

**ORGANIZADORES**

Gilmar Ferreira Mendes

Paulo Gustavo Gonet Branco

**GRANDES EVENTOS DO IDP:  
DIREITO ELEITORAL**

1ª Edição, 2017

**CONFERENCISTAS**

Admar Gonzaga

Arnaldo Versiani

Carlos Eduardo Caputo Bastos

Dias Toffoli

Fernando Neves

Henrique Neves

Joelson Dias

José Eduardo Alckmin

José Jairo Gomes

Luciana Lóssio

Luiz Carlos

Marcelo Ribeiro

Organização

Gilmar Ferreira Mendes  
Paulo Gustavo Gonet Branco

# **GRANDES EVENTOS DO IDP: DIREITO ELEITORAL**

1ª edição

**Conferencistas:**

Admar Gonzaga

Arnaldo Versiani

Carlos Eduardo Caputo

Dias Toffoli

Fernando Neves

Henrique Neves

Joelson Dias

José Eduardo Alckmin

José Jairo Gomes

Luciana Lóssio

Luiz Carlos

Marcelo Ribeiro

IDP  
Brasília  
2017

## **CONSELHO CIENTÍFICO – SÉRIE IDP/SARAIVA**

### **MEMBROS EFETIVOS:**

Presidente: Gilmar Ferreira Mendes  
Secretário Geral: Jairo Gilberto Schäfer  
Coordenador-Geral: Walter Costa Porto  
Coordenador Executivo da Série IDP: Sergio Antonio Ferreira Victor

1. Afonso Códolo Belice (discente)
2. Alberto Oehling de Los Reyes – Universitat de l'Illes Balears/Espanha
3. Alexandre Zavaglia Pereira Coelho – IDP/SP
4. António Francisco de Sousa – Faculdade de Direito da Universidade do Porto/Portugal
5. Arnoldo Wald
6. Atalá Correia – IDP/DF
7. Carlos Blanco de Moraes – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa /Portugal
8. Everardo Maciel – IDP/DF
9. Fabio Lima Quintas – IDP/DF
10. Felix Fischer
11. Fernando Rezende
12. Francisco Balaguer Callejón – Universidad de Granada/Espanha
13. Francisco Fernández Segado – Universidad Complutense Madrid/Espanha
14. Ingo Wolfgang Sarlet – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul/RS
15. Jacob Fortes de Carvalho Filho (discente)
16. Jorge Miranda – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa /Portugal
17. José Levi Mello do Amaral Júnior – Universidade de São Paulo – USP
18. José Roberto Afonso – FGV
19. Janete Ricken Lopes de Barros – IDP/DF
20. Julia Maurmann Ximenes – IDP/DF
21. Katrin Möltgen – Faculdade de Políticas Públicas – Fhöv NRW/Alemanha
22. Lenio Luiz Streck – Universidade do Vale do Rio dos Sinos/RS
23. Ludger Schrappner
24. Marcelo Neves – Universidade de Brasília – UNB
25. Maria Alicia Lima Peralta
26. Michael Bertrams
27. Miguel Carbonell Sánchez – Universidade Nacional Autónoma do México – UNAM
28. Paulo Gustavo Gonet Branco – IDP/DF
29. Pier Domenico Logroscino – Università degli studi di Bari Aldo Moro/Itália
30. Rainer Frey – Universität de Münster/Alemanha
31. Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch – IDP/DF
32. Rodrigo de Oliveira Kaufmann – Universidade de Brasília – UNB
33. Rui Stoco
34. Ruy Rosado de Aguiar – IDP/DF
35. Sergio Bermudes
36. Sérgio Prado

---

MENDES , Gilmar Ferreira (Coord.), BRANCO, Paulo Gustavo Gonet  
(Coord.)

GRANDES EVENTOS DO IDP: DIREITO ELEITORAL. / Coordenadores:  
Gilmar Ferreira Mendes; Paulo Gustavo Gonet Branco. – Brasília: IDP, 2017.  
139 p.

ISBN: 978-85-9534-007-7

1. Eventos. 2. Inelegibilidade. 3. Direito eleitoral 4. Administrativa

I. Título. II. Paulo Gustavo Gonet Branco

CDDir 341.28

---

## APRESENTAÇÃO

Gilmar Ferreira Mendes  
Paulo Gustavo Gonet Branco

O Seminário Brasiliense de Direito Eleitoral tem a missão de analisar a história do Direito Eleitoral. Assim, observa-se o panorama atual deste ramo tão importante do ordenamento jurídico.

No dia 16 de maio de 2014, o Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, em conjunto com a OAB Seccional Distrito Federal e o Instituto Brasileiro de Direito Eleitoral – IBRADE, promoveu o Seminário Brasiliense de Direito Eleitoral. Durante o evento o tema do Direito Eleitoral foi vastamente tratado sob a visão de diversos pesquisadores, especialistas e autoridades.

Discutiram-se as legislações pertinentes ao tema, qual sejam: o Código Eleitoral, Lei nº 4.737 de 1965; a Lei dos Partidos Políticos, Lei nº 9.096 de 1995; e a Lei nº 9.504 de 1997, que estabelecem normas para as eleições. Temas como inelegibilidade, uso da máquina pública e propaganda eleitoral foram abordados por protagonistas do nosso meio público e acadêmico.

A conferência de abertura, foi composta pelas professoras doutoras Marilda Silveira e Julia Ximenes. Onde discursou o então Ministro presidente do Tribunal Superior Eleitoral Dias Toffoli, versando a respeito das atribuições e decisões da alta Corte eleitoral.

O primeiro painel foi presidido pela Dr.<sup>a</sup> Gabriela Jardim, e realizado pelo Dr. Eugênio Aragão e o Ministro do TSE Henrique Neves. Foram levantados os aspectos da propaganda eleitoral na era digital, principalmente no que diz respeito à utilização da internet para divulgação das propostas e plataformas dos candidatos e partidos políticos.

O segundo painel foi presidido pela Dr.<sup>a</sup> Gabriela Rollemberg, e realizado pelo Dr. Carlos Eduardo Caputo Bastos e o Ministro do TSE Admar Gonzaga. Houveram considerações sobre inelegibilidades, à luz da improbidade administrativa, bem como da premissa de intervenção mínima no campo das eleições por parte da justiça eleitoral.

O terceiro painel foi presidido pela Dr.<sup>a</sup> Angela Cignachi Baeta Neves, e realizado pelo Dr. Arnaldo Versiani e o Dr. Joelson Dias. Teceram-se debates em torno de propaganda eleitoral, lei da ficha limpa e rejeição de contas.

O quarto painel foi presidido pelo Dr. Gustavo Severo, e realizado pelo Dr. Fernando Neves e a Ministra do TSE Luciana Lóssio. Focou-se a discussão nas inelegibilidades previstas da Lei Complementar nº 64, bem como na aplicação da Lei Complementar 135 nas eleições municipais.

O quinto painel foi presidido pela Dr.<sup>a</sup> Vivian Collenghi, e realizado pelo Dr. Marcelo Ribeiro e o Dr. José Eduardo Alckmin. Discorreu-se sobre uso da máquina pública em campanha eleitoral, e eventuais mudanças de jurisprudência.

Finalmente, a conferência de encerramento foi realizada pelo Prof. José Jairo Gomes e o Dr. Marcus Vinícius Coelho, então presidente da OAB Nacional. Debateu-se a caracterização de certa insegurança jurídica no espaço eleitoral.

Rememora-se que a justiça eleitoral foi criada em 1932, por certa razão: precisamente para trazer para o Poder Judiciário aquele que seria o organizador das eleições e o árbitro da disputa política de acesso ao poder legislativo e executivo.

Nosso país inovou no processo de criação de uma justiça eleitoral com dúplice função, onde a justiça eleitoral brasileira não exerce apenas papel de judiciário, de resolução dos conflitos, mas inclusive tem a função de agência que realiza, organiza e regulamenta, o processo eleitoral com base nas normas editadas pelo Congresso Nacional.

Os debates trouxeram à tona pontos relevantíssimos da atualidade na justiça eleitoral. A alta especialização, e enorme experiência profissional, dos conferencistas faz com esse este compêndio do seminário traga em seu bojo o que há de mais pertinente para se desenvolver pesquisas no âmbito do Direito Eleitoral.

Boa leitura!

## SUMÁRIO

<b>INELEGIBILIDADE E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA</b> ADMAR GONZAGA -----	09
<b>INELEGIBILIDADE E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA</b> ARNALDO VERSIANI -----	14
<b>INELEGIBILIDADE E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA</b> CARLOS EDUARDO CAPUTO -----	30
<b>A COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR AÇÕES EM QUE SE IMPUGNAM DECISÕES DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA</b> DIAS TOFFOLI -----	38
<b>INELEGIBILIDADE E AS CONDENAÇÕES ELEITORAIS</b> FERNANDO NEVES -----	61
<b>A PROPAGANDA ELEITORAL NA ERA DIGITAL</b> HENRIQUE NEVES -----	72
<b>INELEGIBILIDADE E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA</b> JOELSON DIAS -----	89
<b>TEMAS POLÊMICOS E ATUAIS DE DIREITO ELEITORAL</b> JOSÉ EDUARDO ALCKMIN -----	94
<b>TEMAS POLÊMICOS E ATUAIS DE DIREITO ELEITORAL</b> JOSÉ JAIRO GOMES -----	101
<b>INELEGIBILIDADE E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.</b> LUCIANA LÓSSIO -----	110
<b>A PROPAGANDA ELEITORAL NA ERA DIGITAL</b> LUIZ CARLOS -----	120
<b>TEMAS POLÊMICOS E ATUAIS DE DIREITO ELEITORAL</b> MARCELO RIBEIRO-----	128

## **Inelegibilidade e Improbidade Administrativa**

**Admar Gonzaga**

Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (Uniceub), tem atuação na especialidade eleitoral desde 1993 e integrou a Comissão Especial de Juristas criada para propor mudanças no texto do Código Eleitoral. É membro do Instituto Brasileiro de Direito Eleitoral e Ministro Substituto no Tribunal Superior Eleitoral. Autor de livros e manuais de Direito Eleitoral, professor de cursos e palestrante de eventos de estudos sobre a matéria.

**RESUMO:** Nesta palestra, Admar Gonzaga trata das inelegibilidades à luz da improbidade administrativa, fazendo um paralelo entre as regras previstas na Lei Complementar n. 64/1990 (Lei das Inelegibilidades) e na Lei n. 8.429/1992 (Lei da Improbidade Administrativa). O Ministro ressalta a importância das referidas leis no combate a abusos no processo eleitoral e à má gestão pública. Por outro lado, chama atenção para excessos, em razão da subjetividade, na aplicação das denominadas “cláusulas abertas”.

Primeiramente, boa tarde a todos. Tenho aqui o desafio de falar depois do sempre brilhante ex-ministro Carlos Eduardo Caputo Bastos, para, num tempo bastante breve, passar a vocês algumas considerações sobre inelegibilidades, à luz da improbidade administrativa.

Início dizendo, que, após o bem-vindo processo de redemocratização, o Brasil passou a legislar de modo a superar algumas mazelas contrárias à ordem republicana. Nessa senda, foi promulgada a nossa atual Constituição cidadã em 1988 e, em seguida, surgiram duas leis importantíssimas para a implantação de um novo perfil do nosso Estado Democrático de Direito. Refiro-me à Lei das Inelegibilidades (Lei Complementar n. 64/90) e à Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, esta conhecida como Lei da Improbidade Administrativa.

Ambas significaram grande avanço contra os maus costumes no trato da coisa pública e tiveram larga aplicação pela atuação indispensável e combativa do Ministério

Público, da Advocacia-Geral da União e, mais recentemente, da Controladoria-Geral da União.

Consequência disso é que temos visto, com alguma frequência, notícias sobre indeferimento de registros de candidatura, de cassação de mandatos por abusos contra o processo eleitoral, como também sobre a apuração e condenação de maus gestores por atos de improbidade, aqui incluídas as omissões prejudiciais ao patrimônio público, e resultantes no enriquecimento ilícito próprio e de terceiros.

Nesse ambiente de redemocratização, a Lei de Improbidade significou grande avanço, um ponto real de partida e um marco contra essas situações enraizadas, instaladas em nosso país há muitos anos. Contudo, foi formatada com aquilo que chamamos de “cláusulas abertas”, ou seja, tipos abertos que acarretaram alguns excessos em decorrência da subjetividade na aplicação desse tipo de norma. Não estamos aqui a fazer crítica dirigida à Lei de Improbidades, mas apenas verbalizar aquilo que se tem apurado e, muitas vezes, posteriormente ajustado – para maior adequação à lei e a princípios – pelas instâncias superiores do Judiciário.

A Lei de Improbidade possui três seções importantes. A Seção 1, com seu artigo 9º, refere-se aos atos de improbidade que importem em enriquecimento ilícito. A Seção 2 refere-se aos atos de improbidade que causem prejuízo ao erário e, ainda, a Seção 3, que cuida dos atos que atentem contra os princípios da administração pública.

Já o artigo 12 prevê a aplicação da suspensão dos direitos políticos, quando temos a imputação pela norma como sanção. E, neste ponto, eu faço uma distinção, com todas as vênias do entendimento do Ministro Caputo Bastos. Entendo que há uma diferença clara entre sanção, que é punição ou castigo, e a inelegibilidade, como falta de uma condição ou da aptidão para determinado evento ou tarefa.

Portanto, faço aqui um aparte para comentar que a elegibilidade é aplicada em várias outras atividades das pessoas, como, por exemplo, a inscrição de algum interessado em concurso público, a participação em licitações, a inscrição em colégios e faculdades e, até mesmo, a participação em competições esportivas, como é o caso de competições de alto rendimento, como as Olimpíadas. Com efeito, não basta ao cidadão querer competir num evento dessa importância para o esporte, deve ele apresentar-se munido dos documentos que comprovem que cumpriu os requisitos de seleção realizados previamente, bem como outras exigências que o evento determinar. O mesmo ocorre quando alguém vai se inscrever numa faculdade. Essa pessoa deve mostrar-se apta à

realização da matrícula, demonstrando que se sagrou merecedora por meio das notas obtidas e da conclusão das etapas anteriores de sua educação.

No caso da elegibilidade para fins eleitorais, que aqui estamos tratando como inelegibilidade, significa a falta de um ou mais requisitos previstos na legislação de regência (Constituição Federal e Lei Complementar n. 64/90), que resulta na impossibilidade de determinado cidadão ou cidadã credenciar-se para a disputa do mandato eletivo almejado. O próprio vocábulo “eletivo”, por si só, já expressa a possibilidade de, por via de lei – seja ela constitucional ou infraconstitucional –, fazer-se uma triagem sobre os candidatos, antes de serem declarados aptos ao recebimento do sufrágio popular. Não se trata, portanto, de sanção ou castigo, mas da falta temporária de uma condição, o que significa dizer, da aptidão legal eleitoral.

A sanção de suspensão dos direitos políticos, por sua vez, pode ocorrer como consequência de condenação por improbidade administrativa. Neste caso, afigura-se como óbice à candidatura em face de uma reprimenda judicial, que acaba por acarretar a perda de um requisito positivo, que é o pleno exercício dos direitos políticos e está previsto na Lei das Inelegibilidades.

Assim, a Lei de Improbidade tem incidência na aplicação da Lei das Inelegibilidades (Lei Complementar n. 64/90), com as alterações da Lei Complementar n. 135, a chamada Lei da Ficha Limpa, que, apesar da sua importância, tem repercutido de forma bem mais rigorosa na aferição da elegibilidade de candidatos, causando o indeferimento de registros de candidaturas, algumas vezes com alguns exageros.

Falo em exageros em face da jurisprudência firmada, no sentido da incidência da aplicação do novo prazo mais alargado (8 anos) sobre inelegibilidades já exauridas, ou seja, alcançando pessoas já sem mais qualquer restrição em razão da norma pela qual surgiu a restrição já esgotada. E até mesmo aumentar o prazo sobre inelegibilidades ainda em curso, aplicadas com base em legislação da época. Cumpre aqui ressaltar que o prazo de incidência da inelegibilidade, em muitos casos, foi objeto de avaliação e motivador da desistência de recorrer pela parte alcançada.

Outra situação que a mim causa espécie é aquela impressa na alínea ‘k’ da Lei Complementar n. 64/90, relacionada à renúncia. Com o devido respeito àqueles que pensam de forma contrária, entendo que renúncia é um direito legítimo, que muitas vezes é utilizado para interromper a exposição ou uma perseguição injusta – com repercussão na esfera pessoal e familiar. Não podemos simplesmente deixar de acreditar que a renúncia também possa ter sido utilizada sem má-fé, mas como instrumento de defesa, de

modo a se fugir de um apedrejamento moral e de exposição imprópria. Para mim, tornar isso um requisito de inelegibilidade é algo demasiado, ainda mais com essa restrição por oito anos.

Outro exemplo é a contagem do prazo na hipótese da alínea 'l'. Nesse caso, o indivíduo deve cumprir, primeiramente, o prazo de suspensão dos direitos políticos, conforme a imputação no próprio processo de improbidade administrativa. Durante o curso desse prazo, portanto, ele não pode ser candidato por lhe faltar requisito positivo (condição de elegibilidade), que é o pleno exercício dos direitos políticos. Exaurido o prazo, é que se tem o início da contagem do outro prazo, agora para a inelegibilidade. Assim, somando-se esses dois períodos, o cidadão pode ter a sua capacidade eleitoral passiva suspensa por até 16 anos – o que para mim também parece demasiado. Com efeito, diante do princípio da proporcionalidade – corolário do próprio *due process of law* –, parece-me que uma restrição tão excessiva não encontra respaldo na Constituição Federal, que deve ser sempre observada quando da aplicação da lei infraconstitucional, para não ultrapassarmos limites que incidam na ausência de razoabilidade, quanto mais quando da restrição de direitos políticos – que goza de *status* de direito fundamental por força da nossa Lei Maior.

Também merece atenção a inelegibilidade decorrente de atos de improbidade por incidência das alíneas 'g' e 'l' da Lei das Inelegibilidades, considerado o valor desses atos, que a norma impõe sejam ainda dolosos, decorrentes de irregularidades insanáveis e aferidos por decisão irrecorrível de órgão competente.

Vejam que aqui temos o cuidado do legislador com a redação da lei, que é complementar e, assim, foi autorizada pela Constituição para existir. Vejam que não basta ter apurado a ocorrência de um ato de improbidade administrativa. Segundo a norma, esse ato tem estar revestido de relevância para a restrição da capacidade eletiva do cidadão. A alínea 'l' vai ainda além, e exige que o ato de improbidade seja pronunciado por decisão com trânsito em julgado ou por órgão judicial colegiado, e que ainda seja doloso e cause dano ao erário e enriquecimento ilícito para o próprio ou para terceiros. Ou seja, todos esses requisitos devem estar conjugados para se chegar à inelegibilidade. Significa dizer que, muito embora tenha havido uma sanção contra o ato de improbidade, de acordo com a legislação de regência, para que ele leve à restrição da capacidade eletiva, mesmo na falta de aptidão para o registro de candidatura, por inelegibilidade, dever vir revestido de relevância.

Por fim, cumpre ainda dizer que a improbidade não resulta na inelegibilidade do infrator em virtude apenas de decisão da Justiça comum. Ela também pode ser aferida por meio de ação de investigação judicial eleitoral, pela figura do abuso do poder político, sem que este ainda tenha passado pelo crivo da Lei de Improbidades na esfera judicial competente. Com efeito, o abuso do poder político é comumente avaliado pela Justiça Eleitoral, e pode resultar na declaração de inelegibilidade quando apurado com base no rito do artigo 22 da Lei Complementar 64/90. Tais processos têm origem durante o processo eleitoral, resultantes da atuação de detentores do poder político contra a liberdade do sufrágio e/ou a utilização da máquina pública contra o equilíbrio de oportunidade entre os candidatos em disputa.

Assim, em vista do curto tempo de que dispunha, deixo para vocês essas breves considerações sobre inelegibilidade e improbidade administrativa, e, espero, sejam de algum valor, porque aqui estamos dialogando no sentido de que se tenha uma compreensão dos elementos e fundamentos que utilizamos na nossa Justiça Eleitoral, que tem recebido algumas críticas. Mas eu digo a todos vocês: tem dado certo, e é com ela que temos afastado do processo pessoas pouco recomendáveis para o trato de questões de interesse comum e, assim, transformado o ambiente político para pessoas com bons propósitos, que mereçam a nossa confiança.

Muito obrigado a todos vocês pela atenção.

## **Inelegibilidade e Improbidade Administrativa**

**Arnaldo Versiani**

Bacharel em Direito e em Ciências Econômicas pela Universidade de Brasília. Como advogado, atuou nos Juízos e Tribunais do Distrito Federal e nos Tribunais Superiores. No Tribunal Superior Eleitoral, foi Ministro Substituto pela classe de juristas no biênio 2006-2008, e Ministro Titular de 2008-2012, tendo sido relator de importantes processos, como a consulta sobre eventual aplicação da Lei da Ficha Limpa nas eleições 2010. É renomado palestrante em matérias de direito eleitoral.

**RESUMO:** Nesta palestra, Arnaldo Versiani apresenta noções básicas sobre o tema da inelegibilidade decorrente de rejeição de contas, introduzida pela Lei Complementar 64, de 1990, alterada pela Lei Complementar 135/2010. O Ministro faz uma análise crítica dos requisitos estabelecidos pela lei para sujeição a essa hipótese de inelegibilidade, mostrando as dificuldades encontradas pela Justiça Eleitoral no enfrentamento da questão.

Boa tarde a todos. É um horário e um dia meio ingrato, mas vejo que o auditório até está bem cheio. Uma sexta-feira, duas e meia, após o almoço. Por isso, então, eu e o Joelson procuraremos encurtar ao máximo, porque há inclusive outros painéis em sequência para o aprimoramento de vocês.

Não sei o perfil do público, não fui informado se são todos bacharéis ou estudantes. Não sei se já têm algum contato, alguma experiência própria com direito eleitoral, com os processos eleitorais, se assistem à TV Justiça, se já assistiram, antigamente, principalmente, os grandes debates que aconteceram, pelo menos nas eleições de 2010, a respeito da aplicação da Lei da Ficha Limpa, e também nas sessões do Supremo.

Por isso, procurarei dar algumas noções básicas a respeito desse tema que é objeto do nosso debate hoje – rejeição de contas –, a partir de alguma experiência que já tive de, pelo menos, ser advogado eleitoral e ter funcionado perante o Tribunal Superior Eleitoral por cerca de seis anos.

É interessante observar que essa forma de inelegibilidade, ou seja, inelegibilidade decorrente de rejeição de contas, surgiu com a Lei Complementar 64, de 1990. Até então, pelo menos antes da década de 70, todas as inelegibilidades eram previstas diretamente no texto constitucional. Essa situação se alterou a partir de uma determinada emenda constitucional, e leis complementares começaram a surgir criando, alterando e estabelecendo novas regras, novas hipóteses de inelegibilidade.

A Lei Complementar anterior, LC n. 5, não incluiu, entre as inelegibilidades, essa decorrente de rejeição de contas, que surgiu, como eu disse, com a Lei Complementar 64/1990.

E, na época, foi uma das grandes novidades. Acho que tivemos, talvez, uma ou outra que falasse também daquele que tivesse trabalhado em estabelecimento de crédito e que ficasse inelegível durante um certo período, até entidades que sofressem liquidação judicial ou extrajudicial. A rejeição de contas prevista na letra “g” do inciso I do art. 1º da Lei Complementar 64/1990 realmente é uma novidade.

E qual é essa novidade?

De que aquele que devesse prestar as suas contas, se tivesse essa prestação de contas rejeitada, ficaria sujeito a essa hipótese de inelegibilidade, desde que ocorressem três requisitos simultaneamente.

O primeiro, que o órgão que rejeitou as contas dessa pessoa fosse o órgão competente para apreciar essa prestação de contas.

O segundo, que essa decisão que rejeitou fosse uma decisão irrecorrível.

E o terceiro requisito, que até então existia, era o de que essa irregularidade que deu origem à rejeição de contas fosse insanável.

Então, esses três foram os primeiros requisitos. Essa novidade foi introduzida em 1990 e, desde então, a jurisprudência eleitoral vem procurando dar mais ou menos uma forma ou um contorno de como essa hipótese de inelegibilidade se configura. E talvez, até hoje. Desde 1990, são 24 anos já de aplicação dessa alínea, e a gente pensa sempre que, em matéria eleitoral, quanto mais antigo, mais fácil fica a interpretação. Infelizmente não é propriamente isso que acontece e a justificativa para isso talvez não sejam só alterações legislativas, mas também, e talvez principalmente, a própria alteração da composição da justiça eleitoral.

Não sei se vocês têm conhecimento profundo sobre isso, mas, salvo os juízes eleitorais – que são de carreira, mas têm origem na justiça estadual –, a composição dos tribunais regionais eleitorais e do Tribunal Superior Eleitoral é dividida entre categorias

que compõem tanto um quanto o outro. E essas categorias são móveis, ou seja, os ministros, ou juízes, ou desembargadores que compõem a Justiça Eleitoral ficam por determinado período, um biênio, podendo ser reconduzidos por mais um biênio no máximo.

Então, às vezes, até pode acontecer de, em um estado, haver a curiosidade de alguém que tenha funcionado, por exemplo, como jurista ou como advogado e que tenha composto o Tribunal Regional Eleitoral daquele estado e possa vir a compô-lo também como juiz de direito e, ainda, eventualmente, como desembargador, se ele for para o Tribunal de Justiça.

Mas, em regra, o que nós temos geralmente são pessoas que ocupam um mandato por dois anos, podendo ser reconduzidas por mais dois.

Então, é natural que cada uma dessas pessoas pense de forma diferente. Por isso, dificilmente se mantém a jurisprudência eleitoral por um período muito grande.

A gente até brinca, nós que advogamos muito na justiça eleitoral, e que trabalhamos nela, que, por favor, quando vocês se dedicarem ao direito eleitoral não escrevam um livro sobre direito eleitoral ou sobre jurisprudência, porque vocês correm o risco de que esse seu livro seja todo perdido na eleição subsequente.

E olha que nem estamos falando de eleição de quatro em quatro anos. Nem de dois anos em dois anos. A jurisprudência, principalmente a do Superior Tribunal Eleitoral, não se conserva durante esse curto espaço de tempo. Inclusive temos alguns casos mais recentes da própria aplicação de algumas inelegibilidades da Lei da Ficha Limpa que não se sustenta.

No Tribunal, por exemplo, participei de três eleições – 2008, 2010 e 2012. Na de 2010, a Lei da Ficha Limpa sobreveio e não foi aplicada porque o Supremo só veio a decidir que não se aplicava às eleições, senão me engano, em abril de 2011, embora o Tribunal Superior Eleitoral a tenha aplicado durante esse período eleitoral por várias vezes.

Então o Tribunal Eleitoral esgotou todos os processos sob a suposição de que a Lei da Ficha Limpa incidia. E também em 2012, eu saí logo depois da eleição, vi, com felicidade ou com infelicidade, que várias jurisprudências que tínhamos firmado em relação a pontos determinados – por exemplo, de prazos, de contagem de inelegibilidade de oito anos, a partir de um dado momento, se prevalecia para os oito anos ou só para eleições que ocorressem até determinada data – nem para a própria eleição de 2012 essa jurisprudência se manteve.

Como eu estava dizendo, a jurisprudência não vale para dois anos. Às vezes, muda até na própria eleição. Há casos em que a jurisprudência muda no curso do processo eleitoral.

Pelo menos na época que eu me lembro, um dos maiores balizamentos que a Justiça Eleitoral tinha nessa parte de jurisprudência era o seguinte. Jurisprudência que valeu para um pleito e que está valendo para aquele pleito, certa ou erradamente, prevalece até o final dele, até para evitar que candidatos possam sofrer uma solução de continuidade em relação aos seus processos de registro ou a qualquer um, e que os adversários ou eventuais companheiros de chapa não tenham sofrido o mesmo tipo de situação, ou seja, criaria hipóteses de desigualdades para o mesmo pleito eleitoral.

Mas, infelizmente, a partir, eu acho, da primeira eleição de que eu participei, a jurisprudência do Tribunal se alterou no próprio curso do processo eleitoral em caso de rejeição de contas de uma determinada hipótese. Até, curiosamente, o Doutor Joelson, um dia foi advogado de um caso de Londrina, que nós tivemos em 2008, numa hipótese de rejeição de contas.

Enfim, tratando especificamente do quadro geral quanto à rejeição de contas, como eu disse, essa era a situação a partir dos anos 90, com esses eventuais atropelos de jurisprudência no sentido de interpretação propriamente daquilo que seriam esses três requisitos: competência do órgão, decisão irrecorrível e irregularidade insanável.

Quanto à competência do órgão, vocês podem imaginar o seguinte: Por que esse fulano está falando sobre competência do órgão? Ou o órgão é competente ou ele é incompetente. Quer dizer, se ele não é competente para rejeitar as contas do eventual interessado à candidatura, essa decisão não vale nada, pronto, “favas contadas”.

Mas, entre umas dessas hipóteses típicas de discussão de competência, temos algumas situações. Por exemplo, a competência do próprio Poder Executivo para julgar contas de determinados administradores.

Há ainda a competência de Tribunais de Contas estaduais e do Tribunal de Contas da União para também apreciar contas de determinados administradores – e uma competência, talvez a sobranceiro dessa outra, que é exatamente aquele órgão que aprecia as contas dos chefes do Poder Executivo, tanto de prefeitos municipais, quanto de governadores de estados, quanto do Presidente da República.

Essa competência, exatamente por se tratar de chefe do Poder Executivo, não é atribuída aos Tribunais de Contas, seja do estado, seja da União, porque os Tribunais de Contas são meros órgãos auxiliares – a palavra não é propriamente “meros”, não são

meros órgãos auxiliares, mas são órgãos auxiliares, que, apesar do nome de Tribunal, integram o Poder Legislativo.

Então não seria razoável que um chefe de poder fosse julgado por alguém que não fosse exatamente o chefe desse poder, que, no caso, ou é Assembleia – a Câmara dos Vereadores, a Câmara Municipal ou Assembleia Legislativa do estado – ou o Congresso Nacional.

Mas, por incrível que pareça, é um tema que tem suscitado controvérsias até hoje, especialmente a partir das eleições de 1990. Até 24 anos depois, é a mesma questão que se debate de dois em dois anos a cada eleição, ou seja, saber quem é o órgão competente para apreciar especialmente contas de prefeito. Porque, nessa hipótese da alínea "g", o que vemos, em regra, de aplicação disso, é sempre, nos mais das vezes, rejeição de contas de prefeito. Se fizéssemos um levantamento nos processos que a Justiça Federal recebe, em regra são contas prestadas por prefeitos, com o parecer prévio contrário do Tribunal de Contas do estado ou rejeitadas pela própria Câmara Municipal.

Então, em regra, são basicamente contas rejeitadas do prefeito. Daí essa questão ficar sempre sendo discutida.

Aqueles que estudam essa parte de prestação de contas de prefeitos, talvez as dividam entre "contas individuais" ou "localizadas" – que são contas de ordenança de despesa, de contratos, convênios, qualquer outra forma de contratação que o prefeito faça, e que assine contrato –, e "contas globais" – aquelas contas que ele presta a cada ano – e quanto a essas contas, não há dúvida nenhuma, são encaminhadas para o Tribunal de Contas do Estado – ao não ser que haja Tribunal de Contas do Município –, que emite um parecer prévio encaminhado para a Câmara, para os vereadores.

A dúvida está quando o prefeito assina um contrato qualquer, e esse contrato é submetido individualmente ao Tribunal de Contas, que não emite um parecer prévio e determina a devolução de dinheiro, impõe multa ou outra sanção ao prefeito. E o que nós vemos é a discussão basicamente de se saber se, nessa hipótese, a competência seria da Câmara Municipal ou se seria do Tribunal de Contas.

Em 1992, ou seja, há vinte e dois anos, o Supremo Tribunal Federal decidiu que, mesmo nessa hipótese de ordenador de despesas, a competência é ainda da Câmara dos Vereadores, de acordo com o art. 32, "parágrafo qualquer coisa", da Constituição, ou 31 e alguma coisa, que determina que é exatamente o Poder Legislativo, através da Câmara dos Vereadores, o competente para apreciar as contas do prefeito, independentemente da natureza delas.

Como eu disse, toda essa questão, de dois em dois anos, volta ao debate e, na última eleição, se eu não me engano, de 2012, ela foi novamente discutida e houve, inclusive, alternativa de uns dos ministros, que ainda acompanha o Tribunal hoje, de fazer uma espécie de meio termo, no sentido de que, se o parecer prévio, por exemplo, foi pela rejeição das contas do prefeito, esse parecer subsistiria com efeito de inelegibilidade, até que a Câmara dos Vereadores apreciasse. Se apreciasse e mantivesse o parecer prévio, as contas estariam em definitivo rejeitadas, mas, se aprovasse rejeitando o parecer prévio, ele se tornaria elegível. Mas, no caso, esse entendimento não vingou. A maioria do Tribunal entendeu que não prevalecia o entendimento do Supremo Tribunal Federal antigo.

Contudo, se não me engano, há um recurso extraordinário, pendente de julgamento, em que foi reconhecida, inclusive, a repercussão geral, no sentido de discutir de novo qual é o órgão competente para estabelecer as contas dos prefeitos.

Nesses casos de competência de Tribunal de Contas, o que se alega geralmente, para estabelecê-lo como órgão competente nessa hipótese específica, é que o julgamento da Câmara dos Vereadores é político.

Mas, na verdade, essa não é propriamente a discussão. A discussão realmente se dá em torno daquilo que constitui o requisito para inelegibilidade, que é a competência do órgão. Se o julgamento da Câmara dos Vereadores é político ou não é político, se ele examina o parecer prévio, rejeita sem fundamentação por dois terços, ou se há um parecer, por exemplo, da comissão de finanças que recomenda aprovação ou rejeição, não importa.

De qualquer sorte, é apenas um parecer do Tribunal de Contas em hipótese que é submetida à competência exclusiva da Câmara dos Vereadores, política ou não, fundamentada ou não. Dessa forma foi que a Constituição Federal determinou.

Então, o que eu entendo – sempre entendi assim – é que a competência não se discute. Mas, como falei, não vou escrever um livro, também não vou escrever nenhum artigo sobre isso, porque é possível que, para as eleições de 2014, a situação seja diferente.

Nas eleições agora de 2014, são tantos prefeitos assim que se lançam. Geralmente eles são candidatos à reeleição ou de prefeito ou candidato, se houver aliança, então, pelo menos nas eleições estaduais e federais, não há muitas hipóteses dessas de alínea “g” em relação à competência, mas sempre acontece.

Pode ser que algum prefeito resolva se desincompatibilizar, por exemplo, e se candidatar a Deputado Federal ou a Senador, e ele já tem previamente algum parecer do

Tribunal de Contas dizendo que não seria adequado, que ele não poderia concorrer exatamente por incidir essa hipótese de inelegibilidade a pretexto do Tribunal de Contas.

Uma outra hipótese de competência que isso exclui – nesse caso a competência da Câmara dos Vereadores – são os convênios, ou seja, a Justiça Eleitoral entende que, se o prefeito de um determinado município firma um convênio diretamente com o estado ou com a União, aí sim ele está sujeito à competência própria do Tribunal de Contas enquanto órgão competente para examinar essas contas, seja através do estado, seja através da União, exatamente porque essas contas não são encaminhadas para a Câmara dos Vereadores.

Ou seja, esse exame de contas se esgota na competência do Tribunal de Contas, que decide se as verbas do convênio foram bem ou mal aplicadas, e se a prestação de contas deve ser aprovada ou rejeitada.

Eu confesso que, quando eu entrei no Tribunal, me senti um pouquinho animado e discuti algumas hipóteses diferentes. Por exemplo, de que verbas de convênios – ou da União ou do estado –, se fossem transferidas sem uma obrigação maior de prestação de contas, e fossem incorporadas à municipalidade como verbas do próprio município em si, ficariam desvinculadas da União e do estado. Nessa hipótese, também a competência seria da Câmara dos Vereadores e não do Tribunal de Contas.

Mas o número de processos era muito grande, e acho que seria fragorosamente derrotado nessa tese. Então, por ora, o que prevalece é o seguinte: quando se trata de verba de convênio, a competência não é da Câmara dos Vereadores – em se tratando de prefeito municipal –, e sim do Tribunal de Contas – ou estadual ou da União.

O outro requisito – irrecorribilidade – também era para ser tranquilo. Tudo na lei é tranquilo quando a gente estuda direito, e quando a gente vai aplicar tudo parece ser fácil. Ainda tem aquele velho brocardo que diz “em texto claro de lei cessa a forma de interpretação”, e o que a gente vê é que, quanto mais claro é o texto da lei, mais discutida é a sua interpretação.

E também vocês vão dizer “poxa, basta; se é irrecorrível, é irrecorrível e ponto final”. Mas a questão está em saber, então, quando é irrecorrível essa decisão de contas? É claro que, quando estamos tratando, por exemplo, de contas de chefe do Executivo, essa hipótese não existe, porque se estabelecemos como premissa que a competência é da Câmara Municipal, da Assembleia e do Congresso Nacional, uma vez que esses órgãos tenham decidido a prestação de contas e rejeitado, o assunto morreu, quer dizer, não há nenhum órgão acima desses do Poder Legislativo a quem se possa recorrer. Pode-se,

evidentemente, questionar a rejeição de contas perante o Poder Judiciário, mas não no âmbito administrativo – dentro do Poder Legislativo, não há um órgão superior a esses.

Então essa hipótese de irrecorribilidade é muito discutida nos casos de rejeição de contas de Tribunal de Contas, seja do estado ou de município, seja do Tribunal de Contas da União, e por isso que eu estava lembrando o caso em que eu me referi ao Doutor Joelson de Londrina, que é uma hipótese bem peculiar, porque os tribunais de contas, eu não sei se vocês estão habituados a essa sistemática de recursos, possuem alguns recursos que têm efeito suspensivo e outros que não têm efeito suspensivo.

Por exemplo, um caso que tem efeito suspensivo é, em regra, o recurso de reconsideração. Quando o Tribunal de Contas decide rejeitar as contas de alguém, se cabe o recurso de reconsideração, e se ele é interposto no prazo, ele automaticamente tem o efeito suspensivo.

