de gastos para fornecimento de

combustível a correligionários, a fim de que eles participem de carreatas, numa quantidade compatível ao uso: 1 litro, 2 litros, 3 litros, não um tanque cheio. Nesse caso a distribuição, às vésperas da eleição, se deu para pessoas não vinculadas à carreatas. É óbvio que o intuito era comprar votos.

4. Uso significativo de linhas telefônicas do município por servidor comissionado, em benefício da campanha eleitoral de candidato à reeleição, com capacidade de o fato influenciar o eleitorado. Em eleição municipal, se um funcionário da prefeitura utilizar o telefone da instituição pública para ligar para todos os eleitores do município, numa época em que é quase geral o uso de telefonia móvel, isso poderá ter impacto. O detalhe aqui não é que exista proibição para o uso de telefone, mas o uso de telefone público para fazer campanha eleitoral obviamente, além de conduta vedada e improbidade administrativa, também pode caracterizar abuso de poder político entrelaçado com abuso de poder econômico, uma vez que tem repercussão econômica.

5. Utilização da estrutura de empresa de considerável porte para a realização de campanha eleitoral em favor de candidato, mediante a convocação de mil funcionários para reuniões nas quais houve pedido de voto e disponibilização de material de propaganda, bem como a distribuição de fichas de cadastro, em que cada empregado deveria indicar ao menos 10 pessoas. Utilizou-se a estrutura de uma empresa privada, cujo uso se admite para a realização dos objetivos sociais daquela empresa, entre os quais certamente não se inclui a eleição de quem quer que seja, para convencer, na verdade para coagir empregados a votarem e atuarem como cabos eleitorais de determinado candidato.

Esse caso aconteceu dentro de uma empresa privada, mas isso é muito comum também, nós sabemos, no serviço público, principalmente em pequenos municípios, onde chefes praticamente impõem aos seus subordinados que, além de votar, façam campanha. Nesse ano de 2012, deparei-me com um caso, no TRE do Tocantins, que não foi levado à Corte sob o enfoque de abuso, mas que se enquadra perfeitamente nessa situação. Na eleição de 2010, um prefeito fazia campanha para determinado candidato a governador e para alguns candidatos a deputado federal e estadual. Convocou todos os servidores comissionados do município para uma reunião na prefeitura durante o horário de trabalho, conclamando a todos que fizessem campanha para aqueles candidatos, sob pena de exoneração, ele disse demissão, mas sob pena de exoneração. Dois servidores que se recusaram a fazer campanha foram exonerados no dia seguinte. Pergunto: “o prefeito poderia exonerar, por vontade própria, esses servidores comissionados?”. A legislação eleitoral permite em períodos críticos, mas não para cumprir ameaça e para atemorizar os demais servidores comissionados. A conduta abusiva nessa situação ficou claramente configurada.

6. Distribuição de refeições a eleitores na antevéspera das eleições, durante a realização de evento político. No interior, por exemplo, acontecem muitos churrascos em fazendas, para os quais os eleitores são convidados, comparecem, e lá o candidato fala à vontade. Pergunto: “isso caracteriza abuso?”. Em tese, não se admite o abuso. No entanto, pode configurar, dependendo da repercussão, do número de eleitores presentes e do tamanho do

eleitorado, desde que essa conduta seja apta a comprometer a normalidade e a legitimidade das eleições.

7. Grande quantidade de obras e serviços realizados em municípios às vésperas da eleição, que na sua maioria não eram essenciais, ou atos de mera gestão, tiveram conotação eleitoral. Vemos muitos exemplos no interior do Brasil, onde prefeitos utilizam-se de maquinários de prefeituras para abrir açudes, represas e estradas em imóveis particulares, inclusive em assentamentos, principalmente em assentamentos onde o número de eleitores é muito maior, a fim de captar o voto dos eleitores beneficiados.

Detalhe: quando nos deparamos com um possível caso de abuso, não podemos nunca analisar apenas o impacto da conduta abusiva em relação aos beneficiários diretos. Devemos também levar em conta seu efeito multiplicativo, porque, quando se dá uma vantagem a um eleitor, principalmente no interior do Brasil, o voto obtido desse eleitor acaba se refletindo muitas vezes no voto das pessoas da sua família, principalmente em casos de doação de terrenos, de imóveis, de casas. Nesse caso toda a família é beneficiada e não apenas aquele eleitor em particular.

8. Transporte de eleitores, por ônibus, da cidade de São Paulo para o município de Cordeiros, na Bahia, para votação. O transporte de eleitores, às vésperas e no dia da eleição, que não seja realizado pela Justiça Eleitoral, é crime eleitoral. E, dependendo da dimensão dessa conduta, do número de pessoas transportadas, pode configurar, como nesse caso configurou, abuso de poder econômico.

9. Publicidade institucional com distribuição de calendários, destaque para obras e realizações da administração municipal, e evidente promoção pessoal do prefeito candidato à reeleição, com conotação eleitoreira.

Na verdade, quando falamos em reeleição, preocupamos apenas com a tendência de o candidato ser favorecido pelo fato de ter a máquina administrativa nas mãos. Esta é uma grande verdade. Sabemos disso. Só que há o outro lado da moeda. É mais fácil, ao menos em tese, aplicar-lhe uma sanção por eventual abuso, porque, em razão de ele ter o poder político nas mãos, ele se sente muitas vezes tentado a abusar desse poder.

Se verificarmos os casos de cassação ocorridos nos últimos tempos, veremos que uma grande quantidade dizia respeito a chefes do Poder Executivo, que detinham o poder político nas mãos e abusaram, tentados pelo objetivo de conquistar um mandato.

10. Coação de eleitores para que votem em candidatos à reeleição, sob pena de serem excluídos sumariamente de programa social, bem como contratação de cabos eleitorais para obrigar eleitores a retirar as propagandas de adversários e realizar propaganda de candidato impugnado. Programas de distribuição de leite, de gás, das bolsas mais diversas, de doação de lotes e de casa própria. É óbvio que os pretensos beneficiários desses programas, ou já beneficiários, quando são programas continuados, tendem a votar naquele candidato que representa a continuidade. Quando, além disso, existe ameaça de ruptura do fornecimento desse benefício a esse eleitor, ele tende não só a votar, como tam-

bém a convencer seus conhecidos a votarem naquele candidato, para não correrem o risco de perder o benefício já auferido.

11. Ampla divulgação pelo candidato, em programa de TV, às vésperas do pleito, da concessão de benefícios à população carente, por meio de programa social de sua responsabilidade, com o objetivo de angariar votos. O “caso Marcelo Miranda”, governador do Tocantins, eleito em 2006, foi emblemático. Aqui não vai nenhuma crítica à parte administrativa, enfocarei apenas o aspecto eleitoral, conforme julgamento do TSE. No ano anterior à eleição e no próprio ano eleitoral, Marcelo Miranda doou milhares de lotes à população do estado. Além disso, no final de 2005, realizou, sem previsão orçamentária, duas pequenas edições do programa “Governo mais perto de você”, que fazia concessão de bens e serviços, como fotos, alimentos, cestas básicas, óculos. Mais de 80 mil óculos foram distribuídos no ano da eleição. “Foram óculos a perder de vista!”, conforme aludiu, em tom de brincadeira, o ex-ministro Ayres Britto, que presidia o TSE, à época do julgamento deste caso. Esses benefícios foram amplamente divulgados pelos meios de comunicação do estado e pela imprensa local, que é pequena e bancada basicamente com anúncios do poder público. O governador também contratou servidores comissionados. Ele poderia contratá-los para exercer cargo de direção, chefia e assessoramento superior, mas não para a função de faxineiro, copeiro, vigilante, motorista, enfim, para atividades que caracterizavam nítido desvio. O TSE entendeu que houve, nesse caso, abuso de poder político entrelaçado com abuso de poder econômico.

12. Utilização do trabalho de servidores públicos municipais e de cabos eleitorais, que visitaram residências de famílias carentes, cadastrando-as e prometendo-lhes doação de 40 reais mensais, se os candidatos se elessem, caso nítido de compra de voto, que foi enquadrado como abuso.

13. Utilização de empresa concessionária de serviço público para transporte de eleitores a título gratuito, em benefício de determinada campanha eleitoral. Ato ilícito, pois esses bens de empresa concessionária de serviço público não poderiam ser utilizados para campanha eleitoral.

14. Distribuição, em período eleitoral que não coincide com início do ano letivo, de mais de 6 mil mochilas com material escolar e 30 mil cartões magnéticos, denominados “cartões saúde”, contendo o símbolo da administração municipal da cidade de São Paulo. Trata-se de propaganda eleitoral irregular.

15. Distribuição de camisetas e santinhos, juntamente com dinheiro e contratação de mais de 400 pessoas (servidores públicos), sem concurso, e de transporte escolar, em período vedado.

Casos de abusos já reconhecidos

A investigação judicial eleitoral nas eleições estaduais é relatada pelo Corregedor. Vejamos, então, dois casos que foram julgados em 2012, relatados por mim, na condição de Corregedor Eleitoral.

1. “Carro do Povo”

Vereador do terceiro município do estado do Tocantins, em termos de eleitorado e de população, candidatou-se a depu-

tado estadual. Apresentador de programa de TV, era conhecido como “Marcão do Povo”. Diariamente divulgava e mostrava imagens de programas assistencialistas, como distribuição de cestas básicas e viagens para hospitais. Se não bastasse, no ano anterior à eleição comprou um carro e colocou o adesivo “Carro do Povo”. O veículo transportava gratuitamente os eleitores para onde quisessem. No terceiro bimestre do ano eleitoral, mais precisamente no mês de junho, Marcão divulgou um jornalzinho de quatro páginas. A primeira matéria era: “O carro do povo já realizou mais de 2 mil atendimentos”. A segunda página informava: “Através do programa ‘Gurupi Urgente’, com a ajuda de empresários locais e populares, Marcão ajuda famílias carentes”. Com tiragem de 55 mil exemplares em um município que tem menos de 60 mil eleitores, isso equivalia a um exemplar por eleitor. Embora não tenha sido eleito, Marcão foi o segundo mais votado do município, que é o terceiro maior do estado. Não houve cassação, porque ele não foi diplomado, mas foi aplicada a sanção de inelegibilidade. Ele era vereador naquele ano, portanto não podia candidatar-se.

2. “O Homem do Chambari”²

Vereador de Araguaína, segundo maior município do estado do Tocantins, candidatou-se a deputado estadual. Apresentador de programa de TV, um ou dois anos antes da eleição

² “Homem do Chambari” é o codinome do candidato Gerônimo dos Santos Lopes Cardoso, conforme notícia publicada em: http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_eleitoral/vereador-de-araguaina-e-condenado-a-tres-anos-de-inelegibilidade-por-abuso-de-poder-economico. Acesso em: 16 abril 2013.

começou a distribuir costela de vaca para a população carente. Entretanto, só conseguia distribuir 200 quilos de cada vez, uma vez por semana, porque costela custa caro. Várias vezes em seu programa mencionou que queria ampliar essa distribuição. Então, resolveu trocar a costela pelo chambaril³. Em uma única edição disse ter distribuído mais de 2 mil quilos de chambaril. Isso está registrado nos autos. Ficou conhecido como “O Homem do Chambari”, tamanho o impacto que o fato causou em um eleitorado pequeno. Apesar de ter sido um dos mais votados no município, esse candidato não foi eleito. Teve a inelegibilidade decretada. Por ser vereador, não podia ter se candidatado.

O TSE não reconheceu como abuso casos em que a conduta, às vezes ilícita, não teve magnitude tal que pudesse comprometer o bem jurídico tutelado pela norma, ou seja, a normalidade e legitimidade da eleição. Há outros casos, porém, que o TSE admite que podem caracterizar abuso:

1. Coação de servidores públicos para participar de campanha eleitoral, prática muito comum, principalmente nos estados e municípios menores.

2. Utilização de recursos financeiros em campanha eleitoral, em desconformidade com o que rege a Lei das Eleições.

3. Realização de showmícios, que hoje são vedados, mas que, se forem realizados, dependendo do impacto, da dimensão ou da importância de quem vai se apresentar, podem ofender o bem jurídico tutelado pela norma.

³ Chambaril é uma comida típica tocantinense, feita com o músculo bovino cortado acima da canela e abaixo do joelho.

4. Manifestação sobre candidatura em diversas entrevistas concedidas a emissoras durante o período vedado. Dependendo da intensidade, isso também pode caracterizar abuso.

5. Veiculação de publicidade ilegítima em mídia impressa, desde que seja de grande monta.

Para finalizar, quais são as sanções cabíveis para os casos de abuso de poder econômico e de abuso de poder político?

A primeira delas é a cassação do diploma ou do mandato, mediante a utilização de uma AIME — Ação de Impugnação de Mandato Eletivo. Cassação do registro, se for antes da eleição, ou cassação do diploma, se for após a diplomação ou após a eleição. Além disso, dentro da AIJE — Ação de Investigação Judicial Eleitoral, cabe a cominação de inelegibilidade por oito anos, a contar daquela eleição em relação à qual houve a conduta abusiva. E mesmo fora da investigação judicial, por vias como a AIME e o RCED — Recurso contra a Expedição de Diploma, também temos o efeito secundário do julgamento, que é gerar inelegibilidade, que nessas duas vias não é aplicada pela decisão que aprecia o caso, mas sim é aferida posteriormente na fase de registro da candidatura.

Para mim, esta é uma das principais sanções. Oito anos implicam o afastamento do candidato daquela eleição na qual ele praticou o abuso, porque seu registro será cassado, ou o diploma, se tiver sido eleito. Além dessa eleição, o político ficará fora de cena por quatro eleições consecutivas, o que, em localidades pequenas, pode ser bastante grave. A ampliação dos prazos de inelegibilidade é uma das grandes virtudes da Lei da Ficha Limpa.

Eleições municipais e a Lei da Ficha Limpa

Conferencista: Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti

Desembargador Federal do Tribunal Regional
Federal da 5ª Região

Os oito anos de experiência que tive no Eleitoral deram-me a oportunidade de escrever alguns trabalhos e meditar sobre temas relevantes, como a estrutura da Justiça Eleitoral, questão que vem sendo discutida desde o início desta Jornada, que se propôs a analisar os aspectos mais importantes do Direito Eleitoral. A Justiça Eleitoral caracteriza-se pela excelente atuação na administração das eleições e pela péssima atuação no controle judicial das eleições, o que, a meu ver, precisa ser revisto e aprimorado. Quem tem experiência nos Tribunais Regionais Eleitorais (TREs) e em zonas eleitorais sabe como demoram as Ações de Impugnação de Mandato Eletivo (AIMEs), as Ações de Investigação Judicial Eleitoral (AIJEs), os Recursos contra a Expedição de Diplomas (RCEDs). A demora é tanta que, às vezes, chegam a ser simbólicos.

Só para ilustrar, lembro-me de uma eleição para o governo de Pernambuco, em que o candidato Barbosa Lima Sobrinho, que depois viria a se notabilizar como defensor da democracia, foi eleito sem ter ganhado, graças a seus cabos eleitorais versados em fraudar. O candidato vencido moveu um processo judicial que se arrastou por muito tempo e só foi julgado pelo Supremo seis meses depois do fim do mandato de Barbosa Lima Sobrinho. Pouco tempo depois, o candidato que de fato deveria

ter vencido as eleições veio a falecer e a viúva pleiteou receber aquilo a que ele teria direito como governador. Como é comum acontecer, a Justiça mais uma vez demorou, mas os filhos dela conseguiram receber o que a viúva havia pleiteado. Isso comprova que o controle judicial eleitoral precisa ser aprimorado. Aumentar a participação da Justiça Federal no processo eleitoral pode ser um mecanismo de aprimoramento e distanciamento dos fenômenos locais.

Os partidos políticos, instituições extremamente frágeis, são outro tema que considero bastante interessante. No aspecto jurídico-formal, o julgamento do Supremo sobre a cláusula de barreira¹ prestou um desserviço ao permitir a “barriga de aluguel”. Com isso os pequenos partidos fazem candidatos transformarem-se em parlamentares com 20%, 30% de votos a menos do que os partidos maiores. Penso que isso não é bom.

Um terceiro tema que gostaria de destacar é o financiamento de campanha. Presenciei, em determinado estado do Nordeste, um candidato a senador que estava em situação financeira ruim, mas cerca de quinze dias antes das eleições conseguiu um caixa elevado. Nesse período de quatro eleições, julgando contas, tive a oportunidade de constatar que se tratava de um processo parecido com o projeto da SUDENE: se formalmente coerente, era aprovado. Entretanto, sabemos que os grandes recursos aplicados em campanhas eleitorais são “por debaixo dos panos”. Nessa questão, seria importante ter, efetivamente, uma

¹ O Plenário do STF declarou a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 9.096/95 (Lei dos Partidos Políticos), que instituem a chamada “cláusula de barreira”, em decisão unânime, tomada no julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs 1351 e 1354).

parcela de financiamento público de campanha, que, mesmo que não acabasse com os exageros dos financiamentos das empreiteiras, que recebem depois sua recompensa, pelo menos dariam a oportunidade a políticos de se afastarem.

Essa é a realidade brasileira. Sempre digo que não se cura uma pneumonia com remédio de gripe. É preciso um tratamento de choque. No caso de financiamento de campanha, o tratamento de choque seria criar mecanismos não para acabar com os abusos econômicos, mas para dar oportunidade ao candidato sem recursos de ter alguma parcela de recurso público. Participei de uma banca, na Universidade Federal de Pernambuco, em que o candidato examinado defendia que quem recebe 30% de recursos de outrem não tem chance de ser eleito. Isso é verdade. Para ser cabeça de lista em Pernambuco, um candidato a deputado federal precisa de 8 milhões de reais. Em São Paulo, é preciso mais. Na prestação de contas, porém, deve declarar em torno de 600 mil reais.

Particularmente, tenho muito medo do “autismo jurídico”. O jurista elabora teses, consegue mudar três artigos, quatro parágrafos da lei, e acha que o mundo está mudado, porém nada mudou. As injustiças permanecem. Mas essa não é minha matéria. Minha matéria é inelegibilidade. Há muito tempo venho me debruçando sobre esse tema que agora passo a analisar.

O Brasil está entre as sete maiores economias do mundo em volume de recursos, mas persiste em uma profunda desigualdade social, embora atenuada com programas assistenciais, que têm o mérito de afastar grande contingente de população da

miséria mais profunda, mas não têm como característica serem mecanismo mais perene de erradicação de pobreza.