Um outro a que se dá também o nome, em determinadas categorias, é um pedido de reexame que assume o contorno próprio de recursos de reconsideração.

Mas nós temos, por exemplo, outras hipóteses de pedido de revisão, que, para justificar, entende esse pedido de revisão assumiria afeição de uma ação rescisória. E esse pedido de revisão pode ser interposto ou apresentado num prazo longuíssimo, variando de acordo com cada regimento interno ou lei orgânica de município ou de estado, até cinco anos.

Então, como ação rescisória, perante o processo civil, não suspende os efeitos da decisão. Sempre se entendeu que esse pedido de revisão não suspenderia, e, portanto, a decisão a partir daí, embora recorrível na teoria, mas o recurso não tendo efeito suspensivo, valeria a eficácia da inelegibilidade da letra “g”.

Ou seja, o candidato, nesse caso, teria suas contas rejeitadas para fins dessa inelegibilidade mesmo tendo recorrido, mas cujo recurso não tivesse efeito suspensivo.

A dúvida que sempre surgiu nesses casos de pedido de revisão era quando o próprio Tribunal de Contas dava, por exemplo, uma liminar. Quando eu estudava direito, na ação rescisória não cabia absolutamente nada, quer dizer, ação rescisória não suspendia de forma nenhuma a execução da decisão rescindenda, não cabia liminar, não cabia esperneio, não cabia, enfim, bulhufas, mas, depois, com o passar dos anos a jurisprudência foi entendendo que cabia também algum pedido de cautelar, até no próprio processo civil, para dar eficácia suspensiva à ação rescisória.

E daí os Tribunais de Contas passaram aplicar também da mesma forma isso para os processos que funcionavam perante eles, e passaram, então, assim que esse pedido de

revisão era apresentado, a requerer administrativamente liminares. É a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral pelo menos até 2008.

Ou seja, de 1990 até 2008, sempre foi no sentido de que essas liminares eram válidas, isto é, se o próprio órgão administrativo, o Tribunal de Contas, diante de um pedido de revisão, ele entendeu que esse pedido de revisão tinha o efeito de suspender a eficácia da decisão que rejeitou as compras, seria válida essa decisão perante a justiça eleitoral,

E assim funcionou até 2008. E no próprio processo eleitoral de 2008, num caso de Londrina, o Tribunal Superior Eleitoral mudou essa jurisprudência, entendendo que, se essa liminar foi dada pelo próprio Tribunal de Contas, ela não teria essa mesma eficácia.

Em 2010, essa situação mudou um pouco, porque a redação desse dispositivo foi alterada e passou a incluir “salvo se anulado ou suspenso pelo Poder Judiciário”, o que dá até mais força a essa decisão do Tribunal Superior Eleitoral, dizendo que não pode o próprio órgão administrativo, mas apenas uma decisão anulatória ou suspensiva do próprio Poder Judiciário.

Eu participei desse julgamento em que se mudou a jurisprudência e fiquei vencido. Acho que eu e o Ministro Marcelo Ribeiro ficamos vencidos. O Ministro Marcelo Ribeiro, entendendo que a liminar era válida, e eu, entendendo que a liminar era inválida. Mas eu entendia que, se era a jurisprudência até então, ela deveria prevalecer até 2008. Na eleição de 2010, se fosse o caso, dependendo da composição da justiça eleitoral, que se buscasse rever esse entendimento.

Mas esse não foi o entendimento da maioria, que era de que a liminar não seria válida, então a jurisprudência se alterou para dizer que a liminar, nesses casos, não seria válida, e até hoje em dia é corroborada pela própria nova redação da alínea ”g”. Não sei, Joelson, se continua havendo alguma discussão.

Se bem que há, sim O problema da velhice é isso, a gente vai esquecendo os casos de que a gente participou. Mas, se não me engano, até na própria eleição de 2012, houve um caso com tese semelhante à de Londrina, ou seja, o Tribunal de Contas deu uma liminar e, se não me engano, o julgamento já estava se encaminhando. Agora também teve?

**Doutor Joelson Dias** – Nós estamos vivendo exatamente a mesma situação em que o Tribunal volta a discutir a questão do recurso de revisão. A grande polêmica é: o que é o recurso de consideração, e o que é o recurso de revisão. Quem lida com o Tribunal de Contas já mais ou menos convencionou que o recurso de reconsideração, enfim, é o

primeiro recurso cabível da primeira decisão desfavorável, é natural que se tenha um efeito suspensivo.

O recurso de revisão e que se passou a entender, já de muito tempo que é como se fosse uma ação rescisória. Então, por isso que se admitiria que essa decisão irrecorrível do Tribunal de Contas seria, na verdade, a decisão do recurso de reconsideração, e não se poderia falar a mesma coisa no que diz respeito ao recurso de revisão, por conta desses efeitos de ação rescisória.

Mas o que a gente vê ultimamente o Tribunal mesmo nesses recursos de revisão desde que se tenha um provimento liminar do próprio Tribunal de Contas, admitir o afastamento da inelegibilidade. Ou seja, no meu entendimento, salvo qualquer manifestação contrária, que eu respeito, o Tribunal voltou ao estado anterior do famoso RO.

**Doutor Arnaldo Versiani** – Eu não sei. Pelo menos no último julgamento de que participei, não sei se em outubro ou novembro de 2012, essa questão voltou à tona e, por uma maioria escassíssima, quatro votos a três, foi mantido o entendimento de que a liminar não teria eficácia. Então não sei se, mais recentemente, em algum outro caso, o que prevalece.

**Doutor Joelson Dias** – Se você me permite, pode ser que tenha alguém depois anotando, isso está no RESP 31003 - Relator Castro Meira, concluiu agora com o Ministro João Otávio de Noronha.

**Doutor Arnaldo Versiani** – Ou seja, mais do que recente.

**Doutor Joelson Dias** – Bem recente. E depois tem uma manifestação ainda mais recente, pelo menos nos votos do Ministro Marco Aurélio e do Ministro Henrique, e da Ministra Luciana, se eu não me engano, também, no RESP 20417 - Relator min. Marco Aurélio, agora a Ministra Laurita Vaz, em 31 de março de 2014.

**Doutor Arnaldo Versiani** – O que se demonstra, na verdade, é que, primeiro, não existe nada de pacífico na jurisprudência eleitoral e, segundo, que, infelizmente, o Tribunal Superior Eleitoral não tem respeitado o que vale para o próprio pleito. Porque são decisões relativas à eleição de 2012 – provavelmente essa que você citou, não é Joelson? Quer dizer, uma jurisprudência que vinha de 1990 até a 2008 foi mudada para 2008, e deve ter vigorado só para 2010, nos dois anos seguintes, para 2012, não se sabe se é mantida ou mudada.

**Doutor Joelson Dias** – Me permite, Arnaldo? O que eu tenho percebido é o seguinte: até as eleições, o Tribunal preserva o entendimento, ainda que conclua que

haveria outra alternativa para aquele entendimento a que chegou, depois das eleições. Até porque, vez por outra, tem uma mudança na composição da Corte e acaba havendo essa “virada de jurisprudência”, vamos dizer assim.

Ao meu ver, um desprestígio com a segurança jurídica, que foi exatamente o que aconteceu no caso de Londrina. O seu entendimento até era idêntico ao que prevaleceu na Corte no sentido de que, realmente, a decisão do próprio Tribunal de Contas não deveria valer para suspender os efeitos da inelegibilidade,

Mas acabou dizendo “não posso mudar agora, ainda nas decisões dessas eleições específicas de 2008 esse entendimento por força da segurança jurídica. Então é isso que me parece que tem sido às vezes violado.

**Doutor Arnaldo Versiani** – E no caso de Londrina, o mais grave, se não me falha a memória, é que já estávamos no segundo turno. Quer dizer, esse candidato estava participando do segundo turno e foi excluído. E foi feito um outro turno? Um terceiro?

**Doutor Joelson Dias** – Não. Ele venceu efetivamente as eleições nos dois turnos, depois, por força da decisão do TSE, o segundo e terceiro colocados disputaram, então, um outro turno.

**Doutor Arnaldo Versiani** – Quer dizer, continuo convencido realmente de que não se pode mudar a orientação, exatamente por causa de segurança jurídica. O que a gente vê, na verdade, na prática, como o Joelson estava dizendo, é que, até a data das eleições, a jurisprudência vai seguindo mais ou menos tranquila. O problema é que, quando terminam as eleições, o Tribunal já não está diante de candidatos, mas sim de um candidato eleito. Geralmente, em eleição municipal, os recursos são julgados pelo TSE, provavelmente depois das eleições.

Quer dizer, se não todos, pelo menos uma grande parte é julgada depois das eleições e, às vezes, cede-se um pouco no sentido de se tratar de um candidato eleito, dependendo da jurisprudência, pode-se modificá-la. Até considero isso muito boa vontade no sentido de prevalecer a vontade das urnas, é até razoável, mas o que eu realmente não considero, e continuo não considerando razoável, é mudar a orientação. Você não pode mudar. Geralmente a gente vê muitas pessoas falando em segurança jurídica, e são essas mesmas pessoas que, depois, participam de julgamento e alteram as regras dos jogos.

Acho que, em matéria de eleição, a única regra do jogo é esta: o que existe há um ano antes da eleição e ponto final, mesmo no caso do julgamento da Lei da Ficha Limpa.

Fui considerado um grande defensor da Lei da Ficha Limpa na época, em 2010, porque, quando o TSE julgou a primeira consulta, que era para saber se a Lei da Ficha

Limpa se aplicava ou não, eu apenas ressalvei meu ponto de vista, dizendo que, para mim, ela não se aplicava, porque ela não respeitava o prazo de um ano antes das eleições, e para mim esse prazo de um ano antes das eleições se aplica para tudo. Não é só para inelegibilidade, é para prestação de contas, para propaganda, para filiação, seja o que for, a regra do jogo é essa. A Constituição diz que o que está a um ano da eleição deve prevalecer e, durante a eleição, com maior razão ainda.

Mas, diante do que o Supremo já havia decidido para outras leis – não é Joelson, a Lei 11.300, de 2006? –, se não me engano era de maio, eu acho que até a própria lei de captação e sufrágio tinha sido de agosto, que eles aplicaram para o pleito logo seguinte.

Quer dizer, havia tantas decisões do Supremo dizendo que as leis se aplicavam para o pleito imediatamente seguinte, ou seja, sem respeitar o prazo de um ano, que eu procurei ressaltar meu ponto de vista. Acho que o Ministro Marcelo Ribeiro também, embora depois ele tenha passado a ficar vencido em todos os casos, mas nós ressalvamos o nosso ponto de vista.

Então, o que eu observo, nessa parte de jurisprudência pelo menos é assim, um ano antes da eleição essa é a regra e não se pode mudar depois, como aconteceu no caso de Londrina, como aconteceu no caso de prefeitos itinerantes, a cada eleição no curso do processo eleitoral altera-se a regra do jogo sem se respeitar a igualdade de condições entre os candidatos.

Outro requisito sobre o qual eu gostaria de dar umas rápidas pinceladas é o de irregularidade insanável, que, na época, era o grande *calcanhar de Aquiles* que a Justiça Eleitoral tinha. Aí vocês vão dizer de novo: o que é irregularidade insanável?

É aquela que não pode ser sanada, então, quer dizer, até aí morreu. Um ponto fácil. A dificuldade está em saber realmente o que pode ser sanado e o que não pode ser sanado.

Por exemplo, sempre teve uma grande discussão sobre a regra da Constituição que prevê a aplicação de percentuais mínimos em educação e saúde. O município tem que aplicar 25% das verbas para educação, para a saúde, e nenhum município aplicava nada disso. No TSE ou nos Tribunais Regionais Eleitorais, se dizia: “mas ele cumpriu 24,5%, ou ele cumpriu 21”, não sei o quê”.

Então era mais num sentido programático do TSE, que entendia que era dessa forma: “não, ele fez o possível, pegou uma prefeitura quebrada, foi crescendo com o passar dos anos”. E nunca se dizia que ele não cumpriu o requisito. Era uma irregularidade insanável, até porque ele já não aplicou anteriormente esse percentual. E isso aconteceu

em 2008, da mesma forma como aconteceu nesse caso de Londrina, e nós mudamos a jurisprudência. Felizmente, naquele caso, mudamos a jurisprudência para entender que, a partir de agora, o prefeito vai ter que cumprir, quer dizer, ou está escrito na Constituição que ele tem que aplicar 25% ou não está. Então, se está previsto e ele não aplicou, ele está inelegível, porque não cumpriu; se ele teve as contas rejeitadas porque não aplicou os 25%, essa irregularidade é insanável.

Nós mudamos a jurisprudência, mas dissemos o seguinte: não vale para 2008, até 2008 prevalece o entendimento anterior e, a partir das eleições de 2010, o entendimento será o novo. Mas aí mudou a redação da letra "g" e o tormento da justiça eleitoral em decidir o que constitui irregularidade insanável.

De uma certa maneira, até facilitou o trabalho da Justiça Eleitoral com a criação de outro requisito que incluiu entre esses. Falava que os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável, eles incluíram, que configure ato doloso de improbidade administrativa.

A Justiça Eleitoral já tinha uma grande dificuldade de entender o que era irregularidade insanável, sempre ficava numa zona cinzenta.

Por exemplo, prestação de contas. Se um administrador não prestava contas, isso era uma irregularidade insanável ou sanável?

Então sempre tinha essa discussão, eu sempre me filiei ao seguinte: ele não prestou contas, ele pode prestar a qualquer tempo, se ele prestar, pode ser sanado, evidentemente, ou seja, é uma irregularidade sanável. É claro que depois isso foi mal interpretado por outros julgados no sentido de que alguns pensavam que contas não prestadas nunca configurariam inelegibilidade, mas configuram a partir do momento em que o candidato se apresentou para as eleições e não prestou contas.

É claro que podem ser prestadas a qualquer tempo, desde que ele preste e, eventualmente, o órgão não rejeite.

Agora o que não pode prevalecer é essa ausência de prestação de contas indefinida. Nessa hipótese, isso se configurava, mas aí se introduziu essa nova característica de configuração de ato doloso de improbidade administrativa.

Acho que tivemos pouquíssimos casos, pelo menos que eu me lembre, como não se aplicou para as eleições de 2010, de 2012 a eficácia desta alínea, se é que a gente pode chamar de eficácia moralista, no sentido de excluir aqueles que fizeram alguma malversação ou desvio de recursos públicos,

Isso completamente se apagou e, por isso mesmo, que a gente, de vez em quando, comenta que a Lei da Ficha Limpa só veio para moralizar as eleições, nessa parte da alínea “g”. Se ela teve algum propósito, é para desmoralizar a aplicação dessa inelegibilidade, que até então, de certo modo, era talvez a alínea que mais representava.

Eu não estou julgando se as contas do prefeito ou do administrador foram bem ou mal rejeitadas, eles que recorram ao Poder Judiciário para discutir essa eventual rejeição.

Mas, no caso, com a introdução desse novo requisito, aí mesmo é que a gente não tem mais condições de decidir o que configura irregularidade insanável e caracteriza ato doloso de improbidade administrativa. Por quê? Nenhum Tribunal de Contas, nenhum órgão administrativo diz se o ato do candidato, por exemplo, daquele que teve as contas rejeitadas, foi culposo ou foi doloso.

Já é a primeira dificuldade. E, então, a partir daí, não se consegue descobrir se ele tinha condições de sanar ou não, ou qual foi a intenção dele.

Por exemplo, na ocasião em que eu compunha ainda o Tribunal, um candidato desviava verbas de convênio, recebia uma verba de convênio para comprar tantos litros de leite e pegou essa verba e, ao invés desses litros de leite, ele comprou várias cestas básicas.

O próprio candidato, na época, se defendeu dizendo que, na cesta básica, tinha leite. Então, quer dizer, recebeu a verba para comprar leite e na cesta básica tinha leite, pena que na cesta básica tinha também um pouquinho de cachaça. Acho que ficou identificado na ocasião que tinha também, como um certo estímulo, talvez, e leite devia estar um pouco talhado, talvez, a cachaça foi para isso.

Lembro-me de outro caso, em que um administrador recebeu verbas de convênio para reformar uma escola, a verba de convênio demorou tanto para sair, que ele já tinha consertado essa escola. Então, o que ele fez?

Pegou essa verba e foi consertar outra escola ou foi construir estádio de futebol, imaginando que viesse uma copa do mundo por aí, alguma coisa desse tipo. Isso configura uma irregularidade insanável – na época, pelo menos, quando eu estava no Tribunal, entendeu-se que sim –, mas também por escassa maioria.

Ou seja, a pessoa recebeu a verba para uma finalidade, se essa verba de convênio não se presta mais, aquela finalidade já foi atingida com verbas municipais, o que cabe a ela fazer?

Devolver essas verbas para o órgão conveniente. Só que a gente sabe que ele não vai devolver. Quer dizer, quando a gente recebe um dinheiro dificilmente o devolve, e

demora tanto, a não ser alguns que encontram milhares pela rua e acabam devolvendo, mas ninguém devolve dinheiro.

O prefeito municipal sabe que é tão difícil encontrar verba pública que ele usa esse dinheiro para outra finalidade. E não estou criticando isso. A questão, na época, pelo menos no meu ponto de vista, era extremamente técnica: recebeu as verbas para essa finalidade e não aplicou. Isso implicou desvio, e é insanável. Agora, com essa nova regra de configuração de ato doloso, evidentemente que isso que eu pensava podem esquecer. Eu não posso nunca, salvo a cesta básica com um pouquinho de cachaça.

Outra hipótese de desvio de uma verba de convênio. Por exemplo, ao invés de reformar escola A, reformou a escola B. Desde que se comprove ao Tribunal de Contas, seja da União seja do estado, que aquela verba foi utilizada para aquela finalidade específica, como é que se vai dizer que houve improbidade administrativa?

E ainda, como é que se vai dizer que teve o dolo de praticar esse ato ímprobo. De novo, eu não digo com felicidade ou com infelicidade, eu acho que apenas a legislação, nessa alteração que fez da alínea "g", talvez tenha, como eu disse no início, facilitado o trabalho da Justiça Eleitoral. E pelo menos até onde eu fiquei, as eleições de 2012 – não me recordo de algum caso, salvo aqueles mais graves, que configuraria ato doloso de improbidade administrativa. Acho que, no mais das vezes, todos os candidatos escaparam.

Outra questão do final dessa alínea que volta ao ponto inicial que eu coloquei para vocês – não sei se vocês estão a par –, que diz que tudo isso se aplica também para os ordenadores de despesa, ou seja, essa letra "g" que veio para dar num canto e tirar do outro em relação à improbidade administrativa, de outro lado veio punir aquele prefeito ordenador de despesas.

Mas quanto à aplicação dessa parte final, o próprio Tribunal Superior Eleitoral decidiu que não se aplicaria aos chefes do Poder Executivo, e continuo convencido da razão, e fora dessas hipóteses o que existe realmente é isto: se o candidato está prejudicado por alguma decisão que tenha rejeitado as suas contas, ele que recorra ao Poder Judiciário.

Acho que o que nós víamos antigamente, antes dessa alteração legislativa, é que o candidato tinha as contas rejeitadas um ano, dois anos, três anos, quatro anos antes da eleição, e ele ia tratar de propor a ação de impugnação dessas contas às vésperas do registro.

Creio que a lei andou bem, a própria jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, que foi modificada em 2006, andou bem, no sentido de exigir uma cautelar, uma liminar para suspender a decisão que rejeitou as contas.

Enfim, era isso o que gostaria de dizer para vocês, sem prejuízo de estar à disposição para responder qualquer indagação. Obrigado.

## **Inelegibilidade e Improbidade Administrativa**

**Carlos Eduardo Caputo**

Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília, com especializações nas áreas de Direito do Trabalho e Previdenciário, Direito Financeiro Tributário, Direito Econômico e Direito Constitucional. Membro da Comissão de Juristas responsáveis pela elaboração de anteprojeto de Código Eleitoral e do Instituto Brasileiro de Direito Eleitoral – IBRADE. Ex-ministro do Tribunal Superior

Eleitoral, é autor de diversos artigos e estudos em Direito e conferencista na área de direito eleitoral.

**RESUMO:** Nesta palestra, Carlos Eduardo Caputo trata da inelegibilidade decorrente da improbidade administrativa sancionada como causa da suspensão dos direitos políticos. O Ministro faz uma análise dos termos da alínea “I”, inciso I, do artigo 1º Lei Complementar n. 64/1990, alterada pela Lei Complementar n. 135/2010, detalhando os requisitos para a configuração da inelegibilidade e seus desdobramentos.

Muito bom dia a todos! Inicialmente quero agradecer à organização, especialmente na pessoa da professora Marilda, pelo honroso convite para esse bate-papo, e dividindo a mesa aqui, com muita alegria, sob a presidência da Doutora Gabriela Rollemberg, a qual inicialmente conheci como amiga dos meus filhos e hoje posso dizer, pelo menos na minha perspectiva, que a coloco na lista das pessoas a quem quero bem e a quem eu agradeço a amizade.

De igual modo, não gostaria de iniciar sem antes registrar a alegria de estar aqui ao lado do Ministro Admar Gonzaga, que, além de um colega notável, é especialmente dedicado à matéria eleitoral, eu diria até muito mais do que eu. Tem sido um colecionador de vitórias e, por isso, hoje, tem assento no Tribunal. Embora seja uma decisão política, certamente lá estaria também se a decisão fosse por merecimento.

Devido ao adiantado da hora, sem maiores preocupações, mas querendo fazer primeiramente o registro desse agradecimento, quero dizer também que me impressiona o número de pessoas aqui presentes. E, obviamente, isso decorre da bela organização realizada pela Professora Marilda, e traz uma esperança muito grande para todos nós que militamos com direito eleitoral, no sentido de que existe um interesse, parece que cada vez maior, na sociedade sobre o tema, não só exclusivamente entre nós, bacharéis em direito, estudantes de direito. Há um interesse cada vez maior em acompanhar a evolução da legislação eleitoral e, também, porque não, da própria jurisprudência, que, ao fim e ao cabo, é exatamente aquilo que, de uma certa forma, nos dá um horizonte, o sinal, o caminho a ser seguido no que concerne à aplicação do ordenamento jurídico eleitoral.

Inicialmente gostaria de dizer, até para que não seja eventualmente mal interpretado, que tenho adotado, ou pelo menos adotei no período em que rapidamente passei pelo Tribunal Superior Eleitoral – de 2000 a 2008 – a convicção, a premissa de que devemos ter uma intervenção mínima no campo das eleições.

Sei que essa não é uma tese unânime, não sei nem se vitoriosa, mas sempre defendi e tenho defendido enfaticamente que devemos ter uma intervenção mínima no campo eleitoral, no campo das eleições.

E quando a isso me refiro, não digo apenas com relação às intervenções do Tribunal Superior Eleitoral ao editar as instruções para implementação das eleições, mas também no que concerne à atividade legislativa, através do Congresso Nacional, quando procura editar leis que, de algum modo, influenciam direta ou indiretamente no campo das eleições.

Expressada essa premissa, eu, com todo o respeito às opiniões em contrário, sempre entendi que trazer uma Lei da Ficha Limpa – em relação à qual tenho muitas reservas – significa duas coisas.

Primeiro que o Pelé estava certo – “o “Brasileiro não sabe votar” –, então nós precisamos de uma lei que diga ao povo brasileiro, do mais esclarecido ao menos esclarecido, em quem ele pode, em quem ele não pode votar.

Isso para mim é de uma arrogância tão grande, que só retrata uma maioria eventual no campo legislativo.

De igual modo, também não me contenta a intervenção a partir de uma observação que fiz uma vez para uma jornalista que se encontrou comigo na porta do Supremo e, me perguntou: “Mas Ministro, nenhuma novidade? Não tem nenhum caso, nenhum escândalo lá que o Tribunal esteja julgando?”

E eu disse: “Não, não tem”. “Ah, mas então não tem notícia?”

Eu falei: “Não, essa é a notícia, essa é a boa notícia – é não ter notícia da Justiça Eleitoral”.

Porque a gente parte do pressuposto de que os jogadores são os candidatos, a Justiça Eleitoral é o juiz e, se o juiz começa a aparecer mais que os candidatos, então alguma coisa está errada, porque quem está ali para fazer o espetáculo não são os juízes, são os jogadores.

Então, diante disso, consolidando essa premissa, que me parece importante, também gostaria de fazer essa pontuação antes de entrar no tema que nos foi solicitado: inelegibilidade e improbidade administrativa.

Recebi da Professora Marilda a orientação de que deveria encaminhar algumas reflexões para todos, reflexões que faço também sempre a mim próprio, porque nessas oportunidades a gente pode pensar em voz alta.

Ao cuidar da alínea “I”, a Professora Marilda dissecou a alínea “I” e estabelece três requisitos para incidência da norma.

Primeiro, que se trate de uma decisão transitada em julgado, ou proferida por órgão judicial colegiado; que essa decisão seja condenatória por ato doloso ao patrimônio que importe enriquecimento ilícito; que tenha sido posta pena de suspensão dos direitos políticos, desde a condenação ou o trânsito em julgado, até o transcurso de oito anos após o cumprimento da pena.

O primeiro aspecto que precisamos entender, precedente a qualquer aplicação das normas que cuidam dos requisitos para a inelegibilidade, é se essa norma é Constitucional. Porque, se formos falar em requisito, além desses aqui que decorrem do exame apurado da norma que estamos cuidando – alínea “I” –, temos que ver também se essa norma é Constitucional.

Eu pelo menos tenho alguma dificuldade com relação a esse requisito. É que essa norma fala que a sua aplicação, enquanto exige a observância de um requisito de elegibilidade, dispensa o trânsito em julgado, porque permite que esta decisão seja tomada a partir de uma decisão colegiada de segundo grau. E aí, se formos examinar a letra do artigo, vamos verificar o seguinte: os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgada, ou proferida por órgão colegiado.

E aí vem a minha primeira reflexão: é possível aplicar uma norma tendente a tirar alguém do pleito eleitoral a partir da sua mera condenação por um órgão colegiado de segundo grau?

A mim, com todo o respeito aos que pensam em contrário, me parece que não. Porque, se examinarmos o diploma legal que cuida da questão da improbidade, que é a Lei 8.492, em seu art. 9º, art. 12, melhor dizendo, estabelece exatamente as hipóteses em que a condenação por improbidade administrativa vai gerar uma sanção de inelegibilidade.

E aí também outra dúvida terrível que eu tenho a partir do momento em que o TSE, com todo o respeito, entendeu que não haveria inelegibilidade de sanção. Eu não consigo ler o art. 12 e entender que essa inelegibilidade não seja uma sanção. Como também não consigo ler no art. 22 da Lei Complementar 64/1990, que aquela inelegibilidade não seja de natureza de sanção, de punição.

Mas o Tribunal entendeu que a inelegibilidade não teria esse caráter de sanção. Mas, nesse caso específico da improbidade, me parece ainda mais grave, porque, se formos examinar o art. 12, vamos verificar que diz o *caput*: “independentemente das sanções

penais civis e administrativas”, [o termo que estou lendo, “sanções penais civis e administrativas”] está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes combinações.

E aí vem assim: “Inciso I - Na hipótese do art. 9,” que é o que cuida de enriquecimento ilícito, diz o seguinte: perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos. Oito a dez, muito bem.

Se formos examinar o art. 20, diz o seguinte: “A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória”.

Se formos ainda examinar, em face do cotejo necessário, o art. 15 da Constituição Federal, inciso III, que cuida especificamente da suspensão dos direitos políticos, vamos verificar o seguinte: é vedada a cassação de direitos políticos cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de inciso III- Condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos.

E aí é que me parece que, diante da minha perspectiva – a clareza do texto legal – eu não posso, a partir de uma mera decisão de segundo grau não transitada em julgado, ou seja, uma decisão eficaz e imutável, aplicar essa “sanção inelegibilidade” de que trata o art. 12 em face do que dispõe a alínea “I” da Lei Complementar 64/1990.

Essa dificuldade obviamente resulta do fato de que, antes do trânsito em julgado, essa decisão pode ser mudada e pode ser graduada. Eu posso ser desclassificado, por exemplo, do art. 9º, que cuida do enriquecimento ilícito. Pode-se entender que não houve, mas houve lesão ao erário, e aí nós vamos para o art. 10. Ou pode-se chegar à hipótese de que não, nada disso aconteceu e que tudo isso não passava de um ato que atentava contra os princípios da Administração Pública.

Ora, essas três hipóteses de enriquecimento ilícito têm uma graduação de pena, que diz o seguinte: “A suspensão dos direitos políticos se dará de oito a dez anos”; se for o caso de lesão ao erário, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito; e se for a hipótese do art. 11, atentar contra os princípios da administração pública, a suspensão será de três a cinco, ou seja, enquanto não fixada, com precisão imutável e eficaz.

Por ser imutável, eu não teria como aplicar essa sanção que decorre expressamente do art. 12, porque eu posso ser condenado por uma improbidade e, nem por isso, sofrer as sanções dos meus direitos políticos.

Então, eu fui localizar um caso em que, no TSE, nós julgamos e discutimos muito essa questão. É o Recurso Ordinário 811, julgado em 25 de novembro de 2004, ainda na presidência do Ministro Sepúlveda Pertence.

Nesse caso, discutimos exatamente em que medida podíamos ou não podíamos aplicar uma sanção ou exigir esse requisito de elegibilidade, se não houvesse gradação e dosimetria da pena na sentença condenatória de improbidade.

E, nesse caso, fiz questão de levar para o Tribunal o dispositivo da sentença condenatória. O que dizia o dispositivo? Não havia nenhuma menção, por mais sutil ou implícita que fosse, de que havia uma gradação da pena aplicada na sentença condenatória com relação aos direitos políticos. Eu não sabia se aquilo era de gradação mínima, de três a cinco, eu não sabia se era de gradação média, de cinco a oito, como não sabia se aquilo ali era uma de gradação máxima, de oito a dez anos, como acontece na hipótese de enriquecimento ilícito.

E aí o Tribunal teve um debate bastante acirrado, com opiniões muito bem sustentadas e, ao final, houve um pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes, que, depois de tantos debates, acabou acompanhando o meu voto no sentido de não aplicar a falta de requisitos de elegibilidade, ou não aplicar a sanção de inelegibilidade quando não havia previsão na sentença condenatória. E o tribunal, por maioria, vencido o Eminentíssimo Ministro Carlos Veloso, acabou entendendo que, nesses casos, para aplicar como requisito de elegibilidade ou como sanção de inelegibilidade, é preciso que haja na sentença condenatória a fixação da pena que foi aplicada no que concerne aos direitos políticos.

Por isso, eu insisto, não me parece que uma mera decisão sujeita a mudanças e alterações possa ser exequível do ponto de vista eleitoral, porque, como nós sabemos, a elegibilidade é a regra.

Quer dizer, a regra é de que todos nós podemos ser sujeitos passivos do voto, todos nós temos o direito de votar e de ser votado, desde que não estejamos submetidos a algum requisito não observado ou a alguma restrição decorrente de sentença judicial transitada em julgado.

Nesse ponto, eu também não tenho a menor dúvida, porque, se também formos ao art. 37, § 4º, da Constituição Federal, vamos verificar que ele também, nesse particular, não deixa margem para dúvidas no sentido de que essas decisões têm que ser firmes e imutáveis. Não basta, por isso, a meu juízo, uma mera decisão de segundo grau.

Coincidência ou não, é mais ou menos a tese que o meu filho está desenvolvendo na Espanha. Por isso, para mim, foi uma alegria, quando recebi o amável convite da Professora Marilda, verificar que eu poderia, de repente, me aproveitar de algumas ideias que estão sendo tratadas lá, embora à luz da Constituição espanhola, mas que, me parece, também à luz da Constituição brasileira, seja tendo como referência o art. 15 da Constituição Federal, seja tendo como referência o art. 37, § 4º.

A meu ver, essa norma é inconstitucional. Embora também não possamos desconhecer que, ao julgar as Ações Declaratórias 29 e 30, o Supremo Tribunal Federal, de uma certa maneira, passou por cima, entendeu que era constitucional, o que não exclui que, no caso concreto, essa questão possa ser novamente debatida, desde que se abra, obviamente, a via do recurso extraordinário, e aí com repercussão geral, etc. Ou que essa questão também possa ser eventualmente suscitada no próprio Tribunal Superior Eleitoral, a partir de um incidente de inconstitucionalidade, que, como todos nós sabemos, é possível em qualquer grau de jurisdição, seja como matéria de defesa, seja como um incidente prévio ao exame do mérito da controvérsia.

Nesse caso a que me referi, Recurso Ordinário 811, tive exatamente a preocupação de trazer à reflexão do Tribunal, a questão – fruto certamente do estudo que procurei fazer, o mais apurado possível, do processo – de que, embora seja louvável que a gente estabeleça restrições, eu entendo, nós não podemos fazer restrições e, a partir delas, ampliarmos o objeto e o limite dessas intervenções a partir de uma interpretação construtiva, que entendo, ao contrário, deve sempre se dirigir à elegibilidade e não à restrição, pois, repito, a elegibilidade é a regra e a exceção exatamente a inelegibilidade ou a falta de requisito de elegibilidade para prosseguir.

Pensei também num outro aspecto que eventualmente poderia suscitar atenção dos senhores, que foi com relação a se o tempo entre aplicação da condenação e o seu trânsito em julgado tempo poderia ou não servir como “cumprimento da elegibilidade ou inelegibilidade ínsita na condenação realizada num processo que trate de improbidade administrativa”.

Procurei fazer a reflexão a partir de um exemplo que também foi trazido pela ilustre Professora Marilda, a quem tenho um carinho especial, e que diz o seguinte: “João sofreu condenação por improbidade com todos os requisitos da alínea “I”, em 2004”, essa decisão foi confirmada pelo Tribunal de Justiça em 2005. Nota de rodapé: a partir desta data, de uma decisão colegiada, em tese, nós já teremos aplicação da alínea “I”.

O que temos aqui? Uma decisão de órgão colegiado. Então, vamos imaginar que tenha sido no dia 30 de dezembro de 2005. No dia 31, e se eu quisesse o meu registro, a Justiça Eleitoral, provavelmente, já o indeferiria, tendo em vista que, no dia 31, eu sofro uma decisão colegiada e, portanto, nos termos da alínea “I”, eu não poderia postular o meu registro. Nota de rodapé, ele continuou recorrendo, mas não conseguiu efeito suspensivo. Apesar de seus recursos, a decisão foi confirmada em última instância pelo Supremo Tribunal Federal em 2010.

Como foi condenado a cinco anos de suspensão de direitos políticos, terminou de cumprir sua pena em 2015. A partir daí o cumprimento da pena, diz a alínea “I”: contam-se os cinco anos de inelegibilidade. O tempo de inelegibilidade que ele cumpriu enquanto a decisão não tinha transitado em julgado não são descontados.

Agora, essa não é apenas a opinião da professora Marilda, por quem tenho o maior respeito, mas também é o que ficou decidido na DC 29 e na DC 30, da qual foi relator o Ministro Luiz Fux. E, especificamente nesse ponto, o Ministro Fux foi vencido, porque ele também entendia que esse período que medeia a decisão colegiada – seja ela qual for, e em que grau de jurisdição for – ao trânsito em julgado teria que ser descontado dos oito anos que são fixados após o cumprimento da pena para a inelegibilidade. E por quê?

Com todo o respeito aos que entendem em sentido contrário, não consigo entender se a pena já foi fixada por oito anos, vamos dizer assim. Para não usar a expressão “pena”, mas se o tempo exigido para cumprimento da chamada inelegibilidade é de oito anos. Se não descontarmos esse prazo a partir da decisão colegiada na qual já se está inelegível, estaríamos aplicando uma pena muito maior. Serão oito mais tantos anos quantos passaram entre a decisão colegiada, que já dá inelegibilidade até o seu trânsito em julgado.

O ministro Admar certamente poderá muito melhor do que eu dizer, mas eu não vi o Tribunal se debruçando sobre essa questão. Vi que já há alguns julgados, já houve referências nesse particular, mas eu acho que é um tema sobre o qual eventualmente o Tribunal pode novamente refletir, porque realmente estaríamos aplicando um prazo muito superior aos oito anos, quando desde a condenação colegiada já se estaria inelegível.

Então, no exemplo dado pela professora Marilda, que de certa forma corresponde ao que foi decidido na DC 29 30, teríamos decisão em 2005, confirmada em 2010, depois o cumprimento da pena de cinco anos – que foi a pena aplicada, então 2015, e a partir de 2015, mais oito anos. A minha divergência está exatamente nisso. Considerado o tempo de cinco anos que mediou a decisão colegiada e a decisão transitada em julgado, eu abateria nos oito anos e determinaria o cumprimento de apenas três, porque, senão, volto

a dizer, não estaremos dando oito anos de falta de requisitos de elegibilidade, mas treze anos e, aí, obviamente, isso extravasa qualquer possibilidade de raciocínio com relação à letra da lei, que neste caso, volto a dizer, deve ser interpretada restritivamente.

Meu objetivo não era cansar os senhores, apenas trazer uma ou duas reflexões que pudessem justificar o período que me foi destinado à locução e, obviamente, sob a batuta da nossa querida presidente, estou à disposição, caso possa ser útil, eventualmente, nos debates. Muito obrigado pela atenção.

## **A COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR AÇÕES EM QUE SE IMPUGNAM DECISÕES DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA<sup>1</sup>**

**Dias Toffoli**

Formado em Direito pela Universidade de São Paulo, com especialização em Direito Eleitoral. Foi professor de Direito Constitucional e de Família e Advogado-Geral da União. Em 2013, participou como observador na Missão Eleitoral da Unasul nas eleições da Venezuela e do Paraguai, e representou o TSE na V Conferência Ibero-

---

<sup>1</sup> Artigo originalmente publicado na obra coletiva organizada por Min. Ricardo Lewandowski e Des. José Renato Nalini. O Conselho Nacional de Justiça e sua Atuação como Órgão do Poder Judiciário: homenagem aos 10 Anos do CNJ. Quartier Latin, 2015.

americana sobre Justiça Eleitoral, na República Dominicana. Em 2014, participou da Missão de Observação Eleitoral das eleições gerais na Costa Rica. No TSE, foi relator das Resoluções sobre as regras das Eleições Gerais de 2014.

**RESUMO:** Nesta palestra, o Ministro Dias Toffoli trata da competência do Supremo Tribunal Federal para julgar ações em que se impugnam decisões do Conselho Nacional de Justiça, traçando um breve histórico das razões para criação do CNJ e apresentando seu posicionamento sobre a questão, bem como a posição do STF sobre o tema no julgamento de Questão de Ordem na AO n. 1.814/MG e na ACO n. 1.680/AL.

### **1. Breves razões históricas da criação do Conselho Nacional de Justiça<sup>2</sup>**

A história do Brasil demonstra que há uma disputa e um movimento pendular na Nação brasileira. Trata-se de haver uma maior autoridade e poder sob o controle das elites locais ou sob o controle de um poder central; uma maior legitimidade ou competência dos Estados, das províncias – antigamente, ou uma maior competência do governo central da Nação.

O Brasil nasceu separado em capitanias, depois vieram o Governo Geral, o Vice-Reinado, o Reino Unido, o Império e, por fim, a República. Dom Pedro I fechou a Constituinte de 1823 porque ela estava dando muita autonomia e poder às elites locais. Com a primeira Regência – após a abdicação de Pedro I, em um contexto de insurreição dessas elites locais ao poder central –, veio o Ato Adicional de 1834 à Constituição de 1824, que descentralizou as competências normativas para se deliberar sobre o Judiciário, a segurança pública, a economia, a educação etc., atribuindo-as às Assembleias provinciais (até então formalmente chamadas de “Conselhos Geraes”).

Ao longo da Primeira Regência, houve absoluta falta de uniformidade na disciplina do Judiciário brasileiro, do Judiciário nacional. Disputas e debates ocorridos então levaram ao chamado Regresso juridicamente presente e consubstanciado na Lei de

---

<sup>2</sup> Rememoro, neste primeiro capítulo, a digressão acerca do histórico de criação do CNJ, que pontuei em meu aditamento ao voto nos autos da ADI n.º 4.638-MC, de relatoria do Min. Marco Aurélio, no bojo da qual apreciava esta Corte a constitucionalidade da Resolução n.º 135, de 13 de julho de 2011, do Conselho Nacional de Justiça que, entre outras providências, dispunha sobre a uniformização de normas relativas ao procedimento administrativo disciplinar aplicável aos magistrados.

Interpretação de 12 de maio de 1840, capitaneada pelo Visconde do Uruguai, Paulino José de Sousa, a qual se aplicava ao Ato Adicional de 1834. Um dos pontos centrais do Regresso era exatamente a retomada de uniformidade do Judiciário e das normas jurídicas e processuais. Quem deve disciplinar o Judiciário? As Assembleias locais ou a Nação? Deve haver uma disciplina uniforme ou uma disciplina disforme, respeitando-se as vontades e peculiaridades locais?

Naquele tempo, os rótulos que se aplicavam aos políticos eram conservadores e liberais: os conservadores defendiam uma maior competência da Nação – do poder central - perante as províncias; os liberais defendiam que, estando mais próximas do povo as assembleias locais, era mais democrático que elas disciplinassem o seu autogoverno, sua auto-organização, inclusive quanto ao Judiciário e aos códigos.

Com a República esses rótulos mudaram de liberais e conservadores para federalistas - aqueles que defendiam um maior poder das assembleias estaduais - e republicanos, aqueles que defendiam um maior poder da Nação. No Rio Grande do Sul, na Revolução de 1893, os maragatos, que eram federalistas, se opunham aos republicanos, que defendiam uma maior unidade do Estado do Rio Grande do Sul com a nação. Sagraram-se vencedores Júlio de Castilhos; depois, Borges de Medeiros; depois, Getúlio Vargas. Não foi à toa que Getúlio Vargas promoveu a centralização do poder no Estado Novo, porque ele era um chimango, um pica-pau, embora fosse casado com uma maragata.

O movimento pendular continuou, depois, com a descentralização e a redemocratização política do país em 1946, com a nova concentração promovida pelo governo militar de 1964 e com a descentralização delineada pela Constituição de 1988, inclusive em matéria tributária, passando pelo Fundo Social de Emergência, no que diz respeito à questão orçamentária (Emenda Constitucional de Revisão nº 1, de 1994).

Esse é o pêndulo da Nação brasileira. A riqueza do debate sobre ele pode ser apreendida nos autos da ADI nº 4.638/DF, julgada pelo Supremo Tribunal Federal, e sua questão central permanece viva nos diversos poderes e no universo acadêmico, na medida em que há defensores fervorosos tanto de uma maior autonomia do poder local quanto de uma maior concentração do poder na Nação.

O debate perpassa a história brasileira até os dias atuais (basta lembrar a guerra fiscal e a prorrogação, a cada quatro anos nas últimas décadas do Fundo Social de Emergência, que posteriormente recebeu a denominação de Fundo de Estabilização Fiscal e hoje é denominado de DRU – Desvinculação de Receitas da União) e, no contexto

específico do Poder Judiciário, a criação do Conselho Nacional de Justiça resulta desse processo histórico. Os embates entre os defensores dessa nova forma de controle do Poder Judiciário e seus adversários foram marcados por uma diferenciada visão das atividades de correição, planejamento e organização da magistratura. De um lado, aqueles que acreditavam na suficiência do modelo então em vigor. De outro, os que percebiam o esgotamento das estruturas constitucionais e legais, cuja manutenção implicaria a contestação do Poder Judiciário como instituição apta a corresponder às expectativas do povo brasileiro no mundo contemporâneo, globalizado e na era digital e instantânea (*online*).

Reduzindo-se o âmbito do exame desse processo histórico ao campo correicional, é evidente que a missão do CNJ era romper com a inércia, a falta de estrutura e as limitações de ordem sociológica das corregedorias dos tribunais. Essa viragem foi uma das marcas mais significativas do novo regime jurídico disciplinar inaugurado pelo CNJ.

Na realidade, ele subtraiu o controle da moralidade administrativa da magistratura dos órgãos e das elites judiciárias locais para colocá-lo em poder de um elemento nacional, descomprometido com as particularidades regionais. Marcou, assim, o avanço do elemento republicano sobre o federalista, naquilo que concorda com a eficiência na solução de desequilíbrios de poder e de uso do direito por grupos específicos. O CNJ, nesse sentido, tem a missão constitucional de trazer para as luzes do cenário nacional os problemas internos da judicatura, mais comuns e semelhantes entre si do que se imaginava.

Ao mesmo passo traz esta competência a significativa tarefa de organizar, planejar, indicar caminhos, horizontes e metas no aperfeiçoamento da gestão da coisa pública, tudo voltado a uma maior eficiência e efetividade do Poder Judiciário no cumprimento de seus deveres e de sua missão. Quem ganha não é só o jurisdicionado, mas o próprio Judiciário, o Estado e a Nação brasileira!

Essa transferência representou também um deslocamento de poder e isso não se faz de modo suave. Há erros, equívocos, exageros, vaidades e o CNJ os há cometido não poucas vezes, mas o processo histórico não pode ser revertido, a não ser que o STF, em nome de alguns aspectos de ordem técnico-jurídica, resolva detê-lo. Mas, como disse Victor Hugo, em *Os Miseráveis*, a marcha da História é inexorável. Quando muito, se consegue retardá-la, mas, quando as energias do tempo irrompem, os efeitos dessa retomada são muito mais drásticos. Se, como disse o autor francês, a reação deteve a

mudança nos campos de batalha de Waterloo, em 1815, e no Congresso de Viena, a revolução fez-se duplamente implacável em 1848.

Como bem salientou o eminente Ministro Cezar Peluso, no voto que proferiu na ADI nº 3.367/DF,

“(…) são duas, em suma, as ordens de atribuições conferidas ao Conselho pela Emenda Constitucional nº 45/2004: (a) o controle da atividade administrativa e financeira do Judiciário, e (b) o controle ético-disciplinar de seus membros.

A primeira não atinge o autogoverno do Judiciário. Da totalidade das competências privativas dos tribunais, objeto do disposto no art. 96 da Constituição da República, nenhuma lhes foi castrada a esses órgãos, que continuarão a exercê-las todas com plenitude e exclusividade, elaborando os regimentos internos, elegendo os corpos diretivos, organizando as secretarias e serviços auxiliares, concedendo licenças, férias e outros afastamentos a seus membros, provendo os cargos de juiz de carreira, assim como os necessários à administração da justiça, etc, sem terem perdido o poder de elaborar e encaminhar as respectivas propostas orçamentárias.

(…)

A segunda modalidade de atribuições do Conselho diz respeito ao controle do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes (art. 103-B, § 4º). E tampouco parece-me hostil à imparcialidade jurisdicional.

Representa expressiva conquista do Estado democrático de direito, a consciência de que mecanismos de responsabilização dos juízes por inobservância das obrigações funcionais são também imprescindíveis à boa prestação jurisdicional”.

Era perceptível que os instrumentos orgânicos de controle ético-disciplinar dos juízes e desembargadores não eram de todo eficientes, sobretudo nos graus superiores de jurisdição, como já o admitiram com louvável sinceridade os próprios magistrados, em conhecido estudo de Maria Tereza Sadek. Realidade algo semelhante encontra-se nos demais países latino-americanos.

Ainda nas palavras do Ministro Cezar Peluso, “somente um órgão de dimensão nacional e de competências centralizadas pode, sob tais aspectos, responder aos desafios

da modernidade e às deficiências oriundas de visões e práticas fragmentárias na administração do Poder”.

Ninguém desconhece, porque é irrecusável, a importância do Conselho Nacional de Justiça. O CNJ consolidou-se como um órgão situado na estrutura central do Poder Judiciário nacional. Tem poderes de orientação, controle, fiscalização, sensórios e exerce competência disciplinar, apurando indícios de descumprimento dos deveres da magistratura, nos termos do art. 103-B, **caput** e incisos, da Constituição da República.

Partindo dessa premissa histórica e irrecusável e das competências constitucionalmente atribuídas ao CNJ, passo à análise específica do tema proposto, primeiro, sob minha óptica, e, no capítulo seguinte, na da Suprema Corte, conforme a tese nela prevalente.

## **2. Posição do autor sobre a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar ações em que se impugnam decisões do Conselho Nacional de Justiça<sup>3</sup>**

As pretensões deduzidas com fulcro no art. 102, I, r, da Constituição Federal<sup>4</sup> encerram os mais diversos pleitos, o que tem contribuído para que este Supremo Tribunal venha-se inclinando a não reconhecer sua competência originária nas hipóteses em que tais requerimentos sejam manejados por via diversa da mandamental.

Nesse sentido, já deixou esta Corte assentado não lhe competir o exame de ações civis públicas (Pet nº 3.986-AgR, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe-167, de 5/9/08) ou ações populares (Pet nº 3.674-QO, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ de 19/12/06) propostas em relação a atos dos conselhos referidos na alínea r do inciso I do art. 102 da CF/1988.

Tenho, entretanto, que a atração do feito ao rol de demandas originariamente atribuídas a esta Corte há que ser, paulatinamente, definida a partir de perspectiva dúplice: de um lado, restritiva, a ponto de preservar a feição excepcional da competência da Corte Suprema; de outro, amplificada, de modo a não delimitar a apreciação originária do Supremo Tribunal com foco apenas na natureza processual da demanda.

De fato, parece-me temerário se reduzir o alcance do art. 102, inciso I, alínea r, da Constituição, a partir de interpretação de índole formal sobre o dispositivo, de modo a se

---

<sup>3</sup> Fundado no voto que proferi no julgamento de questão de ordem na AO nº 1.814/MG e na ACO nº 1.680/AL.

<sup>4</sup> Cf. “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: (...) r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público;”

conceber que, ante a incapacidade processual dos referidos conselhos, a competência originária do STF para processar e julgar as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público se restrinja aos feitos de natureza mandamental.

A Constituição Federal, ao tratar da competência originária do Supremo Tribunal Federal, com a pretensão de restringi-la a ações de natureza constitucional, o fez taxativa e especificamente. Assim o foi quanto a: i) mandados de segurança e *habeas data* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal; ii) *habeas corpus* quando o coator ou paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal; e iii) mandados de injunção (art. 102, I, *d*, *i* e *q*, da CF).

Diante dessa explícita opção constitucional, exclui-se, em tais casos, a possibilidade de manejar ações de índole diversa para impugnar, perante o Supremo Tribunal Federal, atos praticados por aquelas autoridades.

Além da competência do Supremo Tribunal Federal ser de direito estrito, vale, no caso, dada a evidência *per se* do enunciado constitucional, o brocardo *inclusio unius, exclusio alterius*<sup>5</sup>.

Em outros dispositivos do art. 102, I, porém, a Constituição Federal alude a ação (alínea n) e ações (alínea r), sem qualquer restrição quanto a sua natureza, o que parece mesmo indicar o intuito desses dispositivos de afetar, em tais casos, um maior espectro de demandas à competência originária do STF.

Não ignoro, por evidente, que o Conselho Nacional de Justiça é órgão não personificado e, portanto, investido apenas de personalidade judiciária. De regra, como observa Celso Agrícola Barbi, a capacidade de ser parte liga-se à existência de personalidade jurídica. Mas, por questão de conveniência, a lei processual pode atribuir aquela capacidade a figuras que não têm essa personalidade, tal como se dá com a massa falida, a herança jacente, o espólio, a sociedade de fato e a massa do devedor civil insolvente, a teor dos arts. 12, III, IV, V e VII; e 766, II, do Código de Processo Civil<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 195-198.

<sup>6</sup> BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1991. v. 1, p. 85.

Ora, se o legislador ordinário pode atribuir a capacidade de ser parte a entes desprovidos de personalidade jurídica, *a fortiori* nada obsta que a própria Constituição Federal diretamente o faça.

Assim, dentro de sua liberdade de conformação, o poder constituinte derivado, ao inserir no rol de competências originárias do Supremo Tribunal Federal as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público (art. 102, I, *r*, CF), pode mesmo ter-lhes outorgado a capacidade de serem parte em ações, sem restringi-la às mandamentais, uma vez que, se assim o desejasse, se teria valido da mesma técnica empregada no art. 102, I, *d*. Nesse sentido, aliás, vai o autorizado magistério de Cândido Rangel Dinamarco:

“(…) Do disposto no art. 102, inc. I, letra *r*, da Constituição Federal (competência do Supremo Tribunal Federal para as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público) infere-se que também essas entidades, conquanto não tenham capacidade jurídica plena, gozam da capacidade de ser parte ou seja, têm uma capacidade de ser parte que autoriza a propositura de demandas em face delas”<sup>7</sup>.

Mais, entendo que não é a pessoalidade na integração do polo passivo o elemento definidor da competência originária da Suprema Corte, mas, sim, o objeto do ato do CNJ, sendo apenas subsequente a definição quanto à adequada representação processual de tais órgãos, nada impedindo, ressalte-se, que essa se faça por intermédio da União.

Importa destacar que não desconsidero, com isso, a natureza residual da competência originária do Supremo Tribunal Federal. Com efeito, reafirmo as conclusões já obtidas pelo Plenário do Tribunal quanto à necessidade de, em alguma medida, restringir-se o uso de ações de natureza cível não previstas expressamente no rol do art. 102, I, da Constituição Federal, em face do regime de direito estrito a que a competência originária do STF está submetida.

Admitir o contrário seria estabelecer o Supremo Tribunal Federal como instância revisora de todos os atos e deliberações dos conselhos ali referidos, o que, de certo, não

---

<sup>7</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2009. v. II, p. 291.

foi o intuito do poder reformador. Afinal, se nem os atos do Presidente da República estão de todo inseridos na competência originária desta Corte, por que os atos daqueles conselhos estariam?

Alguma restrição, repito, é imperiosa que seja firmada. Tenho, entretanto, que a contenção interpretativa a ser realizada com tal desiderato não deve ser exercida sob a óptica meramente instrumental, pena de esvaziamento do conteúdo da norma.

Compreendo que a inserção do dispositivo em questão no rol de competências originárias da Corte não buscou apenas garantir que os atos de autoridade dos Conselhos ali referidos fossem objeto de apreciação pelo Supremo, por meio de ações mandamentais. **Vislumbro, em verdade, na previsão constitucional, um mecanismo assecuratório da própria finalidade do CNJ e da imperatividade de suas decisões, em face dos órgãos e dos membros submetidos a sua autoridade.**

Isso porque a preservação da competência constitucionalmente atribuída ao CNJ e a própria efetividade de sua missão restariam fatalmente prejudicadas se todos os atos e deliberações que proferisse estivessem sujeitos à jurisdição dos membros e órgãos submetidos a sua atividade fiscalizatória e de controle. Seria uma verdadeira subversão da posição constitucional atribuída a esse órgão; posição, ressalte-se, em grande medida fundada na histórica constatação de uso muitas vezes desequilibrado do poder e do direito pelas elites judiciárias locais, como já salientado no primeiro capítulo deste trabalho.

Portanto, para preservar a necessária e importante missão constitucional atribuída ao CNJ, tenho que a contenção interpretativa a ser realizada sobre o alcance do artigo 102, I, r, da Constituição, a despeito de considerar a necessária delimitação das atribuições originárias da Corte, não pode descuidar da *ratio* subjacente à edição daquela reforma constitucional.

Importa frisar que a preocupação com a razão de ser não manifesta das hipóteses consagradas no art. 102, I, da Carta Magna tem sido uma constante nos julgamentos desta Corte, relativamente à definição das matérias submetidas a sua competência originária.

Exemplifico. Nos autos da ACO nº 359/SP-QO, o eminente Ministro Celso de Mello trouxe ao Plenário da Suprema Corte a discussão quanto ao alcance da alínea f do citado dispositivo. Naqueles autos, firmou-se o entendimento, em que pese a menção genérica do texto constitucional a causas e conflitos entre os entes federados, de que tão somente os litígios com potencialidade ofensiva sobre os valores que informam o pacto federativo seriam de competência originária da Corte.

Naquele mesmo julgado, foi citado trecho do voto proferido pelo eminente Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento da ACO nº 417/PA-QO, o qual bem ressalta a superação da interpretação literal por esta Corte em favor da apreensão da finalidade do dispositivo:

A jurisprudência da Corte traduz uma audaciosa redução do alcance literal da alínea questionada da sua competência original: cuida-se, porém, de redução teleológica e sistematicamente bem fundamentada (...) (ACO nº 417/PA-QO, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 7/12/90).

De igual modo, esta Corte reduziu o alcance literal da alínea n do art. 102, I, da CF para excluir da categoria de ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados aquelas demandas que: (i) comportem interesse restrito a magistrados que se encontrem sob condição específica; ou (ii) veiculem direito extensível a outros servidores públicos. São precedentes: o MS nº 21.441/RJ-QO, Tribunal Pleno, Rel. Min. Paulo Brossard, Rel. p/ o ac.: Min. Ilmar Galvão, DJ de 28/5/93; e a Rcl nº 16.065/PR-AgR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe de 19/2/14. Nesses julgados, superou-se a interpretação literal dos dispositivos fundamentalmente com o objetivo de atingir o núcleo normativo de seus comandos.

A interpretação que exponho e o fiz, como já salientado, no julgamento da AO nº 1.814/MG e da ACO nº 1.680/AL segue a linha de compreensão do Supremo Tribunal quanto à necessidade de se atender à *ratio* subjacente à edição da norma (*in casu*, a alínea r do art. 102, I, da CF), o que implica - não nego - reforço à imediata restrição ao alcance da palavra “ações” constante do dispositivo, mas, insisto, apenas na exata medida imposta para o atendimento da finalidade do comando normativo.

No ponto, e considerando a já destacada missão constitucional do Conselho Nacional de Justiça, **entendo que devem ser preservadas à apreciação primária desta Suprema Corte as demandas que digam respeito às atividades disciplinadora e fiscalizadora do CNJ que repercutam frontalmente nos tribunais ou em seus membros, ainda que não veiculadas por ação mandamental. Em resumo: todas as ações que digam respeito à autonomia dos tribunais ou ao regime disciplinar da magistratura.**

Pondero que há questões que atingem de modo direto e exclusivo a magistratura mas que já se encontram inseridas na competência desta Corte por força do inciso n do art. 102, I, da CF/88. Destaco que elas já se fizeram presentes em julgados desta Corte, em situações que bem ilustram a importância de que não se restrinja, com base essencialmente em análise formal do dispositivo, o alcance da competência originária inserta no art. 102, I, r, da CF. Cito, *verbi gratia*, a Rcl nº 15.551/GO, em que a Ministra Cármen Lúcia reconheceu, em decisão monocrática, a competência do STF para apreciar ação ordinária que tinha por objeto suspender os efeitos da decisão com que o Conselho Nacional de Justiça (PCA n. 0004380-76.2012.2.00.0000) declarou a nulidade da Resolução Administrativa nº 35/2012 do TRT da 18ª Região, “a qual destinava todas as vagas criadas pela Lei nº 11.964/09 aos membros da magistratura de carreira, sem reserva do quinto constitucional”. Ressalte-se que a ação ordinária em questão, proposta perante o juízo de primeiro grau, teve, nessa instância, liminar concedida para suspender os efeitos da decisão proferida pelo Conselho Nacional de Justiça.

Observo que eventual conclusão pela ausência de competência originária desta Corte para a apreciação dessas ações fundadas na mencionada *ratio* implicaria admitir a revisão de um ato emanado do CNJ, na típica atuação de controle (art. 103-B, § 4º, II, CF), por magistrado local. Rememoro o teor do dispositivo citado, a fim de evidenciar a incoerência de tal situação:

“Art. 103-B. (...)

§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

I (...)

II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União.”

Soa-me, portanto, minimamente incongruente com o propósito do texto constitucional assentir que deliberação dessa natureza, tipicamente realizada no bojo da função de controle do CNJ, possa ser submetida à apreciação dos tribunais fiscalizados ou dos membros da magistratura a esses vinculados. Aliás, como destacado pela douta Procuradoria-Geral da República, nos autos da referida Reclamação (Rcl nº 15.551/GO):

“16. São muitas, apesar de taxativas, as possibilidades de instauração da competência do STF com base nas diversas alíneas do art. 102, I, da CF/88. Entretanto, mesmo com a consciência dos múltiplos impasses advindos da adoção dessa nova perspectiva, faz-se necessário, com base no interesse público subjacente à manutenção efetiva da competência e das atribuições do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, superar o entendimento restritivo e abrir a Suprema Corte para as ações em geral contra esses órgãos, independentemente da classe, para que se admitam, igualmente, os feitos ajuizados contra a União, na qualidade de representante de ambos os órgãos de controle.

(...)

18. De fato, ao julgar uma causa com pretensão consistente na nulidade de um ato do Conselho Nacional de Justiça, o magistrado tem em mão o poder de traçar e redefinir a própria identidade constitucional do órgão, o qual, diante das competências intrinsecamente administrativas que lhe são dadas a teor da ADI 3.367, acaba tendo de assistir, passivamente, à eventual esterilização de seus comandos, por meio de liminares, sentenças e acórdãos, em ações que tramitam em diversos Juízos, simultaneamente, inclusive.

19. Sendo esse o quadro, entende-se haver, na situação descrita, usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal, o que enseja o deferimento do pleito reclamatório” (Rcl. nº 15.551, trecho do parecer da PGR citado na decisão monocrática).

Dessa feita, imprescindível admitir, tal qual o fez a eminente relatora do precedente citado, a competência constitucional desta Corte para a apreciação de demanda em face do CNJ pela via ordinária quando o julgamento da celeuma jurídica por

instância diversa possa subverter a posição constitucional atribuída ao Conselho na estrutura do Poder Judiciário.

Por outro lado, no caso, por exemplo, da insurgência de serventuários interinos contra a Resolução nº 80/2009 do CNJ, que, entre outras providências, declarou a vacância dos serviços notariais e de registro ocupados em desacordo com as normas constitucionais, a solução foi diversa. Isso porque, a deliberação do CNJ quanto à vacância de serventias extrajudiciais, a despeito de não ter decorrido de uma atuação corretiva ou correicional sobre os tribunais ou seus membros, atingiu esses órgãos de modo apenas reflexo, naquilo que dizia respeito a suas atribuições de fiscalização sobre os serviços notariais e de registro, restando desatendidos, desse modo, os necessários pressupostos à atração da competência originária desta Corte.

De fato, nos termos do art. 96, I, b, foi atribuída aos tribunais a organização de seus serviços auxiliares, competindo-lhes, ainda, velar pelo exercício da atividade correicional respectiva. Essa previsão faz surgir o vínculo funcional, lógico e operacional - para usar as palavras proferidas pelo eminente Ministro Ayres Britto na ADI nº 4.140/GO-MC - das serventias extraforenses com o Poder Judiciário, necessário para que se tenha por assegurada a estabilidade dos atos jurídicos em âmbito judicial e extrajudicial. **Vide** a lição do Ministro:

“Para que servem as serventias, os cartórios? Para conferir estabilidade, certeza aos atos jurídicos; atividade típica do Poder Judiciário no plano jurisdicional. As serventias fazem, no plano administrativo, o que os órgãos do Poder Judiciário fazem no plano judicante, no plano jurisdicional.

Há uma perceptível e clara identidade ou afinidade de funções entre o Poder Judiciário e as serventias. Uma serventia atuando administrativamente e os órgãos do Poder Judiciário jurisdicionalmente.”

Dessa feita, relativamente aos serviços auxiliares, em que a posição dos tribunais é de supervisão e organização, resta evidente que a disciplina traçada pelos tribunais locais às serventias não repercute sobre si, apenas de si emanam. Por consequência, a disciplina do CNJ sobre essa específica competência das cortes locais as atingiria apenas

incidentalmente, repercutindo, em verdade, de modo direto, sobre as serventias extrajudiciais.

Os exemplos citados, portanto, parecem ocupar posições opostas no campo de delimitação da competência do Conselho Nacional de Justiça: uma, a Rcl nº 15.551/GO, tem por demanda matriz típica hipótese de atuação do Conselho sobre o poder conferido aos tribunais para a regência de seus interesses diretos (no caso, o provimento das vagas de desembargador) e estaria, na interpretação aqui conferida, sujeita à competência originária desta Corte; a outra, a ACO nº 1.680/AL, comporta lide acerca de ato do CNJ que incide apenas reflexamente sobre o tribunal local, na medida em que tão somente seu poder de regramento sobre serviço de natureza auxiliar pode vir a ser atingido. Essa última não atrairia a competência desta Corte.

Nessa senda, seriam, fatalmente, de competência primária desta Corte: (i) demandas relacionadas ao exercício do poder disciplinar do CNJ sobre os membros da magistratura; (ii) ações em face de decisões do Conselho que desconstituam ato normativo ou deliberação de tribunal local relacionados a matérias a esse diretamente afetas (como foi o caso da Rcl nº 15.551/GO); e (iii) outras em que a atuação do CNJ se dê, precipuamente, na consecução de sua atividade fim, quando direta e especialmente incidente sobre membros e órgãos a ele diretamente subordinados.

Por outro lado, não vislumbro, em sede de ação ordinária, a competência do STF para apreciar demandas cujos objetos sejam, *verbi gratia*, deliberações do CNJ que (i) atinjam tão somente servidores dos órgãos fiscalizados ou mesmo as serventias extrajudiciais fiscalizadas pelos tribunais locais; (ii) revejam atos administrativos gerais dos tribunais (assim considerados os que não se sujeitam a regulamentação distinta do Judiciário, de que seriam exemplos os relacionados a concursos públicos ou licitações dos tribunais locais), ou (iii) não digam respeito a ações de interesse exclusivo de toda a magistratura.

### **3. Posição do STF sobre o tema no julgamento de questão de ordem na AO nº 1.814/MG e na ACO nº 1.680/AL**

Diferentemente do que acabei de expor e do meu voto no julgamento da questão de ordem apresentada na AO nº 1.814/MG e na ACO nº 1.680/AL, a Suprema Corte decidiu que a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar ações que questionam atos do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do

Ministério Público limita-se às ações tipicamente constitucionais: mandados de segurança, mandados de injunção, *habeas corpus* e *habeas data*.

Anoto que o caso da AO nº 1.814 é de um magistrado que pretende anular procedimentos do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (MG) e do CNJ que determinaram desconto, em seu subsídio, de valores relacionados ao adicional por tempo de serviço. Em questão de ordem, o ministro Marco Aurélio, Relator, sustentou entender que não compete ao STF julgar a causa, uma vez que o só caberia à Suprema Corte analisar mandado de segurança contra atos do CNJ, pois seria impróprio interpretar-se ampliativamente o art. 102, inciso I, alínea r, no sentido de ser da competência do STF qualquer causa a envolver o Conselho Nacional de Justiça ou o Conselho Nacional do Ministério Público. Nos agravos regimentais interpostos na ACO nº 1.680, oito destinatários de delegações cartorárias de Alagoas questionam decisão em que o relator, Ministro Teori Zavascki, decidiu monocraticamente pela incompetência do STF para processar e julgar a ação contra o CNJ, fazendo referência ao precedente da Corte na AO nº 1706, de relatoria do ministro Celso de Mello. Naquele caso, assentou-se que a competência do Supremo para processar e julgar ações que questionam atos do CNJ e do CNMP se limitariam às ações tipicamente constitucionais. Requeri vista desses autos e após discorrer sobre as mesmas premissas e orientações que trago neste artigo, conclui da seguinte maneira no prosseguimento da referida questão de ordem:

Quanto à questão de ordem trazida na AO nº 1.814, entendo ausente, na hipótese, a competência originária desta Corte.

Trata-se de demanda proposta por magistrado cujo objeto é o reconhecimento da ilegalidade e a declaração de nulidade de procedimento mediante o qual o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, sob determinação do Conselho Nacional de Justiça, instou os magistrados que receberam pagamento de adicional por tempo de serviço, completado no período compreendido entre janeiro de 2005 e maio de 2006, a efetuarem a devolução dos valores recebidos sob essa rubrica.

Demanda que se relacione a desconto de subsídios de magistrado determinado em processo administrativo instaurado por determinação do Conselho Nacional de Justiça ainda que essa determinação abarque todos os magistrados que se encontrem naquela mesma situação é

questão de ordem meramente financeira, atingindo a magistratura enquanto membro do Poder Judiciário de modo meramente reflexo, sem potencial de ferir qualquer que seja a decisão judicial que venha a ser proferida nos autos a razão motivadora do artigo 102, I, r, da CF.

Aqui, valem as mesmas ressalvas já traçadas por esta Corte na análise interpretativa do art. 102, I, n, da CF/88: demandas que (i) comportem interesse restrito a magistrados que se encontrem sob condição específica ou (ii) veiculem direito extensível a outros servidores públicos não se inserem no âmbito da competência originária deste Supremo Tribunal.

De igual modo, como já adiantei ao longo deste voto, não vislumbro na ACO nº 1.680/AL competência originária desta Corte para sua apreciação, uma vez que a disciplina traçada pelos tribunais locais às serventias não repercutem sobre si, apenas de si emanam. Por consequência, a disciplina do CNJ sobre essa específica competência das cortes locais as atingiria apenas incidentalmente, repercutindo, em verdade, de modo direto, sobre as serventias extrajudiciais.

Tenho, desse modo, que não há, em casos como esses, suficiente motivação a ensejar a competência originária desta Corte, reservada que foi, nos termos da fundamentação exposta, à apreciação de ações em face do CNJ cuja análise por tribunal de origem possa subverter a posição destacada a esse Conselho pela EC nº 45 e, por decorrência, atingir a missão constitucionalmente atribuída a esse órgão.

Entretanto, a Suprema Corte, no julgamento da questão de ordem da AO nº 1.814-MG, assentou a competência da Justiça Federal para processar e julgar a ação, com fundamento no art. 109, inciso I, da Constituição Federal, eis que a parte ré era a União. *Vide* sua ementa:

“COMPETÊNCIA – AÇÃO – RITO ORDINÁRIO – UNIÃO – MÓVEL – ATO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Cabe à Justiça Federal processar e julgar ação ajuizada contra a União presente ato do Conselho Nacional de Justiça. A alínea ‘r’ do inciso I do artigo 102 da Carta da República, interpretada de forma sistemática, revela a

competência do Supremo apenas para os mandados de segurança” (AO nº 1.814-QO, Plenário, Relator o Ministro Marco Aurélio, j. em 24/9/14).

Seguindo essa conclusão, no julgamento dos agravos regimentais na ACO nº 1.680-AL, o Plenário a eles negou provimento, conferindo interpretação restritiva ao dispositivo do art. 102, inciso I, r, da Constituição Federal, sob os mesmos argumentos acima mencionados. *Vide* o texto da ementa:

“CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO PROPOSTA CONTRA O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. ART. 102, I, R, DA CONSTITUIÇÃO. INTERPRETAÇÃO RESTRITA DA COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. Não se enquadra na competência originária do Supremo Tribunal Federal, de que trata o art. 102, I, r, da CF, ação de rito comum ordinário, promovida por detentores de delegação provisória de serviços notariais, visando à anulação de atos do Conselho Nacional de Justiça – CNJ - sobre o regime dos serviços das serventias (relação de vacâncias, apresentação de balancetes de emolumentos e submissão a teto remuneratório). 2. Agravos regimentais improvidos” (ACO nº 1.680-QO, Plenário, Relator o Ministro Teori Zavascki, j. em 24/9/14).

#### **4. Considerações finais**

A despeito de a Suprema Corte ter adotado interpretação restritiva e precipuamente instrumental, no sentido de que, nos casos em questão, a competência do STF se limitaria às ações tipicamente constitucionais, com o devido respeito ao entendimento dos nobres Ministros, o tópico está a merecer uma nova reflexão de todos, inclusive para se garantir uma “interpretação teleológico-sistêmica”, como bem consignou o Ministro Luiz Fux durante o julgamento da referida questão de ordem.

Aliás, durante os debates do referido julgamento especialmente após o voto por mim proferido foram diversas as manifestações individuais no sentido do tema exigir profunda reflexão, a depender do substrato a ser enfrentado.

É sabido que o CNJ é um novo ator dentro do Poder Judiciário nacional, uma nova instituição jurídico-política no cenário dos conflitos horizontais e verticais. Como já tive

a oportunidade de assentar, em trabalho doutrinário, o "grande" conflito - estatelistas e patrimonialistas - e o "pequeno" conflito - localistas e unionistas - são duas manifestações sócio-jurídico-políticas enraizadas na formação do Brasil. Assim, não é possível compreender a realidade atual do Poder Judiciário e de sua (aparente) crise sem que esses dados sejam colocados em mesa<sup>8</sup>.

É certo que, na sessão plenária em que se iniciou o julgamento da referida questão de ordem, houve a oportunidade de se ouvir as ponderações dos eminentes ministros Marco Aurélio e Teori Zavascki acerca da competência da Justiça Federal para processar causas de interesse da União, aí incluídas aquelas propostas, pela via ordinária, contra atos de autoridades que, em sede mandamental, se encontrem sob jurisdição do Supremo Tribunal. Respeitáveis foram os argumentos trazidos por todos os Ministros durante os debates. De grande relevo, ainda, a menção aos mecanismos processuais insertos nas Leis nº 8.437/92 e nº 9.494/97, reveladores de verdadeiras garantias ao Poder Público no âmbito do procedimento comum. Tal posição faria parecer desnecessária a distinção quanto à natureza dos atos do CNJ para efeito de definição da competência do Supremo, embasada que está, em essência, na natureza da via processual adotada.

Todavia, como dantes sustentado, aquelas autoridades submetidas à jurisdição de primeira instância integram, no mais das vezes, Poderes da República distintos, sendo certo que, relativamente aos Tribunais Superiores e a este Supremo Tribunal, apenas seus atos de natureza administrativa se encontram, na via ordinária, sob jurisdição da Justiça Federal de primeira instância. E qual a razão da distinção senão a natural posição hierárquica do Supremo e daqueles tribunais superiores em face dos membros da magistratura, de primeiro e segundo graus? Evidentemente que, em matéria finalística do Poder Judiciário, não se poderia supor a subversão de sua escala para se admitir o questionamento de ato de instância superior por grau que lhe seja inferior.

O Conselho Nacional de Justiça não possui atuação jurisdicional, é certo, mas detém atuação finalística no Poder que integra, qual seja, o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes (art. 103-B, § 4º).

---

<sup>8</sup> TOFFOLI, José Antônio Dias. "Notas jurídico-históricas sobre os conflitos federativos e patrimonialismo no Estado Brasileiro". In: MUSSI, Jorge; SALOMÃO, Luiz Felipe; MAIA FILHO, Napoleão Nunes (Org.). Estudos Jurídicos em Homenagem ao Ministro Cesar Asfor Rocha – 20 anos de STJ: Ribeirão Preto: Migalhas, 2012, p. 176 a 197.

*Mutatis mutandis*, não vislumbro de que modo um ato proferido pelo Conselho Nacional de Justiça, exercido no âmbito de sua atividade finalística e relativo a sua função precípua, possa estar sob jurisdição diversa da do Supremo Tribunal Federal, única instância acima do referido conselho na escala hierárquica do Judiciário (art. 92, CF). Nessa linha de raciocínio, os atos administrativos do CNJ, como os atos de qualquer órgão do Judiciário, se submetem à jurisdição de primeira instância (porque nenhuma subversão hierárquica pode daí decorrer); os atos finalísticos, por outro lado, e tão somente os que digam respeito à missão precípua do Conselho (quais sejam: os que incidam frontalmente sobre interesses diretos de tribunais e membros da magistratura), devem ser submetidos à competência originária do Supremo Tribunal Federal.

Ressalto que as garantias de que cercaram as Leis nº 8.437/92 e nº 9.494/97 a Administração Pública são apenas meios de que essa dispõe para a salvaguarda imediata do interesse público nas hipóteses em que suas demandas estejam submetidas às instâncias ordinárias; não são, contudo, elas próprias, elementos definidores ou determinantes da competência para a apreciação da demanda. É sempre prévia a identificação da competência para o processo e o julgamento de uma causa ao regramento que lhe será atribuído, e as lógicas seguidas para uma e outra definição não são necessariamente coincidentes.