Esses programas precisam ser conjugados com educação, saúde, etc., bem como estar entrelaçados com mecanismos de transferência de recursos para instituições rotuladas de Organizações Não Governamentais (ONGs). Só nos últimos dois anos, foram realizadas transferências bilionárias, sem controle. Esse mecanismo, associado a transferências individuais, de até 10 milhões de reais, feitas com emendas parlamentares, as chamadas “emendas de bancada”, possibilita um recurso muito forte para comunidades pequenas, em alguns casos para grandes cidades. Muitas vezes, porém, esses recursos retornam de forma inadequada em razão da desonestidade dos gestores. O que isso tem a ver com a matéria? Como aspecto preventivo e pedagógico, alijar do processo eleitoral pessoas com potencial para esse tipo de ação.

Essas considerações iniciais que fiz à sistemática visam demonstrar a importância do afastamento, no processo eleitoral, de pessoas sem as devidas condições para o exercício de atividades que representem o exercício de poder em uma sociedade formalmente democrática, mas frágil estruturalmente e com mecanismos de controle de abusos que se caracterizam pela ineficiência procedimental, mesclada com interferências, por vezes dissimuladas, outras nem tanto, e troca de interesses na relação controlados e controladores.

É importante, em um quadro institucional relativamente frágil, com instituições de controle ainda se consolidando, a mínima qualificação ética dos administradores públicos, do

elaborador dos textos legislativos e também dos julgadores. Nessa linha pode-se exemplificar o contraste da Justiça Eleitoral, como disse anteriormente, muito eficiente na organização de eleições, mas em contrapartida extremamente ineficiente na apreciação de medidas judiciais, visando à repressão de abusos de poder econômico e político. Normalmente, as ações e os recursos arrastam-se por tanto tempo que acabam se tornando instrumentos vazios e inócuos.

O impedimento à participação em processos eleitorais, afastando aqueles que pela vida pregressa já demonstraram inaptidão para participar da vida pública, tem caráter preventivo e pedagógico. É como o impedimento de empresas inidôneas de participar de licitações públicas. Aqui farei referência a situações de inelegibilidade, excetuando aquelas que não suscitam dúvida, como, por exemplo, em função do exercício de cargo ou de relações de parentesco.

Quero lembrar que a inelegibilidade está prevista desde o primeiro Código Eleitoral brasileiro — Lei nº 48 de 1935², a partir do artigo 100, embora ali se tratasse apenas das inelegibilidades em função do exercício de cargo. Não havia referência à inelegibilidade em função de condutas inadequadas ou atos de improbidade. O curioso é que, naquela época, o Código Eleitoral previa inelegibilidades para cargos federais, mas permitia que as legislações estaduais estabelecessem outras formas de inelegibilidade para cargos estaduais e municipais.

² O primeiro Código Eleitoral Brasileiro é de 1932: Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932, alterado pela Lei 48, de 4 de maio de 1935.

Cabe aqui uma referência ao jurista Pontes de Miranda, em seu comentário à Constituição anterior: “a Constituição permite que lei complementar estabeleça inelegibilidades e prazos, findos os quais elas cessam, mas é preciso que as regras jurídicas tenham o fim de preservar o regime democrático, a probidade administrativa, a moralidade e a legitimidade das eleições contra influência ou abuso no exercício de função, cargo ou emprego público da administração direta ou indireta, ou do poder econômico, e a moralidade no exercício de mandato eletivo, levando em consideração a vida pregressa do candidato”.

Tivemos, inicialmente, um tratamento específico sobre inelegibilidade com a Lei Complementar nº 5, de 29 de abril de 1970. Depois veio a Lei Complementar nº 64/90, alterada pela Lei Complementar nº 81/94, e finalmente a Lei Complementar nº 135/2010, conhecida como Lei da Ficha Limpa, que introduziu alterações basicamente na Lei Complementar nº 64/90. Apesar de muito importante, a 135 gerou muitas discussões.

A primeira discussão, bastante curiosa, já vencida pelo Supremo Tribunal Federal, foi sobre a sua aplicação nas eleições de 2010. O Tribunal Superior Eleitoral quis examinar essa matéria, quando a Lei Complementar nº 64/90 entrou em vigor. Isso pode ser encontrado em duas consultas: a de nº 02/90 e a de nº 07/90. E ninguém pôs em dúvida, porque uma coisa era inelegibilidade, com tanta relevância tratada em lei complementar; outra coisa era o processo eleitoral, que era, e ainda hoje é, objeto de lei ordinária.

Inelegibilidade, como todos sabem, seria apenas a verificação dos requisitos subjetivos para alguém participar do pleito,

e o termo de referência seria a convenção partidária. Ali os candidatos se lançavam. A fixação de situações de inelegibilidade, antes da convenção, não se confundia com o processo eleitoral, tanto é que um é tratado no artigo 14 e outro no artigo 16, mas o Supremo, por maioria apertadíssima, entendeu que não era assim.

Lembro-me do professor de Direito e jurista português, Jorge Miranda, dizendo que todo julgamento constitucional é jurídico-político e, às vezes, político-jurídico, sobretudo em uma Constituição como a nossa, na qual os termos são muito abertos, uma Constituição repleta de princípios e termos, cujo conteúdo não é fechado. Daí surgiram as discussões. Muitas vezes, as discussões jurídicas encobrem, com a retórica, um interesse preestabelecido, no caso, o interesse de não aplicar as regras da Lei Complementar nº 135 nas eleições de 2010.

Temos exemplos de pessoas que não deveriam ter participado do pleito eleitoral, mas participaram, porque, apesar de sua vida pregressa acusar inaptidão para a candidatura, entendeu-se que as regras da Lei Complementar nº 135 não seriam aplicáveis a elas no pleito de 2010, mas o Supremo fixou que seriam aplicáveis no pleito de 2012. No entanto, algumas questões ainda permanecem e são interessantes de observar.

Uma questão curiosa, que não foi objeto de discussão de lei complementar, é sobre o que caracteriza um analfabeto. Deveríamos ter critérios mais objetivos, e até padronizados pelo TSE, sobre essa questão. Um TSE que avança tanto sobre a reserva legal, sob o pretexto de regulamentar ou regular situações, deveria fixar parâmetros mais objetivos sobre o que

é um analfabeto, para evitar discussões tão arraigadas, do tipo: “Tiririca é analfabeto”, “Tiririca não é analfabeto”.

Lembro-me de um caso envolvendo um juiz de direito da comarca de São José do Egito, no interior do estado de Pernambuco. Há uns quinze anos, o escrivão que estava emprestado no Eleitoral fornecia aos candidatos o texto que o juiz usava. Os candidatos copiavam e decoravam o texto. Um dia, desconfiado, o juiz trocou o versículo da Bíblia que costumava usar, todos os candidatos escreveram o versículo anterior, o que comprova que eles continuavam analfabetos.

Outro caso envolveu candidato, empregado de usina instalada em Lagoa de Itaenga, no interior de Pernambuco. Suponhamos que o nome dele fosse “José Antônio da Silva” e ele escrevesse “João Antônio dos Santos”. O juiz chamou-o e perguntou: “o senhor é quem?”, ao que ele respondeu: “José Antônio da Silva”. “Mas o senhor escreveu ‘João Antônio dos Santos’.” “Vou contar, mas o senhor não mague de mim, porque sou pobre. A gente aprendeu a ler naquele negócio” (ele referia-se ao Mobral), “meu colega começou a escrever, eu não sabia que nome se escrevia diferente. Aprendi a escrever o nome dele. Doutor, aprender o nome é difícil, que dirá dois?”. O juiz entendeu e deixou-o como candidato a vereador. Não sei se ele se elegeu.

Outra discussão importante é sobre a presunção de inocência, a partir da modificação introduzida pela lei complementar em que a condenação por colegiado — pode ser num julgamento originário —, presume a impossibilidade de o candidato participar do pleito. Tantos e tantos defensores de um

garantismo exagerado! Sempre meditei sobre esse aspecto. Nos países civilizados, a presunção de inocência é relativa. Ela se inverte a partir do momento em que o juiz aprecia.

Certa vez disse que foi “burro” aquele indivíduo que deu o grande golpe na NASDAQ³. Ele poderia ter feito aquilo aqui no Brasil. Faria as mesmas coisas por meio eletrônico e ficaria bilionário do mesmo jeito. Com mais de 70 anos, primário, residência fixa, domicílio certo, emprego definido, só seria recolhido à cadeia depois de a condenação transitar em julgado, daqui a quinze anos. Ele morreria e não seria preso. Porém, ele deu o golpe nos Estados Unidos, foi condenado e preso. Nossos grandes criminalistas diriam: “com a violação do princípio sagrado da presunção de inocência”. Isso nunca foi sagrado, até porque a inversão e o caráter absoluto se deram em um momento muito obscuro da História do Brasil.

Quem conhece Direito Penal sabe melhor do que eu. Quando é que no Brasil, nos crimes dolosos contra a vida, passou-se a permitir apelação de réu recolhido à prisão? Quando o delegado Sérgio Paranhos Fleury respondia a processo e iria ser condenado, visando evitar o seu recolhimento, modificou-se o texto do Código de Processo Penal e levantou-se a sagrada presunção de inocência. O Direito tem que estar em conexão com a realidade. É sobre isso que nós do mundo jurídico devemos refletir.

³ NASDAQ = National Association of Securities Dealers Automated Quotations (Associação Nacional dos Corretores de Valores e Cotações Automatizadas).

Ao levantar a relação de fichas do Tribunal de Contas da União (TCU), vi exemplos curiosos. Só um indivíduo de Roraima tem doze situações de irregularidade constatadas e quatro condenações penais. Um prefeito do município de Paudalho, próximo a Recife, após dois mandatos consecutivos (oito anos), teve oito contas rejeitadas, responde a quatro ações de improbidade e a três ações penais, inclusive com condenações no Tribunal de Justiça e recursos no Superior Tribunal de Justiça. Ainda assim ele continua lá. Qual a presunção de inocência nesse caso? O indivíduo que já tem condenação no segundo grau é inapto para o exercício da função pública. É preciso impedir que ele reassuma um município e continue por mais quatro anos praticando falcatruas.

Quando observamos esse aspecto de presunção de inocência, o curioso é que há um dispositivo na lei, desde a primeira versão, que nunca foi posto em discussão: a inelegibilidade. A desigualdade estrutural do Brasil reflete na interpretação. Veja este dispositivo: “São inelegíveis, para qualquer cargo, os que, em estabelecimentos de crédito, financiamento ou seguro, que tenham sido ou estejam sendo objeto de processo de liquidação judicial ou extrajudicial, hajam exercido nos doze meses anteriores à respectiva decretação, cargo ou função de direção, administração ou representação, enquanto não forem exonerados de qualquer responsabilidade” (Lei Complementar 64/90, artigo 1º, I, i).

Esse dispositivo veda a presunção de inocência, mas o Judiciário nunca o considerou inconstitucional. Ele é sério, porque tem a ver com o sistema financeiro. Como é que se

entendeu constitucional um dispositivo que diz que um indivíduo que, por exemplo, foi diretor do Banco Santos e está respondendo por um procedimento, tem os bens bloqueados, está envolvido ou foi envolvido injustamente no processo de liquidação, não pode ser candidato enquanto não terminar esse processo?

As liquidações judiciais no Brasil foram criadas com a reformulação do Decreto de 1960, que regulamentava o sistema financeiro, para tirar do Judiciário procedimentos que eram considerados muito morosos. O processo de liquidação do BANORTE de Pernambuco arrasta-se há vinte anos e não termina. Digamos que alguém do BANORTE seja inocente: faz vinte anos que não pode ser candidato. Nos outros casos, não há condenação penal, pois se entendia que, enquanto o processo não transitar em julgado no Supremo Tribunal Federal, o indivíduo não pode ser afastado. Uso um exemplo muito comentado, de Paulo Maluf, que ainda não conseguiu ter seu processo julgado e continua na Câmara dos Deputados. Se fosse em outro país, ele estaria preso e não seria mais candidato.

O garantismo permite que pessoas injustamente acusadas continuem atuando. Será que é esse o caminho? Prefiro estar em um país mais injusto, menos garantista, cuja sociedade não pense que, só porque essas pessoas têm influência, elas não são julgadas nem condenadas. Penso que isso desperta nas pessoas, sobretudo na população mais pobre, que é a base, uma sensação de impunidade de quem está no topo da pirâmide social. A propósito, sempre digo que no Brasil não existe uma pirâmide social. Somos a sétima economia do mundo e ocupamos a septuagésima oitava posição no Índice de Desenvolvimento

Humano (IDH). Em vez de pirâmide, temos uma tábua com prego de ponta. A base, constituída pela população em geral, é representada pela tábua; o prego de ponta representa aqueles que têm uma situação diferenciada. Pisar na tábua não traz problema algum.

Outro dia, a televisão mostrou um fato curioso que ocorreu no Recife: dois indivíduos entraram em um prédio de luxo, furtaram algumas joias e engoliram com a intenção de recuperar o produto do furto depois. Foram detidos pela polícia, algemados e obrigados a expelir as joias pela boca. A população ficou satisfeita. Particularmente, considero a Súmula das Algemas uma das mais malfeitas do Supremo, porque foi elaborada sem uma construção jurisprudencial que gerasse o substrato, ingredientes necessários para a súmula. Quantas e quantas vezes encontramos na nossa Recife, tão desigual, pessoas algemadas apanhando para entrar no carro da polícia!

Uma vez, em uma Delegacia de Polícia de Maceió, presenciei uma cena inusitada: um policial batia no bandido com uma pilha de apostilas sobre Direitos Humanos do Ministério da Justiça. Dirigindo o olhar para mim, o policial disse: “Doutor, o senhor chegou em boa hora. Isso é para um bandido desses aprender o que se faz com quem viola os direitos humanos dos outros”.

Penso que a presunção de inocência não é barreira para a inelegibilidade. Fala-se muito em retroatividade da lei, porque a lei teria ampliado o prazo, em todos os incisos, de três para oito anos. Alguém que já foi punido, afastado por três anos, agora são oito anos. Façamos um paralelo com a modificação introduzida

pelo Código Eleitoral de 1932. A previsão era que só poderiam ser senadores brasileiros natos. A interpretação que se deu foi que quem já era senador, mesmo não preenchendo o requisito, continuaria, mas não poderia mais ser candidato. O fato de ele ter preenchido requisitos para trás não significava que preencheria para frente. Voltando à ampliação do prazo de três para oito anos, o legislador entendeu que, para alguém ser um bom prefeito, um bom parlamentar, um bom governador, um bom presidente, deveria ter oito anos de boa conduta. Não tem nada a ver com o que aconteceu para trás. Não se trata da aplicação retroativa da lei. Construiu-se uma doutrina de advogados no sentido de que seria uma aplicação retroativa da Lei Complementar nº 135, tópico que também rechaço.

Outro ponto que considero relevante, em relação ao qual o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e os Tribunais Regionais Eleitorais (TREs) erraram muito, foi a questão da rejeição de contas ou a irregularidade de atuação de administradores pelo Tribunal de Contas. Diz o artigo 75 da CF/88 que as atribuições do Tribunal de Contas da União pelo princípio da simetria aplicam-se aos Tribunais de Contas do Estado ou Tribunal de Contas do Município de São Paulo. Temos aí uma competência inicial, que é o parecer em relação às contas do governo, mas o outro inciso é a apreciação da regularidade da atuação do administrador. Inclusive, em relação a titular de mandato eletivo, a Lei Complementar nº 135 faz com que o Tribunal de Contas julgue. Fui voto vencido em várias decisões, até que no TRE do meu estado entenderam que não seria possível condicionar-se a uma lista imensa do TCU. Só do estado de São Paulo, constam da lista 530

responsáveis por aplicação de dinheiro público. Aí vem o jurista e diz: “de acordo com a Constituição, compete à Câmara de Vereadores dar a palavra final”. Não compete, absolutamente, à Câmara de Vereadores, porque o convênio do Ministério da Saúde com o município não passa nunca pelo Tribunal de Contas do Município, não passa por Assembleia Municipal. A decisão é proferida por um órgão colegiado e é definitiva. É verdade que existem problemas de composição, mas sempre existe a esperança de que isso possa aos poucos ser melhorado. E quando o Tribunal de Contas acerta, condenando o mau gestor, tem que se refletir sobre o julgamento da Câmara Municipal.

Gostaria de comentar um caso curiosíssimo, que envolveu na época um prefeito do município de Santa Cruz do Capibaribe, hoje deputado federal. Ele teve todas as contas rejeitadas e resolveu candidatar-se a deputado. Entrou com uma ação e o juiz de direito, “considerando o risco do perecimento do direito dele de ser candidato”, deu uma liminar para sustar os efeitos da rejeição de contas, até que a Câmara reapreciasse. A Câmara descobriu que havia um erro de fato, porque tinha mandado uma notificação postal para ele, em vez de uma notificação pessoal, e anulou todos os registros de prestação de contas. Ele foi candidato e hoje é um ilustre representante do povo pernambucano.

Essas aberrações têm de ser muito bem examinadas. Entendo por que alguns dizem que sou fundamentalista. Não nego que, em certas circunstâncias em que o Direito é violado ou em que o Direito não é aplicado, tento contornar a questão processual. A Justiça não é neutra. Quando é neutra, geralmente

ela assume a posição de adotar a forma como prevalência sobre o fundo.

Muitas vezes tive a oportunidade de ver um presidente de Tribunal frente a uma questão colocada. Não estou falando em desonestidade, mas a gente sabe o que vai acontecer. Por exemplo, na questão da desapropriação para reforma agrária, tínhamos uma bancada ruralista com grandes juízes que pertenciam a famílias de proprietários rurais. Sabíamos que todas as preliminares seriam bem discutidas, como, por exemplo, o efeito de uma invasão de meio hectare em uma propriedade de 2 mil hectares. Nesse caso tudo é muito bem levantado, porque as pessoas já têm uma posição política. Particularmente, tenho uma posição contrária. Penso que esses fatores deveriam ser relevados e que deve proceder-se à desapropriação. Quando já se sabe o que quer, procuram-se no mundo jurídico os fundamentos para elaborar a argumentação.