Parece-me, desse modo, que a mais condizente interpretação constitucional para as situações postas naqueles feitos, a despeito do que decidiu o Supremo Tribunal na questão de ordem da AO e nos referidos agravos regimentais na ACO, seria a seguinte: (i) a gradação hierárquico-constitucional (inserta no art. 92) define, em um primeiro momento, o Supremo Tribunal Federal como instância julgadora de demandas em face do CNJ; (ii) a interpretação sistemática, sobretudo quando observadas as limitações à competência originária do STF para a apreciação de seus próprios atos (art. 102, I, d), tão bem lembradas nos votos que me antecederam, conduz, igualmente, à exclusão da competência originária desta Corte para as demandas em face do CNJ que não se refiram à atuação fim do Conselho; e, por fim, (iii) a interpretação teleológica sobre o próprio dispositivo (art. 102, I, r) impõe, ainda, que se restrinja o âmbito da competência originária desta Corte tão somente às demandas de cunho finalístico que respeitem a razão máxima de criação daquele Conselho, de modo a não subverter a posição que lhe foi constitucionalmente atribuída.

Incursiono, por fim, para que não remanesçam dúvidas quanto ao alcance interpretativo proposto, na análise do dispositivo que prevê a competência do CNJ, a teor do art. 103-B, § 4º, da Constituição Federal. Merece especial atenção<sup>9</sup> o inciso I do § 4º.

A primeira parte do inciso I versa sobre a competência do CNJ para zelar pela autonomia do Poder Judiciário. Trata-se de matéria intimamente relacionada à atuação precípua do Conselho Nacional de Justiça, a qual, portanto, quando judicializada, deveria ser submetida à competência originária da Suprema Corte.

Ressalto que, precisamente nesse ponto, respeitante à autonomia dos tribunais, há largo espaço para o surgimento de fricções institucionais entre o Conselho Nacional de Justiça, como órgão de controle, e os tribunais sujeitos a seu poder administrativo. Observe-se, por exemplo, a Resolução nº 185, de 18 de dezembro de 2013, editada pelo CNJ, a qual instituiu o sistema único de Processo Judicial Eletrônico (PJe). **Vide** os arts. 34, 44 e 45 dessa Resolução:

Art. 34. As Presidências dos Tribunais devem constituir Comitê Gestor e adotar as providências necessárias à implantação do PJe, conforme plano e cronograma a serem previamente aprovados pela Presidência do CNJ, ouvido o Comitê Gestor Nacional.

§ 1º Os Tribunais encaminharão à Presidência do CNJ e, quando houver, à do Conselho de seu segmento do Poder Judiciário, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, cópias do ato constitutivo do Comitê Gestor, do plano e do cronograma de implantação do PJe.

§ 2º O plano deve descrever as ações e contemplar informações sobre os requisitos necessários à implantação, como infraestrutura de tecnologia da informação e capacitação de usuários, observado modelo a ser disponibilizado pelo CNJ.

§ 3º O cronograma deve relacionar os órgãos julgadores de 1º e 2º Graus em que o PJe será gradualmente implantado, a contar do ano de 2014, de modo a atingir 100% (cem por cento) nos anos de 2016, 2017 ou

---

<sup>9</sup> Cf. “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (...) § 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: (...) I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;”

2018, a depender do porte do Tribunal no relatório Justiça em Números (pequeno, médio ou grande porte, respectivamente).

§ 4º No ano de 2014, o PJe deve ser implantado em, no mínimo, 10% (dez por cento) dos órgãos julgadores de 1ª e 2ª Graus.

Art. 44. A partir da vigência desta Resolução é vedada a criação, desenvolvimento, contratação ou implantação de sistema ou módulo de processo judicial eletrônico diverso do PJe, ressalvadas a hipótese do art. 45 e as manutenções corretivas e evolutivas necessárias ao funcionamento dos sistemas já implantados ou ao cumprimento de determinações do CNJ.

Parágrafo único. A possibilidade de contratação das manutenções corretivas e evolutivas referidas no *caput* deste artigo não prejudica o integral cumprimento do disposto no art. 34 desta Resolução.

Art. 45. O Plenário do CNJ pode, a requerimento do Tribunal, relativizar as regras previstas nos arts. 34 e 44 desta Resolução quando entender justificado pelas circunstâncias ou especificidades locais (grifei).

Uma resolução que impõe a adoção pelos tribunais pátrios do processo judiciário eletrônico, conforme plano e cronograma a serem previamente aprovados pela Presidência do CNJ, ficando vedada a criação ou a adoção de processo judicial eletrônico diverso, ressalvadas tão somente as hipóteses que o Plenário do CNJ entenda passíveis de relativização, envolve, como é evidente, disposições que, minimamente, permeiam a autonomia dos tribunais pátrios. Existe, portanto, em tese, a possibilidade de os tribunais recorrerem à via judicial para questionar o alcance atribuído à aludida resolução.

Como admitir que o julgamento de questão dessa ordem seja subtraído da competência do Supremo Tribunal Federal tão somente pela eventualidade de a via processual eleita para se dirimir a questão não ser o mandado de segurança? Não me parece ser este o intuito da Constituição. Ressalvem-se, desse entendimento, apenas as questões meramente administrativas, cuja prática pelos tribunais não se dá de modo diferenciado da que ocorre no seio da Administração Pública em geral.

A competência do CNJ para a apreciação dessa espécie de atos encontra-se, inclusive, destacada no inciso II, do § 4º: zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de

ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário.

Aqui, como evidencia a própria menção ao art. 37 da Constituição Federal, a atuação do CNJ se dará sobre atividade administrativa do Judiciário, tais como as concernentes a concursos públicos, licitações de tribunais, deliberações sobre regime jurídico dos servidores, dentre outras, nada justificando a apreciação originária desta Corte em tal seara.

A segunda parte do inciso I do § 4º do art. 103 da CF/88, por seu turno, atribui ao CNJ a competência para zelar pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura. Aqui, se tem evidenciado o interesse direto e exclusivo de todos os membros do Poder Judiciário, consubstanciado em seus direitos, garantias e deveres.

Faço a leitura desse dispositivo em conjunto com o inciso III (na parte em que atribui ao CNJ a competência para receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário) e com o inciso V (revisar, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano). Também essa espécie de previsão constitucional, na linha de tudo quanto foi debatido nestes autos, não poderia ser retirada da apreciação originária desta Corte.

O Supremo Tribunal Federal já teve, por exemplo, a oportunidade de apreciar mandado de segurança (MS nº 28.891/DF) proposto em face do CNJ, o qual, nos autos do Processo Administrativo Disciplinar nº 2009.10.0000.1922-5, impôs ao impetrante (então Presidente de um Tribunal de Justiça) a aposentadoria compulsória com proventos proporcionais ao tempo de serviço. No caso, considerou o Conselho ter sido o magistrado responsável pela autorização de pagamento, em caráter privilegiado e com base em metodologia carente de respaldo legal, de verbas de atrasados a magistrados, a título de 'atualização monetária' sendo ele inclusive um dos beneficiários, bem como pela autorização do pagamento de verbas de atrasados com mudança de rubrica (...) para 'mascarar' a natureza do crédito, além de ter participado no 'esquema' de direcionamento de verbas do Tribunal de Justiça de Mato Grosso para socorrer à Loja Maçônica 'Grande Oriente do Estado de Mato Grosso', em face do 'rombo' ocorrido por desvio de numerário da Cooperativa SICCOOB, com a qual a referida loja fez contrato, mediante deferimento de verbas de atrasados em caráter privilegiado, àqueles magistrados que poderiam participar do esquema de empréstimo para a referida Loja.

Como admitir que discussão dessa natureza, que envolve a aplicação de penalidade por fatos de indubitável gravidade, possa ser trazida à apreciação desta Suprema Corte apenas na via mandamental, onde a análise sobre o acerto meritório do ato emanado do órgão coator sofre as limitações inerentes a essa via? Como admitir, por outro lado, que a mesma discussão possa ser largamente apreciada por magistrados de primeiro e segundo graus, os quais estão submetidos à atuação disciplinar do CNJ? Não me parece, mais uma vez, ter sido esse o intuito da Constituição.

Com base nessas premissas, concluo que deve ser preservada a competência da Suprema Corte para apreciar primariamente as demandas que digam respeito às atividades disciplinadora e fiscalizadora do CNJ que repercutam frontalmente sobre os tribunais ou seus membros, ainda que não veiculadas por ação mandamental, em outras palavras, as ações que versem sobre a autonomia dos tribunais ou o regime disciplinar da magistratura.

#### **Referências**

ANDERSON, Benedict. **Comunidades imaginadas**: reflexões sobre a origem e a difusão do nacionalismo. Trad. Denise Bottman. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1991. v. 1.

CAETANO, Marcelo. **Princípios fundamentais do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**. Brasília: Senado Federal, 2001.

CASTRO, Flávio Mendes de Oliveira. 1808-2008. **Itamaraty**: dois séculos de história (1808-1979). Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009. v. I.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. II. São Paulo: Malheiros, 2009. v. II.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NORONHA, Ibsen. **Aspectos do Direito no Brasil Quinhentista**: Consonâncias do espiritual e do temporal. Coimbra: Almedina, 2008.

TOFFOLI, José Antônio Dias. Notas jurídico-históricas sobre os conflitos federativos e patrimonialismo no Estado Brasileiro. *In*: Org. MUSSI, Jorge; SALOMÃO, Luiz Felipe; MAIA FILHO, Napoleão Nunes. **Estudos Jurídicos em Homenagem ao Ministro Cesar Asfor Rocha – 20 anos de STJ**: Ribeirão Preto: Migalhas, 2012, p. 176 a 197.

## **Inelegibilidade e as Condenações Eleitorais**

**Fernando Neves**

Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília. Foi Juiz Efetivo do Tribunal Regional Eleitoral do Distrito Federal e Presidente da Comissão Apuradora do TRE/DF. Assumiu como Ministro Substituto do TSE, na vaga de jurista, tendo sido designado para a função de Juiz Auxiliar nas eleições de 1998. Atuou como observador do processo eleitoral da Nicarágua e como Delegado do Brasil à "V Conferência da União Interamericana de Organismos Eleitorais - UNIORE", na Guatemala. Participou como convidado especial de Missão Oficial de Observação das Eleições em diversos países e de demonstração das urnas eletrônicas da Junta Eleitoral de Santo Domingo, República Dominicana. Autor de artigos e palestras sobre temas jurídicos, com destaque para conferências sobre direito eleitoral.

**Resumo:** Nesta palestra, Fernando Neves analisa a hipótese de inelegibilidade prevista na letra *h* do artigo 1º, inciso I, da Lei Complementar n. 64, de 1990, alterada pela Lei Complementar n. 135, de 2010, discutindo, especialmente, a possibilidade de tal inelegibilidade decorrer de decisão proferida pela Justiça Eleitoral.

Começo agradecendo ao Instituto Brasiliense de Direito Público, e especialmente à Dra. Marilda Silveira, o convite para participar deste painel, na companhia de tão ilustres especialistas, entre eles a Ministra Luciana Lóssio, o que facilitou muito minha intervenção, na medida em que Sua Excelência esgotou o assunto.

Registro, também, que estou um pouco afastado das lides eleitorais, em razão de meu irmão Henrique estar compondo o Tribunal Superior Eleitoral, circunstância que me levou a diminuir, sensivelmente, minha atuação como advogado perante aquela Corte e, também, em eventos em que se discute direito eleitoral, pois o ponto de partida de qualquer reflexão sobre a matéria exige considerar a jurisprudência que prevalece naquele Tribunal. E não fica bem elogiar ou criticar entendimento firmado com a participação, vencedora ou vencida, de meu irmão.

Quando a Dra. Marilda me convenceu a participar deste Congresso, o que, repito, muito me honra, ela me orientou a falar sobre as hipóteses de inelegibilidade previstas nas letras *d*, *h*, e *j* do artigo 1º, inciso I, da Lei Complementar n. 64, de 1990, que foi alterada pela Lei Complementar n. 135, de 2010.

Sobre as hipóteses das letras *d* e *j*, como já disse, pouco eu teria a acrescentar ao que foi dito pela eminente Ministra Luciana Lóssio, que muito tem contribuído para fixar a interpretação de tais hipóteses e definir sua exata aplicação em casos concretos.

Vou, portanto, começar por apresentar, para debate e reflexão dos Senhores, que não são neófitos no assunto, algumas preocupações e opiniões que tenho sobre a hipótese da letra *h*, especialmente sobre se tal inelegibilidade pode decorrer de decisão proferida pela Justiça Eleitoral.

Para orientar meu raciocínio, leio o dispositivo:

São inelegíveis, para qualquer cargo, os detentores de cargo na administração pública direta, indireta ou fundacional, que beneficiarem a si ou a terceiros, pelo abuso do poder econômico ou político, que forem condenados em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, para a eleição

na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos oito anos seguintes.

Minha dificuldade é concluir pela possibilidade de aplicação de tal impedimento quando se trata de decisão da Justiça Eleitoral, tendo em vista o que consta da letra *d* do mesmo artigo e inciso:

São inelegíveis para qualquer cargo os que tenham contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado.

Não me parece que uma mesma situação, um mesmo fato concreto, possa servir de base para permitir a incidência de duas regras restritivas de direito. Ou se enquadra em uma, ou está na outra. A lei não contém palavras inúteis.

O Ministro Joelson, que já falou neste Congresso, fez importantes considerações sobre a razão da inelegibilidade e sobre as preocupações que dela decorrem, pois se trata de restrição a um direito fundamental do cidadão, que é o de ser votado, de poder participar da definição das políticas públicas ou de sua execução.

A fórmula que encontro para evitar essa inaceitável duplicidade, é a de se aplicar a letra *d* quando se tratar de decisão da Justiça Eleitoral, conforme nela expressamente referido, e a letra *h* quando se tratar de decisão oriunda de órgão judicial que não integra a Justiça Eleitoral, especialmente as ações populares e outras que possam apurar práticas indevidas de agentes ou funcionários públicos com finalidade eleitoral.

Registro, por oportuno, que, para ações de improbidade, há regra própria, sobre a qual tecerei considerações mais adiante.

Retornando ao exame da letra *h*, começo por ponderar que a locução “os detentores de cargos na administração pública direta, indireta ou fundacional” não deveria alcançar os *agentes políticos*, especialmente os detentores de mandatos eletivos, porque eles recebem tratamento distinto, conforme se vê nos artigos 37, XI, 38, I, e 39, § 4º, da Constituição da República.

Para os que quiserem se aprofundar nesse ponto, recomendo a leitura do festejado *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*, da Ministra Cármen Lucia, editado pela Saraiva.

É certo que, ao julgar o RO 60283 – Caso Marcelo Miranda, ex-governador do Tocantins –, o Tribunal Superior Eleitoral, desprezando a jurisprudência anterior e inovando na interpretação do dispositivo, sem maior debate sobre o ponto específico, acabou por afirmar que decisões da Justiça Eleitoral poderiam levar à inelegibilidade prevista na letra *h*.

Entretanto, essa decisão isolada, e data vênia, equivocada, ainda não é definitiva, pois contra ela foi interposto recurso extraordinário, que aguarda julgamento perante o Supremo Tribunal Federal (RE 636.878, Rel. Min. Luiz Fux).

Além do mais, esse julgamento, no qual a afirmação foi feita sem debate aprofundado, não pode ser considerado como determinante e suficiente para orientação definitiva, assim como também não pode ser visto como precedente apto para explicitar posição firme sobre a matéria a referência feita na ementa de um outro acórdão, antigo, da lavra do Ministro Jobim (RO 510, de 2001).

Prefiro invocar o Acórdão 13.138, do Ministro Eduardo Ribeiro, mais antigo ainda (de 1996), segundo o qual, “para configurar-se a hipótese da letra *h* do item I do art. 1º da LC 64/90, o abuso deve vincular-se a finalidades eleitorais, embora não a um concreto processo eleitoral em curso, o que corresponde à previsão da letra *d* do mesmo dispositivo”.

E, também, uma série de julgados em que se discutiu a inelegibilidade da letra *h* apenas e tão somente quando houve condenação proveniente da Justiça Comum, em sede de ação civil pública, popular ou de improbidade: TSE REspes 9.965, Rel. Min. Américo Luz; PSESS de 28.09.92; 10.673, Rel. Min. Eduardo Alckmin, PSESS de 29.09.92; 12.876, Rel. Min. Eduardo Alckmin; PSESS de 29.09.92; 13.132; Rel. Min. Eduardo Ribeiro, PSESS de 23.09.93; 12.024, Rel. Min. Marco Aurélio, PSESS de 06.08.94; 12.159, Rel. Min. Flaquer Scartezzini; PSESS de 16.08.1994; 13.138, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, PSESS de 23.09.96; 13.141, Rel. Min. Ilmar Galvão, PSESS de 25.09.96; 14.117; Rel. Min. Eduardo Ribeiro, PSESS de 04.11.96; 13.135, Rel. Min. Ilmar Galvão, PSESS de 04.03.97; 15.120, Rel. Min. Eduardo Alckmin, DJ de 13.03.98; 15.131, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ de 05.02.99; 16.633, Rel. Min. Garcia Vieira, PSESS de 27.09.2000; 17.653, Rel. Min. Maurício Correa, PSESS de 21.11.2000; 19.533, de que fui relator, DJ de 24.05.2002; 23.347; Min. Rel. Caputo Bastos, PSESS de 22.09.2004; 27.120, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ de 14.08.2007; 30.441, Rel. Min. Joaquim Barbosa, PSESS de 13.11.2008.

Nessa linha, aliás, é a opinião de diversos e renomados professores e autores quando examinam a causa de inelegibilidade da letra *h*:

Ney Moura Teles:<sup>10</sup>

Essa causa de inelegibilidade visa a alcançar todo e qualquer servidor público, da administração direta ou indireta, inclusive a fundacional, que concorra para a fraude nos processos eleitorais. A do art. 1º, I, d, da Lei Complementar n. 64/90, refere-se aos candidatos, ao passo que esta, do art. 1º, I, h, se aplica ao funcionário público não candidato, mas que, com esse, colabore nas ações ilegais.

Thales Tácito e Camila Cerqueira:<sup>11</sup>

Por detentores de cargos se compreende todos os agentes públicos ou administrativos, independentemente do regime jurídico da investidura, excluídos apenas os mencionados nas alíneas anteriores. (...) A palavra “mandato” não é sinônimo de “mandato eleitoral” (agentes políticos), porque se aplica para a alínea d, enquanto aqui mandato designa investidura de alguns agentes de direção de empresas públicas ou sociedades de economia mista, ou seja, detentores de cargos na administração pública.

Adriano Soares da Costa:<sup>12</sup>

A disposição se destina especificamente àquelas pessoas que exerçam cargos públicos, entendidos tais os lugares existentes no quadro de funcionários da Administração, quantitativamente definidos, aos quais se ligam as atribuições determinadas em lei que os criou [...]. Quando o preceito sob análise faz referência a “término de mandato”, utiliza tal expressão não no sentido de

---

<sup>10</sup> Novo Direito Eleitoral – Teoria e Prática, 1ª edição, pág. 82

<sup>11</sup> Reformas Eleitorais Comentadas, Saraiva, 2010, p. 799.

<sup>12</sup> Teoria da inelegibilidade e o direito processual eleitoral, Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p.174.

mandato eletivo, eis que os cargos aos quais o preceito se refere são aqueles do quadro da Administração, ocupados por concurso ou por provimento em comissão. Assim, o signo “mandato”, está aí para abarcar as funções desempenhadas pelos diretores de empresas estatais da Administração Indireta ou Fundacional, eleitos em assembléia de acionistas ou por algum conselho administrativo existente, que passam a ocupar o cargo de chefia ou direção.

Joel J. Cândido:<sup>13</sup>

O termo “mandato”, na alínea, não é o mesmo que “mandato eletivo”, mas sim o designativo da investidura de alguns agentes de direção de empresas públicas ou sociedade de economia mista – as para-estatais. Os titulares de “mandato eletivo” estão sujeitos à alínea d deste mesmo artigo, como se viu. São agentes políticos e não detentores de cargo na administração pública.

Portanto, e com as desculpas devidas aos que pensam em contrário, entendo e defendo que decisões da Justiça Eleitoral não podem ser consideradas causas da inelegibilidade descrita na letra *h*.

Sobre a hipótese da letra *d*, sobre a qual já discorreu a Ministra Luciana Lóssio, anotei dois pontos para provocar.

O primeiro refere-se à abrangência das ações eleitorais que podem ser trazidas como causa da inelegibilidade. Apenas as decisões tomadas em representações, que compreenderiam também as investigações? Ou todas essas e também aquelas proferidas em recursos contra a expedição de diploma ou em ações de impugnação de mandatos eletivos?

Ao que me recordo, o primeiro processo que examinou essa questão teve por relator o Ministro Arnaldo Versiani e lá se entendeu que a norma em questão não abrangeria decisões em AIME. Mas, depois desse julgamento, apreciando processos relacionados às eleições de 2012, diversos Ministros do TSE apontaram preocupações. É bem possível

---

<sup>13</sup> Inelegibilidade no direito brasileiro, Bauru, SP: EDIPRO, 1999. p. 201-202.

que, nas eleições deste ano, a jurisprudência seja alterada. Mas a questão não é simples, ante o que consta da lei complementar e por se tratar de restrição de direito, que, como sempre lembra o Ministro Marco Aurélio, deve ser interpretada de modo estrito, sem qualquer ampliação para abranger situação que não tenha sido devidamente descrita. Já ouvi dizer que a intenção do legislador seria abranger toda e qualquer ação que tenha tido curso na Justiça Eleitoral. Mas é difícil saber com certeza qual foi a intenção do legislador, ainda mais quando se tem presente a forma pela qual as leis são feitas.

O segundo ponto que destaco para reflexão é a possibilidade de um candidato que é manifestamente inelegível na data da eleição, seja por que razão for, prosseguir recorrendo, estar *sub judice* no dia da votação, ganhar a eleição, ter ao final seu registro definitivamente negado, ser hipótese de nova eleição, ou votação como falam alguns, por ele ter obtido a maioria dos votos, e ele se apresenta como candidato nessa segunda etapa ao argumento de que o tempo daquela situação de inelegibilidade, na qual incidia a data da eleição anulada, se exauriu.

Trago essa dúvida em razão de alguns julgamentos recentes, pois o tema é interessante. Não vou adiantar entendimento sobre tal hipótese em respeito à presença da Ministra Luciana, que possivelmente se defrontará com essa matéria em algum processo ainda neste ano.

Faço uma breve referência à letra *l*, que tem por pressuposto condenação à suspensão de direitos políticos, por ato doloso de improbidade administrativa que importe em lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, observando, em primeiro lugar, que essas decisões são oriundas da Justiça Comum e não da Justiça Eleitoral, pelo que estão fora do tema deste Painel.

O Tribunal Superior Eleitoral fixou que é necessária a presença conjunta de todos os quatro elementos referidos, que devem estar registrados na decisão apresentada como evidência do fato apontado como causa da inelegibilidade.

Há uma questão interessante a respeito do assunto, que é a eventual inconstitucionalidade da referida letra, em razão do que consta do artigo 37, § 4º, da Constituição da República, expresso ao definir quais são as consequências da prática de atos de improbidade, com remessa para lei específica, que, por sua vez, pressupõe trânsito em julgado da sentença condenatória para aplicação das sanções nela previstas.

Até onde sei, essa questão ainda não foi enfrentada e decidida pelo Supremo Tribunal Federal, nem pelo Tribunal Superior Eleitoral. Por isso, coloco o assunto para

reflexão, sem emitir opinião, pois como advogado, posso ter que defender um ou outro lado.

Para quem quiser se aprofundar nesse assunto, indico a leitura de um artigo publicado no quinto volume da Revista Brasileira de Direito Eleitoral, do IBRADE, do qual é Secretário o respeitado e competente Advogado Gustavo Severo, Presidente desta Mesa.

Como o tempo é curto, examino rapidamente a hipótese de inelegibilidade da letra *j*, sobre a qual a eminente Ministra Luciana Lóssio trouxe luzes importantes, especialmente no que se refere à variação da jurisprudência quanto à contagem do prazo.

Peço licença para destacar uma questão de certo modo paralela, mas que, a meu ver, é muito importante e tem relação com a mudança da lei dentro do ano que antecede as eleições – o que é vedado pelo artigo 16 da Constituição da República. Trata-se da mudança da jurisprudência dentro de um mesmo pleito, o que acaba por dar tratamento desigual a candidatos que, em tese, devem ter as mesmas oportunidades.

Sempre fui um defensor da natural alteração de entendimentos, própria da temporariedade dos mandatos dos Juízes que integram os tribunais eleitorais, cujas decisões não só interessam às partes do processo específico em que proferem suas decisões, mas também repercutem na sociedade, pois, em muitos casos, principalmente naqueles em que se discutem situações de inelegibilidade, podem resultar na troca das pessoas escolhidas para representar os cidadãos nos parlamentos e na administração da coisa pública. Ou seja, decisões que podem impedir ou anular a vontade manifestada nas urnas, que é a base de qualquer democracia.

Preocupam-me, muito, casos de alteração da jurisprudência após as eleições, especialmente quando cassam o registro daquele candidato cujo nome a Justiça Eleitoral incluiu na urna e permitiu o voto do eleitor tendo em vista o entendimento que prevalecia no momento em que solicitado o registro, em consonância com as Instruções expedidas pela Justiça Eleitoral, que devem servir, justamente, para orientar todos os que desejam participar do pleito que se anuncia.

Do mesmo modo, me preocupa a alteração da lei eleitoral no espaço de um ano antes das eleições. Tenho dificuldades para compreender a diferença que se fez, e que ainda se faz, entre regras introduzidas na legislação eleitoral que alteram o processo eleitoral e outras que não o alteram, na medida em que compreendo o processo eleitoral como tudo o que diz respeito à eleição.

Trago um exemplo antigo, colhido das alterações introduzidas pela Lei 11.300, entre elas, a proibição de distribuição de camisetas de propaganda de candidatos, verdadeiro cartaz ambulante. Estava eu participando de um seminário na Bahia e defendendo que, dentro dos 365 dias anteriores ao da eleição, nenhuma alteração na lei eleitoral poderia ser admitida, quando uma candidata, concordando comigo, disse que, por ser de oposição e não contar com muitos recursos, optou por estruturar sua campanha com antecedência e, a cada mês, encomendava um certo número de camisetas com sua fotografia, seu nome e o de seu partido, bem como o número pelo qual tradicionalmente concorria e se elegia, para distribuição a seus cabos eleitorais e simpatizantes no período da campanha. Com isso, o custo da campanha era diluído e ela não enfrentava os "preços de alta temporada", ou seja, do período crítico da campanha. Ela perguntou, com lágrimas nos olhos, o que deveria fazer com o estoque de camisetas que tinha e que não poderia mais usar.

A lei mudou dentro do ano anterior à eleição para proibir o uso de camisetas, e se entendeu que isso não alterava o processo eleitoral. Com as vênias devidas, entendo que não é assim. Houve, sim, mudança na forma de fazer campanha, que é uma etapa importante do processo eleitoral.

Com a jurisprudência, a situação é assemelhada. O candidato resolve disputar as eleições considerando o entendimento da Justiça Eleitoral sobre determinadas circunstâncias. Depois de pedir o registro de sua candidatura, há uma alteração de entendimento, que – para ficar dentro do tema das inelegibilidades – pode findar por acabar com sua elegibilidade ou permitir que um adversário forte que era inelegível possa disputar consigo.

Confesso que tenho muitas preocupações com essas alterações. E que vejo com bons olhos as decisões do Supremo Tribunal Federal que, concluindo que a orientação que prevaleceu no Tribunal Superior Eleitoral não era a que atendia aos princípios e garantias fixados na Constituição, mesmo assim postergam para a próxima eleição os efeitos da decisão que fixa a melhor interpretação, em respeito ao princípio da segurança jurídica.

Ainda sobre a letra *j*, quero endossar o entendimento de que apenas a imposição de multa pela prática da conduta do artigo 41-A da Lei Eleitoral é insuficiente para causar inelegibilidade, na medida em que a condição expressa na letra *j* é clara: decisão que implique cassação do registro ou do diploma.

Mas – e sempre tem um “mas” – não podemos nos esquecer da hipótese do candidato que compra voto e não se elege. Examinando essa situação em um determinado processo, o TSE entendeu que, mesmo só tendo sido aplicada multa, o candidato seria inelegível. Fiquei a pensar que, como o candidato não se elegeu e só por isso não teve seu diploma cassado, se não seria o caso de ter sido pronunciada a cassação do seu registro, que é uma das condições previstas na letra *j* para a inelegibilidade ali prevista. Todavia, como a verdade – seja por que razão tenha sido – é que não houve tal condenação, me pareceu que a interpretação da regra restritiva acabou sendo ampliada para abarcar situação que nela não se enquadrava.

Antes de terminar minha intervenção – e acho que o tempo previsto está perto de se esgotar –, peço licença para fazer breves considerações sobre duas outras situações de inelegibilidade que podem decorrer de decisões da Justiça Eleitoral.

A primeira é a da letra *e* – *condenação por crime eleitoral* – de competência, portanto, da Justiça Eleitoral.

O que já causou dúvida em relação a essa causa de inelegibilidade – que, a meu ver, pode incidir por um tempo muito além do razoável, pois começa com a condenação por órgão colegiado, ainda que não transitada em julgado, e vai até oito anos após o cumprimento da pena – foi a fixação do termo inicial desse prazo de oito anos. Deve ser considerada a data exata em que o cumprimento da pena se encerra ou a data em que se completa o processo de reabilitação?

Creio que o dispositivo é claro: do cumprimento da pena. Questionável, portanto, a interpretação ampliativa da norma restritiva para levar a fixação do início do prazo de inelegibilidade para momento posterior àquele previsto na lei. Anoto, porém, que o processo de reabilitação pode ser necessário para declarar a extinção de eventual pena de suspensão de direitos políticos, que é causa impeditiva da participação passiva em eleições.

Além disso, é oportuno destacar que eventual indulto não equivale a reabilitação e, portanto, não afasta a inelegibilidade resultante da condenação criminal.

A segunda é a da letra *p*, que tem por pressuposto o reconhecimento, pela Justiça Eleitoral, da ilegalidade de determinada doação eleitoral. Destaco, de início, que essa situação de inelegibilidade não constou da primeira versão do projeto de iniciativa popular discutido na CNBB, do qual tive a honra de participar. Aliás, a ideia de não mais se exigir trânsito em julgado de decisões judiciais que são causas de inelegibilidade surgiu nos trabalhos de um grupo de estudos criado pelo Ministro Carlos Velloso no final de

2004, começo de 2005, quando Sua Excelência era Presidente do Tribunal Superior Eleitoral. Tive oportunidade de introduzir o tema naquela ocasião, bem como de propor a aumento do prazo pelo qual vigoraria a inelegibilidade, fixando-o em cinco anos, pois me preocupava a falta de efetividade das regras então em vigor. Tudo isso constou das sugestões ao final encaminhadas ao Congresso Nacional.

Pois bem, em algum momento entre as primeiras discussões e o texto afinal aprovado, surgiu a causa de inelegibilidade que veio a ser explicitada na letra *p*: “são inelegíveis a pessoa física e os dirigentes de pessoas jurídicas responsáveis por doações eleitorais tidas por ilegais”.

Mas, com todo o respeito, entendo que o assunto não teve a discussão que exigia. E, pior, o texto, como ficou, entra em confronto com garantias estabelecidas pela Constituição da República.

Vejam bem: basta o valor doado ultrapassar em um real o limite legal para a doação, estabelecido de acordo com a capacidade do doador, para que ela seja considerada ilegal e, conseqüentemente, tornar inelegível, por oito anos, o doador pessoa física ou os dirigentes responsáveis pela doação feita por pessoa jurídica!

Por isso, eu pergunto: como fica o princípio da proporcionalidade? Tanto faz a doação ser um real acima do limite – o que certamente pode acontecer por conta de algum equívoco ou interpretação das confusas regras pertinentes à definição de rendimentos ou faturamento bruto – ou alguns milhões de reais, oriundos de fonte vedada?

Pior ainda: como pode o dirigente da pessoa jurídica sofrer as conseqüências (seriíssimas conseqüências, na medida em que impedem o exercício do direito de ser votado), se ele não foi parte no processo em que se concluiu pela ilegalidade da doação? Se a ele não foi assegurada oportunidade de se defender da acusação?

Como ficam as garantias da ampla defesa e do contraditório, pilares do devido processo legal? É possível retirar de uma decisão judicial proferida em um processo que versa sobre um fato determinado, ou seja, sem caráter geral, conseqüência que restrinja um importante direito de quem não fez parte daquele processo?

Falando com o máximo respeito, não entendo como isso possa ser visto e tido como admissível.

Sei bem das dificuldades que os Partidos Políticos têm para pedir ao Supremo Tribunal que declare a inconstitucionalidade desse dispositivo. Mas creio que seria bom que o Ministério Público levasse o assunto ao Judiciário, em controle concentrado, seja para afirmar sua constitucionalidade, seja para declarar sua inconstitucionalidade.

Vejo, senhor Presidente, que já é hora de encerrar minha intervenção e passar a responder às perguntas do auditório, a quem agradeço a atenção e a paciência. Muito obrigado.

## **A Propaganda Eleitoral na Era Digital**

**Henrique Neves**

Graduado em Direito pela Universidade de Brasília, é Coordenador do Curso de Especialização em Direito Eleitoral no Instituto de Direito Público (IDP) e Professor de pós-graduação em Direito em diversas instituições. Ministro do Tribunal Superior Eleitoral, tendo atuado como juiz auxiliar nas reclamações e representações relativas à propaganda eleitoral na eleição presidencial em 2010. Membro do Instituto dos Advogados Eleitorais do Brasil (IBRADE), é autor de diversas obras na área do Direito Eleitoral, palestrante e conferencista sobre a matéria.

**RESUMO:** Nesta palestra, Henrique Neves trata do tema da propaganda eleitoral na era digital, com enfoque na utilização da internet para divulgação das propostas e plataformas dos candidatos e partidos políticos, destacando a mudança mundial de comportamento trazida pela rede mundial de computadores e o impacto que a grande e diversificada quantidade de informações digitais pode ter no processo eleitoral.

Inicialmente, cabe agradecer ao Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) e à organização do I Seminário Brasiliense de Direito Eleitoral o honroso convite para tecer algumas breves palavras sobre a propaganda eleitoral na era digital.

Por óbvio, é impossível, neste momento, esgotar a matéria e examinar todas as questões que envolvem o tema da propaganda eleitoral, cujos conflitos se iniciam na chamada propaganda antecipada.

Dessa forma, esta manifestação se restringirá a apenas alguns aspectos da propaganda eleitoral na era digital, especialmente, no que diz respeito à utilização da internet para divulgação das propostas e plataformas dos candidatos e partidos políticos.

A internet, como se sabe, é relativamente nova e tem sido responsável, aos poucos, por uma mudança mundial de comportamento. A sua origem data do início da década de 60 do século passado, quando redes de comutação de pacotes de dados voltadas para o uso militar nos Estados Unidos começaram a ser desenvolvidas. A primeira delas se chamava ARPANET (*Advanced Research Projects Agency Network*) e visava interligar as bases militares e instituições para que, em caso de uma eventual guerra, a transmissão de dados fosse mantida.

Posteriormente, com a permissão de acesso dos meios acadêmicos e especialmente das universidades, os projetos foram se desenvolvendo e criou-se a rede mundial de computadores interligados, que atualmente conhecemos pela sigla WWW (World Wide Web), a qual se tornou possível a partir da criação do hipertexto, permitindo a existência de páginas e de sítios eletrônicos que exibem informações, notícias e material acadêmico e acesso a eles.

Todavia, como o acesso é livre, a internet reúne qualquer tipo de informação, inclusive as inverídicas, com o agravamento de que a informação fica disponível e se prolonga no tempo. Se anteriormente se dizia que o papel aceita tudo, atualmente, pode-se dizer que a internet aceita tudo e guarda tal informação.

Assim, seja um fato verdadeiro ou falso, normal ou alarmante, os motores de busca na internet, que são diariamente utilizados por milhões de usuários, sempre que procurarem determinada palavra, por meio dos seus respectivos algoritmos, apresentarão uma quantidade enorme de informações, entre as quais, algumas serão verdadeiras, outras nem tanto e várias serão simplesmente falsas.

Mas, na vida analógica, não é diferente. Há também um grande número de informações que podem ser pesquisadas pelos interessados, com origens igualmente diversas, algumas confiáveis, outras não. Confira-se, por exemplo, alguns tabloides que são famosos por noticiarem boatos, fatos esdrúxulos ou fantasiosos e que são normalmente vendidos para pessoas que buscam diversão ou que não necessariamente acreditam nas versões publicadas, mas têm, ao menos, curiosidade em conhecê-las.

Na internet, a situação é igual. O usuário poderá obter uma informação confiável e outras não tão confiáveis, que ensinarão uma melhor pesquisa sobre a fonte ou, ainda, algumas nitidamente falsas. A partir de um universo praticamente inesgotável de fontes de informação, caberá aos usuários selecionar aquelas em que confia e as que não merecem credibilidade, tal como se procede em uma biblioteca ou em uma simples banca de revistas. Para obter a informação, escolhe-se uma publicação cuja credibilidade seja renomada. Diante do lançamento de um novo jornal, o interessado passa a examinar a linha editorial do órgão de imprensa e conferir o desenrolar dos fatos noticiados no mundo real para, a partir daí, emprestar ou não confiança ao veículo de comunicação. Por outro lado, o leitor poderá escolher livremente publicações dedicadas à invasão da terra por alienígenas, aos escândalos do mundo das celebridades ou aquelas que trazem notícias arejadas sobre guerras estelares.

Em suma, cada um lerá o que deseja ler.

A análise a ser feita neste momento diz respeito ao impacto que a grande e diversificada quantidade de informações digitais pode ter no processo eleitoral.

O primeiro aspecto a ressaltar é que os sítios da internet, em especial os *blogs*, são importantes veículos que incentivam o debate de ideias e a troca de informações, o que constitui elemento essencial da democracia.

Robert Dahl, respondendo às suas próprias perguntas sobre a democracia e o reflexo na condução da coisa pública, demonstra a importância da participação política dos cidadãos no debate sobre os rumos do Estado e o valor das fontes alternativas de informação.<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> “Por que a democracia exige a livre expressão?

Para começar, a liberdade de expressão é um requisito para que os cidadãos realmente participem da vida política. Como poderão eles tornar conhecidos seus pontos de vista e persuadir seus camaradas e seus representantes a adotá-los, a não ser expressando-se livremente sobre todas as questões relacionadas à conduta do governo? Se tiverem de levar em conta as idéias de outros, será preciso escutar o que esses outros tenham a dizer. A livre expressão não significa apenas ter o direito de ser ouvido, mas ter também o direito de ouvir o que os outros têm para dizer. Para se adquirir uma compreensão esclarecida de possíveis atos e políticas do governo, também é preciso a liberdade de expressão. Para adquirir a competência cívica, os cidadãos precisam de oportunidades para expressar seus pontos de vista, aprender uns com os outros, discutir e deliberar, ler, escutar e questionar especialistas, candidatos políticos e pessoas em cujas opiniões confiem – e aprender de outras maneiras que dependem da liberdade de expressão. Por fim, sem a liberdade de expressão, os cidadãos logo perderiam sua capacidade de influenciar o programa de planejamento das decisões do governo. Cidadãos silenciosos podem ser perfeitos para um governante autoritário, mas seriam desastrosos para uma democracia. Porque a democracia exige a existência de fontes alternativas e independentes de informação? Como liberdade de expressão, diversos critérios democráticos básicos exigem que fontes de informação alternativas e relativamente independentes estejam disponíveis para as pessoas. Pense na necessidade de compreensão esclarecida. Como os cidadãos podem adquirir a informação? Portanto, os cidadãos devem ter acesso a fontes de informação que não estejam sob o controle do governo ou que sejam dominadas por qualquer grupo ou ponto de vista. Pense ainda sobre a participação efetiva e a influência no planejamento público. Como poderiam os cidadãos participar realmente da vida política se toda a informação que pudessem adquirir fosse proporcionada por uma única fonte – o governo, digamos – ou, por exemplo, um único partido, uma só facção ou um único interesse?” (DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: UnB, 2009, p. 110-111).

Transpondo essa lição para as eleições, é possível concluir que, quanto maior for o número de informações sobre os candidatos, o eleitor terá melhores condições de escolher e exercer o seu poder soberano para, de forma individualizada e consciente, escolher a pessoa que considere capaz de representá-lo.

O segundo ponto diz respeito à legislação e à regulamentação do uso da internet.

No Brasil, no passado, andamos defasados, em certo grau, em relação à legislação de informática adotada por outros países. Quem acompanhou as questões no século passado, em especial na última década, sabe os problemas relativos às leis brasileiras sobre regulação do mercado de informática, ao passo que, no resto do mundo, já se tinha legislação mais sólida sobre o assunto.

O Brasil engatinhou nos primeiros momentos. Hoje em dia, porém, não. Recentemente foi promulgada a lei do marco civil da internet, o qual tem sido citado internacionalmente, não como propriamente uma experiência a ser observada, mas como exemplo a ser seguido por outros países, especialmente no que diz respeito à intervenção estatal na internet, que é, em si, um campo livre para a divulgação de ideias e informações.

Liberdade, contudo, não significa balbúrdia. Livre quer dizer sem controle prévio, sem censura, como se faz necessário em um Estado Democrático de Direito, que preserva a livre manifestação do pensamento.

Porém, sob o manto da liberdade da expressão do pensamento, não é possível permitir que alguém suba em um palanque público ou se dirija diretamente a outra pessoa para ofendê-la, para cometer calúnia, difamação ou injúria. Não existe esse tipo de impunidade.

Na internet a situação é exatamente igual. Ofensas, crimes e intolerâncias não são admissíveis. Muitos se enganam quanto a isso sob o prisma da dificuldade de identificação do autor de uma ofensa veiculada na internet. A história recente, contudo, demonstra que, apesar da falsa dificuldade, em muitos casos, a questão da identificação é resolvida em curto espaço de tempo.

E com a respectiva identificação, quem expressa livremente o pensamento também assume as responsabilidades decorrentes dessa expressão. Se cometida alguma ofensa, ilicitude ou verificado algum dano moral, o responsável, por certo, responderá pelo ilícito ou abuso cometido.

Daí é que a internet é regulada, não para conter ou impedir a divulgação das informações, mas para evitar que sejam cometidos abusos ou, a depender da hipótese, verdadeiros crimes pela via digital.

Nesse ponto, cabe destacar a necessidade de se verificar corretamente a qualificação e a responsabilidade dos diversos tipos de provedores que atuam na internet.

A definição de provedor, no âmbito da rede mundial de computadores, permite diversos significados de acordo com o adjetivo utilizado. A confusão entre os tipos de provedores não é rara e pode ser determinante para a aferição da responsabilidade diante de eventual irregularidade.

Por exemplo:

- *Provedor de Acesso* é a instituição responsável pela conectividade entre o usuário e a internet, em muitos casos, são as companhias telefônicas que fornecem o meio físico de ligação. A responsabilidade dos provedores de acesso, em regra, é regulada pelo Código do Consumidor e pela legislação específica. Não há, assim, e em princípio, maior relevância de sua atuação, sob o ângulo do direito eleitoral.
- *Provedores de Serviços* são aqueles que, sejam ou não também provedores de acesso, fornecem ao usuário uma série de serviços e ferramentas. Entre esses, os *Provedores de Hospedagem* fornecem aos usuários, apenas, os meios (programas de *software* + bancos de dados) para a manutenção de determinados arquivos ou páginas na rede. A responsabilidade dos provedores de serviços deve ser verificada a partir de situações concretas, sendo essencial demonstrar que, ao armazenar determinado conteúdo, o provedor tem ciência de seu conteúdo.

Nesse sentido, é importante destacar a diferença entre Provedores de Informação e Provedores de Conteúdo, a qual é explicada por Marcel Leonardi:

O provedor de informação é toda pessoa natural ou jurídica responsável pela criação das informações divulgadas através da internet. É o efetivo autor da informação disponibilizada por um provedor de conteúdo.

O provedor de conteúdo é toda pessoa natural ou jurídica que disponibiliza na internet as informações criadas ou desenvolvidas pelos provedores de informação, utilizando, para armazená-las, servidores próprios ou os serviços de um provedor de hospedagem.

Dessa forma, o provedor de conteúdo pode ou não ser o próprio provedor de informação, conforme seja ou não o autor daquilo que disponibiliza.<sup>15</sup>

Como anotado acima, o Provedor de Conteúdo (que disponibiliza a informação) pode ou não ser o próprio Provedor da Informação (o autor da informação).

Quando o Provedor de Conteúdo é o autor do material divulgado, a sua responsabilidade decorre da própria autoria da informação divulgada.

Porém, quando o Provedor de Conteúdo coleta material produzido por terceiros, dando-lhes divulgação, a situação merece uma nova diferenciação:

- Se a coleta é seletiva, ou seja, se passa pelo critério de discricionariedade do responsável, que escolhe qual conteúdo será ou não divulgado, a responsabilidade pode ser afirmada a partir do ato volitivo da escolha.
- Se, por outro lado, o provedor de conteúdo disponibiliza, sem nenhuma forma de controle, meios para que terceiros incluam material ou informações em sua página, a sua responsabilidade depende do prévio conhecimento, o qual, nem sempre, é possível de ser presumido, especialmente em sítios de grande acesso que recebem várias inserções diárias.

Há, também, questão importante relativa aos mecanismos de busca de informações na internet, sendo de suma relevância a recente decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia, no sentido de que “o operador de um motor de busca na internet é responsável pelo tratamento que efetua dos dados pessoais exibidos nas páginas *web* publicadas por terceiros”. E, como tal, “quando, na sequência de uma pesquisa efetuada a partir do nome de uma pessoa, a lista de resultados exhibe uma ligação para uma página *web* que contém informações sobre a pessoa em questão, esta pode dirigir-se diretamente ao operador ou, quando este não dê seguimento ao seu pedido, às autoridades competentes para obter, em certas condições, a supressão dessa ligação da lista de resultados”.<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. p. 30.

<sup>16</sup> Acórdão disponível em: <<http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-05/cp140070pt.pdf>>.

A relevância dessa decisão traduz a importância dos provedores de busca da internet, que são comumente usados para a identificação da matéria de interesse do internauta. É também interessante destacar que, de acordo com a decisão tomada pela Corte Europeia, o material originalmente divulgado não é atingido, mas apenas limitada a sua divulgação nos relatórios de busca apresentados pelos servidores especializados.

Em outras palavras, o que se obsta é a indexação pelos motores de busca das notícias que envolvem determinada matéria e não o próprio conteúdo que permanece veiculado no seu endereço original, com menor facilidade de acesso, contudo.

Em uma das primeiras oportunidades de se discutir os reflexos que a divulgação e o uso da internet poderiam causar no processo eleitoral, o Tribunal Superior Eleitoral apreciou a Consulta n. 1.477, relatada pelo Ministro Ari Pargendler, na qual se discutiu a necessidade de regular ou não a web. Prevaleceu o entendimento de que a análise de eventuais abusos deveria ser realizada caso a caso, e a proposta que visava trazer algumas normas para a utilização da internet foi rejeitada.

O Congresso Nacional, em seguida, editou a Lei n. 12.034/2009, que introduziu na Lei n. 9.504/1997 novos artigos, numerados como arts. 57-A até 57-I.

As disposições criadas pelo Poder Legislativo foram abrangentes e regularam situações efetivamente necessárias, para definir, por exemplo, no art. 57-A, que a propaganda eleitoral na internet somente é permitida após o dia 5 de julho, ou seja, aplicando à internet a regra geral contida no art. 36 da Lei das Eleições, que delimita o período da propaganda eleitoral, como meio de assegurar isonomia entre os candidatos.

Entretanto, permita-se a crítica acadêmica, os novos dispositivos legais detalharam situações específicas cuja necessidade de regulamentação, na prática, não se confirmou.

Por exemplo, desde a edição da lei, em 2009, até os dias de hoje, não se tem maior notícia de processo judicial movido por eleitor ou pelo Ministério Público Eleitoral que trate da matéria prevista no parágrafo único do art. 57-G, o qual impõe multa de R\$ 100,00 (cem reais) ao candidato que envia correspondência eletrônica contendo propaganda eleitoral, após receber uma comunicação do eleitor de que não deseja mais receber tal tipo de correspondência eletrônica.

A dificuldade de encontrar precedente sobre o tema, por certo, decorre do próprio trabalho de preparação da ação, na qual se terá que demonstrar o envio de uma primeira correspondência, com a perfeita identificação do remetente, com a identificação de seu IP, do horário de acesso e de envio. Depois, deve ser provada a remessa do e-mail do eleitor pedindo a retirada de seu nome do cadastro do candidato, também acompanhada

da prova de identificação dos dados de remessa, confirmação de entrega e de leitura para, ao final, demonstrar-se, com igual prova técnica, a ocorrência do envio de nova propaganda eleitoral do candidato.

Com tais provas é que se chegará à possibilidade do ajuizamento de representação eleitoral, que poderá resultar na aplicação de multa no valor de R\$ 100,00, a qual, por sua vez, como todas as multas eleitorais, terá seu valor destinado ao fundo partidário para posterior divisão entre os partidos políticos.

A ausência de processos nesse sentido, talvez se dê em razão de a paz do eleitor – verdadeiro bem protegido por esse dispositivo – poder ser facilmente obtida com a mera aplicação de um filtro de spam no seu programa de correio eletrônico. A partir de um simples clique, as futuras correspondências eletrônicas indesejadas serão retidas pelo provedor de serviços ou pelo próprio programa e serão destinadas às pastas normalmente designadas como quarentena ou lixo eletrônico.

As alterações legais introduzidas pela Lei n. 12.034, de 2009, também visaram permitir a utilização da internet como meio de arrecadação de recursos para as campanhas eleitorais, o que, em outros países, foi realizado com grande sucesso e proporcionou, por exemplo, na campanha eleitoral do presidente Barack Obama, a arrecadação de milhões de dólares pela internet. A matéria foi tratada dando-se nova redação ao § 2º do art. 23, que trata das doações das pessoas jurídicas.

Ao regulamentar a nova disposição legal, o Tribunal Superior Eleitoral, consciente da possibilidade de circularem quantias relevantes de dinheiro para as campanhas eleitorais e visando permitir que as pessoas físicas utilizassem tal meio para realizar doações, estabeleceu, junto com as instituições financeiras e administradores de cartão de crédito, as regras necessárias à arrecadação de recursos pela internet. Foram várias reuniões que resultaram em uma instrução específica editada pela Justiça Eleitoral.

Na prática, porém, seja por questão cultural, seja pela desconfiança que tende a diminuir em relação às transações financeiras na internet, o que se verificou nas eleições de 2010 é que o custo da criação dos sítios eletrônicos para arrecadação de receitas, o qual foi arcado pelos candidatos e partidos políticos, mostrou-se mais elevado do que os valores das doações efetivamente arrecadadas.

Com a provável declaração de inconstitucionalidade das doações realizadas pelas pessoas jurídicas, a qual está sendo debatida no Supremo Tribunal Federal, pode ser que o tema volte a ser relevante, especialmente para o efeito da correta e precisa identificação do doador.

Atualmente, porém, existem algumas dificuldades na legislação eleitoral relativas à internet, as quais vêm sendo enfrentadas pelo Tribunal Superior Eleitoral.

Nesse aspecto, deve-se considerar que muitas pessoas naturais se utilizam de provedores de serviços estrangeiros, sendo os principais localizados em outros países.

Não se desconhece, portanto, que a internet pode ser alimentada a partir de qualquer localidade e, em vários países, admite-se que a liberdade de expressão pode ser realizada de forma anônima ou mediante o uso de pseudônimos. São exemplos dessa possibilidade as decisões de Cortes americanas que, ao interpretarem a Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos, admitem o anonimato. Dentre várias, basta citar apenas a proferida pela Suprema Corte Americana no caso *McIntyre v. Ohio Elections Commission* (514 US 334).

No Brasil, contudo, a Constituição é taxativa: o anonimato é vedado (CF, art. 5º, inciso IV). E o artigo 57-D da Lei 9.504/97 também é expresso em proibir o anonimato na propaganda eleitoral.

Um dos principais problemas relacionados com o processo eleitoral diz respeito à livre manifestação dos eleitores na internet, o que não deve ser confundido com as ações de propaganda eleitoral empreendidas pelos candidatos e partidos políticos.

Como dispõe o art. 57-B da Lei n. 9.504/97, a propaganda eleitoral na internet pode ser realizada, primeiramente, nos sítios mantidos pelos candidatos (inc. I) e pelos partidos políticos ou coligações (inciso II). Em ambos os casos, os respectivos endereços devem ser comunicados à Justiça Eleitoral.

Muitos candidatos e partidos deixam de realizar tal comunicação e não percebem que a legislação estabelece que, quando o candidato, o partido político ou a coligação criam uma página de propaganda eleitoral – o que é uma forma lícita de divulgar suas propostas e anúncios – e comunicam à Justiça Eleitoral a sua existência, o respectivo sítio passa a ser protegido, de modo que qualquer alteração ou supressão de conteúdo somente poderá ser admitida mediante ordem judicial expressa emanada da Justiça Eleitoral.

Tal proteção legal, inclusive, garante aos partidos políticos e aos candidatos que o conteúdo de sua propaganda eleitoral não será modificado, nem mesmo por ação do provedor de hospedagem.

O art. 57-C da Lei das Eleições estabelece, no seu inciso III, que a propaganda eleitoral pode ser feita por meio do envio de mensagens eletrônicas para endereços cadastrados gratuitamente, ou seja, como comumente conhecido, a propaganda por *e-mail*. Não se admite, contudo, a comercialização dos cadastros de usuários ou o acesso

gratuito aos cadastros mantidos pelas pessoas que não podem realizar doações eleitorais diretas ou indiretas (art. 57-E).

O inciso IV do art. 57-C – e aqui reside a principal questão que vem sendo enfrentada pela Justiça Eleitoral – prevê a possibilidade de realização de propaganda eleitoral “*Por meio de blogs, redes sociais, sítios de mensagens instantâneas e assemelhados, cujo seja conteúdo gerado ou editado por candidatos, partidos ou coligações ou de iniciativa de qualquer pessoa natural*”.

A dificuldade desse dispositivo decorre da previsão final, por equiparar a rede social, o *blog* e os sítios de mensagens operados pela pessoa natural, que, em verdade, pode ser o eleitor, aos que são de responsabilidade dos candidatos e dos partidos políticos.

As redes sociais constituem meios de comunicação social que – potencializados pelo enorme número de usuários e pelas reiteradas repetições do conteúdo neles veiculado – são capazes de atingir expressiva quantidade de pessoas.

A Pesquisa Brasileira de Mídia 2014,<sup>17</sup> realizada pelo IBOPE e divulgada pela Secretaria de Comunicação Social da Presidência, revela que 76% dos brasileiros apontam como fonte primária de informação a televisão, enquanto a internet aparece em segundo lugar, com 14%, à frente das rádios (6%) e dos jornais impressos (8%). Admitida uma segunda menção aos entrevistados, os índices crescem para: 89% – televisão; 30% – rádio; 29% – internet; 8% – jornal impresso; 1% – revista impressa.

Ou seja, a internet disputa hoje com o rádio a posição de segunda mídia mais acessada pelos brasileiros para obter informações sobre determinado assunto, superando, em muito, os jornais e as revistas impressas.

Atualmente, entre os diversos aplicativos de relacionamento social disponíveis na internet, o *Facebook* se revela o mais difundido, estimando-se a existência de muitos milhões de contas ativas.

De acordo com a pesquisa acima, entre os sítios, *blogs* e redes sociais citados pelos entrevistados que usam a internet, o *Facebook* aparece em primeiro lugar, com 63,6% nos dias de semana, e 67,1% nos fins de semana, superando em dez vezes, aproximadamente, o segundo lugar. Além disso, o *Facebook* é apontado por 30,8% dos usuários entrevistados como a principal fonte de informação na internet.

---

<sup>17</sup> *Pesquisa brasileira de mídia 2014: hábitos de consumo de mídia pela população brasileira*. Brasília: Secom, 2014. Disponível em: <<http://www.secom.gov.br/orientacoes-gerais/pesquisa/relatorio-final-pesquisa-brasileira-de-midia-2014.pdf/view>>.

As mobilizações sociais ocorridas no ano passado e os trágicos acontecimentos decorrentes da publicação de um retrato falado na cidade do Guarujá/SP, neste ano, demonstram, por si sós, o potencial de penetração e dispersão de informações do aplicativo.

Assim, se o Tribunal Superior Eleitoral já se preocupou, em eleições não tão distantes, com a utilização indevida dos meios de comunicação social impressos, o desenvolvimento e o alcance dos aplicativos que atualmente transmitem instantaneamente e, ao mesmo tempo, preservam informações – verdadeiras ou falsas – pela internet não podem ser desconhecidos.

O jornalista Lino Bocchini, que mantém o *blog* “midiático”, no sítio da revista Carta Capital, traz uma noção do alcance do *Facebook*, no artigo “O médico cubano, o *Facebook* e a massa”,<sup>18</sup> ao relatar que a divulgação de uma fotografia, inicialmente publicada em um jornal impresso, retratando a chegada de médicos cubanos ao Brasil, impactou, em menos de 24 horas, um milhão e meio de usuários, o que supera, em muito, a tiragem do jornal impresso, que, em âmbito nacional, tem uma média de 300.000 exemplares.

Com as vênias devidas aos que entendem de forma diversa, é certo que a utilização dos meios de divulgação de informação disponíveis na internet é passível de ser analisada pela Justiça Eleitoral para efeito da apuração de irregularidades eleitorais, seja por intermédio dos *sites* de relacionamento interligados, em que o conteúdo é multiplicado automaticamente em diversas páginas pessoais, seja por meio dos *sites* tradicionais de divulgação de informações.

Essa análise, contudo, deve ser realizada com a menor interferência possível do Poder Judiciário em relação ao debate democrático.

Ao se tratar da análise de conteúdo de *blogs* e assemelhados de iniciativa de pessoas naturais, é necessário que se proceda com extrema cautela, tal como registra Jonatas Machado em relação à intervenção do Estado nos meios de comunicação: “*deve-se percorrer um caminho estreito e resvaladiço, ladeado pelas duas perigosas bermas da promoção e da censura*”.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> <http://www.cartacapital.com.br/blogs/midiatico/o-medico-cubano-e-o-Facebook-como-meio-de-comunicacao-de-massa-8596.html>

<sup>19</sup> Com maior amplitude, o pensamento do autor: “(...) Por outras palavras, as normas que estabelecem uma intervenção positiva dos poderes públicos dos direitos, liberdades e garantias alteram a posição relativa das forças sociais, redistribuindo posições de poder e influência a partir do esforço ou do enfraquecimento das possibilidades expressivas. Embora tal redistribuição não seja por si só inconstitucional, a mesma deve percorrer um caminho estreito e resvaladiço, ladeado pelas duas perigosas bermas da promoção (*sponsorship*) e da censura (*ensorship*), devendo ter como base a persecução, de forma transparente, de finalidades de interesse público, a correção de distorções comunicativas

Diante de alegação da prática de propaganda irregular, de um lado, não pode ser sacrificado o direito à livre expressão do pensamento do cidadão que se identifica. De outro, não é possível permitir que essa manifestação ofenda princípios constitucionais de igual relevância ou afronte as leis vigentes.

A constitucionalidade das regras que impõem restrições à propaganda eleitoral e à atuação dos meios de comunicação social, especialmente os que dependem de concessões públicas, encontram respaldo nos princípios constitucionais de igualdade de chances gradual, lisura e normalidade dos pleitos eleitorais, previstos no *caput* do art. 14 e no seu § 9º.

Tais normas constitucionais se dirigem essencialmente aos partidos políticos, coligações e candidatos, ou seja, àqueles que efetivamente disputam o voto do eleitor, protegendo o pleito contra os abusos decorrentes do poder econômico ou político.

Ao eleitor, por sua vez, como protagonista do processo eleitoral e verdadeiro detentor do poder democrático não devem ser, em princípio, impostas limitações, senão aquelas referentes à honra dos demais eleitores, dos próprios candidatos, dos partidos políticos e as relativas à veracidade das informações divulgadas.

Em relação aos candidatos e partidos políticos, as limitações no âmbito da internet, além dos aspectos relacionados à honra de terceiros e à veracidade das divulgações, devem ser interpretadas de forma a garantir a igualdade de chances gradual, coibir a interferência do poder econômico e as manifestações patrocinadas por pessoas jurídicas ou órgãos governamentais, como descrito no art. 57-C da Lei n. 9.504/97.

Sem que sejam identificadas situações em que haja ofensa a tais valores, não há espaço para a atuação da justiça eleitoral.

Ao examinar diversas hipóteses de propaganda eleitoral antecipada, o Tribunal Superior Eleitoral Tribunal já dispensou a presença de referências aos cargos ou candidaturas, considerando que a análise deve ser feita a partir do contexto dos fatos. Por outro ângulo, em inúmeros precedentes, apontou-se que a mera promoção pessoal não é suficiente para a caracterização da propaganda eleitoral.

---

historicamente consolidadas e a garantia de um mínimo de oportunidades de comunicação a perspectivas e pontos de vista que se encontrem econômica e estruturalmente afastados dos procedimentos comunicativos, preservando a abertura competitiva dos diferentes subsistemas de ação social. Se a liberdade dos indivíduos e dos grupos depende cada vez mais da intervenção regulatória e prestacional do Estado, uma atuação desigual dos poderes traduz-se na concessão a uns de uma medida mais estrita de liberdade do que a garantida a outros. Sem pôr em causa a possibilidade de o mercado intervir no mercado de idéias, as considerações expendidas têm subjacente alguma desconfiança relativamente à competência das autoridades públicas para decidirem sobre qual deva ser a estrutura e o resultado justos de um confronto de idéias.

MACHADO, Jonatas E. M.. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*; Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 669.

As regras e balizas interpretativas adotadas pelo Tribunal Superior Eleitoral em relação às propagandas realizadas por diversos meios de comunicação social partem, em alguns casos, da análise do desvirtuamento da oportunidade de exposição destinada aos partidos políticos e àqueles que se tornarão, eventualmente, candidatos, como ocorre, por exemplo, nos programas partidários em que os filiados – em expressa violação ao texto legal – realizam atos de promoção pessoal, excedendo o fim para o qual o direito foi regulado.

Igualmente, há uma preocupação na antecipação de gastos financeiros privados e, sobretudo públicos, para impulsionar as candidaturas.

Tal entendimento, contudo, não pode ser simplesmente transmutado para os dados divulgados pela internet, cujo acesso é amplo, irrestrito e independe de maiores recursos financeiros.

Nessa linha, o art. 36-A da Lei das Eleições, ao tratar da propaganda antecipada, condiciona a caracterização da irregularidade decorrente da divulgação de plataformas e projetos políticos em entrevistas e debates, inclusive na internet, ao pedido expresso de voto (inc. I). Igualmente, na divulgação de atos parlamentares e debates legislativos, para que a propaganda antecipada fique caracterizada, é necessário o pedido de votos ou apoio eleitoral (inc. IV).

Considerada a natureza da internet, seu livre acesso, a inegável fonte de informações alternativas que beneficia a democracia e, sobretudo, a liberdade de manifestação de pensamento, que deve ser assegurada à rede de computadores, a propaganda eleitoral antecipada por parte de partidos políticos ou futuros candidatos na internet somente é possível de se caracterizar a partir de ato ostensivo em que haja pedido de voto ou referência expressa à candidatura futura.

De outro modo, seria proibir a veiculação pela internet de material que, em tese, pode ser divulgado pelos meios clássicos de comunicação social ou por ações de promoção pessoal.

Em relação às pessoas naturais, especialmente os eleitores, recorde-se, porém, que, diante de eventual alegação da prática de propaganda irregular, de um lado, não pode ser sacrificado o direito à livre expressão do pensamento do cidadão que se identifica, de outro. Não é possível permitir que essa manifestação ofenda princípios constitucionais de igual relevância ou afronte as leis vigentes.

Para tanto, é necessário que se proceda à ponderação dos valores. Para esta ponderação, é essencial que a alegação de propaganda eleitoral irregular identifique precisamente o que exatamente afronta a norma.

Se o princípio da tipicidade rege a aplicação de qualquer sanção, no caso de propaganda irregular realizada por pessoa natural que não se confunde ou age a mando de candidato, partido político ou coligação, essa tipicidade deve ser estrita, ou melhor, estritíssima, sob pena de se atingir uma verdadeira criminalização do debate político.

Com esse raciocínio, é possível exemplificar que manifestações de apoio, ainda que expressas, ou revelações de desejo pessoal de que determinado candidato seja eleito, bem como as críticas ácidas que não transbordem para a ofensa pessoal, quando emanadas de pessoas naturais que debatem política na internet, não devem ser consideradas infração à legislação eleitoral.

E mesmo quando se estiver diante de alguma efetiva e gritante ilegalidade, a determinação da suspensão deve atingir apenas e tão somente o quanto tido como irregular, resguardando-se, o máximo possível, o pensamento livremente expressado.

A divulgação de matérias que caracterizem ofensa ao direito pode e deve ser suspensa somente a partir da precisa identificação de qual informação deve ser extirpada. Essa identificação deve constar precisamente da inicial e do pedido formulado pelo interessado.

Ou seja, se em determinada página da internet há uma frase ou um artigo que caracterize propaganda eleitoral irregular, ou mesmo mais de um, todos deverão ser identificados por quem pretende a sua exclusão na inicial da ação que pede tal providência, ainda que seja necessário especificar detalhadamente todo o conteúdo da página.

A exata identificação é necessária para que, da mesma forma, a decisão seja precisa sobre o quanto deve ser retirado do endereço da internet. Neste ponto, ainda que sejam alegadas dificuldades técnicas para o cumprimento da decisão pelo, por exemplo, provedor de hospedagem, aqueles que prestam serviços na internet deverão desenvolver mecanismos que permitam a retirada de apenas parte do conteúdo de um sítio. Além disso, deverão preservar o conteúdo retirado em local que não seja acessível a terceiros até o exame final de mérito da questão, pois, caso reformada, a divulgação da informação deverá retornar ao endereço do qual foi retirada.

Por fim, é necessário diferenciar a hipótese de mera suspensão de conteúdo irregular, que constitui ofensa continuada à legislação, com aquela prevista no art. 57-I

da Lei n. 9.504/97, que determina a suspensão – como sanção e pelo prazo certo de 24 (vinte e quatro) horas – do acesso a todo conteúdo dos sítios da internet que deixarem de cumprir as disposições legais.

Nesse sentido, a doutrina especializada, afirma que *“a infração deve ser grave, e não combatida por outros meios, pois se, por exemplo, um determinado sítio recebeu a notificação para paralisar determinada propaganda, e obedeceu à ordem judicial, dificilmente será punido com a suspensão. A cumulação de sanção dependerá, em cada caso, da gravidade da informação veiculada”*.<sup>20</sup>

As hipóteses tratadas são diversas e as circunstâncias devem ser analisadas em cada caso. A existência de irregularidade em determinado sítio ou página da internet é, por si só, suficiente para que a suspensão específica do conteúdo ilegal seja determinada. Daí, contudo, não se deve impor a suspensão a todo o sítio ou a toda a página, de modo a preservar as informações nele contidas que não revelem irregularidade eleitoral.

A suspensão de todo o conteúdo do sítio, tal como prevista no art. 57-I da Lei n. 9.504/97, não deve ocorrer senão quando presentes elementos e circunstâncias que demonstrem não uma mera irregularidade sem maiores consequências para o processo eleitoral, mas sim a utilização indevida do meio de comunicação social a partir de reiteradas ou graves infrações à legislação eleitoral.

A aplicação desse dispositivo não deve, em princípio, ser cogitada no momento da análise de pedido de liminar. Cuidando-se de hipótese de sanção cumulativa com a de multa, a sua aplicação, em princípio, deve ser examinada no momento da apreciação do mérito, quando, se reconhecida a irregularidade, caberá definir se a multa é suficiente ou há gravidade que recomende a aplicação acumulada da sanção de suspensão.<sup>21</sup>

Por fim, e para concluir esse breve apanhado de ideias, a propaganda eleitoral na era digital, vale lembrar, consubstancia uma questão que tem sido reiteradamente tratada

---

<sup>20</sup> CONEGLIAN, Olivar. *Propaganda eleitoral*. 10. ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 396.

<sup>21</sup> Sobre a aplicação da sanção do art. 56, norma semelhante que trata das rádios e televisões, a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral já proclamou que: “Na aplicação da penalidade de suspensão de programação normal da emissora, há de se considerar a gravidade da falta e o tempo consumido em seu cometimento, em observância ao princípio da proporcionalidade (Precedentes).” (AG 3816, rel. Min. Luiz Madeira, DJ 21.2.2003). Já se admitiu, também, a aplicação de sanção alternativa em razão da relevância das explicações apresentadas pela emissora diante da alegação de descumprimento de ordem judicial: RECLAMAÇÃO. PROPAGANDA ELEITORAL. HORÁRIO GRATUITO. ALEGAÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL (RP N.º 603). EMISSORA DE TELEVISÃO. PEDIDO DE SUSPENSÃO DE PROGRAMAÇÃO POR 24 HORAS. - Efetivo descumprimento, pela emissora, de ordem do TSE de não veicular inserção. - Relevante a explicação trazida pela reclamada – de que em primeira hora recebeu a notificação verbal, depois a recebeu por escrito –, tendo causado confusão nos procedimentos. - Aplicada pena alternativa à emissora: dever de veicular, às suas expensas, duas vezes, a resposta que o TSE concedeu ao partido (RP nos 603, 607 e 608), por inserções de 15 segundos, proporcional ao dano causado, por desobediência à ordem judicial; e dever de veicular, nove vezes, a propaganda institucional do TSE em prol da campanha do comparecimento de jovens às eleições do dia 27.10.2002. - Reclamação precedente. (RCL 197, rel. min. José Gerardo Grossi, DJ 24.10.2002).

pelos Tribunais Eleitorais no que diz respeito às sanções impostas aos provedores de hospedagem na internet.

Ainda que seja mantida a discussão acerca da responsabilidade dos provedores de hospedagem em virtude dos termos da legislação eleitoral, que se sobrepõem como norma especial, em face das regras recentemente definidas na lei do marco civil da internet no Brasil, é certo que várias sanções foram impostas pela Justiça Eleitoral nas últimas eleições.

Tais sanções, entretanto, não são propriamente fundamentadas na infração eleitoral cometida pelos provedores de serviços, mas sim na regra prevista no art. 461, §§ 4º e 5º, do Código de Processo Civil, que permite ao juiz impor multa diária pelo descumprimento de decisão liminar deferida a partir da relevância do direito pleiteado e do justificado receio da ineficácia do provimento judicial.

O processo eleitoral tem prazos certos. A propaganda eleitoral permitida tem início em 6 de julho e, no caso da internet, a sua veiculação pode ocorrer inclusive no dia da eleição, conforme preceitua o art. 7º da Lei n. 12.034, de 2009. As decisões proferidas após as eleições, por sua vez, não têm o condão de evitar o desequilíbrio ou os efeitos causados pelas irregularidades verificadas no curso das campanhas eleitorais.

Os efeitos eleitorais das irregularidades perpetradas pela internet, portanto, devem ser aferidos de forma célere e pontual, tão logo sejam comunicadas à Justiça Eleitoral.

Assim, postergar a retirada de material impróprio para o término do processo, muitas vezes, significaria permitir a veiculação ao longo de toda a campanha eleitoral do conteúdo irregular e propiciar que os efeitos de tal divulgação sejam alcançados em detrimento das regras eleitorais vigentes.

A obediência às determinações legais deve ser imediata e o não cumprimento da ordem judicial pelos provedores de hospedagem pode ser sancionado com as *astreintes* previstas na legislação processual.

A sanção por descumprimento da decisão judicial que antecipa a tutela jurisdicional ou concede a liminar pleiteada não se confunde com a sanção a ser aplicada ao responsável pelo conteúdo irregular divulgado pela internet.

O fato gerador da penalidade, no caso, é o descumprimento da ordem judicial que, infelizmente, tem sido reiteradamente detectado por parte de alguns provedores de hospedagem que, de certa forma, contraditoriamente, dizem que não podem substituir o Poder Judiciário para verificar a licitude de determinado material, mas, quando são notificados pela Justiça Eleitoral para promover a sua retirada, passam a defender o

respectivo conteúdo e simplesmente não cumprem a determinação emanada da autoridade, que é por eles apontada como a competente.

A hipótese pode, também, ser considerada desobediência à ordem judicial, com as consequências penais previstas no art. 347 do Código Eleitoral.

Com essas considerações e reconhecendo a existência de diversos outros pontos que poderiam ser examinados, cabe renovar não apenas os agradecimentos de estilo ao Instituto Brasiliense de Direito Público e à organização do I Seminário Brasiliense de Direito Eleitoral, mas verdadeiramente parabenizar essa importante iniciativa, como meio de aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito, que não é um mero ponto de partida, mas algo que se busca diariamente.

## **Inelegibilidade e Improbidade Administrativa**

**Joelson Dias**

Formado em Direito pelo UniCeub, possui mestrado na Universidade de Harvard. É membro da Comissão Nacional de Relações Internacionais do Conselho Federal da OAB. Foi Ministro substituto do Tribunal Superior Eleitoral, biênio 2009 - 2011, na vaga reservada aos advogados.

**RESUMO:** Nesta palestra, Joelson Dias trata do tema da inelegibilidade decorrente da rejeição da prestação de contas, traçando uma análise sobre as razões históricas da sociedade brasileira que levaram à criação dessa hipótese de inelegibilidade, reprovando socialmente aqueles que têm rejeitadas as contas que devem apresentar, e sobre a força normativa dos valores de legitimidade, normalidade e regularidade das eleições consagrados pela Constituição Federal.

Quero inicialmente dizer da minha felicidade de estar aqui sob o comando da nossa competentíssima Doutora Ângela Neves, dizer que sigo muito otimista acreditando mesmo na participação cada vez mais efetiva da mulher, porque, se estou aqui também, é por obra de outra mulher, da nossa talentosíssima professora Marilda, literalmente de Bambuí para o Brasil, e dizer da minha honra e satisfação em partilhar dessa mesa com o Ministro Versiani, sempre Ministro Versiani, cuja competência e compromisso em acertar é de todos conhecida – foi o que nos demonstrou durante todo o seu mandato no TSE.

Realmente me sobra muito pouco para explorar – e eu já esperava isso, porque o Ministro Versiani, mais do que qualquer outra coisa, fala da sua própria experiência como julgador por todo tempo em que esteve à frente do Tribunal. Mas minha preocupação é mais do ponto de vista histórico mesmo. Acho que não podemos esquecer a razão de ser das coisas. Se nós, por intermédio dos nossos representantes, estipulamos, na alínea "g" do inciso I do art. 1º da Lei Complementar 64/1990, essa hipótese de inelegibilidade e

depois ajustamos o teor desse dispositivo na Lei Complementar 135, de 2010, a chamada Lei da Ficha Limpa, é porque, em determinado momento, a nossa sociedade entendeu por reprovar socialmente aqueles que têm rejeitadas as contas que devem apresentar.

Acho que essa é a primeira questão que nós não podemos esquecer. Há um juízo de valor, uma reprovação social à rejeição das contas daqueles que têm a obrigação de prestá-las. Esse é o primeiro ponto que me parece de fundamental importância ressaltar.