A Lei da Ficha Limpa é só uma roupa nova para um corpo mais velho. Cabe ao Judiciário a apreciação cuidadosa, sem o exagero de querer fazer uma triagem que restrinja o processo democrático. Mesmo não tendo essa finalidade, o Judiciário deve ter o cuidado e o rigor para não permitir que pessoas que não têm condições morais de assumir cargos públicos o façam. Sabemos que há uma enorme ineficiência ou insuficiência de meios para consertar depois. Isso em tudo. Meios preventivos funcionam muito bem. Basta ver que o que melhor funciona na administração pública para evitar que as empresas deixem de recolher as contribuições sociais é o certificado de que estão em dia com a Previdência. Isso significa muito mais do que

qualquer ameaça de processo judicial. Meios preventivos são fundamentais para evitar que pessoas sem qualificação moral sejam alçadas a cargos públicos relevantes. Penso que esse é o norte que devemos seguir.

Em 1993, fui convidado para participar de um período de estudo na Inglaterra, chamado *Judice Review*, Controle Judicial da Administração. Uma das coisas que vi na Corte Superior de Londres é que lá o juiz não é promovido, ele é nomeado para a Corte “X” e ali permanece até encerrar sua carreira. Participei de debates sobre esse tema. O argumento era que um juiz não pode ser promovido por outro poder, pois, se o juiz depende de outro poder para promovê-lo, como é que ele vai controlá-lo? Não estou dizendo que nós, magistrados, não devemos ser promovidos. Nós temos esse peso mais forte. Além do mais, sofremos influência dos outros poderes e nós, da Justiça Federal, mais ainda, nas nossas promoções. E são os nossos controlados.

Devemos pensar como Dom Hélder Câmara, que foi responsável por muita coisa boa que aconteceu em Pernambuco. Dom Hélder é autor de vários livros, entre eles, *O deserto é fértil*, do qual destaco um trecho muito importante, que diz: “nós, para atuarmos bem, não devemos ter nenhuma preocupação com recompensa; às vezes atuaremos bem, sabendo que seremos maltratados por atuar bem. Mas, se nós temos efetivamente o interesse de fazer o bem, não é pela recompensa que devemos agir”. Às vezes, a gente observa o Judiciário intimidando-se, interpretando com garantismos excessivos, optando pela não aplicação da lei em determinada situação, concedendo *habeas corpus* por vírgulas e não pontos e vírgulas. Essas questões

realmente me impressionam, porque penso que a aplicação adequada da lei depende muito de todos que estão na Justiça Eleitoral ou na Justiça Federal, no julgamento das ações de improbidade.

Vi, por exemplo, no julgamento de um indivíduo que se apropriou de dinheiro público, o relator dizer: “Excelência, o senhor está sendo muito duro, não está observando que o Tribunal de Contas não apôs a nota de improbidade”. Mas, se o indivíduo está dizendo que pegou o dinheiro público e aplicou-o sem licitação, isso já não caracteriza crime contra a administração pública? Em outra circunstância, se um indivíduo, com seus parentes, forjou três empresas, usou documentos falsos, apropriou-se de 12 milhões de reais de um município pobre do Agreste de Pernambuco, isso não é improbidade porque o conselheiro do Tribunal de Contas, que por acaso tinha sido deputado da mesma área, esqueceu-se, propositalmente ou não, de colocar a nota de improbidade? Ele descreveu o ato, tipificou, e o juiz eleitoral diz: “mas eu não posso caracterizar como improbidade administrativa, porque o Tribunal não apôs a nota de improbidade”.

Esse é o papel da Justiça Federal: ser vencida — “5 a 1”, às vezes aparece um juiz mais teimoso, então fica “4 a 2”. Isso acontece muito e a situação não muda, porque, se observarmos as composições da Justiça Eleitoral, veremos que ela é, por estrutura, governista. A composição inicial de um TRE tinha dois desembargadores, e aí tinha uma questão que não entrava na política dos TJs, porque, no Código Eleitoral, primeiro eram dois desembargadores sorteados entre os membros da Corte, um juiz de direito escolhido pela Corte de Apelação do Estado, nome

que se dava na época, um juiz federal e, uma questão curiosa, na versão primeira da Justiça Federal, o juiz federal eleitoral era um só, não havia sorteio. Pelo Código Eleitoral, obrigatoriamente era o juiz federal da 2ª Vara. Havia um advogado — nem se falava em advogado, era um cidadão de notável saber, de reputação ilibada, que o presidente da República indicava —, com dois suplentes. Quando saímos do quinto para a composição atual, temos um número muito expressivo dos votantes que vêm de influência política.

Hoje, o TRE tem sete membros, dois juristas ou advogados, mas chamados juristas, dois juízes de direito, um desembargador, que é o vice, o juiz federal e o presidente, que tem a missão de desempatar. Votam seis membros, sendo dois advogados. De que maneira o presidente da República nomeia um advogado para o Tribunal de Justiça? Como é que o presidente da República conhece os advogados de outro estado? Logicamente, são os políticos da base que fazem a indicação. Assim era e assim continua. Na primeira vez os políticos da Arena indicavam; hoje quem indica são os do PT, do PCdoB. Enquanto for assim, a politização das decisões continuará sendo algo muito sério. Temos a responsabilidade de compor um quadro forte o suficiente para não dar interpretações turvas, assim como é muito grande a nossa responsabilidade na atuação nos TREs.

Conferências
do dia 24 de agosto de 2012

Condição de elegibilidade

Conferencista: Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz
Desembargador Federal do Tribunal Regional
Federal da 4ª Região

Não há como falar em condição de elegibilidade sem falar em inelegibilidade. Antes, porém, gostaria de lembrar um fato pouco destacado nos livros, relacionado à Justiça Eleitoral. Em 1878, na Inglaterra, por mérito do primeiro-ministro da Era Vitoriana, Benjamin Disraeli, foi aprovada uma reforma na legislação eleitoral, atribuindo ao Poder Judiciário o julgamento das contendas em matéria eleitoral. Até então vigorava o sistema da verificação de poderes. Era o próprio Poder Legislativo que examinava qualquer disputa em matéria eleitoral, inclusive o reconhecimento ou não de candidatos eleitos. No Brasil esse sistema vigorou até 1930 e foi uma das causas da Revolução de 30, pois despertava grande inconformidade. No período entre 1891 e 1930 quem apreciava livre e soberanamente essa matéria era o Poder Legislativo. Muitas vezes decidia-se de tal forma que o candidato eleito não era empossado e o que não recebeu votos era reconhecido como eleito.

Em 1930, concretizando um dos lemas da Revolução, o presidente Getúlio Vargas levou para o Ministério da Justiça o professor da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Doutor Maurício Cardoso, a quem coube elaborar o primeiro Código Eleitoral, o Código de 32, e, a partir de então, promover a instalação da Justiça Eleitoral. No

entanto, vem da Inglaterra a decisão de transferir para o Poder Judiciário o reconhecimento dos eleitos e o exame de todas as contendas. Essa informação, pouco lembrada nos livros, consta da obra de Frederic William Maitland, *The constitutional history of England: a course of lectures*, publicada pela primeira vez em 1908, pela Cambridge University Press.

Desde 1932 a Justiça Eleitoral funciona de forma soberana, salvo no período do Estado Novo (1937-1945), quando foi extinta, para ser restabelecida somente em 1945 pelo então presidente do Supremo Tribunal Federal, José Linhares, que exercia a presidência da República. Nem mesmo no regime militar de 1964 a Justiça Federal foi fechada. A partir de 1965, iniciou-se um grande processo de reformulação da legislação eleitoral com a aprovação de uma emenda constitucional que permitiu que lei especial estabelecesse outros casos de inelegibilidade, que não os previstos na Constituição de 1946. Esse dispositivo foi mantido na Constituição de 1967, porém elevado à categoria de lei complementar. Publicada em 1970, a Lei Complementar nº 5 estabeleceu os requisitos da inelegibilidade. Rompeu-se, então, com aquela tradição de que somente a Constituição previa os casos inelegíveis. Obviamente, essa lei não poderá contrariar o que diz a Carta Magna.

Um dos períodos mais fecundos na parte de codificações foi aquele em que o saudoso Ministro Alfredo Buzaid esteve à frente do Ministério da Justiça. Grande jurista de São Paulo, Buzaid foi vice-reitor da Universidade de São Paulo, diretor da Faculdade de Direito da USP, ministro da Justiça e, posteriormente, ministro do Supremo Tribunal Federal. Tinha como chefe

de gabinete o professor de Direito, José Carlos Moreira Alves, que foi, reconhecidamente, um dos maiores juristas do país. O diretor-geral do Ministério, hoje secretário executivo, era ninguém menos que o professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Lamentavelmente, hoje o Ministério da Justiça está limitado à função de chefe da Polícia Federal. No entanto, uma das atribuições mais importantes desse Ministério é o contato do Poder Executivo com o Poder Judiciário, sobretudo o Supremo, além da reformulação da legislação.

Vale ressaltar que Buzaid constituiu as comissões de reforma da legislação do seu Ministério com pessoas do mais alto quilate. Levou, por exemplo, o que havia de melhor da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco. Lá estavam o Doutor Miguel Reale, o professor Moreira Alves, o emérito professor Sylvio Marcondes. Naquele momento começou a ser aperfeiçoado o Projeto Reale. O professor José Frederico Marques elaborou um anteprojeto de Código de Processo Penal, que até hoje espera aprovação no Congresso. Foi instituído o Código da Propriedade Industrial (Lei nº 5.772, de 21 de dezembro de 1971) e foram criados dois institutos que hoje nos dizem respeito: a Lei Orgânica dos Partidos Políticos (Lei 5.682/71), que foi a primeira, e a Lei Complementar nº 5, que trata das inelegibilidades. Todas essas leis passaram pelo crivo de Buzaid, sem falar no Código de Processo Civil, que é uma obra praticamente dele. A disposição de motivos desse Código é uma aula de Direito.

Por que tratar disso? Porque, reitero, não há como falar em condição de elegibilidade sem falar em inelegibilidade. As

condições ou pressupostos de elegibilidade estão elencadas no artigo 14, parágrafo 3º: nacionalidade brasileira, pleno exercício dos direitos políticos, alistamento eleitoral, domicílio eleitoral, filiação partidária e idade mínima estabelecida. Gostaria de fazer uma breve crítica, a meu ver construtiva: fala-se tanto em reforma política, no entanto existe um monopólio por parte dos partidos políticos em relação às candidaturas. Lamentavelmente, no Brasil não há possibilidade de candidaturas avulsas, como nos Estados Unidos, onde recentemente o candidato Ross Perot concorreu com o presidente George Bush Pai, entre outros candidatos. O sistema estadunidense aumenta as opções do eleitorado, que é, na verdade, o juiz das eleições.

Há alguns anos, escrevi um artigo sobre inelegibilidade, do qual vou pinçar algumas questões. Início indagando: Em que consiste a inelegibilidade?

São impedimentos, de natureza constitucional ou legal, no caso de serem os impedimentos previstos na Lei Complementar, que impossibilitam a alguém o seu registro como postulante a todos ou a alguns cargos eletivos. Se supervenientes ao registro, servem de embasamento à impugnação de sua diplomação, tornando nulos os votos porventura dados ao cidadão. Já os pressupostos de elegibilidade são as condições ou pré-requisitos que devem ser preenchidos pelo candidato, para que ele possa concorrer às eleições, como vimos anteriormente. Assim, para que uma pessoa possa concorrer a algum cargo eletivo, é necessário, primeiro, que ela preencha a condição de elegibilidade; depois, que não incida em impedimentos, requisito negativo.

Quando a primeira lei de inelegibilidades, a Lei Complementar nº 5, de 29 de abril de 1970, foi aprovada no Congresso, um artigo foi objeto de muita controvérsia, inclusive no Supremo Tribunal Federal. Trata-se do artigo 1º, inciso I, letra “n”, que estabelecia: “São inelegíveis para qualquer cargo eletivo os que tenham sido condenados ou respondam a processo judicial, instaurado por denúncia do Ministério Público, recebida pela autoridade judiciária competente, por crime contra a segurança nacional e a ordem política e social, a economia popular, a fé pública e a administração pública, o patrimônio, ou pelo direito previsto no artigo 22 desta Lei Complementar, enquanto não absolvidos ou penalmente reabilitados”. Ou seja: se instaurada a denúncia, o candidato já se tornava inelegível.

Essa matéria foi ao Supremo Tribunal Federal, com a alegação de que feria o princípio da presunção de inocência. Por maioria, o Supremo entendeu que não, pois, na época, a Constituição não previa a hipótese. A presunção de inocência era um princípio de processo penal e não constitucional. Posteriormente, esse artigo foi alterado: substituiu-se o recebimento da denúncia por condenação. O Congresso, inclusive, aprovou a condenação com trânsito em julgado. O então presidente da República, General João Batista Figueiredo, vetou o trânsito em julgado, mantendo a condenação. Houve uma alteração, essa matéria foi novamente ao Supremo e o relator, Ministro Moreira Alves, disse, em um acórdão, que, se o Supremo entendeu que a matéria era constitucional, que o mero recebimento da denúncia é causa de inelegibilidade, com muito mais razão quando já existia uma denúncia.

Quando entrou em vigor, a Constituição de 1988, num texto muito lacônico, bem mais reduzido, determinou: “Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a normalidade e a legitimidade das eleições quanto à influência do poder econômico ou ao abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta e indireta”. O texto constitucional retirou aquele dispositivo que vinha da Constituição anterior, que permitia que, considerada a vida pregressa do candidato, seria possível instituir nesta Lei Complementar tipos que afastassem da disputa candidatos cujos antecedentes não recomendavam a sua participação no pleito eleitoral. Logo verificou-se que essa medida era insuficiente, pois permitia certas candidaturas que apresentavam aqueles problemas já conhecidos. Na emenda constitucional de revisão foi restabelecido o dispositivo da Constituição de 1967, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, a normalidade e a legitimidade. Com isso, permitiram-se, por exemplo, os tipos previstos na Lei Complementar nº 64/90 e na chamada Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar nº 135/2010). Se a Constituição permite que a inelegibilidade possa ter por base a vida pregressa do candidato, para retirar dele as condições de moralidade para o exercício do mandato, não exigindo sequer que esses fatos em seu desabono constituam ilícitos penais, isso legitima o artigo 1º da Lei Complementar nº 64/90, bem como os tópicos previstos na Lei da Ficha Limpa.

A meu ver, quando se julga matéria de inelegibilidade, sempre se deve examinar o princípio da hermenêutica, segundo

o qual a regra geral é a elegibilidade. Quando nos depararmos com um dispositivo dúbio em matéria de inelegibilidade, nunca devemos esquecer esse princípio. Assim, a hipótese de afastar ou não um determinado candidato deve ser considerada apenas quando um dispositivo for claro quanto à questão da inelegibilidade. Essa é a lição de Burdeau e também da nossa doutrina. Para mim, este é o princípio cardeal da interpretação das várias hipóteses de inelegibilidade: a regra é a elegibilidade e a exceção é a inelegibilidade.

A criação da Justiça Eleitoral teve por finalidade assegurar a liberdade do voto. Esta é sua função primeira: a liberdade do voto e suas consequências na lisura do pleito eleitoral. Lamentavelmente, às vezes algumas decisões estabelecem censura à imprensa. Recentemente, houve um caso em Santa Catarina em que um juiz eleitoral deferiu uma liminar retirando do ar o próprio Facebook. Preocupa-me a excessiva judicialização do processo eleitoral. O próprio Poder Legislativo tem-nos atribuído algumas missões, aumentando a nossa competência, mas é preciso examinar cuidadosamente cada caso. Gostaria de destacar um precedente da Suprema Corte dos Estados Unidos, onde, como todos nós sabemos, existe um apego à liberdade de expressão, à liberdade de imprensa. Para se ter uma ideia, um dos debates mais acirrados dessa Corte, nos anos 1950, era se deveria ser permitida a oração antes das aulas das crianças nas escolas. Isso gerou uma discussão na Suprema Corte, que durou anos. Em 1979, o estado da Flórida aprovou uma lei, de acordo com a qual, quando um jornal faz um comentário a respeito de determinado candidato, deveria ser oportunizado nesse mesmo

jornal o direito à réplica, no mesmo espaço dedicado à matéria. Essa questão foi levada à Suprema Corte, em que o relator foi o próprio *Chief Justice* Warren Burger (que equivale ao presidente do nosso Tribunal), que decidiu acerca da inconstitucionalidade dessa matéria.

Veja a seguir uma pequena passagem da fundamentação acolhida pela Suprema Corte. Essa decisão está publicada na *Supreme Court Reporter*, v. 94, p. 28-31. O acórdão, proferido por volta de 1980, diz: “O jornal é mais do que um mero receptor de notícias, comentários e conselhos. A escolha da matéria que será incluída no jornal, bem como a extensão dela e o próprio local em que figurará no jornal, constitui matéria do editorial, e esta liberdade, justa ou injusta, deve ser reconhecida aos jornais”. Assim, eles entenderam que aquela determinação da lei da Flórida feriria a liberdade que têm os jornais de emitir opiniões políticas. A propósito, podemos encontrar um exemplo na última campanha eleitoral dos Estados Unidos, em que os dois principais jornais do país declararam abertamente seu apoio a um dos candidatos: *Washington Post* a Barack Obama e *The New York Times* a John McCain.

Devemos ter bastante cautela em relação a esse princípio, porque a primeira emenda invocada para sustentar essa posição era justamente a liberdade de imprensa, a liberdade de expressão. Tal emenda é objeto de muita atenção nos Estados Unidos, bem como objeto de estudo de vários autores, para quem esse princípio está na base da formação da democracia americana. Assim, decisões judiciais que permitem censura aos jornais, embora a Constituição reconheça o direito de resposta, devem ser

vistas *cum grano salis* (com ponderação). Recordo-me de um célebre discurso do ex-presidente Franklin Delano Roosevelt, pronunciado no Congresso Americano logo após o bombardeio de Pearl Harbor, enfatizando que devemos ter sempre presentes quatro liberdades: liberdade de expressão, liberdade de culto religioso, liberdade de trabalho e, a mais importante de todas, a liberdade de não ter medo. O papel da imprensa é fundamental no regime democrático, de modo que, a meu ver, a intervenção do Poder Judiciário deve ser a mais prudente possível. Se a imprensa é incômoda às vezes, outras tantas é fundamental. Vários escândalos não teriam aflorado sem o trabalho investigativo da imprensa.

Para concluir, gostaria de destacar mais uma vez o princípio cardeal da interpretação das várias hipóteses de inelegibilidade, segundo o qual a regra é a elegibilidade e a exceção é a inelegibilidade. Ou seja, a regra é sempre a participação do candidato, somente um princípio claro pelo seu afastamento deve ser considerado. A propósito, desde 1967 o Conselho Constitucional da França, que é equivalente à Corte Constitucional, estabelece que é preciso interpretar restritivamente os dispositivos que comportem exceções a esse princípio. É por essa razão que essas normas devem ter interpretação restritiva.

Inelegibilidade e relações familiares

Conferencista: Guilherme Calmon Nogueira Viana

Desembargador Federal do Tribunal Regional
Federal da 2ª Região

Gostaria inicialmente de fazer algumas considerações. Sou Desembargador Federal no TRF2, com sede no Rio de Janeiro. Antes de me tornar juiz federal, tive a oportunidade de judicar, no âmbito da Justiça Eleitoral, em algumas comarcas do interior do estado de São Paulo, onde, na condição de juiz estadual, atuei por um período de três anos e meio. Naquele momento tive que me deparar com questões relativas ao Direito Eleitoral e as polêmicas existentes. Posteriormente, já na Justiça Federal, distanciei-me da Justiça Eleitoral, em razão da minha condição de juiz federal atuante na capital do Rio de Janeiro, mas simultaneamente venho desenvolvendo uma atividade acadêmica que envolve o Direito Civil, em especial o Direito de Família. Isso justifica conjugar no âmbito do Direito Eleitoral aspectos importantes no que tange à inelegibilidade — portanto, em relação às exceções quanto à possibilidade de ser eleito para um determinado cargo, fruto de disputa eleitoral — e o viés acadêmico, que venho desenvolvendo há algum tempo no âmbito do chamado Direito de Família, aquele que mais interessa em relação a uma visão multidisciplinar, em outras palavras, além do próprio Direito de Família.

Sabemos que a exemplo da Justiça Federal, também a Justiça Eleitoral depara-se com questões que impactam as suas

lides, litígios que estão sujeitos à apreciação e que acabam por repercutir na questão do Direito de Família. Por isso, estamos hoje trabalhando com duas áreas aparentemente muito distantes, que a princípio não se tangenciam, não se comunicam, mas que no fundo têm uma inter-relação importante.

Pretendo fazer uma introdução do que eu chamo de “a visão civil constitucional do Direito de Família”. O foco será o tema das inelegibilidades e as questões decorrentes das famílias jurídicas. Antes de tudo, é preciso considerar as transformações operadas no âmbito do Direito de Família pela Constituição de 1988. Os princípios constitucionais que passaram a incidir a partir de então têm muito mais a ver com a ideia de passagem de uma proteção meramente formal à instituição família para um outro momento, de proteção aos seus integrantes. Passa a vigorar a ideia de a família, enquanto instituição, não mais ser protegida abstratamente, mas sim em razão das funções que desempenha para o desenvolvimento das potencialidades daqueles que a integram. Vem daí a expressão *funcionalização da família*.

Qual é a função da família na atualidade?

Com base constitucional, podemos tranquilamente afirmar que, no Brasil, hoje em dia, a família deve ser vista sob a perspectiva de servir aos interesses de ordem existencial daqueles que a integram. Portanto, uma família serviente, e não mais protegida como instituição. Esse é um avanço que se tem obtido no âmbito do Direito de Família. O artigo 1.511 do Código Civil de 2002, que vigora atualmente, trata da expressão “comunhão plena de vida” como algo que decorre da existência e constituição de uma família. É muito mais o reconhecimento da prote-

ção dos integrantes em razão da essência das relações que eles mantêm entre si do que propriamente de uma formalidade. É a primazia da substância sobre a forma, em relação àquilo que tínhamos anteriormente. Podem-se considerar dois dados importantes quanto a essas mudanças: primeiro, o perfil consensual que as famílias passam a ter. Hoje, as pessoas não estão mais vinculadas obrigatoriamente, não precisam permanecer no seio de suas famílias ou entidades familiares, se não quiserem.

Houve, portanto, uma guinada no sentido de prestigiar a autonomia privada. Ainda que, no campo econômico, nós estejamos em outra direção, no campo existencial houve uma guinada no sentido da proteção e primazia da autonomia privada sobre outros princípios e valores que poderão surgir. O perfil consensual passa a ser algo importante no âmbito das relações familiares atuais, assim como a afetividade, resgatando algo que no passado de algum modo existiu, mas que foi esquecido pelo Direito: a ideia de emocionalidade no âmbito das relações privadas. Assim, passamos de um período de “família instituição” para um período de “família instrumento”, de família que serve aos seus integrantes. Hoje, portanto, a família deve ser compreendida como uma comunidade de laços afetivos, existenciais e amorosos, em perfeita união, de modo a permitir o desenvolvimento das personalidades e potencialidades daqueles que a integram.

Isso nos faz trabalhar com alguns princípios constitucionais que envolvem essa nova visão, que passa a ser central no âmbito das famílias atuais. Há uma substituição do modelo monolítico da família matrimonial, fundada no casamento, para um

modelo plural e democrático das entidades familiares. A própria expressão “entidades familiares”, contida na Constituição, tem esse viés de não só tornar plural esse modelo, mas substituir a visão anterior, tradicional, da família fundada apenas no casamento. Já podemos identificar o primeiro princípio que decorre do próprio texto constitucional de 1988, que é o princípio do pluralismo das entidades familiares. Significa dizer que nós temos mais de uma entidade familiar e que o referencial da afetividade passa a ser importante, não único, para justificar as estruturas interpessoais que se estabelecem no campo das entidades familiares.

O IBGE, há algum tempo, vem realizando uma pesquisa conhecida como “Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios” (PNAD), que identifica as unidades de vivência em que os brasileiros atualmente se inserem. Com base nessa pesquisa, foram identificados vários arranjos familiares. Não só aqueles que tradicionalmente já conhecemos, como a família fundada no casamento, com prole comum; a família fundada na união estável, modelo que hoje também tem embasamento constitucional; a família fundada na monoparentalidade, apenas por um dos ascendentes com seu descendente, não com o outro.

Além desses arranjos, a PNAD, a partir de casos concretos, identifica outros considerados inclusive para fins estatísticos. Em pesquisas anteriores ao julgamento do Supremo Tribunal Federal (STF), de maio de 2011, a respeito da união entre pessoas do mesmo sexo — prefiro essa expressão à união homoafetiva —, já haviam sido identificadas unidades de vivência formadas pela união entre pessoas do mesmo sexo, mas também comunidades afetivas com filhos de criação, sem que houvesse formalmente

sido estabelecido vínculo de parentesco entre aquele casal, ou entre aquele homem, aquela mulher e aquela criança. No campo das unidades de vivência, há também a união entre parentes, como, por exemplo, entre irmãos. Muitas vezes, seja porque nunca se casaram, seja porque nunca viveram uma união estável, ou se casaram, mas em algum momento se divorciaram, parentes muito próximos acabam constituindo unidades de vivência sem qualquer índole de natureza sexual.

Existe um amplo universo de formações e arranjos sociológicos, no âmbito das chamadas unidades de vivência, que poderão ou não repercutir no Direito. Por ora, temos um dado da sociologia que poderá, ou não, ser assimilado e apreendido pelo Direito, para tratar juridicamente desse dado. Constitucionalmente, além do pluralismo das entidades familiares, temos o princípio da tutela especial à família, contido no artigo 226, *caput*, do texto da Constituição e o princípio da igualdade material entre cônjuges, entre companheiros e entre os filhos. Isso para demonstrar que, na realidade, nós passamos a trabalhar muito mais com princípios constitucionais do que com regras relativas às questões envolvendo Direito de Família.

Quanto à identificação das espécies de famílias, há duas questões no Direito brasileiro. A primeira, se existe ou não alguma hierarquia valorativa entre as entidades familiares, se existem famílias mais protegidas ou menos protegidas. Enfim, de que forma o Direito atual trata desse tema, considerando que anteriormente havia apenas uma única família. A partir do modelo plural, de que forma vamos tratar dessa questão? Existe ou não uma hierarquia axiológica entre as entidades familiares?

A segunda questão que se coloca é se a Constituição de 1988 arrolou, ou não, de modo exaustivo, as entidades familiares. Como já dissemos, temos pelo menos três entidades familiares claramente previstas na Constituição: aquela fundada no casamento, aquela fundada na união estável, baseada na conjugalidade e no companheirismo, e aquela fundada na monoparentalidade.

No patamar infraconstitucional, como, por exemplo, no *Estatuto da Criança e do Adolescente*, também identificamos uma entidade familiar, mesmo em redação anterior à alteração feita no texto, em 2009¹. Desde a instituição desse Estatuto, em 1990, estava prevista uma entidade familiar, que já existia de fato e juridicamente: a chamada família substituta, formada pela criança e/ou adolescente e seu guardião ou seu tutor, sem falar no vínculo de parentesco próximo, no caso, do adotante em relação à criança adotada. Essa família substituta, constituída por adoção, tutela ou guarda, não está expressamente prevista na Constituição Federal de 1988. Mais recentemente, com base em mudança no *Estatuto da Criança e do Adolescente*, foi criada, ou formalmente prevista, a figura da família extensa, que também não tem previsão constitucional.

Assim, respondendo à segunda questão, podemos dizer que não há um rol exaustivo de entidades familiares na Constituição de 1988. É possível o reconhecimento e o tratamento jurídico de entidades familiares que estejam fora da Constituição, ou seja, que não estejam expressamente previstas na Carta Magna. Com relação à primeira questão, certamente — esse é um dado que não gera polêmica na doutrina — não houve equipara-

¹ O conferencista refere-se à Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009.

ção dos diversos modelos de entidades familiares. Uma coisa é a família fundada no casamento; outra coisa é a família fundada no companheirismo; e outra ainda é a família fundada na monoparentalidade. Todas elas, por sua vez, são diferentes das outras entidades familiares fundadas, por exemplo, por vínculo de guarda, de tutela, etc. Na verdade, o que precisamos identificar é a existência de um ponto em comum entre todas as entidades familiares, que é a ideia de uma proteção especial que o Estado, como administrador, legislador e julgador, deve dar a elas nas esferas administrativa, legislativa e judicial.

Existem também diferentes formas de constituir vínculos de parentesco. Hoje, não se fala apenas na ideia de um parentesco estabelecido pela verdade do sangue, pela chamada consanguinidade. Há outros vínculos de parentesco, que se estabelecem por força de outro fundamento, que não a chamada verdade biológica, como, por exemplo, a adoção, a posse de estado de filho e a reprodução assistida heteróloga no campo das técnicas de reprodução assistida.

Feito este preâmbulo, passemos agora para a parte mais importante que pretendo tratar: inelegibilidade e famílias jurídicas. O parágrafo 7º do artigo 14 da Constituição Federal faz referência clara àqueles que, por força de vínculos muito próximos de Direito de Família, não poderão participar do pleito eleitoral, exatamente em razão dessa hipótese de inelegibilidade. Uma causa de inelegibilidade que vai impedir a participação daquela pessoa no âmbito daquela eleição. Sabemos que são condições de elegibilidade: a questão da nacionalidade, do exercício e gozo dos direitos políticos, do alistamento, do domicílio eleitoral, en-

tre outras. Mas essas condições não se confundem com as causas de inelegibilidade, porque há restrições ou limites para a pessoa poder participar do pleito eleitoral.

Com base em vários casos que chegaram ao Supremo Tribunal Federal (STF), foi editada a Súmula Vinculante nº 18², que dispõe sobre hipótese de inelegibilidade. Esta súmula estabelece expressamente, com caráter vinculante, a regra segundo a qual a dissolução da sociedade, ou do vínculo conjugal, no curso do mandato, não afasta a inelegibilidade prevista no parágrafo 7º do artigo 14 da Constituição Federal. Trata-se de uma regra relativa à possibilidade de rompimento de entidade familiar fundada no casamento, no curso do mandato de um dos dois cônjuges, que não vai afastar a inelegibilidade prevista na Constituição. Com base em algumas ponderações, a ideia anterior, que terá de ser devidamente conjugada com a Súmula Vinculante nº 18, é que essa causa de inelegibilidade, que seria a existência do vínculo do casamento entre cônjuges — o prefeito municipal e sua esposa, por exemplo —, desaparece com a dissolução da sociedade conjugal, ressalvada a regra contida na Súmula. O que se quer, efetivamente, é evitar que o candidato se aproveite da proximidade no âmbito da própria família, para obter vantagens no pleito eleitoral. Essa é a ideia que norteia a própria Súmula Vinculante nº 18, com base na ideia de mera aparência de

² STF – Súmula Vinculante nº 18 – PSV 36 – DJe nº 223/2009 – Tribunal Pleno de 29 de outubro de 2009. Dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal – mandato em curso – inelegibilidade. “A dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal, no curso do mandato, não afasta a inelegibilidade prevista no parágrafo 7º do artigo 14 da Constituição Federal.”

dissolução de sociedade conjugal, quando de fato o casal continua vinculado.

Rolf Madaleno, advogado e professor de Direito de Família, fez um trabalho sobre inelegibilidade e as questões envolvendo Direito de Família. Nesse trabalho, ele apresenta casos concretos de pessoas que tinham se divorciado há quatro, cinco, seis anos e, posteriormente, voltaram a conviver, ainda que não por meio de reconciliação. Mesmo separados ou divorciados, eles voltaram a conviver como entidade familiar. Para Rolf, a retomada da convivência a dois, mesmo sem uma reconciliação formal, faz persistir a causa de inelegibilidade.

Há pessoas — recordo-me de pelo menos três ou quatro casos que julguei na Justiça Federal — que foram casadas no passado e, posteriormente à separação ou mesmo ao divórcio, voltaram a viver junto, como se casadas fossem. Nesses casos, surge o tema do direito à pensão, seja no campo previdenciário *stricto sensu*, no Regime Geral de Previdência Social, seja nos regimes especiais da Previdência Social, matéria de servidor público civil ou militar, nas esferas federal, estadual ou municipal. Temos até a possibilidade de reconhecer a existência de uma união estável, de um companheirismo entre aqueles que no passado foram casados. A princípio não há qualquer empecilho a que isso possa ocorrer.

Obviamente, a aplicação da causa de inelegibilidade também se estende àqueles que vivem em companheirismo, uma vez que a mesma *ratio* que fundamenta a impossibilidade, a limitação à participação no pleito eleitoral ao cônjuge, será também considerada em relação aos companheiros. Há um caso concre-

to, um Recurso Especial em matéria eleitoral, nº 12.848, julgado em setembro de 1996 pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE), em que o relator foi o Ministro Francisco Rezek. Entendeu-se, na ocasião, já na vigência da Constituição de 1988, que não seria aplicada à união estável a causa de inelegibilidade prevista no parágrafo 7º do artigo 14. Essa orientação já foi superada posteriormente em outros casos. Portanto, esse é um tema que não desperta mais polêmica.

Da mesma forma, é importante mencionar a regra do artigo 1.595 do Código Civil atual, que prevê a existência de vínculos de afinidade também em relação aos parentes do companheiro. Até então, apenas as pessoas que se casavam passavam a ter vínculos de afinidade com os parentes do cônjuge. A regra do artigo 1.595 do Código Civil atual estendeu o mesmo tratamento àqueles que vivem em companheirismo. Hoje, não é mais necessário que a pessoa se case para ter vínculos de afinidade com os parentes do companheiro. Essa é a razão pela qual existem outras causas e situações de inelegibilidade envolvendo a regra constitucional.

Outra temática que me parece central são as uniões entre pessoas do mesmo sexo. A esse respeito, já tinha ocorrido um julgamento por volta de 2004, no âmbito do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), Acórdão nº 24.564, envolvendo duas parceiras, uma delas prefeita municipal e a outra possível postulante ao cargo de prefeita municipal da mesma localidade, exatamente no período subsequente ao mandato da primeira. Esse caso chegou ao TSE muito antes de o Supremo posicionar-se a respeito do tema. Sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes, considerou-

se que havia, sim, causa de inelegibilidade em relação àquela possível candidata ao pleito eleitoral, em razão da existência de vínculo entre as duas, análogo, não idêntico, à união estável. Na fundamentação do voto, o Ministro Gilmar Mendes traz, de modo muito interessante, a referência ao fenômeno da mutação constitucional, para chegar à conclusão de que a relação mantida entre as duas passava a ser tratada, ao menos para fins do Direito Eleitoral, como uma entidade familiar e, portanto, produtora de consequências no campo das causas de inelegibilidade.

É interessante observar como, às vezes, acabamos perdendo algumas referências de doutrina que tivemos no passado, mas que precisamos reavivar para a atualidade. Desde 1916, nós já tínhamos referências contidas no Código Civil a respeito de certas hipóteses de relações mantidas entre pessoas com alguma proximidade. Assim, mesmo que essas pessoas não tivessem uma relação fundada no casamento, para certos fins eram tratadas como família. Como professor de Direito Civil, preciso estar sempre atento a essas questões. Existe uma regra, que já existia em 1916 e foi reproduzida em 2002, sobre as necessidades do usuário para fins do exercício do direito real de uso, como um dos direitos reais que temos no Direito Civil.

Para fins do exercício do direito real de uso, entende-se como necessidades do usuário aquelas inerentes a seu cônjuge, à sua prole e às pessoas que estejam a seu serviço doméstico. Ou seja, até os empregados domésticos são considerados, para fins do exercício do direito real de uso, como integrantes dessa família. Na realidade, o próprio sistema pode ser construído, como de fato foi construído, com possibilidades de termos, para deter-

minados fins, até o reconhecimento de um certo instituto, como no exemplo do direito real de uso. Ninguém duvidava que, em 1916, não havia para todos os fins essa entidade familiar, mas, para os fins do direito real de uso, havia. Então, por força dessa hipótese expressamente prevista no Código de 1916 e reproduzida no Código de 2002, obviamente nós tínhamos que cumprir a regra legal.