Uma segunda questão: isso não é só um valor, não é só um projeto de sociedade, não é uma cláusula de compromisso. Tem uma força normativa, porque a nossa Constituição, além de todas as hipóteses de inelegibilidade já nela previstas, quis, por força no disposto no §9 do art. 14, que outras situações também fossem contempladas em lei, porque um dos valores por ela consagrados é justamente o da legitimidade, da normalidade, da regularidade das eleições. Então, assim, me parece de fundamental importância nos situarmos normativamente para compreendermos, em um primeiro momento, por que se sanciona essa rejeição de contas, inclusive com a inelegibilidade. E digo “inclusive com a inelegibilidade” porque – ainda em sede constitucional – a nossa Constituição estabeleceu todo um controle no que diz respeito à apresentação dessas contas, vários de seus dispositivos impõem aos agentes políticos essa obrigação, esse dever de prestar contas. Porque, claro, é preciso lembrar, a nossa Constituição de 88 traz uma ética absolutamente cidadã. Por vezes, não nos damos conta disso. É como se invertesse ali a ótica do estado, aquilo que sempre se priorizou – que era a Constituição como mais para organizar o estado, estruturar os seus órgãos, definir as suas atribuições e competências inclusive topograficamente na Constituição nós percebemos isso e ela começa justamente ali pelos artigos primeiro e segundo, terceiro, quarto, quinto, justamente falando dos direitos fundamentais, então essa virada colocando o cidadão realmente no vértice da razão de ser constitucional, vamos dizer assim. Isso é de fundamental importância, porque, só com essa compreensão, é que se vai entender porque a Constituição busca proteger as eleições contra a interferência do abuso do poder econômico, do abuso do poder político, do uso indevido dos meios de comunicação. por que é que a Constituição deu inclusive ao legislador essa possibilidade de estabelecer outras hipóteses de inelegibilidade, por isso que a gente vai falar de ética, a gente vai falar de cidadania, e a gente vai falar de participação popular, por isso que essa questão se apresenta de maneira tão difícil,

Porque ninguém discute que, ao se estabelecer uma hipótese de inelegibilidade, automaticamente se está privando alguém do seu direito político de ser votado, da sua

capacidade eleitoral passiva, ou seja, quanto mais hipóteses de inelegibilidade criamos, mais é certo que cidadãos eleitores e eleitoras não poderão participar das eleições porque, incorrendo naquelas hipóteses de inelegibilidade, conseqüentemente terão suprimida a sua capacidade eleitoral passiva.

Percebam, então, o contraponto, o paradoxo, a dificuldade, nós precisamos prestigiar uma Constituição que fala mais do que de irregularidade e legalidade, mais do que as regras do jogo, fala em legitimidade, condena o abuso do poder político, condena o abuso do poder econômico, mas, ao mesmo tempo, nós temos que prestigiar esse propósito, esse objetivo, esse valor constitucional sem minar, comprometer tanto os direitos da cidadania, os direitos políticos. É por isso que a sociedade, o Legislativo e o Judiciário se veem em situação tão difícil, porque realmente é muito difícil se obter um consenso quando temos em confronto de dois valores que são constitucionais, ou seja, de mesma envergadura, de mesma importância, porque é claro que uns dirão que nós temos mais é que proteger a legitimidade das eleições, a sua normalidade, e outros dirão que não, ao contrário, nós temos que ter muito cuidado porque estaremos a suprimir direitos políticos tão fundamentais à nossa Constituição quanto aqueles outros valores.

Por isso, situações como a da Lei Complementar 135, chamada Lei da Ficha Limpa, Lei da Ficha Suja, desperta tanta atenção e tanto interesse, justamente por força desse debate que a sociedade tem, então, que enfrentar. E tem outro aspecto que me parece mais do que essa necessária ponderação de valores – e muitos acabam não vendo –, que é a perspectiva do cidadão, que é a perspectiva do eleitor, que é a perspectiva da eleitora, isso também me parece um ponto absolutamente menosprezado de uma certa forma nesse debate constitucional, nessa ponderação de valores que se faz, pelo menos segundo a minha ótica, a minha concepção, quanto mais necessário for que o Legislativo atue para estipular leis como essa da Ficha Limpa, determinando ou agravando hipóteses de inelegibilidade, quanto mais necessário que o Judiciário também atue condenando e sancionando, a meu ver, nós estamos, de uma certa forma, retirando do eleitor, da eleitora, a responsabilidade de ele mesmo, eleitor, de ela mesma, eleitora, decidir sobre os rumos da sua sociedade. Parece-me que, quanto mais incrementamos essa atuação, esse papel do Legislativo, esse papel do Judiciário, mais proporcionalmente, concomitantemente, nós também aumentamos o déficit democrático. É como se o eleitor não precisasse mais pensar, refletir sobre os partidos, sobre os candidatos porque, em determinado momento, o próprio partido não vai incluir na sua lista determinado candidato. Ou porque o Judiciário, por mais que o partido inclua na sua lista determinado candidato, determinada

candidata, fará às vezes do eleitor, excluindo da arena política quem eventualmente teria direito de postular a sua candidatura não fossem as prescrições legais, não fosse a própria jurisprudência, muitas vezes construtiva dos próprios tribunais, a incluir hipóteses na lei que levam necessariamente a supressão, então, desses direitos políticos, tolhendo determinados indivíduos de postularem as suas candidaturas.

Eu fiz essa introdução porque, historicamente, nós não encontramos na época do Império as Cortes de Contas, os Tribunais de Contas, isso é uma criação da nossa República, mais uma da pena, da lavra, da inspiração de Rui Barbosa. Mas, durante toda a República, nós tivemos essas Cortes de Contas funcionando. Mais fortemente na Constituição de 1934, seguindo uma espécie de modelo belga, é que vão se acrescer competências às coisas que já existiam. Como eu dizia, desde o início da nossa República, naquele momento em que, mais do que a a cooperação com o Parlamento, as Cortes passam a ter também esse papel de julgar as contas dos responsáveis por bens, recursos e valores públicos. Nessa época, já se discutia a sindicância, pelo Poder Judiciário, dos atos das Cortes de Contas, ou seja, não é recente, já em 34 há manifestações na doutrina questionando justamente essa sindicância dos atos das Cortes e Contas pelo Poder Judiciário. Claro que em 1969, durante o regime militar de 1964 a 1985, nós tivemos o enfraquecimento dessas Cortes de Contas, não fosse pelo próprio texto constitucional, principalmente o de 1967 e o de 1969, retirando dessas Cortes essa capacidade de órgão julgador, mas pelos próprios atos institucionais existentes à época, que claro, com ato institucional quem é que exerceria livre, independente de qualquer pressão ou coação o controle? E então isso tem que ser considerado também.

Pois bem, mas onde eu quero chegar? É que me pareceu, assim, interessante saber que, mesmo já existindo essa atuação das Cortes de Contas, porque só agora – como o Ministro Arnaldo lembrou muito bem –, na nossa Lei Complementar 64 de 1990 é que essa preocupação surge? Por que então essa obrigação de prestar contas, que sempre existiu no nosso sistema republicano, não poderia ser diferente, não precisava nem a Constituição prever isso, não é verdade que já seria natural, obrigação natural do legislador prestar contas, mas o interessante é que na nossa Lei Complementar 5, por exemplo, de 1970, foi a Lei Complementar 5 de 1970 que prevaleceu até a Lei Complementar de 1990 nós não tivéssemos esse tipo de previsão, esse tipo de cláusula, eu lhes confesso que eu só dei conta disso ontem, enfim, quando reli alguns apontamentos para essa nossa conversa, esse diálogo na tarde hoje,

Enfim, por estarmos num ambiente acadêmico, absolutamente propício para isso, lanço uma investigação: quem lançou essa emenda quando estavam ali a discutir ainda a Lei Complementar 64/1990, o projeto de Lei Complementar que levou então a inelegibilidade daqueles que têm as suas contas rejeitadas? A Lei Complementar 64/1990, de uma certa forma, guarda muita semelhança com a Lei Complementar 5, de 1970, toda essa discussão de Ficha Limpa, Ficha Suja que temos hoje, de uma certa forma, foi vivenciada durante a Lei Complementar 5, de 1970, e de uma certa perspectiva inversa, porque ali se permitia inelegibilidade quando ainda não havia o trânsito em julgado, se permitia a inelegibilidade quando condenado simplesmente em primeira instância, e o Supremo acabou por condenar isso, exigindo o trânsito em julgado efetivamente das condenações criminais para antes de se poder declarar a inelegibilidade, ou seja, um cenário absolutamente inverso do que a gente tem hoje, em que se afastou esse princípio da presunção de inocência, admitindo-se a inelegibilidade mesmo a partir do julgamento em segunda instância.

Isso aqui me pareceu demais interessante lhes trazer em acréscimo ao que o Ministro Arnaldo já havia abordado. Então em acréscimo ao que Ministro Arnaldo nos trouxe com muita propriedade sobre a jurisprudência do Tribunal, claro que ainda havia um ou outro detalhe Arnaldo, se me permite questão do decurso de prazo também que sempre foi uma questão bem interessante, o tribunal eu participei agora de um último julgamento que eu fiquei muito feliz porque o tribunal distinguiu entre omissão no dever de prestar contas e o atraso, o mero atraso como você salientava muito bem na sua intervenção, então assim,

O Ministro Arnaldo cuidou com muita propriedade dos aspectos jurisprudências, e não poderia ser diferente, e eu quis apenas contextualizar essa questão, porque me parece que ainda está por ser explicada a razão de ser do nosso legislador. Legislador além das sanções, que aquele que não presta contas, daquele que tem as contas rejeitadas em todas as searas, no âmbito do Tribunal de Contas, isso pode resultar, claro, nua uma ação de improbidade, de uma ação civil pública, até mesmo numa intervenção, porque, além disso, se eleger também essa situação como tipificadora de inelegibilidade.

Muito obrigado.

## **José Eduardo Alckmin**

Advogado, Membro do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB/DF, Conselheiro Seccional e Conselheiro Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Foi Ministro Substituto do Tribunal Superior Eleitoral no biênio 1991/1993 e Ministro Efetivo de 1996 a 2000. Ministrou a disciplina "Partidos Políticos e Organização da Justiça Eleitoral" no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Constitucional Eleitoral na Universidade de Brasília. Atua como palestrante em diversos eventos promovidos pelos Tribunais Regionais e pelas Escolas Judiciárias Eleitorais em todo o país.

**RESUMO:** Nesta palestra, José Eduardo Alckmin trata do tema do uso da máquina pública em campanhas eleitorais e traz uma análise do uso de nas propagandas institucionais da publicidade e da concessão de benesses, mostrando que podem configurar abuso do poder político e do poder econômico.

Ilustre presidente da mesa, Doutora Kelly, nossa querida Kelly, aluna brilhante e advogada que se revela cada dia um expoente na arte de defender as suas causas, caro amigo Marcelo Ribeiro, senhoras e senhores, é um prazer muito grande estar aqui nessa tarde para juntos partilharmos algumas perplexidades que o atual momento eleitoral nos provoca. Eu tenho dito que, infelizmente, no campo eleitoral, cada vez mais, vivemos a época das incertezas. Para ilustrar, basta dizer que, estando nós no mês maio de 2014, portanto, às vésperas de iniciar mais uma campanha eleitoral, sequer sabemos qual lei vai reger o pleito que se avizinha, porque tivemos uma minirreforma eleitoral no final do ano passado. E, então, cabe a pergunta: estará vigente para esta eleição agora, ou diferentemente, teremos que aguardar o prazo de um ano para que a lei entre em vigor? Para quem trabalha no ramo do direito eleitoral, isso é muito inquietante. Mas se fosse esse o único problema, estaria bem.

O tema que me foi proposto refere-se, de uma forma mais ampla, ao uso da máquina pública em campanha, que é um problema angustiante e, talvez, pouco explorado, apesar de tantos anos já de construção da jurisprudência eleitoral.

Por que digo isso? Porque muito mais o abuso do poder econômico tem sido o mote para exame decisões eleitorais. Já em relação ao abuso da máquina, há muitas dúvidas que deveriam ser suscitadas, especialmente as que se relacionam com a atividade da publicidade institucional.

Quem assiste atualmente a programas de TV – e sabemos que as emissoras de TV são o meio mais forte para se transmitir a propaganda institucional – vê que, com frequência, surgem – ousadamente até, eu diria – artifícios que, claramente, estão a beneficiar os detentores da máquina pública.

Não gostaria de tecer detalhes, mas alguns casos concretos acredito que devem ser trazidos para reflexão. Por exemplo: será que realmente guarda pertinência com o princípio da impessoalidade – que deveria ser respeitado nas propagandas institucionais – dizer que tal coisa está melhorando porque este “governo” – e aí o pronome é muito bem pronunciado – “está providenciando isto ou aquilo”? No entanto, estranhamente, esta prática não só está sendo adotada, como está sendo reiterada sem nenhum pudor, sem que a Justiça Eleitoral se manifeste, não sei se por falta de provocação. Não sei também se o Ministério Público entende que não há nenhum problema nisso.

O fato é que isso vem sendo repetido diuturnamente. Quem ouve rádio também sabe que a mesma coisa ocorre.

É algo que, a meu ver, é um clamoroso uso da máquina pública. Com todo respeito a quem pense de forma contrária, está se empregando a publicidade institucional em prol do governante que atualmente ocupa o cargo de governo.

Mas estou dando um exemplo apenas local, poderíamos questionar outros ângulos. Por exemplo, uma propaganda de uma empresa, uma sociedade de economia mista que tem concorrência no mercado, mas que se apresenta da seguinte forma: as pessoas sempre satisfeitas, sorrindo, famílias unidas, porque têm casas, porque têm condições de fazer a sua atividade econômica. Sempre com o mote de satisfação com a situação atual. Será que essa publicidade é assim tão pasteurizada que as pessoas não entendam que se está exatamente focalizando um momento que deveria ser de satisfação por parte da sociedade em razão das conquistas da vida no campo econômico dos últimos anos?

Não vou questionar aspectos concretos, porque isso pode ter um certo grau de subjetividade, mas tomemos o caso apenas para fazer uma avaliação.

Isso não poderia exatamente configurar o uso da máquina pública? Porque, convenhamos, quando concebido em seu início, o uso da máquina pública, que deve ser entendido como equivalente a abuso do poder político, o que se usava era muito mais com uma certa relação com abuso de autoridade, eram aqueles episódios conhecidos da nossa história em que o chefe político também era chefe da polícia, e aí realmente praticava atos como, por exemplo, impedir o eleitor de chegar até ao seu local de votação, prender a candidatos opositores. Então seria mais para uma época pré-1988. Agora essa realidade mudou, o Ministério Público, diferentemente do que era no passado, ao tempo do Código Eleitoral, tem grande autonomia, pode perfeitamente agir no sentido de impedir desvios da máquina pública.

Mas como esse desvio hoje ainda se processa? Talvez esse aspecto da propaganda seja realmente um tema a ser aprofundado. Até aqui, com todas as vênias, há uma certa timidez, tanto por parte dos atores eleitorais, como também por parte do próprio Ministério Público em buscar na Justiça a coibição desse tipo de desvio.

Mas, além desse aspecto da propaganda, temos a concessão de inúmeras benesses em termos de “bolsa isso”, “bolsa aquilo”, que depois serão exploradas na Propaganda Eleitoral. Pergunta-se: isso é algo realmente anódino? Isso tem influência em relação ao pleito eleitoral? Com certeza sim.

Há uma resposta a essa questão, dada de forma brilhante pelo Ministro Gilmar Mendes, ao julgar o Recurso Ordinário 6005. Permitam só eu consultar aqui nas minhas anotações, porque esse é um caso que marcou bastante a jurisprudência do Tribunal. Na verdade, É o Recurso Ordinário 725, o outro número se refere ao recurso contra a expedição de diploma.

E no voto que Sua Excelência então proferiu, havia um capítulo questionado nesse recurso, que se referia ao fato de que, em data próxima à eleição, o governador se apresenta na Federação das Indústrias do Estado e, ali na frente de todos, alardeia que acabara de assinar um decreto reduzindo a tributação sobre os setores industriais do estado. Isso foi apontado nesse caso como algo apto a configurar um abuso do poder político. No entanto, o Ministro Gilmar Mendes – num caso bem polêmico, houve votos vencidos – formulou um raciocínio que me parece exato. Louvando Cal Smith, ele dizia que há de se considerar, nesses casos, a existência sempre de uma mais valia eleitoral, ou seja, a mera prática de atos que tragam benefícios à sociedade é algo inerente ao exercício governamental. e então, o fato de se assinar um decreto reduzindo o valor de alíquota de

impostos, por exemplo, não é algo que possa desequilibrar o pleito, já que é um ato inerente ao exercício do mandato.

Mas é de se perguntar: e a exploração que se possa fazer desse mesmo ato? Ou seja, não contente com a divulgação oficial que se faça mediante a publicação do Diário Oficial, enfim, no noticiário normal, a divulgação que se faça desse ato, mesmo prévio ao período eleitoral, não pode de alguma maneira afetar a lisura, a legitimidade das eleições?

É uma questão recorrente, a que eu não vou aqui querer responder. De certa forma, me apresento com a mesma filosofia do Chacrinha: eu vim aqui para confundir e não para explicar.

Então, eu gostaria apenas de dizer dos temas realmente controversos que, me parecem, devam merecer atenção. Aqui todos os profissionais têm grande conhecimento do direito eleitoral, pelo menos a grande maioria, e eu então estou pinçando temas sobre os quais, me parece, todos nós devemos refletir.

Outro tema que também me inquieta é exatamente a definição do que vem a ser o abuso do poder político. Talvez a origem dos problemas que enfrentamos nessa área seja exatamente decorrente da falta de uma exata definição do que venha a ser abuso. Podemos tentar nos nutrir de conceitos de outras áreas, como do direito civil, do abuso de direito, e entre tantas definições possíveis, *abus de pouvoir*, que era feita pelo saudoso San Tiago Dantas, e dizia “abuso é quando um direito está sendo exercido com fim que não aquele que a norma jurídica tinha em vista quando protegeu aquela atividade”.

Abuso, a meu ver, constitui outra face do desvio de poder, *abus de pouvoir*, ou seja, pratica-se algo que aparentemente é autorizado por lei, mas o que se pretende é algo que a lei não admite. Então, é algo que, na essência, tem toda aparência de legalidade, mas o desvio contra o seu fim torna-se evidente.

Por exemplo, quando um prefeito aprova a reforma de determinada estrada, que não é a estrada que naturalmente mereceria a maior atenção, mas que atingirá um povoado que tenha sobladerança um cabo eleitoral seu, existe, evidentemente, um desvio de finalidade, então pode haver abuso. E vamos ao exame de casos recentes que o Tribunal Superior julgou. Um deles, o caso *Jackson Lago*, cassado pela diferença de um voto, a rigor, apesar de outros votos terem sido pela cassação, mas fundamentos não chegaram a formar maioria.

Mas qual a razão da cassação? Abuso do poder político. Que teria sido praticado de que maneira? Praticado por quanto tempo? O governador de estado de então, que não era candidato à reeleição, evidentemente fez uma cerimônia de assinatura de um convênio

e convidou para o palanque duas pessoas que, naquela época, eram pré-candidatos ao governo do estado, um apoiado por ele, outro simplesmente de oposição ao grupo familiar que tradicionalmente detém o poder no estado. E, nesse pequeno comício de poucas dezenas de pessoas, houve um pronunciamento em que o governador dizia que era hora de a população pensar em outros dirigentes que não aqueles de uma só família. E aí os dois pré-candidatos falaram. Depois disso, houve um pequeno evento no local, aparentemente próprio de um salão paroquial, onde se ensinava a forma de preencher documentos para obter destinação de recursos do estado. E ali falou também para poucas dezenas de pessoas.

Esses dois fatos foram tidos como suficientes para levar à cassação, ainda que se demonstrasse que, se todos os eleitores daqueles dois lugarejos tivessem deixado de votar no candidato impugnado para votar em seu adversário, ainda assim, ele obteria a vitória. Então houve a cassação. Uma decisão extremamente severa.

Logo depois, com uma composição diferente, o Tribunal se defronta com o caso em que um prefeito municipal teria convocado os eleitores do município e também da cidade do interior para assistir à inauguração de obras municipais. Ele estava se desincompatibilizando para concorrer ao governo do estado e realiza então sete *showmícios*, com artistas renomados, como Banda Calypso. E, durante a inauguração, fez despudorada propaganda eleitoral, dizendo que estaria ali para anunciar seu desligamento da prefeitura e o lançamento de sua candidatura a governador, pedindo expressamente o apoio àqueles que estavam presentes. Sete *showmícios*.

Pela lógica do prazo anterior, em que se disse que não importa nunca o aspecto de votação, mas sim a gravidade do ato, a lógica seria esperar a cassação. No entanto, a nova composição entendeu de forma diferente. Entendeu que mesmo uma situação como essa não conduziria a um quadro de comprometimento da lisura das eleições, e o mandato obtido foi preservado.

Estaria certa uma, estaria certa a outra? Não é o caso de se discutir isso, mas sim de se evidenciar quão subjetiva está sendo essa tipificação do abuso.

Ora, não há nada pior para o direito do que um estado de insegurança absoluta. Mas era isso que eu queria colocar para a análise de todos nós, e nada melhor do que estar neste IDP, que detém professores da mais alta extirpe, para que o tema seja trazido como uma verdadeira provocação.

O grande problema da nossa quadra é que avoluma muito o poder nas mãos do Judiciário. Isso é evidente e tem sido objeto de muitas reflexões, inclusive do Congresso

Nacional. Agora mesmo, temos o problema do financiamento das campanhas eleitorais, em que o Supremo, invocando inclusive cláusulas pétreas, irá provavelmente estigmatizar ou descartar de toda maneira a contribuição das pessoas jurídicas. E mais, limitar profundamente os valores que os próprios candidatos e seus apoiadores poderão aportar às campanhas.

Ou seja, temos um quadro novo que merece muita cautela. Até porque, com essas limitações, o que se vai fazer em grande parte é impedir que forças emergentes conquistem no seio da sociedade apoios importantes para poder ter crescimento. E o que se verá, muito provavelmente, é um quadro de engessamento das lideranças políticas. Quem já está estabelecido – a mais valia a que me referia agora há pouco – certamente terá muito mais vantagem na disputa eleitoral do que aquele idealista que quer, sim, mudar o país, quer propor coisas novas, mas não terá como fazê-lo.

E, de fato, se observarmos hoje como é a dita propaganda eleitoral gratuita, acho que o Ministro Armando Falcão ficaria com muita inveja de conceber esse modo de propaganda em que o candidato mal consegue dizer o nome, o número, e certas palavras como “saúde”, “educação”, “moradia para todos”, “vote fulano”, “número tal”. Ora, o que isso acrescentou ao debate eleitoral?

O Ministro Marcelo está dizendo para eu explicar quem é Falcão, porque nem todo mundo se lembra dele. Bom, era o Ministro Armando Falcão que, nas eleições acho que de 1978, após o pacote de abril, limitava a propaganda eleitoral à foto do candidato e à leitura de um breve currículo, e o candidato não podia falar. Hoje pode falar, mas não dá tempo de falar nada, então não mudou muita coisa.

Essas limitações me preocupam muito porque me parece que há um cenário de baixa condição de que novas lideranças possam se projetar, e será essa a democracia que queremos? De fato, coibir o poder econômico é um desafio não só nosso, mas de todos os sistemas eleitorais.

Aliás, não sei se conhecem, peguei hoje para mostrar para os mais novos, uma edição do tempo do Ministro Néri da Silveira, de julgados do TSE e, entre os casos aqui, tem o famoso caso *Sebastião Paes de Almeida*. Não era abuso de poder político, era econômico, mas ele teve seu registro a candidato a governador de Minas Gerais negado no ano de 1965, exatamente porque se lançou candidato depois de passar uma boa temporada distribuindo benesses pelo estado de Minas afora – inaugurava chafariz na praça, hospital, cinema, teatro. Enfim, ele era um banqueiro, foi Ministro da Fazenda no

governo Juscelino Kubitschek, depois que sucedeu José Maria Alckmin, que é um parente muito distante, chega próximo a pré-avó.

Portanto, há uma certa relação. Já nessa época se dizia que o grande desafio – estávamos com o Código Eleitoral recém-editado – era coibir o poder econômico. Se eu mostrar esse livro para o Ministro Toffoli, ele deve conhecer, certamente, mas ele vai ficar muito mais animado do que já está com essa cruzada em prol dos limites econômicos da campanha.

De fato, é um desafio, mas temos que pensar que, às vezes, resolve-se o problema de um lado e abre-se um problema de outro.

Agora acho que eu já falei demais, o Ministro Marcelo está aí bravo, então agradeço a oportunidade que tive de trazer essas considerações e desejo muito proveito ao cabo desse seminário. Muito obrigado.

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Procurador Regional da República (Ministério Público Federal), atuando perante o Tribunal Regional Federal da 1ª Região/DF. Professor em cursos de pós-graduação e especialização. Foi Professor adjunto da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

**RESUMO:** Nesta palestra, José Jairo Gomes discute a insegurança jurídica no contexto do Direito Eleitoral, analisando questões como retroatividade, mudança e vacilação de interpretações, bem como os limites de atuação do Poder Judiciário no processo eleitoral.

Gostaria de cumprimentar o caríssimo Doutor Telson Ferreira, e cumprimentar a todos também, na pessoa da Professora Marilda – incansável batalhadora do direito eleitoral e do direito público – e ainda, a nossa querida Vetusta – para quem não conhece – este é o nome dado à Faculdade de Direito da UFMG, por ser muito antiga.

Nós podemos verificar dessas palestras tão brilhantemente proferidas aqui a perplexidade de quem atua no eleitoral. E a grande perplexidade é essa mesma que foi exposta: a insegurança jurídica.

Quer dizer, talvez o que mais caracteriza o espaço eleitoral seja a insegurança jurídica.

Essa questão da retroatividade, por exemplo – na época achei no mínimo complicada a solução. Atuei em casos, por exemplo, sujeitos exatamente àquilo que foi dito: o sujeito já tinha cumprido a pena, a pena já estava extinta, inclusive a inelegibilidade também já estava extinta, o candidato já tinha disputado outras eleições, vencido, exercido o mandato e, no entanto, não pôde se candidatar subsequentemente.

Quer dizer, temos um debate no constitucional, principalmente vindo dos ventos norte-americanos, o *judicial review*, que pelo menos desde a década de 30, de 40, por aí, os Estados Unidos discutem sobre quais os limites da Suprema Corte do poder Judiciário para interpretar. Ou seja, voltamos ao velho problema da hermenêutica.

Hoje em dia, acredito que a hermenêutica jurídica seja, talvez, a disciplina mais importante do direito, porque os conteúdos passados não sobrevivem muito tempo e, no eleitoral, essa situação é mais dramática ainda, porque não sobrevivem a uma composição de tribunal.

Ou seja, fala-se muito em cidadania, em democracia, mas o sujeito se candidata e não sabe, às vésperas das eleições, a regra a seguir. Se já não bastassem aqueles conceitos que chamamos de indeterminados, vagos, que precisam ser preenchidos à luz da situação concreta analisada, que já trazem insegurança – e o eleitoral é cheio desses conceitos (abuso de poder, por exemplo) –, ainda temos insegurança com relação à própria norma a ser aplicada.

Agora mesmo, temos a Lei 12.875, para mim realmente mais decisiva.

Se o tribunal resolver aplicar essas normas nessas eleições, Doutor Joelson, vai causar um caos político. Por que estou dizendo isso? Porque a Lei 12.875 dispõe sobre a distribuição de tempo de TV e rádio, ou seja, altera os critérios de distribuição de tempo, e todas as composições políticas, coligações e outras coisas são baseadas no tempo que o partido tem para oferecer. Por exemplo, toda briga que o PSD teve, toda a discussão, todo esse conforto que o PSD se encontra, embora não tenha eleito um deputado sequer nas últimas eleições, encontra-se numa situação confortável, tudo isso se deve ao tempo de TV e Rádio que ele angariou com os deputados que ele conseguiu trazer para as suas fileiras.

Então, vejam, um primeiro problema é: essas normas serão aplicadas ou não à luz do princípio da anualidade, que está no art.16 da Constituição? Serão ou não aplicadas?

Existe uma consulta sobre isso no TSE, e o art. 16 também não é muito claro quanto ao princípio da anualidade. Fala em “lei que alterar o processo eleitoral”. E, aí, vem a minha pergunta? O que é processo eleitoral?

Quem sabe dizer o que é processo eleitoral? Porque nós falamos em processo eleitoral o tempo todo, mas o que é o processo eleitoral? Quando ele começa? Que elementos o caracterizam?

Temos o processo eleitoral e o processo jurisdicional eleitoral, por exemplo. Na Europa, quando se fala em processo jurisdicional eleitoral, estar-se a falar de processos que levem a perda de mandato, por exemplo.

Ou seja, aqui no Brasil, a doutrina não menciona isso. Nos meus textos eu menciono, mas eu uso processo jurisdicional eleitoral no sentido um pouco mais amplo. Isto é, devido às características do nosso sistema jurídico e do nosso sistema jurídico eleitoral, eu uso a expressão “jurisdicional eleitoral” para designar todas as ações que envolvem o processo eleitoral. Agora, em que sentido o legislador usou a expressão “processo eleitoral” no art. 16. O que ele quis dizer?

Acho que essas normas serão, sim, aplicadas, mas não em sua integralidade. Acredito que algumas coisas vão ser aplicadas. Por exemplo, essa Lei 12.891 tem um dispositivo muito importante, que diz o seguinte: as convenções devem ser realizadas do dia 10 ao dia 30 de junho. E essa lei tem um artigo, meus amigos, alterando o prazo do dia 10 para o dia 12. Então, os partidos não podem mais fazer convenção do dia 10 ao dia 30, tem que ser do dia 12 ao dia 30.

Vejam que importância tem esse dispositivo no nosso cenário, que mudança de tamanha relevância houve. Outro dia mesmo eu vi um anúncio de um partido que tinha marcado convenções para o dia 10, e nas Resoluções do TSE está 10, e eu vou dizer mais, nas Resoluções do TSE, há dispositivos da legislação nova.

Vejam, meus amigos, que não estamos falando de um botequim da esquina, estamos falando do TSE. Em alguns lugares das Resoluções que regulamentam as eleições deste ano, têm soluções preconizadas nessas novas normas, a 12.891 notadamente. E as Resoluções do TSE não se submetem à anualidade. Será que não? Vamos imaginar que se diga que essa Lei 12.891 não se aplique pela anualidade, mas aí se aplicará a Resolução?

Ou seja, no meu modo de ver, temos no Brasil um problema muito sério, no espaço eleitoral especificamente, que é as pessoas acreditarem que o eleitoral é uma página em branco a ser preenchida. Acho que não. Acho que precisa passar talvez por uma mudança de mentalidade, por uma reforma. Não sei, mas é preciso. Ou seja, o eleitoral não é um ordenamento jurídico à parte, está dentro do sistema jurídico e encabeçado pela Constituição, não é isso?

Então, acho que esse é o primeiro problema.

Agora, já que falei desse problema, essa questão da distribuição do tempo é um ponto que, no meu modo de ver, vai gerar alguma dor de cabeça para interpretação.

Os eminentes palestrantes que me antecederam falaram com muita propriedade da questão da mudança de interpretações, da vacilação das interpretações, e essa questão da distribuição do tempo é central para as eleições, muito mais do que o financiamento. A Lei 12.885 mudou as regras. Vejam só, no §2º do art. 47, está escrito que os horários serão distribuídos apenas às entidades que tenham candidatos, devendo, nos termos do art. 47, §2º, como eu disse, inciso I, observar o seguinte: dois terços distribuídos proporcionalmente ao número de representantes na Câmara dos Deputados, considerado, no caso de coligação, o resultado da soma do número de representantes de todos os partidos que a integram. Então, temos, por exemplo, um tempo de 100, dois terços desses

100, são para distribuição proporcional ao número de representantes na Câmara. Ou seja, cada partido receberá conforme a quantidade de deputados que tenha, independentemente de ter havido ou não migração partidária, embora haja lá o §7º, que a restrinja, depois vamos chegar nisso.

Então, dois terços seriam para os partidos que têm representantes na Câmara. Muito bem, notem que só a leitura desse inciso revela que as novas legendas que trouxeram para a sua fileira deputados são contempladas por esse inciso e vão entrar nessa distribuição proporcional, como o PSD e como as novas legendas que surgiram aí, o PROS, por exemplo. Essa é uma leitura.

Agora o inciso II. Do restante, um terço, ou seja, 33,3%, é distribuído igualitariamente, e dois terços proporcionalmente ao número de representantes eleitos no pleito imediatamente anterior para a Câmara dos Deputados, considerada a coligação. Somam-se os tempos dos partidos coligados. Muito bem, com relação à parte final do inciso II, não há nenhum problema, ou seja, de um terço restante, dois terços, ou seja, 22%, deve ser 22,22%, vão ser distribuídos entre os partidos proporcionalmente ao número de representantes eleitos, então nessa conta só vão entrar os partidos que elegeram candidato na eleição anterior. Significa dizer que as novas legendas estão fora dessa distribuição, porque elas não elegeram nenhum candidato, certo? Está claro nessa parte final.

Então, temos duas situações claras: a do inciso I e a da parte final do inciso II. É uma situação que, eu acho, vai gerar problema, que é a primeira parte do inciso II, referente ao restante um terço. Um terço, ou seja, 11,11%, vai ser distribuído igualitariamente. O problema, meus amigos, é saber quem participará dessa partilha igualitária. Esse que é o “gogó da ema”, com perdão da expressão, porque aqui vai entrar a subjetividade do intérprete, como foi dito aqui várias vezes na mesa. Vai entrar a visão de mundo, a visão da sociedade, a visão da política etc. de cada julgador. Notem que os juízes têm por obrigação ser imparciais. Ok! Mas eles não são neutros. Pelo amor de Deus, não há neutralidade em lugar nenhum do mundo, nem no Tibete há neutralidade. Agora os juízes têm que ser imparciais e, na discussão, eu, pelo menos, pude levantar três hipóteses ou três soluções para essa primeira parte do inciso II, porque temos uma parte certa dos dois terços, temos uma outra parte certa dos outros dois terços proporcionais, do restante de um terço, e temos agora um terço de um terço.

Bom, na minha primeira visão, vamos dizer assim, tenho três interpretações para isso. Na minha primeira possibilidade, esse um terço de um terço somente poderia ser

distribuído igualmente entre todos os partidos que têm candidato, independentemente de ter ou não representação na câmara. Essa é uma primeira situação. Ora, existem partidos, todo mundo sabe disso, que não têm representante na Câmara, mas têm Deputado Estadual, têm vereador, têm prefeito, mas não têm Deputado Federal, não têm Senador, às vezes têm Senador e não têm Deputado. Então, numa primeira leitura, esses 11,11% vão para os partidos que, primeiro, têm candidato registrado, independentemente de terem representantes na Câmara. Pessoalmente, não gosto dessa leitura, acho fraca, ou pelo menos mais fraca do que aquela que eu considero forte, a segunda, que diz o seguinte: esses 11,11% do tempo deverão ser igualmente distribuídos entre todos os partidos com representação na Câmara, independentemente de terem ou não eleito deputado no pleito anterior. Então, esses 11,11 % serão distribuídos somente aos partidos que têm representante na Câmara. Nessa leitura também são contempladas as novas legendas, mas não são contemplados os partidos que não têm representação na câmara. E por que eu acho essa uma interpretação boa? Porque o cenário partidário brasileiro é um pouco caótico, e não precisa ir longe para se constatar isso, basta ver que o que define a coligação é o tempo de rádio e televisão, independentemente da coloração do partido – existem estados em que o PT vai sair coligado com o PSDB, existem estados em que o PMDB vai sair coligado com o PSDB, que o PPS vai sair coligado com o PC do B. Então, vejam, embora eu seja a favor do sistema proporcional, o Brasil é um país em que o tempo de antena define a coloração das coligações. Então, acho que essa terceira situação tem a vantagem de distribuição igualitária entre todos os partidos com representação na Câmara, ficando de fora os que não têm, porque é necessário que o partido tenha uma participação mais funda na vida da sociedade, porque, senão, teremos a seguinte situação: vão se fundar em um partido, ele vai ter um vereador, um deputado estadual, vai concorrer à presidência e vai levar uma parcela de 11,11% do tempo. Pessoalmente, discordo disso, acho que o partido tem que trabalhar para fazer o seu nome e tem que conquistar. Quando o partido chega à Câmara dos Deputados já possui uma representatividade da sociedade mais densa, chega com mais legitimidade.

Por isso, acho que o tempo deveria ser distribuído apenas entre esses partidos.

Há, ainda, uma terceira situação para distribuição daqueles 11,11% do tempo. Nesse cenário, a distribuição será feita igualmente entre todos os partidos com representantes eleitos no pleito anterior, ou seja, aqui não são contemplados os partidos novos, as novas legendas nessa terceira interpretação. Acredito que uma dessas

interpretações vai vingar, porque esse tema, provavelmente, vai aparecer para a justiça se pronunciar a respeito.

Se fosse eu a decidir, optaria por aquela segunda, como eu disse, mas eu acredito que, talvez, vingue a primeira, porque há uma certa sensibilidade para o argumento democrático, porque, na primeira situação, há uma certa sensação de justiça, vamos dizer assim, porque se entregou tempo para todos, pelo menos uma parcela do tempo, mas acho que, tecnicamente, dentro do nosso quadro partidário acredito que a segunda opção seria a opção mais interessante.

Agora, vejam só, fiz esse desvio apenas para mostrar o seguinte: muitas vezes as divergências de posições não decorrem apenas de casuísmos, vamos dizer assim, decorrem de situações complexas de serem resolvidas. O judiciário tem que dar uma solução, não pode se contentar com a falta de solução. Vimos como é constrangedora a ausência de solução naquele caso mencionado aqui em que o supremo ficou cinco a cinco, quer dizer, ele não decidiu a questão, jogou para frente, e acabou que um dos candidatos, bom ou mal, não interessa, há divergências, muitos acham bom, outros acham mal, outros acham mais ou menos, e acabou que esse cidadão poderia ter participado conforme o resultado final e não participou.

Então, acho que o tribunal não pode chegar numa situação de perplexidade, nem diria omissão, porque o tribunal não se omitiu, ele se pronunciou, só que houve empate, mas a forma como o procedimento ocorreu levou a uma situação de perplexidade, e eu acho que isso gerou um problema para a nossa sociedade.

Acho que o direito, o eleitoral, especialmente, deve ser debatido, deve ser discutido, mas ele deve ser discutido dentro das categorias que lhe são próprias, certo? Vejam, quando o Brasil confiou ao poder judiciário o controle das eleições, não o fez inconscientemente, ele não o fez, vamos dizer assim, irresponsavelmente, fez isso porque confiava nos juízes, nem tanto nos juízes, mas na metodologia da justiça. Esse é o ponto. Não é porque talvez se confiasse no juiz, porque o juiz falha tanto quanto os deputados, senadores, o padreiro, enfim, o juiz falha. Eu estou falando isso porque eu comprei um pão na padaria ali e ele estava salgado para danar, o sujeito errou na mão, ele falhou, então falhamos todos, certo?