Recentemente, depois desse julgamento pelo TSE, tivemos em maio de 2011 o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277, do Distrito Federal, e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental — ADPF 132, do Rio de Janeiro, ambas envolvendo exatamente a temática da união entre pessoas do mesmo sexo, que o Ministro Ayres Britto nomina, no voto, como uniões homoafetivas. A partir desse julgamento, que tem natureza, inclusive eficácia *erga omnes*, passou-se efetivamente a dar uma interpretação conforme a Constituição à regra do artigo 1.723, *caput* do Código Civil. Assim, na interpretação desse dispositivo, não pode ser excluído qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Obviamente, o que o STF julgou — e, como magistrados que somos, temos que nos restringir àquilo que foi objeto de julgamento — foi a regra do artigo 1.723, que trata expressamente da previsão sobre a união estável entre um homem e uma mulher como uma união contínua, pública e duradoura para a constituição de uma família. Mas, na interpretação desse dispositivo, não se pode excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento de uniões entre pessoas do mesmo sexo, desde que elas

apresentem as características previstas no próprio artigo 1.723, como a continuidade e a publicidade.

Aqui eu faço uma correção técnica da própria lei. Na verdade, não é a publicidade do casamento, porque o casamento é público em razão não apenas do momento de sua celebração, que todos puderam testemunhar, mas principalmente pelo registro que é feito daquele ato no Cartório de Registro Civil. Assim, a publicidade que existe nessa entidade familiar fundada no casamento decorre do próprio registro público. Não é essa publicidade prevista no artigo 1.723. Na realidade, o que se deve entender por publicidade em matéria de companheirismo, e pode ser aplicado às uniões entre pessoas do mesmo sexo, é a ideia de notoriedade no sentido de ser uma união conhecida por um grupo de pessoas, a princípio um grupo restrito de pessoas que têm um contato mais próximo com aquele casal, seja ele de sexos distintos, seja do mesmo sexo.

No caso das uniões entre pessoas do mesmo sexo, destaco aqui um trecho do voto do Ministro Luiz Fux, que, de modo preciso, observou que, em relação aos requisitos ou características da união estável, previstos no artigo 1.723, é preciso um certo cuidado no que tange à exigência da demonstração dessa “publicidade”. Isso porque ainda existe muito preconceito em relação à união entre pessoas do mesmo sexo. Por vezes, os dois, ou um deles, escondem a relação até mesmo de familiares próximos, como pais ou irmãos. Como observou o Ministro Luiz Fux, deve haver um certo temperamento quanto à prova dessa publicidade. Aqui, peço a máxima vênia ao Ministro para dizer “notoriedade”. Penso que ele foi induzido a erro pelo próprio

Código Civil, ao usar o termo “publicidade”. Enfim, a notoriedade, que é requisito do companheirismo, terá de ser de alguma forma temperada em matéria de prova, considerando a existência de preconceito. E isso o Ministro desenvolve muito bem em parte de seu voto, a respeito da hipótese.

Gostaria de colocar algumas questões para reflexão. A primeira delas envolve as uniões informais entre pessoas do mesmo sexo, o que deixou de ser uma questão polêmica, ainda que houvesse alguma resistência anteriormente a esse julgamento pelo Supremo. Agora não há mais. Há uma discussão sobre a possibilidade ou não do casamento entre pessoas do mesmo sexo, mas, de todo modo, essa questão não impactará o Direito Eleitoral. Para que haja algum problema envolvendo causa de inelegibilidade fundada no casamento entre pessoas do mesmo sexo, há um pressuposto anterior que é a possibilidade desse casamento. Logo, só será considerada causa de inelegibilidade se o próprio sistema jurídico admitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Fazendo um rápido parêntese a esse respeito, parece-me que atualmente não há nenhum empecilho para o casamento entre pessoas do mesmo sexo, com base em norma constitucional. Se o parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição refere-se à regra da conversão da união estável em casamento, aqueles que podem constituir uma união estável, em tese, podem tentar obter a conversão dessa união estável em casamento. Se podem ser companheiros, com base até mesmo no julgamento do STF, a princípio não há qualquer obstáculo a que eles possam também se casar. Fechando o parêntese, pois trata-se de questão mais restrita ao

Direito de Família, só haverá impacto no Direito Eleitoral se houver o casamento. Já existem alguns casos concretos. No Rio de Janeiro, há no mínimo dez casais do mesmo sexo formalmente unidos, ainda que posteriormente tenha havido um problema com um juiz de Vara de Registros Públicos, que passou a negar os pedidos de habilitação para o casamento civil. Para esses casos obviamente será aplicada a norma constitucional em matéria de causa de inelegibilidade.

Há outras questões como, por exemplo, as famílias simultâneas. Curiosamente, hoje li uma notícia que dizia ter sido lavrada uma escritura pública de “união estável poliafetiva”. No caso, um homem em torno de 40 anos e duas mulheres, um pouco mais novas, compareceram perante um oficial do Cartório de Notas de uma comarca do interior do estado de São Paulo, não só para lavrar uma escritura com caráter declaratório de união poliafetiva entre eles, mas também para estabelecer efeitos jurídicos relativos a regime de bens e a questões envolvendo a possibilidade de ocorrerem problemas de ordem sucessória. Ou seja, para dispor ou disciplinar efeitos jurídicos próprios do Direito de Família através dessa união estável. Isso, de algum modo, pode suscitar o reconhecimento de outras entidades que ainda não foram formalmente reconhecidas no âmbito dos Tribunais, ou da nossa legislação, seja em nível constitucional ou infraconstitucional, mas que são realidades, são situações de fato.

Naturalmente, existem certos limites e controles para identificar o que deve ou não ser considerado uma entidade familiar. Tenho uma certa restrição à ideia de transportar, de modo acrítico, tudo o que existe no mundo das coisas para o mundo

jurídico. É preciso ter cautela. Do contrário, daqui a pouco estaremos em terra de ninguém. Obviamente, as modificações que a realidade da vida tem demonstrado não podem ser ignoradas pelo Direito. A primeira observação que faço tentando encaminhar um raciocínio a respeito dessa discussão é se, a partir desse momento, nós vamos também considerar as uniões simultâneas como entidades familiares e, portanto, produtoras de efeitos jurídicos, seja de ordem positiva ou negativa. Não dá para ser parcial. Se é para reconhecer nos direitos, nas prerrogativas, nas posições jurídicas de vantagem, o mesmo deve ser feito em relação às obrigações, às restrições, aos ônus que podem daí decorrer. Sejam coerentes. Vamos reconhecer os direitos, mas também os deveres, as causas restritivas, como no exemplo das causas de inelegibilidade.

Não existe, com estatura constitucional, a previsão de um princípio monogâmico. Não há na Constituição e nós não reconhecemos, nem mesmo implicitamente, um princípio constitucional da monogamia. Até hoje, tem sido observado um princípio jurídico a respeito até dos impedimentos para o casamento, que se aplicam também à união estável, com base em norma expressa no Código Civil. Apesar de não termos a monogamia como um princípio constitucional, ela terá de ser seguida com estatura infraconstitucional, podendo haver situações em que a realidade da vida será mais forte do que a realidade abstrata do Direito. Consequentemente, não de forma a estimular, a fomentar essas uniões simultâneas, mas, quando de fato existirem e, muitas vezes, como enfrentamos na Justiça Federal, por circunstâncias relacionadas à submissão de algumas pessoas em

relação a outras. A vulnerabilidade deve ser identificada também no campo emocional e não apenas nos campos social e econômico. É importante que o Direito dê respostas a essas situações da vida. De algum modo, devemos começar a nos preocupar com esses novos arranjos que se apresentam.

Para encaminhar minha conclusão, gostaria de comentar o caso de uma irmã de criação, envolvendo a chamada posse de estado de filho e a ideia de parentesco civil, que foi julgado pelo Tribunal Regional Eleitoral (TRE) do Maranhão, em 2004. No Direito de Família, tem-se avançado a passos largos no sentido de reconhecer essas hipóteses como parentesco civil, inclusive com ações declaratórias de paternidade civil a partir da ideia da posse de estado de filho. Se é para reconhecer — e parece-me que esse é o caminho que tem sido trilhado no Direito de Família —, também haverá restrições, obrigações, em relação a essas hipóteses. No caso de uma irmã de criação, ela também sofrerá os mesmos impedimentos, as mesmas restrições, as mesmas causas de inelegibilidade que um irmão “biológico e jurídico” terá em relação àquele prefeito, àquele governador, àquele presidente da República.

É preciso ter em mente que o Regime Jurídico das Entidades Familiares tem como uma de suas características a ideia da indivisibilidade. Vale dizer: se vai produzir efeitos num determinado segmento, também deverá produzir em outros, salvo quando houver norma expressa no exemplo que ocorreu em matéria do direito real de uso. No que tange às polêmicas das famílias incestuosas, ainda vamos ter que avançar muito para tentar equacionar as questões que se colocam a esse respeito.

Devemos, por fim, atentar para os requisitos, seja no caso das uniões entre pessoas do mesmo sexo, seja em relação a outros arranjos familiares que possam vir a ser reconhecidos, e para a necessidade da relativização do rigor da prova em determinadas hipóteses.

Financiamento de campanha eleitoral: uma visão crítica

Conferencista: Pedro Barbosa Pereira Neto

Procurador Regional da República da 3ª Região

A despeito do tema, não tenho o objetivo de dizer aos senhores, juízes e cidadãos deste país, qual é o melhor sistema de financiamento de campanha eleitoral, se é que existe. Não sei. Gostaria de aproveitar a experiência de ter atuado no maior colégio eleitoral do Brasil, para examinar se a legislação aplicada hoje nas eleições do sistema democrático brasileiro cumpre, de fato, o papel que se espera nessa questão. Na verdade, esta é uma questão que ultrapassa as fronteiras do Brasil, pois, como todos sabem, está na ordem do dia de qualquer país moderno. Só para ilustrar minha afirmação, quando o ex-presidente da República da França, Nicolas Sarkozy, deixou o governo em 2012, ato contínuo a Promotoria e o Juizado de Instrução francês estavam cumprindo o mandato de busca e apreensão na sua residência, tendo em vista indícios de financiamento ilegal da campanha para as eleições presidenciais de 2007.

Como vamos tratar de um assunto que diz respeito em particular ao Brasil, temos que examinar nosso Direito Positivo, que também me parece vai além das fronteiras do nosso país. A questão é: qual é a melhor forma de financiar a vida política de uma democracia? Quando se pretende aproximar-se da questão do financiamento de campanha eleitoral, é importante examinar a natureza do exercício do poder em uma sociedade de massa. Já

vai longe o tempo do mito de que o representante da sociedade no Parlamento e o representante da sociedade nos Executivos de determinado país zelam pela defesa do interesse geral de toda a coletividade. Parece-me que essa ideia do mito da representação como algo de interesse geral e abstrato não se apoia mais na realidade atual.

Faz-se necessário examinar esse primeiro momento para identificar a dificuldade no financiamento de campanha eleitoral. Hoje, o que se discute no Congresso Nacional, bem como em qualquer Parlamento, são forças, poderes, que estão se defrontando. A título de ilustração, cito as palavras do conhecido jurista italiano Gustavo Zagrebelsky: *“A lei não é mais um ato estatal, impessoal, geral e abstrato; traduz, na verdade, ato personalizado, no sentido de que provém de grupos identificados de pessoas e está dirigido a outros grupos igualmente identificados, que perseguem interesses particulares”*. Insisto nisso porque o fato de haver interesses em jogo, interesses particulares no âmbito do Parlamento, não significa que seja ilegal. Sabemos que, quando há um enfrentamento, quando há debates acirrados no Congresso Nacional, como, por exemplo, em relação ao Código Florestal, questão que envolve a disputa de poder entre um setor da sociedade (os que trabalham na agricultura) e os ecologistas, há um enorme conflito de interesses. Não estou dizendo quem está certo ou errado. Apenas pretendo aludir a como nasceu a ideia do mandato representativo como defesa do interesse geral.

Sobre essa questão, veja o que disse o professor Norberto Bobbio: *“Jamais uma norma constitucional foi tão violada como a proibição do mandato imperativo”* — aquele mandato

em que há uma relação direta de interesses entre o eleito e o representado —, “*jamaís um princípio foi tão menosprezado como o da representação política*”. A meu ver, Bobbio expressava a ideia de que o exercício do poder na sociedade contemporânea é uma luta intensa entre diversos interesses no âmbito do Congresso Nacional e dos Executivos Municipal, Estadual e Federal. Evidentemente, isso diz respeito à cidadania brasileira, porque tem efetivo impacto nas políticas públicas que incumbem, tanto ao Congresso, quanto ao Parlamento e ao Executivo, implementar no Direito brasileiro. Não estou aqui a dizer que tudo isso é ilegítimo. Gostaria de assentar mais uma vez minha opinião de que há interesses legítimos e ilegítimos nesse quadro. Se isso faz algum sentido, se tem realmente algum apoio nos fatos de uma sociedade contemporânea, temos muitos motivos para ficarmos preocupados com o sistema de financiamento que vigora atualmente no Direito Eleitoral brasileiro.

Na verdade, o modelo brasileiro privilegia sobremaneira aqueles candidatos que têm acesso a recursos privados em uma campanha eleitoral. Tais recursos nem sempre são oferecidos de forma desinteressada. Ao contrário, estudos mostram que, no Brasil, as campanhas eleitorais realizadas com recursos privados são fomentadas por um pequeno grupo de empresas, em um primeiro momento interessadas em servir ao Estado, como as empreiteiras e as construtoras. Em um segundo momento, são empresas interessadas na regulamentação da economia pelo Estado, especialmente as dos setores bancário e petroquímico, que entram no financiamento de campanhas eleitorais. Essa afirmação tem apoio na análise da base de dados do Tribunal Supe-

rior Eleitoral (TSE), realizada por um professor de Ciências Sociais, cujo estudo foi publicado na *Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*. Analisando as eleições de 2010, podemos constatar, por exemplo, que em São Paulo o mercado fechado de fornecedores de recursos em campanha eleitoral continua muito forte.

Esta é uma situação bastante característica do Direito Eleitoral em Brasília, onde o mercado é fechado, ou seja, há grandes contribuições de poucas empresas e pouca participação de pessoa física, como veremos a seguir. De qualquer sorte, queria dizer que no Brasil temos um sistema misto de financiamento de campanha eleitoral, na medida em que parte dos recursos empregados são públicos, oriundos do fundo partidário, com dotação orçamentária da própria União. Um aspecto muito importante na campanha eleitoral brasileira: nem todos gostam do horário eleitoral, mas rádio e televisão também são objeto de financiamento público da democracia brasileira para a campanha eleitoral, já que, de certa forma, esse espaço é concedido pelo Estado brasileiro mediante renúncia fiscal. Reitero: este é um aspecto importante, senhores. Vejam, por exemplo, que o aspecto mais caro do financiamento da campanha eleitoral nos Estados Unidos, um modelo bastante liberal, é exatamente a aquisição do tempo no rádio e na televisão. E todos sabemos que a aquisição desse espaço em uma democracia de massa é fundamental para qualquer candidatura. Mas, de todo modo, gostaria de chamar a atenção para o fato de que esse mercado privado e descontrolado das campanhas eleitorais no Brasil tende a corromper nosso sistema democrático. A propósito, vejam o que disse, à revista

Carta Capital, o Deputado Federal Henrique Fontana, ligado ao governo que está atualmente no poder, em Brasília: “*As eleições transformaram-se em uma corrida do ouro, na qual a capacidade de arrecadar vale mais que o projeto que se defende, ou a história e o currículo de quem concorre*”¹. Aqui, entenda-se a capacidade de arrecadar como a capacidade de ter um fornecedor de recursos privados.

Realmente, no Brasil, os limites de gastos em campanha eleitoral são completamente descontrolados. O artigo 17-A da Lei nº 9.504/97, que hoje rege o Código Eleitoral e as demais leis do sistema eleitoral brasileiro, estabelece: “*A cada eleição caberá à lei, observadas as peculiaridades locais, fixar até o dia 10 de junho de cada ano eleitoral o limite de gastos de campanha para os cargos em disputa; não sendo editada lei até a data estabelecida, caberá a cada partido político fixar o limite de gastos, comunicando à Justiça Eleitoral, que dará a essas informações ampla publicidade*”. Essa lei nunca veio. Por isso, são os próprios partidos políticos que estabelecem o limite junto à Justiça Eleitoral, ou seja, o mercado político é limitado pelo próprio mercado político. Essa é a regra que temos.

Para ter uma ideia do que isso significa, o jornal *Valor Econômico* publicou, recentemente, matéria revelando que, em 2008, os 11 candidatos à Prefeitura de São Paulo declararam perante a Justiça Eleitoral que iriam gastar 96 milhões de reais em campanha. Nas eleições de 2012, para 12 candidatos os gastos

¹ “Um míssil contra a corrupção”, título da entrevista que o Deputado Federal Henrique Fontana concedeu à revista *Carta Capital*, em 7 de novembro de 2011.

declarados foram da ordem de 341 milhões de reais. Houve um acréscimo de 255%. Insisto com os senhores: esses gastos excluem o aspecto mais caro de uma campanha eleitoral em qualquer democracia ocidental, que é o tempo de campanha no rádio e na TV. Um editorial da *Folha de S.Paulo* informou que, nas eleições de 2010, o Estado iria renunciar a cerca de 600 milhões de reais, por conta do espaço em rádio e televisão. A menção a esses números é importante não só para ponderar as vantagens e as desvantagens de um sistema, mas também para dar uma noção mais concreta do que estamos falando.

De fato, há um grande problema na falta de controle: o mercado privado pode acabar capturando a classe política brasileira. Não pretendo, de forma alguma, excomungar os recursos financeiros. Sempre vão existir. O problema, parece-me, é que o sistema brasileiro acaba adotando um modelo que privilegia, de forma absolutamente desigual, a riqueza, em detrimento da igualdade das pessoas. Como todos sabem, o sistema eleitoral positivo estabeleceu os limites de gastos de doador privado para as campanhas eleitorais no Brasil: pessoa jurídica pode doar até 2% do seu faturamento bruto em ano anterior ao pleito e pessoa física até 10% da sua renda bruta declarada no Imposto de Renda do ano anterior. O que significa dizer, em outras palavras, que o legislador converteu em norma legal a desigualdade econômica brasileira, ou seja, quem tem mais dinheiro contribui com uma soma maior, quem tem menos dinheiro contribui com uma soma menor no processo eleitoral.