Quando o Brasil entregou ao judiciário essa missão de fazer o controle da investidura política, ele o fez pensando no método jurídico. Eu não tenho nenhum problema, ao contrário do que foi dito, de haver excesso de processos, o judiciário está aí para isso, ele que aumente seus quadros, que melhore seus quadros, não tem nenhum

problema. Aliás, é bom que haja muitos processos, porque isso evita revolução. A existência de canais democráticos para se debater problemas significa o quê? Significa que nós temos instrumentos de resolução de conflitos, certo? E se nós temos esses instrumentos, por exemplo, em situações extremas, isso evitam situações de força, como nós temos visto em outros países, para citar apenas recentemente Ucrânia, Líbia, outros lugares

Então, temos a solução. O que significa o método jurídico, o método judicial? Significa trazermos a discussão para o âmbito do processo, exigir prova. Por que se falou aqui de prova ilícita? Porque nós estamos lidando com categorias jurídicas. Tem que haver uma sentença, o juiz tem que dizer, tem que explicitar, tem que dar um fundamento, então é por isso que o controle da investidura política foi colocado na mão do judiciário, é por conta do método, o deputado, quando vota, não precisa dizer por que votou, não se sabe, esse é um julgamento político, o judiciário não, ele tem que dizer por que, e mais, ao dizer por que, aquele argumento está sujeito à revisão. Acho que isso é um sistema interessante.

Agora, acho que a justiça que reclama do excesso de processos muito contribuiu para esse excesso na medida em que relega a segundo plano os precedentes, muitas vezes o sujeito chega seis meses antes da eleição, faz um estudo da legislação toda e vê as possibilidades, ou seja, é a partir dali que ele vai tomar decisões, não é isso?

Acho que esse quadro deveria realmente mudar. Esse caso, por exemplo, do inquérito policial, só para ficar no exemplo, é um absurdo completo, data vênica de quem pensa diferente. Não é nem problema do Código Penal, é problema da Constituição, porque, vejam, retrocedemos a 1940 com essa interpretação. Perigosíssimamente, porque, em 1940, quando foi promulgado o código de processo penal, o sistema não era o acusatório, era o inquisitório. O juiz podia fazer denúncia, podia iniciar um processo e tocá-lo, e julgar. Hoje em dia a Constituição não é mais assim, o sistema não é mais assim. Então, vejam, eu acho que deveríamos, sim, caminhar para uma evolução, mas dentro dessa ideia do que vai ser aplicado, do que não vai ser aplicado e do que pode ser aplicado. Acredito que a minirreforma vai ser aplicada, sim, mas não toda, alguns dispositivos vão ser aplicados, acho que todos não serão aplicados, acho que, provavelmente, fazendo um juízo de futurologia, o tribunal vai alisar aquelas situações que são mais relevantes. Por exemplo, há um dispositivo que determina o número de pessoas que podem ser contratadas para a campanha e, provavelmente, se ele for aplicado, vai alterar o processo

eleitoral? Acredito que não, talvez isso possa ser aplicado, esse dispositivo da questão da data das convenções talvez possa ser aplicado sem nenhum problema.

Para finalizar, vou fazer uma última consideração relativa à questão da responsabilidade. Por que o deputado, o prefeito, o presidente, o governador, o senador, o vereador perdem o mandato? Será que temos que afrouxar esse sistema?

Tudo que foi dito aqui, meus amigos, se resume numa única palavra: responsabilidade. Essa é a palavra. Não é possível vivermos num sistema que contempla a irresponsabilidade, porque dela deriva o caos. Então, todo sistema social precisa ter um sistema de sanções para que a sociedade e os comportamentos sejam controlados.

O que é preciso então? O problema não é o governador perder o mandato, o deputado perder o mandato, o presidente perder o mandato. Na Itália, por exemplo, o Berlusconi foi condenado e está cumprindo pena, nos Estados Unidos toda hora tem um governador sendo condenado, índio cumpre pena, o tempo todo.

Agora, isso não pode acontecer no Brasil porque se acontecer vamos extinguir o Judiciário? Não é assim que se constrói. Não podemos viver num sistema irresponsável em que algumas pessoas podem fazer as coisas, as outras não podem.

Como no caso da propaganda antecipada, por exemplo – discuto muito isso, aquele artigo 36-A –, que permite que os pré-candidatos compareçam à televisão, ao rádio, ao jornal e exponham suas plataformas, seus projetos e peçam votos. Essa é uma mudança da minirreforma, a Lei 12.891. A lei anterior, no inciso I, proibía o pedido de voto, e a Lei 12.891 retirou isso, de modo que, agora, o sujeito pode ir à televisão, ao rádio, à Folha de São Paulo, enfim, ao Correio Braziliense, etc., falar e pedir voto.

Enfim, isso não é propaganda antecipada, mas se o camarada comparecer em algum lugar e colocar um panfleto, se escrever o nome dele no muro de uma casa, da própria casa até, vai cair na malha fina da justiça eleitoral, mas se ele for na Folha de São Paulo, no Correio Braziliense, no Estadão, se for na Rede Globo, na Rede Record e pedir voto, aí pode. Essa é uma situação que não é razoável.

Acho que a justiça eleitoral deve ser rigorosa sim, porque não podemos viver num ambiente de irresponsabilidade, isso é princípio basilar, não é do direito não, é um princípio da convivência das pessoas, o respeito, a responsabilidade, se a pessoa cometeu um ilícito, cometeu uma infração, as regras são as que a sociedade colocou. Deve ser punido por aquilo, não há nenhum problema nisso, não é isso?

Agora, a interpretação disso deve ser coerente, porque não é possível um sujeito que vai à Rede Globo, à Record, à Band News etc., vai à Folha de São Paulo, ao Estadão,

expõe os seus projetos, fala o seu nome, pede voto, e isso não é nada, porque o artigo 36-A inciso I permite. E o outro que faz uma pichação ali, bota o nome dele, vai ser punido com uma multa de cinco mil reais. Não tem sentido isso.

Então, acho que realmente devemos avançar para um sistema que seja inteligente, que seja racional, porque aí podemos, sim, jogar pedra em quem merece, e aplaudir também aqueles que merecem.

Meus amigos, creio que os senhores e as senhoras estão já bem cansados, o dia todo ouvindo isso. Agradeço muito a presença de vocês. Quero registrar meu agradecimento à professora Marilda, ao IDP, pelo convite, o IDP cada vez mais se destaca no cenário brasileiro como uma entidade séria, voltada para os interesses, para o debate dos interesses do nosso país, nossa sociedade. Muito obrigado. Fiquem com Deus e sejam felizes.

**Inelegibilidade e Improbidade Administrativa.**

**Luciana Lóssio**

Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (Uniceub), foi a primeira mulher a ocupar a vaga de Ministro Substituto do Tribunal Superior Eleitoral reservada aos juristas. É Conselheira Nacional dos Direitos Humanos, como representante do Conselho Nacional de Justiça, e representante em missões de observação eleitoral nacionais e internacionais. Ministra aulas, palestras e conferências na área de direito eleitoral e sobre o avanço da mulher no processo democrático brasileiro.

**RESUMO:** Nesta palestra, Luciana Lóssio trata de inelegibilidade e condenações eleitorais. A partir da discussão de casos concretos julgados na Justiça Eleitoral, faz uma análise detalhada da aplicação das alíneas “d” e “j” da Lei Complementar 64/1990, alterada pela Lei Complementar 135/2010.

Obrigada, Doutor Gustavo. Não tenho como iniciar a minha fala sem parabenizar a organização do evento, na pessoa da Doutora Marilda, e o Instituto de Direito Público (IDP), onde estudei quando sua sede era ainda no Lago Sul, alguns anos atrás. Trata-se de um instituto que é sempre motivo de orgulho para todos nós brasilienses, em razão da seriedade e da excelência do ensino desenvolvido. Agradeço, também, as gentis palavras do Doutor Gustavo Severo, que só me fazem ter a minha responsabilidade ainda aumentada, porque não é fácil representar ilustres advogadas – mulheres que realmente militam na Justiça Eleitoral diuturnamente: Doutora Marilda, Doutora Ângela, Doutora Isikelly, que estão aqui, e tantas outras que estão também às terças e quintas no Tribunal, onde temos um encontro marcado.

Também gostaria de saudar o Doutor Gustavo, o Doutor Fernando, nobre colega por quem eu tenho uma admiração e um respeito muito grandes, porque trabalhamos num ambiente muito agradável e acabamos por nos tornar uma verdadeira família. Estamos no Tribunal e, às terças e quintas, temos um encontro marcado a partir das sete horas, quando as sessões se iniciam e, nos períodos eleitorais, de dois em dois anos, esses encontros são mais frequentes, muitas vezes até diariamente.

Essa convivência acaba fazendo com que nós fiquemos cada vez mais próximos e nos tornemos não apenas colegas de trabalho, mas, muitas vezes, verdadeiros amigos, e

é assim que eu me sinto aqui. Me sinto falando entre amigos e para amigos. Vejo também aqui outros colegas, o Doutor Rodrigo, a Doutora Gabriela.

E minha presença aqui hoje é justamente para dialogar com os senhores sobre algumas questões e alguns pontos interessantes que surgirão neste ano eleitoral que se avizinha.

As eleições gerais já estão batendo às nossas portas. Hoje em dia, quando acordamos de manhã e abrimos o jornal, ligamos a televisão ou o rádio, só se fala em política. Não há nenhum jornal hoje de grande circulação que, na primeira página, não traga alguma notícia sobre as eleições gerais.

Então, as eleições já são um tema familiar para todos nós. E a minha proposta é trazer para os senhores alguns questionamentos, alguns assuntos palpitantes, com os quais certamente o Tribunal Superior Eleitoral terá um encontro marcado a partir de agosto, porque, em julho, o tribunal fica em recesso e só realmente apreciará as questões de propaganda, mas os registros de candidatura passarão a ser julgados a partir de agosto. E como todos os senhores sabem, a Lei Complementar 135/2010 teve a sua primeira aplicação nas eleições municipais de 2012. Várias das inovações trazidas foram apreciadas pela primeira vez nas eleições municipais de 2012, mas justamente em razão das inúmeras novidades que esta lei trouxe, o Tribunal não esgotou todo o assunto, ou muitas vezes, em razão da sua alteração de composição, muda o seu entendimento, o que, no meu entender, é salutar, não e condenável, muito pelo contrário, é uma oxigenação importante e fundamental para o Poder Judiciário, porque, do contrário, não precisaríamos de juízes a julgar, bastaríamos ter um computador, jogaríamos os dados concretos e teclaríamos Enter, e a máquina já nos daria resposta. Então é muito importante esta presença diária dos ministros e essa alteração também para que possa haver uma oxigenação do entendimento.

E como bem disse o Doutor Gustavo Severo, há dois assuntos que nos tocam mais em relação a este tema. Vamos falar de inelegibilidade e condenações eleitorais, e devemos, então, nos debruçar sobre as alíneas “d” e “j”.

Iniciemos, então, pela alínea “d”. E é uma pena que o Ministro Arnaldo Versiani tenha precisado se ausentar, porque essa discussão da alínea “d” começa num julgamento de sua relatoria, do Município Balneário Rincão, um caso emblemático e bastante interessante, sobre o qual eu gostaria de tecer alguns comentários.

Na oportunidade, o julgamento se deu por apertada maioria, num resultado de quatro votos a três. E eu fiquei na parte vencida, mas muito bem acompanhada pelos Ministros Marco Aurélio e Dias Toffoli.

Um dos aspectos discutidos em relação à alínea “d”, foi a contagem da inelegibilidade por ela trazida. Como todos sabem, a inelegibilidade, que antes era de três anos, passou a ser de oito anos pela Lei Complementar 135/2010, que trouxe esta novidade para a Lei Complementar 64 e, nas eleições de 2012, foi então a primeira oportunidade que a Justiça Eleitoral como um todo teve para enfrentar essa matéria e delinear como seria de fato sua aplicação.

Antes de mais nada, é preciso dizer que a Lei Complementar não traz a inelegibilidade como sanção. Foi um novo regime jurídico eleitoral, trazido para que, quando o candidato batesse às portas da Justiça Eleitoral pedindo o seu registro, quando se fosse apreciar o preenchimento das condições elegibilidade das causas de inelegibilidade, se pudesse aferir se o candidato estava apto ou não a ser candidato, e ao realizar-se esta aferição, verificar se houve uma condenação, no caso da alínea “d”, por abuso de poder.

Essa condenação, à época, trazia uma sanção de três anos, a partir de agora, pela nova normativa legal, a consequência seria de oito anos. Como se daria o balizamento deste prazo de oito anos?

Então, a primeira grande questão foi sabermos como se dá a contagem, qual o termo inicial e qual o termo final desses oito anos a serem considerados pela Justiça Eleitoral. E a alínea “d” – faço questão de ler para realmente reproduzir a norma legal – fala que seriam “inelegíveis aqueles que têm contra sua pessoa uma representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral em decisão transitada em julgado ou por órgão colegiado”.

Essa foi uma inovação também da Lei Complementar 135/2010, porque, antes, exigia-se apenas uma decisão transitada em julgado. Com a Lei Complementar 135/2010, veio essa novidade, ao dizer que uma condenação proferida por um órgão colegiado já é o suficiente para tornar aquele candidato inelegível. Então, essa foi uma inovação em processo de apuração de abuso de poder econômico político, para eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, que se realizarem nos oito anos seguintes. Ou seja, o candidato foi condenado em uma ação por abuso de poder político econômico, a partir de quando se dará a contagem desses oito anos?

E na oportunidade do julgamento desse caso de Balneário Rincão, e de outro a que irei também fazer referência, quando nós julgamos a alínea “j”, que é um precedente de Fênix, Paraná, desenvolvi a seguinte linha de raciocínio. Quando, de fato, a alínea “d” fala “Para as eleições que se realizarem nos oito anos seguintes”, a primeira pergunta que se faz é: seguintes a quê?

E o Tribunal Superior Eleitoral, no ano de 2000, respondeu a essa pergunta, ao editar a Súmula de n. 19, com a seguinte redação: “A contagem do prazo de inelegibilidade começa a partir da eleição em que se verificou”. Ou seja, no meu entender, o Tribunal Superior Eleitoral balizou, de forma muito clara, o início desse prazo de oito anos, ao editar a Súmula n. 19, isto é, esses oito anos teriam início a partir da data da eleição.

Então, em 2012, deveríamos considerar as condenações advindas do ano de 2004, para verificar se esse prazo de oito anos ultrapassaria ou não as eleições de 2012.

Feita essa breve introdução ao caso de Balneário Rincão, naquela assentada, o Tribunal se deparou com este questionamento sobre qual o prazo inicial – o prazo da eleição, o prazo da diplomação, ou o prazo do ano eleitoral no qual se deu a condenação.

O Ministro Arnaldo Versiani entendeu que o prazo inicial começava no dia da eleição, mas que, por uma questão de coerência com o sistema, nesse prazo final não poderia se dar a contagem dos oito anos. Ele não terminaria, como nos ensina e como nos impõe o Código Civil, em seu art. 132, que os prazos a serem contados em meses e anos vencem no mesmo dia um ano depois – três, quatro, cinco ou oito anos depois. Então, a eleição foi no ano de 2004, acho que dia 4 – não me recordo exatamente – e, no ano de 2012, era dia 7 de outubro.

Se adotássemos a regra trazida pelo Código Civil, ele venceria no dia 4 de outubro de 2012, de modo que, se a eleição, como ocorreu em 2012, se desse no dia 7 de outubro, aquele prazo de oito anos já teria acabado, já teria finalizado aquela inelegibilidade do candidato. Mas não foi esse o entendimento que prevaleceu à época. O entendimento que prevaleceu foi de que o prazo final seria até o dia 31 de dezembro.

Ou seja, seria uma contagem de oito anos um pouco estendida, bastante estendida, no meu entender, até dia 31 de dezembro, de modo a inviabilizar a participação daqueles candidatos para eleição que se realizou no ano 2012.

Então, foi esse o entendimento adotado no precedente de Balneário Rincão – Recurso Especial 165, de relatoria do Ministro Arnaldo Versiani. E como eu disse, foi um julgamento por apertada maioria, quatro votos a três. Posteriormente, esse entendimento

voltou a ser discutido, guardadas aqui as devidas proporções, em relação à alínea “j” também.

Outra questão interessante com a qual o Tribunal Superior Eleitoral tem um encontro marcado diz respeito à aplicação da alínea “d” para as condenações por abuso, apenas em AIJE, nas Ações de Investigação Eleitoral.

O Tribunal Superior Eleitoral, também nas eleições de 2012, decidiu por manter o seu entendimento jurisprudencial no sentido de que a inelegibilidade advinda da alínea “d” só poderia ser aplicada para aqueles condenados em ação de investigação judicial eleitoral em AIJE. E a pergunta, então, era: como fica a situação dos candidatos condenados por abuso de poder numa Ação de Mandato Eletivo, AIME?

Esse questionamento foi levado ao plenário pela então Ministra Nancy Andrighi, num precedente, salvo engano, de Reginópolis, e Sua Excelência levou ao tribunal o seguinte entendimento: ora, não faz sentido fazermos uma interpretação restritiva em relação à alínea “d” para entender que o que gera a inelegibilidade é apenas aquela condenação por abuso oriunda da AIJE. Por que não da AIME? Se a única diferença entre uma e outra seria o prazo de interposição, isso no entender da Ministra Nancy Andrighi.

O Tribunal, então, discutiu essa questão, mas entendeu por bem manter o seu entendimento já externado em outras eleições, inclusive num precedente da minha relatoria, num recurso especial cujo advogado encontra-se aqui na plateia, no qual decidi, inclusive monocraticamente, seguindo a jurisprudência do Tribunal.

Depois, o julgamento foi confirmado no agravo regimental pelo colegiado. Então o tribunal entendeu por bem não alterar a jurisprudência no meio do processo eleitoral e manter aquele entendimento, mas alguns ministros já sinalizaram uma possível alteração de entendimento para aplicar a alínea “d” também para aquelas condenações advindas da AIME.

Então, esta questão está em aberto. O Tribunal não bateu o martelo, não deu a palavra final sobre ela. Alguns ministros chegaram a adiantar o seu entendimento, mas, certamente, essa questão baterá às portas do TSE agora nesses inúmeros pedidos de registros que chegarão no segundo semestre de 2014.

Uma outra questão também interessante da alínea “d” diz respeito à condenação daqueles que não concorrerão ao preito eleitoral, ou seja, digamos, eu – prefeita num segundo mandato – apoio aqui o Doutor Gustavo Severo para eleição vindoura, e somos ambos condenados por abuso de poder. Algum tempo depois, imaginemos que nas

eleições dali a dois anos, eu queira concorrer também a um novo mandato eletivo. Essa condenação me tornará inelegível, com base na alínea “d”?

Essa é uma questão também que teve a sua discussão iniciada pelo Tribunal Superior Eleitoral, mas não finalizada no processo, que era da relatoria do Ministro Arnaldo Versiani,

Eu pedi vista, abri a divergência, acabei ficando redatora para o acórdão. O Doutor Gustavo era o advogado dos autos. Cheguei a ir adiante e já, enfim, manifestara o meu entendimento sobre essa questão, no sentido de que a alínea “d” só gera inelegibilidade para aquele que concorreu ao pleito eleitoral. Eu, no caso, em que apenas apoiei, não estaria inelegível pela alínea “d”, apenas o candidato, o Gustavo, estará inelegível, eu não.

Então, esta certamente é uma questão que também baterá às portas do TSE, e com a qual teremos um encontro marcado. Por uma questão processual, acabamos não chegando ao julgamento de mérito nesse recurso, mas votei a preliminar e, depois o mérito, de modo que meu entendimento já é público e notório. A TV Justiça o transmitiu para todos os cantos do país, então não tenho dificuldade alguma em externá-lo aqui também neste ambiente acadêmico.

Muito bem, com relação à alínea “d”, acho que eram essas as considerações que gostaria de trazer ao conhecimento dos senhores, e também plantar essa sementinha para que pensem sobre esses dois pontos – com os quais, certamente, o TSE terá que se deparar –, a fim que escrevam artigos, para que os julgadores sejam municiados de trabalhos doutrinários sobre o tema, o que é sempre enriquecedor.

Gostaria então agora de falar sobre a alínea ”j”, que é outra hipótese de condenação eleitoral que gera a inelegibilidade.

Mas, antes disso, me lembrei de uma questão interessante em relação à alínea ”d” ainda, uma curiosidade. Nesse famoso caso do balneário Rincão, que foi o *leading case* na aplicação da alínea “d”, o que aconteceu?

O candidato acabou tendo o seu registro de candidatura indeferido, pois o tribunal entendeu que ele estava inelegível, e a inelegibilidade dele, no entender da maioria naquela época, se deu até o dia 31 de dezembro. Esse resultado ocorreu após as eleições, o julgamento foi dias antes da eleição, os embargos de declaração foram julgados após as eleições, de modo que, como ele venceu as eleições e teve mais de 50% dos votos, era caso de renovação do pleito.

Então houve uma eleição suplementar marcada para o ano seguinte, 2013, e este candidato se registrou novamente como candidato a prefeito daquela municipalidade e chega ao TSE um novo pedido de registro de candidatura para o pleito suplementar.

O TSE, então, se deparou com uma situação bastante interessante, que era: E agora? Este candidato pode concorrer a este pleito suplementar ou não pode? Porque, como todos vocês sabem, o TSE tem uma jurisprudência firmada no sentido de que aquele que deu causa à anulação do pleito eleitoral não pode participar daquela eleição que se realizará em decorrência dessa nulidade, para que ele não possa fazer uso de sua própria torpeza.

Então, essa foi uma questão bastante interessante que o tribunal apreciou, decidindo que, neste caso, ele pode participar, sim, deste pleito, desta nova eleição, da eleição suplementar. E por que ele pode, se ele deu causa, numa leitura apressada, digamos assim, à nulidade?

Porque na realidade ele não deu causa à nulidade da eleição em razão do cometimento de um ilícito eleitoral, não foi uma compra de votos, não foi uma condenação por abuso de poder, por uma conduta vedada. A eleição foi anulada pela Justiça Eleitoral ao apreciar, no seu pleito, a aplicação de uma nova legislação.

Ao apreciar a aplicação das novidades trazidas pela Lei Complementar 135, o Tribunal entendeu, por apertada maioria, quatro votos a três, que aquele candidato não poderia concorrer porque a contagem dos oito anos do seu prazo de inelegibilidade se daria até dia 31 de dezembro.

Então, ele não abusou do direito de recorrer. E nesse ponto até citei um precedente interessantíssimo da relatoria do Ministro Herman Benjamin na Corte Especial do STJ. Por uma feliz coincidência, eu estava lendo o informativo do STJ dias antes desse julgamento e me deparei com esse precedente de sua relatoria, no qual afirmava que não se pode considerar que o sujeito abuse do direito de recorrer quando se está a tratar de uma inovação jurisprudencial, de uma novidade legislativa que está sendo posta à apreciação do Poder Judiciário pela primeira vez. Era justamente a hipótese dos autos.

Vejam que foi justamente no caso deste cidadão que o TSE, pela primeira vez, apreciou a contagem do prazo de oito anos para alínea “d”, então não seria justo cercearmos o direito desse cidadão de concorrer. E vejam que esse cidadão devia ser um bom homem público, porque ele foi eleito duas vezes pela municipalidade. Nas eleições de outubro de 2012 e, posteriormente, na eleição suplementar foi novamente eleito e escolhido pela vontade popular dos munícipes de Balneário Rincão. Então, essa é uma consequência interessante que gostaria apenas de mencionar para os senhores porque às

vezes nós damos uma decisão aqui e não imaginamos a consequência que isso terá no futuro, e esse caso de Balneário Rincão foi bastante interessante, como isso foi e voltou.

Muito bem, passemos para a alínea “j” – já estou quase chegando aos meus trinta minutos, Doutor Fernando, porque estou muito ansiosa para ouvi-lo. Mas marquei aqui, faltam cinco minutos para acabar os meus trinta minutos, serei breve, afinal de contas vim aqui para poder ouvir o Doutor Fernando. E então, deixe-me apressar as ponderações que tenho a fazer da alínea “j”.

A alínea “j” também tem uma novidade trazida pela lei complementar 1235. A Lei da Ficha Limpa trouxe a inelegibilidade de oito anos para aqueles condenados por compra de votos, 41- A. Pelo 30-A e por conduta vedada, aquele rol de condutas descritas no artigo 73 da 9.504.

O primeiro ponto digno de nota é o seguinte: qualquer condenação dá ensejo a essa inelegibilidade de oito anos prevista na alínea “j”?

Eu respondo dizendo que não. Como todos sabemos, os artigos 41-A e 73 trazem dois tipos de penalidades. Você pode ser punido apenas com uma multa ou cassação do seu registro ou diploma. Não, desculpem, apenas o art. 73 que pode ser multa e cassação então a condenação à pena de multa, por si só, não dá ensejo à inelegibilidade da alínea “j”, ou seja, realmente tem que ser condenado à cassação do seu diploma ou do seu registro para que venha a ser punido com essa inelegibilidade de oito anos,

E também em relação à alínea “j”, o Tribunal enfrentou essa mesma discussão sobre a contagem do prazo de oito anos – quando se dá o seu termo inicial e quando se dá o seu termo final. Analisamos o primeiro caso, discutindo a aplicação da alínea “j”, dias depois daquele caso de Balneário Rincão. No meu entender, por uma felicidade do destino, Gustavo também era o advogado do caso, e o Tribunal teve a sua composição alterada, a Ministra Nancy Andrichi não pôde comparecer naquele dia, o Ministro Teori Zavascki chegou para substituí-la, na época ele era substituto do TSE pelo STJ, não pelo Supremo, e era um caso de Fênix, Paraná, de relatoria da Ministra Laurita Vaz.

E a Ministra Laurita trouxe o entendimento, seguindo aquela mesma linha trazida pelo Ministro Arnaldo Versiani quando da aplicação da alínea “d”, no sentido de que a contagem dos oito anos também se daria, digamos, oito anos cheios, até o dia 31 de dezembro de 2012.

Depois a Ministra Laurita votou, o Ministro Henrique Neves, e eu abri a divergência. Se fosse o Ministro Fernando Neves, tenho certeza de que ele votaria conosco também. Então inaugurei a divergência, a mesma que eu já havia trazido quando

do julgamento da alínea “d”. E fazendo essa linha de raciocínio em relação à alínea “d”, à Súmula 19 na oportunidade, afirmei que a alínea “j” possuía inclusive uma redação mais clara. E por que possuía essa redação mais clara? A alínea “j” diz que se dará a inelegibilidade pelo prazo de oito anos a contar da eleição, ou seja, então era um pouco mais clara que a alínea “d”,

E dizia eu no meu voto que esta clareza trazida pela alínea “j” se deu justamente em razão da redação da Súmula 19. Vejam que a Súmula 19 é do ano de 2000, e a Lei Complementar é do ano de 2010, ou seja, a Súmula esclareceu como se daria a contagem do prazo da alínea “d”, porque na alínea “d” a redação realmente nos força a uma indagação – a partir de quando se dá esta inelegibilidade? –, quando fala que o candidato estará inelegível para as eleições a se realizarem nos oito anos seguintes. Seguintes a quê?

Vem a Súmula e responde: seguintes à data da eleição. E aí vem a alínea “j”, já trazendo aquela redação da súmula no sentido de que esses oito anos serão contados a partir da data da eleição. Então, naquela assentada, o Ministro Teori era o último a votar porque a relatora era a Ministra Laurita e, quando chegou a sua vez de votar, o julgamento estava empatado, três a três, mantendo a mesma posição.

Todos estavam mantendo a mesma posição externada naquele voto da alínea “d”, e o Ministro Teori, coitado, chegou ali de paraquedas Me recordo que ele virou e falou: mas o meu voto é fundamental para essa questão? Eu falei, o senhor vai definir o julgamento. E ele respondeu: “Então vou pedir vista para poder analisar melhor essa questão”. E o Ministro Teori pediu vista do caso e trouxe numa próxima assentada, acompanhando a divergência para mudar a maioria – o quatro a três mudou de lado.

Então, em relação à alínea “j”, o Tribunal passou a entender que os oito anos seriam contados do dia 4 de outubro de 2004 até o dia 4 de outubro de 2012. Ocorrendo a eleição no dia 7, o candidato estava elegível.

Enfim, o Ministro Teori afirmou fazer uma interpretação ampliativa de uma norma restritiva de direito – devemos seguir a contagem trazida pelo código civil, aqueles mesmos fundamentos trazidos já pelos outros três votos que o antecederam.

Então o Tribunal ficou com este entendimento. Dias depois, a Ministra Nancy Andrighi, que não estava na assentada, trouxe outro recurso de sua relatoria e falou “meu entendimento não é esse, entendo que os oito anos devem se dar na contagem dos anos cheios, até o dia 31 de dezembro”. Então foi uma discussão tremenda no tribunal, que acabou mudando o seu entendimento para afirmar que os oito anos de inelegibilidade tanto da alínea “d” quanto da alínea “j” deveriam se dar até o dia 31 de dezembro de 2012.

Um ano depois, o Ministro Marco Aurélio traz outro recurso especial para julgamento do colegiado, do município de Manacapuru. O Tribunal já havia mudado. Nesse caso, não era o Doutor Gustavo, outro precedente, salvo engano era o Doutor Flávio Jardim, que sustentou da tribuna. E o Tribunal, com uma nova composição, salvo engano com o Ministro João Otávio já, a Ministra Nancy havia saído também, e o quatro a três mudou de lado novamente. Veja que a Justiça tarda, mas não falha. Este era o melhor entendimento.

Então o Tribunal acabou refluindo para entender que, de fato, os oito anos eram para ser contados com base no ano civil.

Enfim, a contagem da alínea “j” teve essas idas e vindas e hoje o entendimento que prevalece é de que a contagem dos oito anos se dá de dia a dia. Qual é o dia mesmo? Eu ainda não fiz as contas. Dia 7, da eleição de 2006, para aferirmos. Não me recordo, quando que foi a eleição? Foi dia 3? Então, este ano não teremos essa discussão em relação à contagem dos oito anos. Doutor Fernando, agora não muda mais não, pelo amor de Deus.

Penso que são esses os apontamentos que gostaria de trazer à apreciação dos senhores. O meu tempo já se esgota e estou aqui ansiosa para ouvir o Doutor Fernando Neves e, ainda mais, também, o Doutor Marcelo Ribeiro. As autoridades aqui são inúmeras, de modo que agradeço a atenção de todos e a oportunidade de estar aqui. Muito obrigada.

## **A Propaganda Eleitoral na Era Digital**

**Luiz Carlos**

**RESUMO:** Nesta palestra, o Doutor Luiz Carlos trata do uso eleitoral da internet no Brasil, destacando a preponderância ainda da propaganda de rádio e televisão como agente propagandístico eleitoral e a pouca disseminação da internet como agente eleitoral

no Brasil, bem como o impacto dessa realidade para o trânsito de novas ideias e novas propostas no processo eleitoral brasileiro.

Bom dia a todos. Bom dia aos estudantes, aos advogados, aos juristas, aos iminentes componentes da mesa, ao ministro, à Gabriela. É um prazer estar aqui. E queria dizer que estava numa situação parecida com a daquele jogador de futebol do Palmeiras que foi para o São Paulo e estava na expectativa de ser convocado pelo Felipão, porque ele estava na lista dos suplentes.

O Doutor Eugênio Aragão, Vice Procurador-Geral Eleitoral, é quem iria proferir esta palestra por indicação do Doutor Rodrigo Janot, Procurador-Geral da República, como é a tradição. Mas o Doutor Eugênio não pôde vir, e o substituo dele naturalmente seria um Subprocurador-Geral da República, Doutor Aras, que, infelizmente, por razões de saúde, na última hora desconfirmou a presença neste evento.

Portanto, a Gabriela e a Marilda fizeram um gentil convite a mim para vir falar aos senhores. Evidentemente, pedi que a palestra do Ministro fosse a primeira, porque ele iria dizer, como de fato disse, tudo que era realmente importante.

Portanto, posso ficar na posição que nós do Ministério Público tanto gostaríamos de ter, que é falar depois do juiz, falar depois do ministro. Essa é uma frustração que eu tenho. Eu já fui do Ministério Público Estadual, Federal, mas eu desconfio que, mesmo que eu seja do Ministério Público Internacional ou planetário, os juízes sempre falarão por último. O que está certo, é do Estado Democrático de Direito, é a voz de quem decide, está corretíssimo, mas, num evento como este, vou falar depois do Ministro.

Então, estou aqui, na verdade, para falar de um assunto que me apaixona, mas quero lembrar que não falo pelo Ministério Público. Isso é importante especialmente porque estamos sendo gravados. Eu não falo pelo Ministério Público, evidentemente não. E, para minha felicidade, embora esteja na assessoria do Vice Procurador-Geral Eleitoral, não estou na equipe de propaganda. Há os procuradores auxiliares da propaganda. Conseguimos convencer o Doutor Eugênio de que todo acervo de recursos objeto de propaganda vai também para essa equipe, ele aceitou esse argumento, então eu não vou lidar com propaganda profissionalmente, o que me deixa muito confortável aqui, ministro. Se eu for falar alguma coisa, é estritamente em nome pessoal.

Bom, eu sou um grande entusiasta da internet. O uso eleitoral da internet no Brasil não se emparelhou com aquele dos Estados Unidos, do “Yes, we can!”. Não aconteceu isso. Havia a expectativa de que iríamos reproduzir o modelo americano.

A internet não é o grande agente eleitoral no Brasil, o grande agente propagandístico eleitoral no Brasil é a televisão e, no meu modo de ver, continua sendo a televisão. E digo isso para minha tristeza, porque devo ser o único sujeito que escreveu sobre isso. O José Jairo, meu colega de instituição, vai ficar bravo comigo porque ele não concorda de maneira nenhuma, ninguém concorda comigo, mas é minha opinião: o horário de propaganda televisivo, a meu ver, é decisivo no pleito.

E parece que os partidos também concordam com isso, porque fazem aquelas alianças do Arcanjo Gabriel com Belzebu Astaroth em troca de um minuto a mais na televisão, segundos a mais. E aqui vai a minha opinião exclusivíssima, porque a nossa lei diz que a distribuição igualitária de tempo na televisão será apenas na fração de um terço. Então, todos os partidos que lançarem candidatos disputarão e terão o mesmo quinhão desse um terço do horário, e dois terços do horário televisivo serão dados aos partidos proporcionalmente à bancada de deputados federais que possuíam no ano anterior.

Portanto, a distribuição é desigual e, no meu modo de ver, conservadora, porque dá mais vantagem a quem já tinha e dificulta muito o trânsito de novas ideias e de novas perspectivas no pleito eleitoral brasileiro, porque se o partido já estava lá e tinha um grande número de deputados, agora terá mais tempo de acesso nesse meio decisivo de propaganda, que é a televisão e, assim, compete em vantagem. O mais provável é que, de novo, faça uma maioria.

Então, é a maioria que encontrou meios de se repetir toda vez. Portanto, sou contra, tenho uma posição jacobina no sentido de que o acesso aos meios públicos de divulgação tem que ser igualitário para todos os partidos. Na verdade, é uma ideia muito bonita, prejudicada pelos fatos. O grande ônus disso é que nós temos partidos sem nenhuma consistência ideológica ou política – que, às vezes, são criados por caminhos que Deus há de conhecê-los.

Portanto, às vezes, há uma proliferação de partidos que não representam realmente um segmento de opinião. E isso é preocupante, porque vejo o processo eleitoral justamente como oportunidade de debate franco de novas ideias. Se as maiorias se perpetuam sempre, novas ideias que surgirem não virão para o processo eleitoral, sabe-se lá para onde elas irão. Experiência histórica nesse particular assusta um pouco.

Mas tudo isso foi para dizer que, na internet, há uma grande esperança, porque a internet é igualitária e, apesar de poder haver custos diferenciados de produção de programas etc., a meu ver qualquer candidato a vereador no município X pode acessar a

rede mundial de computadores e deixar sua mensagem, e essa mensagem pode se multiplicar.

E nós já tivemos no processo eleitoral brasileiro – embora sem aquela dimensão norte-americana, candidatos que fizeram campanhas relativamente baratas – o que no Brasil é uma dificuldade –, usando de forma inteligente a rede de computadores.

Portanto, eu sou um entusiasta da internet, da campanha eleitoral pela internet, da discussão de temas públicos pela internet, em razão do seu caráter mais igualitário do que o acesso ao rádio e a TV, ou mesmo à imprensa escrita, que costuma ter também seus próprios interesses, o que é natural e evidente.

Mas é certo que essa propaganda pela internet, essa propaganda no meio digital traz muitos riscos, alguns deles já mencionados aqui pelo nosso ministro, como o fato de boa parte das empresas serem sediadas fora do país. E eu acrescentaria já uma nota, para dizer que são sediadas fora do país e não necessariamente levam a nossa legislação em conta, não necessariamente estão muito preocupadas com o que aqueles sujeitos que moram abaixo da linha do Equador fizeram em termos de legislar sobre internet.

O nosso marco civil é extraordinário, mas, como cidadão inquieto, eu aguardo para ver se ele realmente conseguirá produzir uma série de efeitos. E quero dizer outra coisa, essa certamente não é do agrado dos meus colegas do Ministério Público Eleitoral, porque eu concordo com o ministro que a regulamentação que se fez do uso da internet é exagerada, é excessiva, é minudente e, ousado dizer, será contraproducente. Tem uma série de exigências e quesitos que nós poderíamos perfeitamente passar sem eles, por exemplo, como o ministro falou, coloca-se um filtro de *anti-spam* e resolve, três artigos da lei vão embora.

É preciso observar, ministro, que o TSE deu sua própria contribuição a essa regulamentação excessiva, ao proibir, por exemplo, na Resolução, o uso do *telemarketing*. Falta-me qualidade, evidentemente, mas, se um dia eu fosse ministro, também votaria com Vossa Excelência, porque a Resolução do TSE proibiu o *telemarketing*.