Esse é o sistema que se encontra positivado no Direito Eleitoral brasileiro: uma grande empresa da construção civil,

por exemplo, tem capacidade de doar 2% de seu faturamento. Comparando com a padaria do Zé da Esquina, parece injusto o sistema adotado pelo legislador. Em voto pela propositura, por parte do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), de ação direta de inconstitucionalidade dos dispositivos da legislação eleitoral que permitem doações por parte das empresas às campanhas políticas, a relatora Daniela Rodrigues Teixeira assim se pronunciou: *“Ao lado da ofensa do princípio da igualdade, cuida-se aqui também de violação direta ao princípio da proporcionalidade, uma vez que a medida restritiva é claramente inadequada à produção do efeito a que se destina — contenção do poder econômico —, além de constituir uma limitação desnecessária e desproporcional ao direito de contribuição dos pequenos doadores”*.

Volto a insistir, senhores, que, além de um quadro factual em que as maiores contribuições são dadas por poucas empresas com muitos recursos financeiros, empresas interessadas em prestar serviços ao Estado ou empresas interessadas na regulamentação do Estado, o doador menos aquinhoado tem menos condições de intervir no mercado de financiamento das campanhas eleitorais. Alguns analistas chegam a afirmar que, em certa medida, nós restauramos o modelo censitário do Império, quando apenas as pessoas com uma certa condição financeira podiam participar, com seu voto, do processo político. Aqui o sistema acaba radicalizando essa questão: quem tem mais doa mais; quem tem menos não pode doar mais do que aquele que tem mais. É a riqueza levada ao extremo. Ao nosso juízo, evidentemente essa articulação da lei fere o Princípio da Isonomia

entre os candidatos, pois quem tiver mais recursos — e aqui eu me valho da fala do Deputado Fontana — terá mais condições de fazer campanha eleitoral.

É preciso também considerar que o cidadão eleitor fica prejudicado. Partindo da premissa de que o dinheiro é muito importante numa campanha eleitoral para a visibilidade de determinado candidato, a falta de visibilidade de outro candidato significa que a opção de pluralismo político, prevista na Constituição da República, é afetada do ponto de vista do cidadão. Se, por exemplo, entre dez candidatos, apenas cinco têm visibilidade — aqueles que têm mais acesso a recursos financeiros —, a opção do eleitor ficará prejudicada no processo eleitoral. Esse é um aspecto que devemos levar em consideração nesse sistema: a natureza fechada da arrecadação de recursos no Direito Eleitoral brasileiro. Examinando a prestação de contas do Governador do Estado de São Paulo em 2010, observa-se, sem nenhuma dificuldade, que 98% dos recursos que abasteceram o comitê financeiro e a candidatura do Governador vieram de pessoas jurídicas, apenas 1,78% veio de pessoas físicas. Dentre as pessoas jurídicas, 40% eram empresas ligadas ao ramo da construção e engenharia. Não seria absurdo concluir que isso contribui para a corrupção pública nacional.

Sobre o tema que estamos analisando, o professor Luís Roberto Barroso afirmou: *“A conjugação de campanhas milionárias e financiamento privado tem produzido resultados desastrosos para a autenticidade do processo eleitoral e para a transparência das relações entre o poder público e os agentes econômicos”*. Aqui também faz-se necessária uma observação: se esse

quadro pode afrontar os princípios republicanos, democráticos, se contribui para fomentar a corrupção pública no país, o legislador brasileiro não foi totalmente indiferente a essa ligação entre empresas com interesses no Estado e doações privadas. O artigo 24 da Lei Eleitoral², por exemplo, nega e veda qualquer doação de empresas concessionárias ou permissionárias de serviço público na campanha eleitoral — a chamada “doação vedada”. Aqui é importante também a seguinte reflexão: talvez a contribuição que o TSE tenha dado para essa matéria não tenha sido das melhores. Até hoje a jurisprudência prevalecente no TSE com relação a esse tema diz o seguinte: *“Sociedade não concessionária ou permissionária de serviço público, que participe do capital de sociedade legalmente constituída e que seja concessionária e permissionária de serviço público, não está abrangida pela vedação do artigo 24”*.

Vale dizer que a empresa controladora de uma construtora não está proibida de fazer doação, sem embargo de que, em determinados grupos econômicos, a maior fonte de dinheiro daquela sociedade venha exatamente dos negócios das construtoras. Minha divergência é absolutamente respeitosa ao considerar que esse tema não contribui para essa relação que alguns sustentam ser a base da corrupção nacional. Queria chamar a atenção para outra decisão do TSE, com a ressalva de voltar ao nosso caminho de operadores do Direito. O artigo 24 da Lei nº 9.504/97, quando fala em doação vedada, proíbe claramente a doação direta ou indireta, por interpostas pessoas ou por interpostas redes

² Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas para as eleições.

de relacionamentos, conglomerados financeiros. Esta é a nossa leitura, mas tem prevalecido, repito, o entendimento de que a norma é restritiva nesse sentido; não há dúvida de que a mera estruturação jurídica dessas empresas permite que seja feito esse tipo de doação.

Também nos chama a atenção na matéria o fato de as empresas privadas, que dependem de autorização ou licença do governo brasileiro para atuar, estarem completamente fora do artigo 24 da Lei Eleitoral. Exatamente as empresas que estão na mão do governo. Licença e autorização, como todos sabem, constituem um contrato administrativo muito menos rigoroso do que permissão e concessão. A propósito, chamou-me a atenção, e eu fiz questão de fazer essa ressalva, o que disse o próprio relator no TSE, quando julgou essa matéria: *“É evidente que a proposição legislativa choca. Enfim, as concessões e as permissões que hoje estão altamente condicionadas são atos administrativos submetidos a uma legalidade estrita. Já as autorizações e licenças são atos administrativos de acentuada discricionariedade. Estas, penso, mais do que aquelas, deveriam constar do hall legal de proibição, mas não posso julgar com a lei que gostaria de ter, antes de julgar com a lei que tenho”*. Sem embargo das respeitáveis posições do TSE nessa matéria, nós não podemos deixar de mencionar o fato de a jurisprudência, em algum momento, acabar contribuindo para a radicalização de um sistema no qual as empresas interessadas em negócios com o Estado, empresas interessadas na regulamentação que o Estado vier a fazer da sua atividade econômica são, e continuam sendo, as principais doadoras, no Direito Eleitoral brasileiro.

A propósito do que acabo de comentar com os senhores, o Conselho Federal da OAB ingressou no Supremo Tribunal Federal (STF), em 2011, com a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650/DF, pedindo que sejam declarados inconstitucionais dispositivos da legislação eleitoral que autorizam doações de empresas a candidatos e a partidos políticos. Na ação, a entidade também requer que seja estabelecido um limite para as doações feitas por pessoas físicas. Na verdade, o que se propõe nessa ação é impedir que empresas privadas doem nas campanhas eleitorais nacionais, o que não é novidade. Alguns países adotam esse modelo, solicitando que a forma como o legislador optou de limitação de doação seja colocada de maneira uniforme, ou que se estabeleça um valor específico para pessoa física, pondo fim a essa distinção, que acaba gerando desigualdade no tratamento. Evidentemente que 10% de pessoa física de classe média são completamente diferentes de 10% de um Eike Batista, por exemplo. Daí a necessidade de o STF limitar o aporte financeiro nas campanhas eleitorais.

A ação que tramita no STF diz que todo esse arcabouço normativo brasileiro acaba afetando os princípios da igualdade, da democracia e da República. Mais uma vez o Supremo é chamado para decidir aspectos envolvendo a reforma política brasileira. Não é novidade que muitos defendem um controle mais sutil do Supremo nessa matéria. O fato é que o STF tem feito a reforma política que o Congresso Nacional não faz. Basta lembrar a questão envolvendo recentemente a fidelidade partidária, a questão da verticalização das coligações. O Supremo tem efetivamente atuado nesse vácuo legislativo, porque, no meu juízo, o

correto, obviamente, o tradicional, o que demanda uma reflexão mais apurada, é que esse tipo de matéria seja realmente submetido ao Congresso Nacional e que este delibere, levando em consideração os interesses de todos os sistemas envolvidos. Desde 2011 essa matéria está submetida ao Supremo. Vamos aguardar se o Supremo decide ou se, de certa forma, o caso acabará replicando no Congresso Nacional, que deverá tomar as providências necessárias.

A grande maioria dos projetos debatidos no Congresso Nacional a respeito dessa matéria trata da implementação do financiamento público de campanha eleitoral. Essa ideia parecer ter força em alguns segmentos do Congresso: o Estado financiando sua própria democracia, o que vários Estados já fazem. Cálculos aproximados chegaram em torno de 7 reais por eleitor. Considerando 135/136 milhões de eleitores são mais de 900 milhões de reais de financiamento público de campanha. Sabemos que no Brasil, hoje, há por volta de 30 partidos políticos. Se perguntarem a mim, que trabalhei até junho de 2012 com Direito Eleitoral, quais são os 15 menores partidos políticos desse país, não saberia dizer. A quais partidos políticos, então, esse dinheiro deve ser destinado? Devemos, evidentemente, levar em consideração o tamanho dos partidos, mas devemos de convir que este é um quadro que merece uma reflexão. Há Estados muito próximos ao Estado brasileiro, como a Itália, por exemplo, que optou pelo financiamento público e depois recuou. O Brasil adota o financiamento misto. Outros Estados, mais liberais, não fazem qualquer limitação às campanhas de ordem privada. Enfim, há

um leque de opções no mercado, mas queria chamar a atenção para esses valores a meu ver bastante elevados.

Por que gastar tanto dinheiro em campanhas eleitorais? Aqui vou me valer do que disse o professor Ronald Dworkin sobre esse aspecto na campanha norte-americana: “*Os fundos que esses políticos levantam*” — refere-se aqui às campanhas privadas — “*são gastos sob orientação de institutos de pesquisa e de opinião e institutos de consultoria, que não têm interesse em princípios ou políticas e cuja capacidade consiste somente na sedução dos eleitores por meio da repetição de jingles e frases de efeito*”. O professor Dworkin sustenta inclusive que, à medida que um Estado opte por renunciar a um gasto excessivo de campanha eleitoral, pode, eventualmente, ter um ganho interessante no caráter argumentativo do discurso político. O que vemos hoje na televisão é absolutamente desinteressante e, repito, financiado com dinheiro público.

Gostaria de destacar para os senhores que o *site* do TSE registra 480 mil candidatos em todo o Brasil nas eleições de 2012. Penso se, com menos dinheiro no mercado financeiro, os partidos políticos não seriam mais seletivos para lançar seus candidatos. Será que, sem recursos privados, um candidato sairia em campanha eleitoral? Esses aspectos envolvendo financiamento privado, tal como delineado no Direito brasileiro, apresentam vários problemas e eu gostaria de destacar dois deles. Primeiro, uma informação factual: quem doa neste país? Nós precisamos saber quem é de fato o doador neste país para depois analisar se essa contribuição privada efetivamente contribui para a democracia brasileira.

Outra patologia do sistema, que eu gostaria de mencionar para os senhores, é a dificuldade da transparência no financiamento eleitoral brasileiro. Como todos sabem, democracia e República são absolutamente incompatíveis com opacidade, com segredo. Todos conhecemos as lições de eminentes publicistas dizendo que democracia, que República é governo para todos verem. Portanto, opacidade, segredo, dificuldade de saber qual o interesse que está por trás de uma candidatura e dos partidos políticos não são compatíveis com o sistema democrático brasileiro.

Todos nós sabemos que a transparência é o grande antidoto contra a corrupção. Aliás, é interessante notar que alguns modelos de matriz mais liberal de financiamento de campanha eleitoral, que não impõem nenhuma limitação às campanhas de caráter privado, exigem como contraponto a total e absoluta transparência dos recursos que abastecem determinadas candidaturas, exatamente para trazer a público quem é o candidato X, que tipo de interesses ele representa, ou se não há nenhuma incompatibilidade entre o que ele diz na campanha eleitoral e os interesses que o sustentam. Porque, de vez em quando, ficamos sabendo, por meio de algum escândalo, quais são de fato os interesses que certos mandatários representam no âmbito do Congresso Nacional, o que é lamentável para a cidadania brasileira. Bo Mathiasen, grande especialista da ONU, diz exatamente que *“é preciso explicitar os interesses que financiam este ou aquele candidato e inverter a lógica de que as informações só venham à tona, quando ocorra algum escândalo”*.

Se isso é verdade, se é fundamental que nós tenhamos o mínimo conhecimento dos interesses que movem um financia-

mento eleitoral de um determinado candidato, vejamos como a Lei Eleitoral trata a questão: o TSE, é necessário dizer, tem feito um esforço imenso para trazer maior grau de publicidade para essas questões e tem estabelecido — hoje a imprensa tem até noticiado — os chamados relatórios parciais de conta, em que os candidatos têm que declarar, na internet, a relação dos recursos que estão ingressando em suas campanhas. O problema da norma é que não há nenhuma referência à identificação do doador, apenas aos valores. Na verdade, esses relatórios parciais de contas só vão ser completados, no sentido de sabermos de fato quem doou 10 milhões, quem doou um milhão, quem doou 500 mil reais, quando terminarem as eleições. Cumpridos os cronogramas dos Tribunais Regionais Eleitorais (TREs), serão disponibilizados ao conhecimento público os interesses que dizem respeito a uma ou outra candidatura. Portanto, o eleitor no Brasil só fica sabendo dos eventuais interesses financeiros que subsidiaram determinadas candidaturas após as eleições.

Naturalmente, esse quadro não contribui para a transparência do processo democrático. Pode servir a editoriais de jornais, à análise de cientistas sociais, mas não se presta a uma análise mais severa dos interesses de determinada candidatura. É verdade, senhores, que, nessas eleições de 2012, alguns juízes eleitorais, com base na Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011), procuraram, de forma escoteira, estabelecer provimentos no âmbito das eleições municipais, solicitando que, ao apresentar os relatórios parciais, o candidato identifique o doador, ou seja, de onde veio o dinheiro de campanha. Mas, repito, são decisões isoladas. Tenho notícia de que, no estado de Santa

Catarina, o próprio TRE derrubou referida providência do Juízo Eleitoral do estado, até porque a lei é muito clara: exige essa informação, apenas e tão somente após o processo eleitoral, mais especificamente no mês de novembro. Esse aspecto realmente importante impõe uma grande dificuldade à transparência no processo eleitoral.

Em 2010, a *Folha de S.Paulo* publicou o famoso editorial “Caldeirão Eleitoral”, apontando “um mal que corrói a vida política nacional”. O editorial reportava-se ao fato de que 72% dos recursos provindos dos 10 principais doadores de campanha, nas eleições daquele ano, eleições nacionais, foram destinados a partidos políticos que, a seguir, na penumbra, direcionaram a candidatos previamente apontados pelo doador — a chamada “doação carimbada”. Aquela doação “oculta”, em que o partido político recebe a doação direcionada a determinado candidato, depois repassa para ele e, na prestação de contas do candidato, apenas o partido político aparece como doador. O TSE tem avançado nesse tema. A Resolução nº 23.376 de 2012, que rege as eleições no presente ano, estipula que os partidos políticos estão obrigados “*a discriminar a origem e a destinação dos recursos repassados a candidatos e a comitês financeiros*”. O TSE tem procurado cercar as possibilidades que o mercado político tem de afastar do candidato determinado doador. Este, parece-me, é um passo importante dado pelo Tribunal, mas aqui temos uma dificuldade de ordem operacional que não pode ser desconhecida: uma coisa é a prestação de contas do candidato, outra é a prestação de contas do comitê financeiro, outra ainda é a prestação de contas do partido político.

Tal é a complexidade que, dependendo do diretório partidário (nacional, estadual ou municipal), as competências das Cortes eleitorais para a prestação de contas são distintas. Se for dinheiro do partido político, via diretório municipal, compete à Justiça Eleitoral de primeiro grau; se for estadual, compete ao TRE; se for nacional, cabe ao TSE. Isso, naturalmente, dificulta a análise da prestação de contas. Esse me parece ser um dos graves problemas do sistema eleitoral brasileiro, somado à questão de o conhecimento público dos interesses financeiros de determinada candidatura dar-se somente após as eleições. Como sabemos, ninguém tem muito interesse em acompanhar o julgamento da prestação de contas nos tribunais após o pleito eleitoral. Na verdade, voltamos àquela afirmação de Mathiasen de que *“só quando um escândalo vem à tona é que se percebem os interesses de determinada candidatura”*.

Outro aspecto, a meu ver, que revela deficiência em relação à prestação de contas é a proteção dada a quem viola a Lei Eleitoral quanto ao financiamento de campanha. Neste ano de 2012, o TSE teve duas decisões completamente opostas a respeito. A primeira decisão dizia que aquele que tinha prestação de contas desaprovada pela Justiça Eleitoral não poderia receber a certidão de quitação eleitoral e, portanto, não poderia candidatar-se nas eleições de 2012. Em um segundo momento, o TSE recuou dizendo que aquela decisão não se aplica a essas eleições. Confesso aos senhores que a segunda decisão do Tribunal parece mais consentânea com o que estabelece a lei: *“A certidão de quitação eleitoral abrangerá exclusivamente a plenitude do gozo dos direitos políticos, o regular exercício do voto, o atendimento*

a convocação da Justiça Eleitoral para auxiliar os trabalhos relativos ao pleito, a inexistência de multas aplicadas em caráter definitivo pela Justiça Eleitoral e não remetidas, e a apresentação de contas de campanha eleitoral”. (Lei 9.504/97, artigo 11, parágrafo 7º.) A despeito das críticas que recebeu dos meios de comunicação, a última decisão do TSE parece-me correta.

O problema é a lei. O enorme trabalho que as Cortes eleitorais têm com a prestação de contas, cujo significado da rejeição é nenhum no Direito Eleitoral brasileiro, é um tema que talvez precise ser rediscutido. Os candidatos não gostam de ter suas contas rejeitadas, mais por uma questão política do que jurídica. Além do que, temos de reconhecer que a forma como a prestação de contas é trabalhada no Direito Eleitoral é muito complicada. No final do processo eleitoral tudo se comprime praticamente em menos de um mês: a prestação de contas, as ações que eventualmente deverão ser propostas. Nesse aspecto o processo de prestação de contas tem tudo para não dar certo. Ademais, reconheço, os juízes eleitorais são pressionados por prazos, porque vão diplomar um candidato cujas contas precisam estar julgadas. É muito difícil conseguir uma medida mais efetiva com relação à prestação de contas.

Nem mesmo o dispositivo 30-A, de 2006, da Lei Eleitoral conseguiu melhorar a questão. Tal dispositivo é fruto de um escândalo que ocorreu no Brasil, em 2004/2005, que hoje está sendo julgado pelo Supremo. Quando falamos de prestação de contas, de financiamento privado de campanha, nos limites impostos pela lei, estamos falando de recursos que a Justiça Eleitoral teve conhecimento, recursos informados e documentados,

e não em caixa 2, que mereceu uma declaração muito forte à *Folha de S.Paulo* de um importante ex-deputado, ex-secretário de estado e um dos maiores biógrafos deste país, Fernando Moraes: “*Até os paralelepípedos da Barra Funda sabem que todas as campanhas políticas do Brasil têm caixa 2*”. Como nós sabemos, o *script* da política nacional é muito claro: político flagrado com dinheiro suspeito faz uso de caixa 2. Um ex-presidente da República, em entrevista em Paris, falou que isso todo mundo faz “por estas bandas”. O grande problema é que não se pode falar em valores, em concentração de empresas, porque ninguém sabe o que é caixa 2.

Segundo Cláudio Weber Abramo, é preciso considerar que o caixa 2 é abastecido pelo caixa 2 da empresa, e não pelo caixa 1. É dinheiro ilegal que está no mercado. Que dinheiro é esse que está transitando por aí na mais absoluta intransparência? Quer dizer que não se tem conhecimento nenhum desses recursos? É no mínimo curioso um segmento da política ou da sociedade brasileira, de elite, confessar algo que, no meu juízo, deveria ser segredo de alcova. E a Justiça Eleitoral, não funciona? É tão fácil assim fazer caixa 2? Falar em caixa 2 é um mero alibi, quando existe uma denúncia formalizada na Justiça. Naturalmente, esse discurso da defesa faz parte do jogo. Isso acontece no Brasil. De vez em quando, alguns valores chamam nossa atenção. Recordo-me de uma campanha eleitoral em uma importante cidade de São Paulo, em que o prefeito, depois, viu-se afastado por um *impeachment* da Câmara Municipal. O curioso é que, dos 2 milhões de reais que ele declarou na prestação de contas, um milhão de reais veio de funcionários da Prefeitura

Municipal daquela cidade, nada em cheque, tudo em dinheiro, em espécie: 5 mil, 8 mil, 10 mil reais. As pessoas doavam praticamente todo o salário para o prefeito. Evidentemente que estamos diante de um quadro de legalização de caixa 2. A dificuldade, a meu ver, é que o modo de o sistema eleitoral brasileiro enfrentar essa matéria não é dos melhores.

Em 2006, uma minirreforma introduziu novos instrumentos na legislação eleitoral brasileira, impulsionada pelo Escândalo do Mensalão, conhecido como Ação Penal 470. Foi exatamente quando esse escândalo veio à tona que o legislador decidiu realizar a reforma, para reduzir os custos de campanha eleitoral e introduzir uma norma muito importante: a perseguição cível eleitoral daquele candidato que abusar da arrecadação de campanha eleitoral. Diz o artigo 30-A da Lei nº 9.504/97 em sua redação originária: *“Qualquer partido político ou coligação poderá representar à Justiça [...] relatando fatos e indicando provas, e pedir a abertura de investigação judicial para apurar condutas em desacordo com as normas desta Lei, relativas à arrecadação e gastos de recursos”*.

“Parágrafo 2º: Comprovados captação ou gastos ilícitos de recursos, para fins eleitorais, será negado diploma [...] ou cassado, se já tiver sido outorgado.”

Esse dispositivo trouxe grande alegria para nós que atuamos no Direito Eleitoral. Pesquisando na internet, encontrei um artigo de dois advogados especialistas em Direito Eleitoral e Administração Pública, Alberto Rollo e João Fernando Lopes de Carvalho, do qual extraí o seguinte comentário: *“Como se vê, abre-se, aqui, a possibilidade de perseguição das irregularidades*

contábeis, mesmo depois da diplomação, o que certamente é um avanço, comparativamente à situação de imobilidade vivida por todo o país no último ano, diante das cândidas confissões de emprego de ‘recursos não contabilizados’ em campanhas eleitorais. A partir de agora, ao que parece, a constatação de cometimentos de atos dessa natureza possibilitará a instauração dessa nova representação eleitoral, visando à cassação do diploma eleitoral, mesmo durante o exercício do mandato eletivo. É o que se espera”. O TSE também caminhou nesse sentido. Quando o Tribunal começou a examinar essa questão, o então Ministro Felix Fischer, hoje presidente do STJ, liderou uma corrente no TSE que diz que, embora o legislador não tenha estabelecido prazo, o 30-A é válido enquanto o candidato beneficiado estiver no exercício do mandato, já que esta é a sanção prevista. Essa decisão do TSE é de meados de 2009.

No segundo semestre de 2009, na última reforma eleitoral, ocorreu algo que para nós tem sido muito complicado: o legislador estabeleceu que essa ação tem um prazo de 15 dias para ser ajuizada na Justiça Eleitoral. Quero dizer aos senhores que não sou maluco de achar que o indivíduo pode passar a vida toda submetido a uma ação, que pode importar na perda de cargo ou de mandato eletivo. Concordo plenamente com aqueles que sustentam que os mandatos parlamentares precisam ter estabilização jurídica. Sei também que é grande a litigiosidade da Justiça Eleitoral brasileira. Infelizmente, diversos mandatos continuam sendo discutidos após o processo eleitoral. O prazo fixado pelo legislador é uma aposta, pois 15 dias a partir da diplomação inviabilizam uma ação judicial ajuizada com responsabilidade.

Não se pode ingressar com uma ação na seção eleitoral, qualquer que seja, sem ter base legal. Então, eu pergunto aos senhores, operadores do Direito: caixa 2 sofisticado em 15 dias, a partir da diplomação, quando se tem acesso à prestação de contas no final de novembro? Se, à parte, o Ministério Público precisar de quebra de sigilo bancário, afastamento de sigilo fiscal, é possível em 15 dias? É possível ingressar com uma ação de alguma razoabilidade em 15 dias? Repito: o processo eleitoral brasileiro concentra os atos mais importantes em praticamente menos de um mês, entre o final de novembro e o começo de dezembro. No Brasil, a diplomação se dá, normalmente, na primeira quinzena de dezembro. É humanamente impossível ajuizar essa ação a tempo e modo no Direito Eleitoral brasileiro.

Essa reforma foi tão precipitada que sequer permitiu que a Justiça Eleitoral experimentasse de fato o rigor e a efetividade do 30-A. O tempo foi muito curto para a atuação desse dispositivo. Aqui também o STF foi chamado. Há uma Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela Procuradoria Geral da República (ADI 4.532), questionando o prazo de 15 dias estabelecido no 30-A. O extrato da articulação do Procurador-Geral diz: *“A violação do Princípio da Proporcionalidade na sua faceta de proibição à proteção insuficiente materializa-se diante da constatação de que a fixação do minguido prazo de 15 dias, da data de diplomação para a propositura da ação, prevista no artigo 30-A, fragiliza em demasia a tutela da regularidade da arrecadação dos recursos de campanha que, como antes ressaltado, tem íntima conexão com os princípios republicanos, democráticos e de moralidade administrativa”*. Essa é outra questão

que temos que levar em consideração. Obviamente toda ação tem que ter um prazo definido, mas, repito, 15 dias seria o caso?

O sistema eleitoral brasileiro tem outra incongruência. O artigo 32 da Lei Eleitoral diz que os candidatos ou partidos têm que conservar a documentação concernente a suas contas até 180 dias após a diplomação. Mais do que isso, o TSE decidiu que o prazo para a Justiça Eleitoral representar contra o doador que excedeu os limites de campanha eleitoral, ou seja, a pessoa física que passou do patamar de 10% das suas possibilidades financeiras, considerado seu Imposto de Renda, e a pessoa jurídica que ultrapassou 2% do seu faturamento, é de 180 dias.

Essa é uma situação que gera alguma perplexidade. O eventual doador, em conluio com o candidato, no caso de excesso por doação, está sujeito, até 180 dias, a ser objeto de representação do Ministério Público, mas, passados 15 dias, o candidato eventualmente beneficiado está absolutamente estabilizado no seu mandato. Essa é uma questão que requer discussão. Reconheço a necessidade de estabilização do processo eleitoral brasileiro, quanto a isso não tenho dúvida, mas considero o prazo de 15 dias muito aquém. A ampliação desse prazo pode favorecer que a Justiça Eleitoral utilize a contento os instrumentos que tem para tutelar esse importante aspecto, que é a arrecadação ilícita de campanha.

Fizemos uma reflexão sobre o 30-A, porque ele permite uma ação mais rápida com relação ao candidato que abusou do financiamento de campanha, recebendo recurso de forma ilícita. Além disso, esse dispositivo tem uma consequência bastante pertinente, que é o impedimento da candidatura, se ficar provado

que houve ingresso de recursos ilegais no caixa do candidato. Esta é uma ação muito importante, o que não me impede de dizer que, do ponto de vista criminal, temos de fato um dispositivo que eu chamo de dispositivo de reserva, que é a omissão em documento público ou particular de declaração que deveria constar — a chamada falsidade eleitoral. Esta, eventualmente, pode servir de apoio para uma ação na qual se descubra que determinado candidato recebeu recursos ilícitos, ou melhor, que na sua contabilidade não informou à Justiça Eleitoral os valores efetivamente recebidos para a campanha.

Todos nós, operadores do Direito, sabemos que é muito comum o cidadão ser pego, depois do processo eleitoral, com dinheiro de caixa 2 destinado a sua campanha. Uma eventual condenação no artigo 350 do Código Eleitoral — acho importante lembrar, até para que não pensem que sou extremamente pessimista quanto ao nosso instrumental eleitoral —, pode levar à inelegibilidade da Lei da Ficha Limpa, porque é um crime eleitoral previsto com pena de reclusão. Quem sabe, doravante, a nova Lei de Combate e Prevenção à Lavagem de Dinheiro, que entrou em vigor, possa ser usada, indiretamente, pelo Ministério Público, pela Justiça Federal, para tratar dessas questões envolvendo dinheiro de caixa 2, proveniente de infração, que deveria constar da contabilidade oficial da Justiça Eleitoral. Tenho grande expectativa, senhores, de que, a partir de agora, recurso em campanha eleitoral, objeto de “cândidas” confissões na política eleitoral brasileira, seja tratado na crônica política com um pouco mais de discrição.

Solenidade de encerramento

24 de agosto de 2012

A solenidade de encerramento foi presidida pelo Desembargador Federal Newton De Lucca, presidente do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Integraram a mesa de trabalhos:

- *Desembargador Federal Fábio Prieto, Corregedor Regional da Justiça Federal da 3ª Região*
- *Desembargador Federal Mairan Maia, Diretor da Escola de Magistrados da Justiça Federal da 3ª Região*
- *Juiz Federal Otávio Henrique Martins Port, da 1ª Vara Gabinete de Sorocaba*
- *Rogério Dultra dos Santos, professor da Universidade Federal Fluminense*

Conferência de encerramento

Democracia e representação política

Conferencista: Rogério Dutra dos Santos

Professor Adjunto do Departamento de Direito
Público da Universidade Federal Fluminense (UFF)

Há alguns anos, o tema “Democracia e representação política” tem sido objeto de meus estudos. Quando fui convidado para participar desta Jornada, eu não esperava fazer parte, na manhã de hoje, na Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro, de uma banca examinadora da defesa de tese de mestrado, que versou exatamente sobre a Justiça Federal na Era Vargas. Trata-se de um estudo extremamente interessante, realizado por uma servidora da Justiça Federal, do TRF da 2ª Região, sobre os movimentos de abertura e fechamento democrático no Brasil, especialmente no período republicano. A tese também analisa a forma como a Justiça Federal foi sendo remodelada, durante o processo de consolidação dos últimos 100 anos da História Constitucional brasileira. Como professor dessa matéria, o estudo despertou-me grande interesse.

Ao preparar minha exposição, tinha duas opções: falar sobre democracia e representação política, tema de maior fôlego teórico, ou sobre como a Justiça Federal se encaixa no processo de consolidação da democracia na República brasileira. Decidi juntar as duas coisas: falar de democracia e representação política e, como exemplo institucional do processo de consolidação

democrática, falar da trajetória da Justiça Federal, dos desafios enfrentados e do que se espera de uma instituição tão importante nos dias de hoje. Parto da hipótese de que o Brasil sempre viveu o que eu chamo de falseamento prático da teoria da separação dos poderes, que, da perspectiva da teoria constitucional que me orienta, é a manifestação prática da vida democrática institucional brasileira. Em nossa análise vamos considerar momentos constitucionais específicos. O Brasil passou por várias fases constitucionais. Nossa realidade contemporânea é extremamente marcada pelo constitucionalismo de 1988. A apreciação dessas várias fases nos leva à compreensão de como o constitucionalismo contemporâneo lida com a questão da democracia, da representação política, da teoria e da prática da separação dos poderes no Brasil e de como a Justiça Federal se encaixa nesse arranjo institucional.

Da perspectiva da teoria constitucional, tivemos, em um primeiro momento, um constitucionalismo caracterizado pela mitigação dessas distinções políticas e das forças políticas que se equilibram e se controlam mutuamente, com a exacerbação do Poder Moderador. O constitucionalismo imperial é marcado por esse fato. Em termos constitucionais, a exacerbação desse poder significa, em primeiro lugar, a centralização política, que se realiza com o objetivo estratégico imediato de debelar os processos e as insurreições separatistas, consolida-se num enfraquecimento paulatino das províncias — que hoje seriam os chamados estados —, por meio da organização de um corpo burocrático administrativo centralizado. Talvez o grande artífice, o grande intérprete e operador desse modelo constitucional tenha

sido Paulinho José Soares de Souza, o Visconde do Uruguai, um dos maiores administrativistas do século XIX, autor de *Ensaio sobre o Direito Administrativo*, publicado pela primeira vez em 1862. Soares de Souza teve realmente grande influência nesse processo de reorganização do poder político imperial e de centralização política no Brasil.

Como era de se esperar, as forças provinciais reagiram fortemente e, num processo de acomodação, o Império brasileiro concedeu-lhes autonomia econômica, a ponto de não se complicar com a repressão imediata da escravidão, o que já estava previsto e era pleiteado desde a Constituinte de 1823, por José Bonifácio de Andrada e Silva, um dos primeiros grandes homens públicos que argumentou a favor da abolição da escravatura no Brasil. Esse problema sempre existiu, sempre foi do conhecimento do Estado brasileiro, que, nesse processo de acomodação entre a centralização do poder político e a liberalização dos processos econômicos, optou por manter as rédeas da administração pública em contraposição à liberalização da economia. Isso trouxe consequências importantes para o constitucionalismo que vem imediatamente depois: o constitucionalismo da Primeira República, que pode ser classificado como constitucionalismo federalista e que se caracteriza pelo movimento inverso, ou seja, pela ascensão das forças estaduais e redução da influência do Poder Executivo central. De alguma forma, isso também se manifestou no que diz respeito ao nosso objeto mais imediato, com a criação, em 1890 — portanto, antes da Constituição de 1891 —, da Justiça Federal e o fortalecimento do Poder Judiciário de Primeira Instância, tanto Estadual quanto Federal.

Obviamente, isso também não aconteceu de forma linear, sem inúmeras concessões e negociações, porque o poder oligárquico característico desse período histórico, que vai de 1889 a 1930, fia-se, garante-se e legitima-se por um constitucionalismo de corte liberal, federalista e, formalmente, pela adoção constitucional da democracia representativa. A Constituição de 1891 imagina, propõe e estabelece regras para o funcionamento do Parlamento, das eleições, dos partidos políticos e do voto, mas essa armação institucional, aparentemente racional-legal, que alavancaria o Brasil republicano para uma posição de escol diante das civilizações da época, é fortemente falseada pelo fato de essas instituições estarem submetidas à imposição política dos clãs estaduais. Ou seja, no papel temos uma Constituição racional, liberal, institucionalizando um sem-número de elementos que fortaleceriam a democracia representativa, formal, procedimental, mas, de fato, na operação do sistema, esses institutos não passaram de folhas de papel. Oliveira Viana, jurista e sociólogo fluminense, que tem uma importância fundamental na Constituição e na modernização do Direito Público brasileiro, chamou esse constitucionalismo de 1891 de constitucionalismo idealista. Isso significa que, na Constituição de 1891, ideias foram importadas, sem que se atentasse para a realidade política e social brasileira, o que redundou numa instituição, numa institucionalização incapaz de fazer funcionar, de fato, a democracia representativa. Em especial, pelo fato de que a fórmula democrática marcada por essa Constituição pressupõe um grau de liberdade, de autonomia material da população, de organização da opinião pública, que era impensável em uma situação em que

a maioria da população estava submetida ao mando dos coronéis e dos clãs provinciais. A impossibilidade naquela época de o cidadão brasileiro ser autônomo, seja material, seja intelectual, seja politicamente, é a própria impossibilidade da realização da democracia representativa nos moldes da Constituição de 1891.

Um dos maiores publicistas que analisaram essa época, Oliveira Viana obviamente vai dizer que no Brasil imperava uma organização latifundiária, privatista, ou seja, um latifúndio centralizado na figura do dono da terra, em que toda a produção econômica estava vinculada a esse indivíduo e todas as pessoas em torno dependiam de seus favores pessoais para sobreviver. Nessas condições sociológicas, diz Oliveira Viana, é impossível pensar em liberdade de opinião, em democracia representativa. Certamente Viana não faz essa afirmação de forma gratuita, ele está imaginando uma alternativa. Destaco o nome de Oliveira Viana, porque é ele quem vai estabelecer o corte com o republicanismo oligárquico da Primeira República, a partir do momento em que inaugura um projeto de modernização do Estado brasileiro, incorporado por Getúlio Vargas.

Vargas sai do Rio Grande do Sul sob a influência do “caxiismo”, de inspiração positivista que, em termos práticos, apontava para a gestão pública burocratizada, impessoalizada. E, quando chega ao cenário nacional, encontra Oliveira Viana, que amplia esse projeto de impessoalização, burocratização e reorganização do processo de centralização política. Esse projeto vai dar ensejo a uma crítica muito forte. Não sei se me fiz entender explicitamente. Explicito agora: esse projeto se fez a partir de uma crítica radical, que se inicia com Oliveira Viana, a

esse constitucionalismo de perfil liberal estabelecido pela Constituição de 1891. A crítica à Constituição leva à crítica ao constitucionalismo federalista e democrático, dando ensejo a um novo modelo constitucional, que vou chamar de modelo constitucional antiliberal. Esse modelo vai estabelecer não só as diretrizes de funcionamento do governo provisório e do próprio Estado Novo, mas vai estar na base do processo de modernização do Estado brasileiro, o momento da virada que nos importa para entender a realidade contemporânea: como chegamos à Constituição de 1988, quais são as instituições políticas que estão por trás desse modelo de organização política, que viceja a partir dessa Constituição, e que dão sustentação a ele, como é que esse quadro vai se montando a partir do Estado Novo e qual é a relação desses fatos com a Justiça Federal.

O constitucionalismo antiliberal não é obra exclusiva de Oliveira Viana. Existem outros juristas importantes. O principal deles, a quem dediquei grande parte da minha tese de Doutorado, é Francisco Campos. Ministro da Justiça entre 1937 e 1942, Campos foi o autor único da Constituição de 1937 e seus últimos momentos de vida foram dedicados a alinhar o Ato Institucional nº 1 (AI-1), em 1964. Jocosamente se diz: *“Quando a luz da inteligência de Francisco Campos acende, existe claramente um curto-circuito nas instituições democráticas brasileiras”*. Apesar de ser um sujeito perigoso, precisamos conhecê-lo. A primeira tarefa de um bom estudioso e de um bom político é conhecer seus inimigos. Maior inimigo da democracia representativa brasileira, é importante que saibamos quem foi Francisco Campos.

Nesse constitucionalismo antiliberal, autores como Francisco Campos, Azevedo Amaral, entre outros que foram muito importantes no processo de consolidação da modernização do Estado brasileiro, vão abandonar o modelo democrático representativo e, *a contrario sensu* de um modelo democrático procedimental formal, com base no Princípio da Legalidade, vão argumentar em prol de um modelo material, da democracia substantiva, substancial, adequado a coexistir com a ditadura. Como disse Darcy Azambuja, no livro *Teoria geral do Estado*, um clássico que trata de temas da ciência política e do Estado em seus variados aspectos, existem ditaduras boas. Segundo Francisco Campos, existem ditaduras democráticas, por maior absurdo que isso possa soar aos nossos ouvidos. No entendimento desses autores, nós só podemos compreender esses momentos de inflexão política, recrudescimento e ditadura na História Constitucional brasileira, se entendermos que esses movimentos são doutrinariamente alicerçados em doutrina de primeira grandeza. Não é obra de desvairados.

Temos uma doutrina constitucional consolidada, não só no Brasil, mas em todo o Ocidente, que vai defender a centralização política no Poder Executivo, a partir da desconstrução dessas instituições características da democracia representativa, como são o Parlamento, os partidos políticos, o voto e as eleições. Portanto, essa centralização política que redundou no Estado Novo, no controle da constitucionalidade pelo chefe do Poder Executivo, segundo o artigo 96 da Constituição de 1937, repõe a ideia da democracia, não a partir da representação, mas a partir do corporativismo como instância de legitimação política. Essa

centralização política estabelece um processo de burocratização, de complexificação das instituições do poder, principalmente do Poder Executivo, e é negociada com os estados, porque Vargas não é um ditador sem sustentação política, ao contrário, é um ditador com muita legitimidade política. Não a legitimidade do voto, mas a legitimidade das negociações políticas, que redundaram na extinção da Justiça Federal. A centralização política empreendida pelo Estado Novo se deu em contraposição ao enfraquecimento dos estados membros, que pleiteavam algum tipo de poder político. Que poder político era esse?

O que foi possível negociar: a permanência e a existência exclusiva, nos estados, do Poder Judiciário estadual, ou seja, do controle político, do controle institucional do Judiciário pelos órgãos estaduais. Não é por acaso que nesse momento a competência eleitoral da Justiça estará exclusivamente vinculada às Justiças estaduais, numa tentativa de reconstituição daquele processo característico da Primeira República, do coronelismo, do mandonismo e da descentralização. Isso será estabelecido no final do Estado Novo, com a redemocratização brasileira de 1946, com a volta de um constitucionalismo liberal, que vai se caracterizar pela descentralização política, pela complexificação das forças sociais, que irão demandar seus direitos. Esse breve intervalo, fortemente caracterizado pela modernização, vai sofrer grave inflexão pelo constitucionalismo de 1964, que vou chamar de constitucionalismo de exceção.

Fundamentado nas mesmas bases doutrinárias do constitucionalismo antiliberal que deu origem ao Estado Novo, o constitucionalismo de 1964 é diferenciado na medida em que

radicaliza dogmaticamente essa experiência, sobretudo quanto à direção dos institutos jurídicos. Primeiro, com a administrativização do Direito, que não mais será fruto da deliberação parlamentar, mas exclusivamente emanado do Poder Executivo, via decreto, pela relativização. Por fim, com a dissolução do Princípio da Legalidade pelo Ato Institucional nº 5 (AI-5) de 1968 e, politicamente, com a repressão e o desmantelamento da oposição. É nesse contexto que o Estado se torna artificialmente tão forte que é necessário desconstruir o poder político das forças estaduais, também no que diz respeito ao Poder Judiciário. Resurge, então, a Justiça Federal. Esse tema, inclusive, está sendo defendido na Universidade Federal Fluminense, em uma dissertação de mestrado sobre Justiça administrativa, coordenado por um juiz federal.

Chegamos ao constitucionalismo de 1988, que eu não vou chamar de constitucionalismo dirigente, como diz o jurista José Gomes Canotilho, mas de constitucionalismo de compromisso, de origem liberal, de origem social, que também emana do Estado Novo. O corporativismo que legitimava as práticas ditatoriais no Estado Novo também estimulava e garantia direitos sociais constitucionalizados, como os direitos trabalhistas, o que de certa forma se contrapunha a um movimento político, definido hoje como de caráter bastante negativo. Podemos, assim, dizer que direitos sociais e direitos liberais passam a ser acomodados numa solução de compromisso, na Constituição de 1988, que também vai acomodar forças um tanto distintas, como um Poder Executivo forte e um municipalismo forte. Como conciliar centralização política e município forte?

Nesse período ocorre a ampliação, a interiorização e o fortalecimento de algumas instituições de natureza federal, como a Justiça Federal, que, a partir da Constituição de 1988, vai sofrer forte influxo de sua interiorização na Primeira Instância, ao mesmo tempo em que há uma politização dos Tribunais Superiores. No bojo do constitucionalismo de 1988 não há como deixar de notar a permanência de um falseamento da divisão de poderes. É um novo falseamento da democracia, talvez não tão radical quanto os anteriores a que me referi, mas certamente um fenômeno importante que devemos notar: existe um falseamento da democracia representativa, da separação de poderes, do Princípio da Legalidade e da produção legislativa do ordenamento jurídico.

A partir de 1988, o governo vai ter autoridade para administrar por meio de medidas provisórias, numa espécie de rede viva dos decretos legislativos da época da ditadura militar. O Poder Executivo vai funcionar num modelo que a ciência política chama de presidencialismo de coalizão, que, funcionando a todo vapor nos dias de hoje, no meu entendimento, reduz enormemente a capacidade do controle político do Poder Executivo. Seja, por exemplo, o controle político realizado pelo Parlamento, cuja função clássica, desde Max Weber, não é necessariamente produzir a lei. Diriam os autores alemães: “você não podem reclamar que o Poder Legislativo tenha perdido a mão no processo de produção da lei para o Executivo, dado que estamos diante de um processo de complexificação das relações sociais, e, portanto, da ampliação da velocidade de produção legislativa”. Certamente, o Poder Legislativo não tem condições

de produzir, tão rápido, todas as leis necessárias. Isso terá que ser feito por outro poder, mas a função primordial do Legislativo — o controle e contrapeso do Poder Executivo — permanece. Sobre o presidencialismo de coalizão, o Poder Executivo fica planando em voo de cruzeiro, porque, seja das formas mais espúrias, seja das formas políticas clássicas, ele obviamente exerce o controle do Legislativo. Isso, porém, não interessa aqui. O importante é que o funcionamento do Poder Executivo depende da aprovação do Poder Legislativo e, quando isso acontece, esse tipo de presidencialismo falseia a democracia representativa e a separação de poderes.

Como fica o Judiciário Federal nessa questão? Como uma instituição que participa desse processo democrático de controle, não só do Poder Executivo, mas de legitimação e garantia do funcionamento da divisão, da separação e do equilíbrio entre os poderes. O Poder Judiciário está num momento importante de reflexão ou de inflexão. É preciso refletir sobre esse momento bastante delicado, em que a democracia pode estar, de alguma forma, na berlinda. No meu entendimento, o Poder Judiciário, em especial a Justiça Federal, precisa fazer um autodiagnóstico para saber o que está julgando e como está julgando. Cada um, em particular, sabe o que está fazendo, mas a Justiça Federal não sabe o que faz em conjunto. Não existe uma sistematização, uma reflexão sistemática contínua, para que os próprios juízes possam compreender, posicionar-se e manifestar-se. Esse autodiagnóstico, no meu entendimento, implica uma agenda de pesquisa que produza o que eu chamo de hermenêutica política do Poder Judiciário.

Que interpretação é essa que devemos fazer da nossa própria casa? Primeiro, compreender o Judiciário enquanto instituição republicana, que garante direitos e instituições democráticas; compreender o Judiciário enquanto agência política, que garante o Estado Democrático de Direito Social e a Constituição; e, portanto, compreender o Judiciário como fiel do regime republicano. É possível que a Justiça Federal seja a instituição que pode garantir a existência e a continuidade do regime republicano, do regime democrático brasileiro, para o futuro. E, no meu entendimento, a compreensão do papel de fiel do regime republicano faz com que o Poder Judiciário passe por um processo de autodemocratização. O Judiciário precisa democratizar-se para dentro, mediante a publicização de seu funcionamento, de sua dinâmica e de suas limitações. Não é possível participar de uma instituição dessa envergadura, sem ter a possibilidade de tomá-la nas mãos, de controlar o seu processo e os seus caminhos.

DEBATE

Aberto o espaço para debate, o Desembargador Federal Mairan Maia, diretor da Escola de Magistrados da Justiça Federal da 3ª Região, fez o seguinte questionamento ao conferencista:

▪ Aproveitando as questões colocadas nessa breve análise do constitucionalismo, tão bem sintetizado pelo professor Rogério Dutra dos Santos, e trazendo essa questão para o cerne do problema que estamos discutindo hoje, verificamos dentro da Constituição atual uma federalização da atuação do poder da jurisdição eleitoral. No entanto, essa Justiça Eleitoral, de natureza federal, vem sendo subdividida na sua efetivação, sendo a participação da Justiça Federal minoritária, quase à margem. Dentro dessa ótica, como o eminente professor vê essa situação e a importância da reversão desse quadro, no processo de fortalecimento da democracia e da atuação do Poder Judiciário Federal como instituição indispensável ao Estado democrático brasileiro?

Resposta do conferencista

▪ Claramente esse constitucionalismo de compromisso gera uma luta constante, para que um dos lados da balança pese mais: o lado da centralização ou o da descentralização. O falseamento da competência eleitoral da Justiça Federal, parece-me, deriva fortemente do interesse dos estados de manterem o controle do processo de aferição da Justiça Eleitoral. Ou seja, os estados não querem a intromissão da Justiça Federal nos seus processos eleitorais, e o crescimento da competência da Justiça Federal nos afazeres da Justiça Eleitoral, nos estados, significa o crescimento

de um processo de federalização, de nacionalização do poder político. Nesse sentido, parece-me muito mais interessante que os processos eleitorais estaduais sejam avaliados, julgados, encaminhados, por juízes que não estejam submetidos às limitações políticas funcionais características dos Judiciários estaduais. É muito difícil encontrar um Tribunal de Justiça estadual autônomo o suficiente, falo em autonomia política, não em autonomia funcional. Os Judiciários estaduais não têm autonomia política para enfrentar problemas de natureza eleitoral.

Obviamente, depende de uma movimentação da Justiça Federal como um todo, pois é a instituição que tem o interesse e a responsabilidade de fomentar esse debate, que certamente o Poder Judiciário estadual não quer e não pode fomentar. Em uma leitura de largo espectro do constitucionalismo brasileiro desde o Império até hoje, a oposição centralização/descentralização política caracteriza-nos fortemente. O processo de centralização política sempre foi malfeito, principalmente no século XX. Existem os cultores do Império como o momento de elevada grandeza do constitucionalismo brasileiro, mas no século XX certamente foi mal encaminhado.

Estamos em outro momento histórico, precisamos saber como vamos encaminhar essa questão. Obviamente, a solidez que a Justiça Federal tem hoje, e que imagino continue a ter, porque está crescendo cada vez mais e tomando volume na vida institucional brasileira, é o elemento nuclear a partir do qual se pode fomentar esse tipo de avaliação. É importante que nós, da Justiça Federal, saibamos quais são os potenciais da Justiça Federal, o que ela tem feito e como faz. Em larga escala, será necessário

investir pesado. Precisamos quantificar o que existe dentro de uma instituição como essa, para termos a dimensão do poder político que a Justiça Federal já possui hoje e que, no meu entendimento, não é mobilizado em toda a sua potencialidade. Esse é o ponto: a Justiça Federal não sabe e não exerce o poder político que tem para forçar um movimento de ampliação da sua competência eleitoral.

Palavras finais

Desembargador Federal Mairan Maia

Diretor da Escola de Magistrados da Justiça Federal da 3ª Região

Inicialmente gostaria de cumprimentar o professor Rogério Dultra dos Santos pela brilhante conferência.

Gostaria também de destacar mais uma vez a importância deste evento, pensado e realizado em cooperação com as Escolas da Magistratura dos cinco Tribunais Regionais Federais e o apoio indispensável do Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal (CEJ).

Nosso objetivo principal foi despertar o interesse de todos os senhores em relação à questão política do exercício da jurisdição federal, no que diz respeito ao desenvolvimento do processo eleitoral. Não podemos desenvolver e pleitear maior participação nesse processo, sem mostrar a razão pela qual queremos participar. É isso que esperamos reunindo juristas e juízes que militam na atividade do processo eleitoral em suas subseções, bem como juízes que estão ingressando na magistratura federal, porque provavelmente são esses que irão exercer a jurisdição federal das subseções no futuro.

Para mim foi extremamente relevante a abordagem histórica feita pelo eminente professor Rogério. Chamou-me a atenção o fato de que, na verdade, foi com a extinção da Justiça Federal no Estado Novo que nós perdemos a condução política do processo eleitoral e, desde então, não a recuperamos. Foi, portanto, um ato ditatorial que excluiu a Justiça Federal do

processo eleitoral. Neste momento de democratização que vivemos atualmente, cabe à Justiça Federal buscar maior participação nesse processo e lutar para que essa participação seja efetiva.

Otávio Henrique Martins Port

Juiz Federal da 1ª Vara Gabinete de Sorocaba

Juiz Auxiliar da EMAG

Diretor de Assuntos Jurídicos da AJUFESP (Associação dos Juizes Federais de São Paulo e Mato Grosso do Sul)

Na condição de juiz federal, investido que fui nesse cargo há exatos doze anos, condição da qual muito me orgulho, gostaria primeiramente de ressaltar que esta Jornada é um evento inédito. Conseguimos trazer para São Paulo 96 colegas, representantes das cinco regiões da Justiça Federal, o que merece registro. Não só a parte técnico-científica, mas o conagraçamento que esse evento possibilitou também deve ser salientado.

Nesses três dias ficou patente a importância desse pleito de ampliação dos membros da Justiça Federal na Justiça Eleitoral, a qual, como foi ressaltado, é de natureza eminentemente federal. Seja por razões históricas, políticas ou jurídicas, não há dúvida de que se trata de uma cruzada justa. A princípio um sonho, este é o primeiro passo de uma maratona, mas toda maratona começa com o primeiro passo. Enfim, “sonho que se sonha só é só um sonho que se sonha só, mas sonho que se sonha junto é realidade”.

Ministro João Otávio de Noronha

Corregedor-Geral da Justiça Federal e Diretor do Centro de Estudos Judiciários — CEJ/CJF

Como diretor do CEJ, tenho o prazer de encerrar esta Jornada de Direito Eleitoral.

Parabenizo mais uma vez a Escola de Magistrados da Justiça Federal da 3ª Região e as demais Escolas da Magistratura.

Parabenizo a Dr^a Helena Elias Pinto, mentora deste evento que tanto colaborou para o aperfeiçoamento da Justiça Federal.

Agradeço a participação de todos os palestrantes. Sem vocês não teríamos um evento tão rico.

Gostaria de dizer que a Justiça Federal me encanta não só pela qualidade de seus magistrados, mas pela motivação da base. Passamos um momento extremamente difícil. Juízes angustiados com um volume de trabalho crescente. No entanto, isso não é capaz de arrefecer o ânimo e a garra dessa magistratura federal tão jovem! Eu diria irritantemente jovem, para nós que já estamos no Superior Tribunal de Justiça.

Estamos trabalhando, dentro do CEJ, as Escolas da Magistratura. Estamos trabalhando os eventos do próprio CEJ. E já começamos a colher os resultados nesta gestão. Meu projeto é institucional. É deixar o CEJ tão institucionalizado que meu sucessor não tenha a oportunidade de não realizar os eventos que já estiverem programados. Vamos elaborar um calendário permanente que contemple as necessidades de estudo e aperfeiçoamento dos membros da magistratura federal.

Esperamos que, a partir de agora, as discussões sobre Direito Eleitoral sejam permanentes na Justiça Federal, que deve ocupar um espaço cada vez maior no cenário eleitoral brasileiro, tenho certeza disso.

Com essas considerações e, por delegação do Presidente desta Corte, Desembargador Federal Newton De Lucca, declaro encerrados os nossos trabalhos.

I Concurso de Fotografia
da Escola de Magistrados da Justiça Federal da 3ª Região

JUSTIÇA E CIDADANIA



Luz no fim do túnel

Autoria: Juíza Federal Márcia Hoffmann do Amaral e Silva Turri



Cidadania em foco

Autoria: Juíza Federal Márcia Hoffmann do Amaral e Silva Turri



A Justiça Federal voltada ao exercício da cidadania
Autoria: Juiz Federal Gustavo Catunda Mendes



A Justiça Federal e a cidadania em harmonia
Autoria: Juiz Federal Gustavo Catunda Mendes