É claro que é possível interpretar no sentido de que o *telemarketing* é um expediente comercial de venda de produtos e, portanto, se apoiadores se reúnem numa central telefônica e ligam para os eleitores, não seria *telemarketing*, mas a ideia foi proibir essa ligação.

Muito bem, receber ligações em casa pode ser incômodo – não atenda, deixe o telefone baixo, cadastre o telefone para a pessoa receber ligações de gente conhecida, diga

não. Realmente eu temo o efeito dessa proibição em candidaturas que podem ser perfeitamente interessantes, mas não têm grandes meios de acesso econômico.

No meu modo de ver, há duas regulamentações da internet que acho muito sensatas. A primeira é proibir que órgãos públicos, entre outros, se valham da internet para fazer propaganda de candidatos. Por ser um órgão público, não pode fazer isso, e eu tenho até dúvida com relação à pessoa jurídica, porque a lei proíbe que haja propaganda eleitoral por meio de pessoa jurídica, eu já tenho aqui uma dúvida, mas isso é muito sensato.

E a outra regulamentação que, a meu ver, é muito sensata é a proteção da honra, da intimidade e da imagem das pessoas. Isso tem que acontecer, e aqui as dificuldades são imensas. Eu preciso dar um depoimento de um episódio ocorrido quando eu era Procurador Regional Eleitoral em São Paulo, quando foi feita uma montagem com um dos pré-candidatos a prefeito, que consistia num filme pornográfico muito aviltante, muito agressivo, mas fizeram uma coisa muito bem-feita e colocaram o rosto daquele personagem como um dos atores, vamos chamar assim, daquele filme.

Isso se tornou viral, aquele vídeo circulou, circulou, e esse candidato foi ao Judiciário eleitoral exigir que o vídeo fosse retirado. E isso foi uma peripécia, para quem estuda a sociologia do mundo, à mostra dos limites do poder do estado e do poder da jurisdição eleitoral, porque a ordem foi clara, foi pessoal, foi dirigida e não foi cumprida.

Havia uma ordem para que o provedor da internet – o marco da internet tem essa nomenclatura muito peculiar, “provedor de aplicações da internet”, e acho que é esse o caso – tomasse providências e bloqueasse o acesso àquele vídeo, e aquele vídeo permaneceu ao longo de quase toda a campanha, e só foi retirado na última hora quando essa medida drástica, que o ministro bem pontuou no sentido de que ela seria excessiva, porque alcançaria inclusive conteúdos lícitos, mas o juiz determinou o bloqueio de todo esse provedor de acesso se não fossem tomadas providências. Na undécima hora, esse vídeo realmente ofensivo foi retirado.

Então essa é uma questão que me preocupa muito. No meu modo de ver, toda a regulamentação da propaganda por meio digital deveria basicamente ser com estes dois pilares: a proteção da privacidade, da intimidade e da honra, e a vedação de participação de capitais públicos e de estatais ou de fontes vedadas de financiamento.

Posto isso, eu já temo que a restante regulamentação tenderá à inefetividade. Eu não consigo ver muitas chances de que todos esses artigos minudentemente trazidos pela Lei 9.504/1997 e que regulamentam a propaganda na internet serão muito efetivos. E aqui, ministro, “o uso do cachimbo torna a boca torta”, eu preciso dizer o seguinte: nessa

proteção, que eu considero essencial, à honra e à imagem das pessoas, temos também proteção penal, e a lei eleitoral adotou essa postura – que, a meu ver, é inconveniente, é equivocada – de dizer que todo crime eleitoral é de ação penal pública. Eu não consigo sustentar as razões disso. Eu sou totalmente contra. Inclusive os crimes contra a honra são de ação penal pública no ambiente eleitoral. Como órgão do Ministério Público, sempre fiz aquela leitura de que o espaço criminal aqui tem que ser interpretado muito restritivamente, porque o ambiente do debate eleitoral é o ambiente do debate franco. Chamar o adversário de incompetente não pode ser considerado crime contra a honra, mas pode ser considerado apresentação no local próprio, em momento próprio de um vício, de um problema de outro candidato para atrair o voto para si.

Mas, em algumas situações, precisei promover ações penais. Me recordo de uma situação em que eram dois candidatos a prefeito e um deles era gravado por emissoras de TV na praça pública, e disse assim: “vote em quem sabe quem é o pai dos próprios filhos”, porque havia rumores de que a mulher do candidato adversário teria prevaricado.

Então, o indigitado, o imputado representou, levou uma notícia ao Ministério Público. Nesse caso, eu tenho que oferecer denúncia, não tem jeito, tem prova, a emissora de televisão gravou.

Quero dizer que foi um caso muito peculiar, ministro, porque, como acontece na política, os ódios são muito passageiros, e os amores também. Quando o Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo ia se pronunciar sobre o recebimento da denúncia, fui procurado pelo indigitado, imputado, dizendo que queria retirar a queixa. E eu falei: “Como retirar a queixa, é uma ação penal pública, não tem queixa”. Mas fiquei curioso e perguntei: “Por que o senhor quer retirar a queixa?” E ele respondeu: “Porque eu fui convidado para ser secretário municipal”.

Então, fui à sessão do Tribunal, expliquei que tinha que ser ação penal pública, não tem a possibilidade de retirar queixa, a ofensa foi feita mesmo com essa interpretação restritiva e, mesmo que a pessoa, de uma maneira calma, concorde com a imputação ou resolva não brigar contra a imputação, enfim, cada um é senhor da própria honra, a ação tem que ser recebida.

Enfim, era um caso divertido. Há vários no eleitoral, e vários dos julgadores colocaram a palavra “mansidão” como justificativa para não receber a denúncia. E a denúncia não foi recebida e eu não recorri, mas, ministro, quero dizer que hoje eu não faria nada, porque hoje nós estamos superando a perplexidade da Resolução 23.396, que

diz que o Ministério Público precisa pedir autorização ao juiz para instaurar uma investigação, um processo-crime.

E sei que esse é um tema sensível, ministro, por favor. Mas por amor ao debate, o Procurador-Geral da República ajuizou uma ação direta de inconstitucionalidade, de fundamentação muito curta, comparando, num quadro, de um lado o trecho da Resolução que diz que o Ministério Público tem que pedir autorização para o juiz, e do outro, o texto da Constituição que diz que o Ministério Público tem poder de requisição.

Então é uma questão clara, é antinomia cabal que não demanda uma interpretação maior. Eu tenho ouvido justificativas no sentido de que é para evitar investigações secretas. Claro, temos que evitá-las, e a melhor maneira é o inquérito policial, porque aí tem registro, dizendo que isso é poder de polícia. Eu acho que aqui há uma grande confusão, poder de polícia é um poder que o juiz tem, por exemplo, notadamente o corregedor, e se tem uma restrição de direito individual, que ele precisa adotar naquele momento, ele tem o poder de adotar. O juiz pode mandar tirar o cavalete que está atrapalhando a passagem de pessoas, isso é poder de polícia. A questão da persecução penal é totalmente diferente e me espanta que essa confusão possa ser feita de alguma maneira.

Além do mais, estamos perplexos porque foi uma inovação, as Resoluções do TSE não diziam isso, o Código Eleitoral não diz isso, o Código de Processo Penal não diz isso, a Constituição não diz isso. E o que eu posso dar de testemunho aqui é que essa Resolução paralisou toda a atuação do Ministério Público Eleitoral no Brasil hoje.

Paralisado, ninguém vai adotar nenhuma providência. E eu lembro que o eleitor não tem legitimidade para ir à Justiça Eleitoral, exceto para oferecer notícia de inelegibilidade. Então, eleitor que tem uma notícia que pode ser um crime vai fazer o que? Vai procurar um partido político, um candidato? Enfim, realmente causou perplexidade, até porque não tem forma de juízo, não é uma notícia ao juiz.

Excelência, estou requisitando inquérito policial. Nada contra, isso é perfeitamente possível, faço a requisição em duas vias e mando uma para o juiz. Agora, se é um pedido de autorização, o juiz pode indeferir, e aí, qual o recurso? Aliás, não vai ter nenhum contraditório, o juiz vai receber o meu pedido e não vai ouvir a parte investigada sobre se tem que fazer aquilo ou não? Então com a devida vênua, ministro, e, por favor, sou um admirador de Vossa Excelência, mas não posso deixar de dizer que isso foi um desserviço aos eleitores. Esse é meu ponto de vista. Não é nem a questão corporativa, de maneira nenhuma, até porque inclui os delegados de polícia também. Hoje o delegado não cumpre

eventual requisição do Ministério Público porque ele diz que precisa do juiz. O Ministério Público se sente guardião da Constituição e diz que ela lhe dá o direito e a Resolução não pode tirá-lo.

O fato é que nenhum procedimento, nenhum inquérito, nada está sendo feito até que pelo menos o Supremo supere essa dúvida sobre a constitucionalidade.

Mas não é meu assunto, meu assunto é outro, é que eu não podia perder essa chance de polemizar e de trazer esses elementos. E já vou concluindo, dizendo que estou falando tudo isso, mas eu faço um *mea culpa* em relação à minha própria atuação no sentido de que, quando eu era Procurador Regional Eleitoral, mais jovem, mais magro, e mais cabeludo, eu seguia e brigava, ministro, pelo cumprimento daquela legislação eleitoral que dizia o seguinte: o cartaz só pode ter quatro metros quadrados e, se o danado do cartaz tivesse quatro metros e quatro centímetros, representação, perícia para medir. Fazia isso, e os coitados dos estagiários da procuradoria, atraídos por um falso concurso de fotografia, foram lá com suas máquinas poderosas, e eu pedi que eles passassem na paulista fotografando propaganda irregular.

Enfim, eu já fui muito estrito, muito severo em relação a esse item, mas o meu pensamento atual é de que essas regras muito minudentes de propaganda são diversionistas, ou seja, o grande tema das eleições, a meu ver, não consiste em estabelecer uma série de restrições à propaganda. Na verdade, isso foi feito inclusive para tentar baratear as campanhas políticas. É um caminho oblíquo para tentar baratear campanhas políticas.

Acho que o grande tema das é, e continua sendo no Brasil, a influência decisiva e determinante do poder econômico no pleito. Então, lideranças populares, candidatos autênticos, representantes de segmentos têm muitas dificuldades com o atual processo eleitoral brasileiro, porque a força do poder econômico é avassaladora.

A meu ver, esse é o grande tema do direito eleitoral. Então hoje, claro, tem que haver regras, temos que evitar poluição visual na cidade, tudo isso, mas eu vejo todo esse regramento, esse arcabouço legislativo limitador da propaganda, quase que como uma manobra diversionista, como se dissesse assim: “Olha, divirtam-se com isso”, “Ministério Público, ponha a sua ênfase nisso”, “Judiciário, gaste a sua pauta com isso”. E enquanto a gente se diverte nesse assunto de menor espectro, de menor repercussão, o poder econômico continua dando as cartas no processo eleitoral brasileiro.

Eu termino dizendo que, embora eu esteja falando de internet, publicidade etc., como se eu fosse um grande usuário nesse uso, na verdade, estou com um problema que

eu não sei como resolver e queria pedir apoio da distinta assistência. Quando fui fazer o meu registro no *Facebook*, ele pede que você ofereça uma série de dados, e fiquei meio preocupado com isso. Pensei: “não vou colocar todos os meus dados, não vou colocar os dados exatamente como são”. E, portanto, coloquei, naquela época, que aniversariava dia 1º de janeiro, uma mentirinha. Agora devo ter uns dois mil amigos no *Facebook*, e todos eles me cumprimentam no dia 1º de janeiro. E quem sabe quando eu nasci diz que tem eu tenho que corrigir. E eu pergunto assim: “como é que eu vou corrigir sem perder os dois mil amigos enganados ao longo dos anos? Então, se alguém tiver uma solução, eu agradeço. Muito obrigado

## **Temas Polêmicos e Atuais de Direito Eleitoral**

**Marcelo Ribeiro**

Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília, foi conselheiro da Ordem dos Advogados do Brasil, tendo presidido a Comissão Nacional de Estudos Constitucionais, a Comissão de Defesa da Concorrência, a Comissão de Estudo da Legislação Processual Civil. Ministro substituto do Tribunal Superior Eleitoral na classe de juristas de 2004-2008, assumiu o cargo de ministro titular da Corte em 2012.

**RESUMO:** Nesta palestra, Marcelo Ribeiro trata de questões que afetam a aplicação do Direito Eleitoral, como a dinamicidade da composição da Justiça Eleitoral e a consequente modificação de sua jurisprudência, bem como do excesso de jurisdição no processo eleitoral brasileiro, destacando os impactos disso para a sociedade.

Em primeiro lugar, quero agradecer à Doutora Marilda e à Doutora Ezikelly, que me convidaram para participar deste belo seminário na companhia de meu amigo José Eduardo Alckmin, que já conheço há mais de cinco anos; E vejo aqui na plateia o professor José Jairo Gomes, que é um grande nome do Direito Eleitoral brasileiro;

Ainda na palestra anterior, o Ministro Fernando Neves dizia – e é verdade – que a matéria do Direito Eleitoral é difícil de aprender em livros, porque a Justiça Eleitoral é muito dinâmica. Quer dizer, há uma modificação de jurisprudência, e a própria forma de composição da Justiça Eleitoral, contribui para isso.

O TSE, por exemplo. São 3 ministros do Supremo, 2 do STJ e 2 advogados, com mandatos de dois anos. Os mandatos dos ministros do Supremo normalmente são renovados; os dos advogados antigamente eram, agora nem tanto e, para nossa sorte, na nossa época eram; e os do STJ normalmente não são renovados, porque é um Tribunal grande, tem 33 ministros, então, para dar oportunidade a todos – nem todos, mas a muitos – de participarem do Tribunal, não são renovados.

E, assim, não deveria acontecer, mas acontece muito. O cidadão chega ao TSE e fala “eu não tenho compromisso com o que julgaram aí para trás. “Eu acho que abuso é isso, eu acho que é assim, eu acho que a aplicação da lei é desse jeito, não é daquele jeito”. E, então, isso acarreta, muitas vezes, uma mudança de jurisprudência, até indesejada, e os livros, às vezes, não conseguem acompanhar.

Teria que ser numa grande velocidade. O sujeito acabou de publicar e vem um Tribunal e muda aquilo. Então, ele vai ter que rever aquela edição e aí, na hora que ele vai publicar, volta. Então, às vezes acontece isso. O que salva um pouco a Justiça Eleitoral dessa excessiva modificação, claro, é o próprio bom senso dos ministros e um corpo de funcionários – que quem atua lá sabe, muito eficiente, muito competente e que geralmente é mantido,

Eu me lembro que, quando fui para o Tribunal, não mexi em nada do gabinete, fiquei com todos os funcionários que já estavam lá, alguns há dez, quinze, vinte anos. Depois faz os ajustes, tira um, coloca outro, mas eu me lembro que uma vez, não vou

dizer nomes, evidentemente, é um caso antigo, um ministro, acho que na época ainda do TFR, resolveu levar o gabinete dele todo para o Tribunal, ao invés de aproveitar os da casa, e aí o pessoal começou a julgar de uma maneira que não tinha nada a ver. Eles não tinham conhecimento da jurisprudência. Então teve várias decisões completamente fora do padrão, até ele perceber que tinha alguma coisa errada.

Então começou a botar gente da casa, porque o ministro do STJ, por exemplo, fica dois anos lá, como efetivo. Ele chega e, na hora que ele está ficando realmente sabendo daquela matéria, ele sai. Então, o primeiro ano, os primeiros meses são difíceis mesmo. Ainda tem o Tribunal, que é muito puxado para tocar. Então realmente é um negócio de doido.

Mas todo esse parêntese para dizer que os livros do Doutor José Jairo são muito bons, e aliás eu acho que estão à venda. Gostou da propaganda? Ele prometeu me dar um de graça para eu falar isso aqui.

Bem, eu acho que o Doutor Ministro José Eduardo estava falando, e eu concordo com ele, acho que a grande questão que hoje se coloca em relação à Justiça Eleitoral é saber até onde ela deve ir.

No judiciário de forma geral, mas na Justiça Eleitoral especificamente, talvez até mais, há um excesso de jurisdição. Os tribunais estão atuando mais do que deveriam, estão interferindo nas eleições mais do que deveriam.

Eu tenho a minha opinião, mas é legítimo a um Tribunal cassar um cidadão que foi eleito pelo povo? Quer dizer, o cidadão foi eleito governador de um estado com milhões de votos, aí se reúnem sete pessoas em um Tribunal e, por quatro a três, decidem que ele não deve ser governador, que deve ser outro governador. Nesse caso, deve-se dar posse ao que perdeu a eleição? Ou deve-se mandar fazer novas eleições? Quer dizer, nessa linha, as correntes que aparecem quais são?

Em outras palavras, num primeiro lado, vamos dizer assim, temos aquilo que se convencionou chamar de ativismo judicial – é o judiciário atuando de uma maneira talvez bem mais ampla do que Montesquieu pensou lá quando fez a teoria da separação dos poderes. O que acontece?

Segundo essa tese, que justificaria o juiz ativo quando, principalmente o Poder Legislativo, os dois poderes, Executivo e Legislativo, mas especialmente quando o Poder Legislativo estivesse em falta, quer dizer, quando houvesse uma omissão do Poder Legislativo. Seria lícito ao Judiciário suprir essa omissão.

E aqui estou falando não daquela omissão prevista na Constituição, que dá ensejo ao mandato de injunção, que dá ensejo à ação de inconstitucionalidade. Não é essa não. Essa está prevista, o Supremo vai julgar conforme o caso. Começou de uma maneira bem tímida, ampliou agora um pouco, o que procede nesse momento. Estou falando de outro tipo de omissão, muito mais subjetiva e perigosa. Qual é?

É omissão em ouvir a sociedade, é omissão em acompanhar o desenvolvimento social. O Congresso já deveria ter feito alguma coisa nesse sentido e não fez. Todos clamam por isso aqui, e o Congresso não fez. Eu participei no TSE de vários momentos em que houve o conflito entre essa corrente mais conservadora – vamos dizer assim, eu não gosto de ser chamado de conservador, mas eu acho que, no caso, mais conservadora –, no sentido de que o juiz não é legislador, o juiz tem que julgar de acordo com o direito, que não é ele quem fabrica. Claro que o juiz pode interpretar, deve e, às vezes, até cria alguma coisa, mas não é função dele inovar completamente na ordem jurídica.

Mas, segundo essa teoria, havendo essa omissão, seria lícito ao juiz atuar. Eu me lembro de que estava, em 2008, num congresso, acho que em Curitiba, e estava no auge essa coisa do ativismo e tal. Na plateia, estava o deputado Fruet, que hoje é prefeito lá, muito meu amigo, fomos colegas de faculdade. E eu resolvi fazer uma brincadeira com ele. Eu falei, olha, esse negócio de dizer que, se o Legislativo não está atuando, o Judiciário pode atuar no lugar me deixa muito preocupado, porque eu tenho uns agravos no meu gabinete que eu não julguei ainda, e o deputado Gustavo Fruet está aí, o que impede ele de entrar no meu gabinete e julgar esses agravos?

Se eu posso fazer lei, ele pode julgar agravo. É claro que ninguém ia admitir, é uma brincadeira, um deputado entrar lá e ficar despachando. Por que um juiz pode fazer lei sem ter sido eleito, sem ter recebido mandato popular? Não faz o menor sentido.

Com todo respeito, é claro. Fiquei vencido nessa matéria, quando o Tribunal resolveu entender que a fidelidade partidária levava à infidelidade partidária, ou seja, o cidadão que muda de partido sem uma justa causa, que isso levaria à perda do mandato.

Na Constituição de 1967/69, isso era previsto expressamente: “perderá mandato o deputado e senador que...” Um dos incisos era mudar de partido sem justa causa. Não lembro mais a redação exata, mas era exatamente essa hipótese, e a lei dos partidos políticos da época também previa o procedimento de perda de mandato – vai perder o mandato da seguinte maneira. Enfim, tinha lá um processo para aquilo, aí vem a Constituição de 88 e retira esse inciso, continua existindo o mesmo artigo, só que com outro número – “perderá o mandato o deputado e senador que...”.

Essa hipótese de mudança de partido não está mais lá, e a lei dos partidos políticos, a nova lei também, não trata desse assunto.

Então, para mim, isso é o chamado silêncio eloquente, quer dizer, retirou para realmente não ter mais essa hipótese, e essa questão foi levada ao Supremo logo no início da vigência da Constituição de 1988. Se não me engano, em 1989, o Supremo decidiu que não havia mais essa cassação de mandato por infidelidade partidária nesses termos, mas o assunto retornou ao TSE em 2006, se não me engano. Eu estava lá ocasionalmente, porque eu era Ministro Substituto na época, e participei desse julgamento – o resultado foi seis votos a um, e o um era eu. E, então, estou falando isso aqui, mas foi um voto, como diz o Ministro Marco Aurélio, de voz isolada no plenário, mas me parece evidente.

Isso me pareceu na época um certo ativismo, porque quem assistiu ao julgamento – eu tenho o julgamento, o acórdão – vai se lembrar de que os argumentos eram, assim, um absurdo – termina a eleição, todo mundo troca de partido. Quer dizer, os argumentos eram argumentos metajurídicos, não eram argumentos jurídicos, quer dizer, argumentos de que “não podemos admitir isso”, “espera lá, não podemos admitir isso”, “Congresso, então, mude a lei, mude a Constituição”.

Eu me lembro até de que tive uma discussão com o Ministro Delgado, que estava na casa e disse: “mas Ministro, os princípios implícitos na Constituição; desde 1215, na Carta magna, que existem os princípios implícitos”. E eu falei: “olha, ministro, mas esse devia estar bem implícito mesmo, porque tem 23 anos e nunca ninguém reparou?”. Quer dizer, demorou para perceber que ele estava aí, estava bem implícito. Não é princípio implícito, é princípio escondido. Na verdade, acho que é uma atitude que não cabe ao Judiciário.

Bem, mas é claro que existem outros temas e que são difíceis de discernir. Por exemplo, o Tribunal decidiu, e hoje a jurisprudência é pacífica, que, quando uma eleição é anulada e vai se realizar uma eleição suplementar em razão da anulação daquela eleição, o candidato que deu causa àquela nulidade não pode participar do pleito suplementar. Vamos supor, houve um abuso de poder econômico, foi cassado o registro do candidato que havia ganho a eleição de uma maneira tal que se precisou fazer outra eleição, uma nulidade de mais da metade dos votos etc. esse candidato não pode participar do pleito suplementar.

Isso não está escrito em lugar nenhum, não está na lei. O Tribunal criou essa situação. Nesse caso, por exemplo, eu não participei da invenção, entre aspas, da criação dessa jurisprudência, mas apliquei concordando com essa tese.

E vão dizer: “mas ministro, estou me recordando da época”. “Doutor Marcelo, o senhor acabou de dizer que o judiciário não pode ficar criando normas e tal, e está criando aí também uma norma”. Eu acho que é diferente. O que acontece?

O Juiz – isso está até na lei de introdução, que se chama Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, antiga Lei de introdução ao Código Civil, se eximirá de decidir, alegando lacuna da lei. Quer dizer, a lei não prevê, então ele vai fazer o quê?

Ele vai ver o sistema jurídico e vai usar analogia, equidade. Enfim, tem lá as formas, os princípios gerais de direito. No fundo, quer dizer o seguinte: não está escrito na lei, mas o direito, que é mais do que a lei, ampara aquela pretensão ou não ampara. Ele vai decidir a favor ou contra quando a lei não existe claramente dizendo A ou B. Sempre vai haver uma função criadora do juiz, o juiz vai criar alguma coisa. Mas quando é legítima essa criação e quando ela é ilegítima?

A meu ver, é legítima quando decorre realmente do sistema. Então, nesse caso da eleição suplementar, qual é o raciocínio que eu faço? Pode fazer doutrina para lá, doutrina para cá, mas na prática, o que é uma eleição suplementar?

É a eleição daquele ano, eleição de 2008, para prefeito não sei de onde. Houve a eleição, apurou-se o resultado, ganhou fulano de tal, com maioria absoluta dos votos, chegou-se à conclusão, em um processo judicial, de que aquela eleição foi obtida por meio de abuso e, cassado o registro daquele cidadão, vai se fazer outro pleito. Que outro pleito é esse?

É o pleito de 2008 que foi anulado e que está sendo feito novamente exatamente porque foi anulado. E então você permitir que o cidadão que foi excluído daquele pleito por abuso participe do pleito suplementar é a mesma coisa que dizer o seguinte: olha, você abusou, mas agora você concorre de novo à mesma eleição.

Isso não faz sentido. Então decorre do próprio sistema que ele não participe. A meu ver decorre, mas é claro que isso é subjetivo, evidente que é subjetivo e, é por isso mesmo, que dá tanto problema. Quer dizer, os outros tribunais todos têm um Tribunal acima para corrigir eventuais equívocos, o Supremo não tem. O que impede o Supremo de fazer o que ele quiser? O que impede?

O que impede, segundo a doutrina do Montesquieu, são os outros poderes, é a correlação de forças.

Por isso mesmo é que, às vezes, quando o Congresso está mais frágil – e lamentavelmente a gente tem que reconhecer que o Congresso não anda lá tão bem assim, como já esteve em outras épocas – a tendência é, como o Doutor José Eduardo estava

dizendo, uma hipertrofia do Judiciário. O Judiciário tende a crescer em cima do Congresso, então o que evita? Tem a famosa autocontenção. O ministro vê assim: eu podia fazer isso, mas eu vou me conter, não vou fazer. Eu admiro todos os ministros do Supremo, mas é o tal negócio, autocontenção é uma coisa complicada para o ser humano, o ser humano precisa às vezes um pouco de uma contenção externa, não só dele. Então, é claro, para você definir o ativismo judicial e dizer o que chega a ser ilegítimo e o que não é ilegítimo é muito subjetivo e delicado.

Outro aspecto que surge, vamos dizer assim, dessa mesma discussão é a questão do minimalismo judicial. O que essa corrente sustenta? Que o Judiciário deve interferir o mínimo possível. Então, no caso da Justiça Eleitoral, tanto na fiscalização de propaganda quanto na aferição de ilícitos eleitorais, conduta vedada, captação de sufrágio, abuso de poder econômico, político, enfim, em todas essas faces do direito eleitoral, o Judiciário deve evitar modificar aquilo que o eleitorado proclamou. Esse seria o minimalismo e, hoje, no TSE temos um ou outro ministro que é dessa tese.

Nós vemos isso até muitas vezes nos debates, claramente. Na hora de analisar um caso concreto, tem aquele que entende que deve deixar mais solto, e outro que acha que deve ser mais rigoroso. Propaganda mesmo: o atual presidente já disse que ele acha que no programa partidário, por exemplo, pode se colocar os próceres dos partidos falando, enquanto outros acham que isso é propaganda eleitoral e não propaganda partidária.

Esse é um pequeno exemplo, mas tem extremos. Havia um ministro do STJ, cujo nome eu não vou dizer, não é para elogiar, então eu não vou falar o nome dele, que dizia que não cassava um governador – “eu não casso um governador” –, e era ministro do TSE. Se o cara for partir do pressuposto de que ele não cassa de jeito nenhum um governador – é aquela expressão que eu usei aqui no começo, reúne sete caras em Brasília e decide que o sujeito que teve lá dois milhões de votos não é o governador, eu não faço isso –, dá vontade de perguntar para ele, então o que o senhor está fazendo aqui?

Porque eu acho que ele poderia dizer “eu não casso governador, a não ser que haja provas cabais, que aquilo realmente tenha influenciado, que aquilo seja uma coisa muito grave”. Aí está certo. É a minha opinião. Porque também você dizer que deixar um negócio correr frouxo sem controlar nada, deixar o abuso do poder político e econômico tomar conta da eleição e aí dizer, no final, que está preservando a vontade do eleitor, com todo respeito, está preservando a vontade do eleitor coisa nenhuma, o sujeito compra votos.

Teve um caso no TSE, cujo relator foi o Ministro Carvalhido, em que 1/3 do eleitorado – não estou brincando não –, 1/3 do eleitorado era cabo eleitoral do cidadão contratado e pago. Um município com dez mil eleitores, o cara tinha três mil e tantos cabos eleitorais pagos. Está na cara que ele comprou a eleição. Hoje, a lei da minirreforma, Lei 12.891, prevê limites de contratação de pessoal tendo em vista o tamanho do município onde estiver sendo feita a eleição.

Então, é claro que tem que haver controle e tem que haver atuação do poder judiciário. Evidente que tem que haver. Mas é delicado. É delicadíssimo. O Ministro Fernando Neves estava dizendo aqui antes, o juiz eleitoral tem um poder muito grande, é um poder muito grande mesmo, você dizer que o cidadão que foi votado não foi eleito é uma coisa gravíssima. O juiz tem que ter muita ponderação para fazer isso, mas também não pode dizer que não vai cassar jamais, porque também é negar a existência da Justiça.

Dizem que a Justiça Eleitoral é uma jabuticaba, só tem no Brasil. Eu tenho minhas dúvidas de que só tenha jabuticaba no Brasil, acho que na África deve ter também. Mas, de qualquer forma, gosto muito de jabuticaba, o fato de só ter no Brasil não quer dizer que seja ruim.

Na posse, agora, do presidente do Tribunal, não sei se foi o Ministro Toffoli, que ressaltou que o Ministro Pertence dizia que a Justiça Eleitoral é uma invenção brasileira que deu certo. Eu acho também. Às vezes, falam assim, “ah não, isso não devia ficar com a Justiça”. Mas vai ficar com quem? Com o Executivo? Que iria fazer? Imaginem o Executivo fazendo. Com reeleição, ia ser muito bom. Com reeleição e o prefeito cuidando da eleição. Ou deixar com os partidos. Tem que ser juiz mesmo, imparcial, concursado, ou com participação dos advogados que estão ali nos cargos, porque eu fui, não posso ficar falando mal, eu acho que tem que haver atuação, mas não pode haver excesso da Justiça nessa atividade.

Bem, vou falar um pouquinho do abuso. Estou falando há vinte e dois minutos, disseram que era para eu falar trinta, não é isso? Então tem mais oito aqui, estou marcando. Falar um pouco de abuso em *Latu Sensu*.

**Ministro José Eduardo Alckmin** – Eu lastimo não poder assistir até o fim, mas cumprimento o Ministro Marcelo Ribeiro, que, como sempre, mostra com toda propriedade seu imenso saber.

**Doutor Marcelo Ribeiro** – Obrigado, boa viagem. Mas eu estava dizendo sobre o abuso. Antigamente – quem advoga ou atua e há mais tempo na Justiça Eleitoral sabe disso,

havia cassações de mandatos, mas eram muito poucas. O que acontecia? O instrumento mais utilizado para apurar abuso de poder econômico, abuso de poder político era a Ação De Investigação Judicial Eleitoral, AIJE, e com a restrição de que, para levar à cassação do registro, ela precisava ser julgada antes da eleição, o que era difícil de acontecer, porque tinha produção de provas, etc., tinha um rito que até hoje é mais complexo, então era difícil de acontecer o julgamento até a eleição, e ela criava uma inelegibilidade que o julgamento procedente de uma Ação De Investigação Judicial Eleitoral levava à condenação e à imposição de uma inelegibilidade de três anos contados da eleição, a não ser que o cidadão quisesse concorrer a um cargo diferente do que ele concorreu.

Por exemplo, concorreu a deputado, quer concorrer a prefeito, aí poderia ter problema. Mas, se ele quisesse concorrer a deputado não tinha problema nenhum ser condenado por abuso, porque normalmente não era julgado antes da eleição, a inelegibilidade era de três anos só contados da eleição.

A eleição seguinte era daí a quatro, então ninguém estava ligando. Eu cheguei aqui no TSE, cansava de julgar prejudicada a ação – que o sujeito recorre ainda, vai para o Tribunal, o prefeito recorre ao TRE, e vai longe. Cansei de julgar prejudicada, porque já tinham passados os três anos da eleição do sujeito, então não tinha efeito nenhum.

Isso originou o artigo 41-A, se não me engano, em 1997. O artigo 41-A diz que a captação ilícita de sufrágio é compra de voto. O que aconteceu? Houve até muita discussão, isso chegou a ser examinado no Supremo, se uma lei ordinária poderia criar um artigo como o 41-A. Alegou-se que era uma forma de inelegibilidade. A meu ver, não era, na época. Agora é, por causa da Lei Complementar 135/2010. Mas o que era na época?

Na época, era cassar o cidadão, e aí também podia se cassar depois da eleição, cassar registro, diploma ou mandato sem se exigir primeiro esse prazo. Segundo, sem se exigir que se demonstrasse potencialidade. O que é potencialidade? O Ministro Alckmin, em outra palestra, explicou bem. Disse uma coisa histórica. Assim, primeiro a Lei Complementar n. 5, de 1970, depois a Lei Complementar 64/1990, não diziam que tinha que ter potencialidade, isso é uma criação do Tribunal, aliás, um voto do Ministro Costa Leite. O que é potencialidade?

Potencialidade era que aquela conduta, em tese, fosse forte o suficiente para poder alterar o resultado da eleição. Por que eu falei “em tese poder alterar”? Porque não se exigia que demonstrasse que alterou efetivamente. Então, assim, pelo abuso, ele obteve

duzentos votos, ele ganhou com 232. Então o abuso não tem potencialidade, não era isso, até porque é impossível de fazer esse cálculo.

O cálculo era o seguinte: um ato irrelevante, mesmo que seja abusivo, não pode levar à cassação. Quer dizer, você tem que demonstrar que em tese aquilo podia comprometer realmente a eleição.

Muito bem, pelo 41-A não precisa. No artigo 41-A, teoricamente o candidato a Presidente da República – que teve não sei quantos milhões de votos, quarenta milhões de votos, cinquenta– pode perder o mandato porque comprou um voto. Teoricamente pode, por isso mesmo é que sempre me preocupei muito quando estava lá de só cassar pelo 41-A quando estivesse muito bem provado que houve mesmo a compra.

Estou falando em compra, mas o artigo tem outras hipóteses, como, por exemplo, quando se força, ameaça tirar alguma coisa do sujeito, ameaça de demissão um funcionário se ele não votar no outro, isso é 41-A também. É mais raro, mas tem e já tive a oportunidade de julgar também.

Mas o que acontece nessas hipóteses? Não é preciso provar que alterou nada, então é gravíssimo e, por outro lado, o que acontece? Você pode fazer com que o cidadão opositor simule a compra de votos exatamente para comprometer o adversário, e aí entra naquela questão de interferência. Não é bem ativismo aqui, porque não seria atividade legislativa pelo Poder Judiciário, mas é uma forma de interferência exagerada. É o que hoje está levando ao que os políticos chamam de terceiro turno das eleições. O terceiro turno é travado no Judiciário.

Para nós, advogados, é bom, porque tem muito cliente, mas para a Justiça em geral, para a eleição, para a democracia, não é bom. O excesso de atuação do Judiciário não é bom.

Mas, voltando ao tema do abuso, o artigo 41-A veio com esse espírito. Foi uma lei de iniciativa popular. A primeira assinatura era do presidente do TSE, na época Ilmar Galvão. Surgiram depois as condutas vedadas aos agentes públicos. Surgiu esse problema também. Qualquer conduta vedada, se estiver naqueles casos, vai levar à cassação?

O Tribunal acabou se inclinando, e eu tive até uma participação nisso. Primeiro falava que tinha que ter potencialidade também na conduta vedada. Tinha duas teses. Se não me engano, o artigo diz “condutas tendentes a influir na normalidade da eleição” – algo assim. Alguns entendiam que a conduta só está escrita lá era tendente, e a outra entendia, se for tendente, então teria que ter a potencialidade.

Sustentei no TSE e acabou que a minha sugestão foi colhida, de não se aplicar potencialidades nas condutas vedadas, mas se respeitar o princípio da proporcionalidade. Acredito que o Tribunal esteja aplicando isso até agora, não vi modificação.

Qual é a diferença? Não é preciso mostrar que aquela conduta teria potencialidade para alterar o resultado da eleição, mas é preciso demonstrar que não era uma conduta sem importância. Isso levou agora o legislador a alterar a Lei Complementar 64/1990, na Lei da Ficha Limpa, LC 135/2010, e dizer que, na ação de investigação judicial eleitoral, quando se julga procedente, o que se avalia é a gravidade da conduta, e não mais a potencialidade.

Eu acho que andou demais o legislador, acho que, no caso da conduta vedada, é diferente. Agora, no caso do abuso, o abuso é altamente subjetivo, conduta vedada está descrita lá, ceder funcionário para isso, usar bem para isso, o abuso não está dizendo, o que é um abuso de poder econômico?

Num país em que não há limite máximo de gastos na eleição, como é que se pode dizer que houve um abuso? É caso a caso. É preciso verificar as circunstâncias, então já é subjetivo.

A potencialidade é um freio ao juiz, para que ele, pelo menos, mostre que aquilo tinha potencial para alterar o resultado. Agora, se você retira isso e coloca a gravidade, é mais subjetivo – gravidade é o 41-A, é um ato tão grave que não precisa ter potencialidade. Mas eu acho que no abuso deveria ter sido mantida a potencialidade. E acho mais, que o TSE vai fazer o juízo de gravidade analisando na verdade a potencialidade.

Ninguém vai caçar um cidadão se achar que aquilo não influenciou. E está certo, o juiz não pode ficar cortando as cabeças dos candidatos só porque acha que é isso. Tem que haver uma seriedade nisso muito grande.

Achei que o legislador extrapolou um pouco nesse caso

Eu teria ainda muita coisa para dizer, mas já foram os trinta minutos. Então só vou acrescentar uma coisa, a título de curiosidade, que pode parecer bobagem, mas não é. É uma questão que sempre me impressionou no Tribunal, por isso eu gosto de falar sobre isso, e continua acontecendo. Fiquei lá por sete anos e meio e não adiantou, do meu ponto de vista, tentei mudar isso, mas não consegui. O que acontece?

Existem as condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade. Aliás, o livro do professor José Jairo trata muito bem disso, pois é muito difícil saber, assim, a distinção exata do que é uma coisa e outra. E uma das condições de elegibilidade é a quitação

eleitoral. Sempre se entendeu, antigamente, que quitação eleitoral era só o cidadão ter votado ou pago a multa porque não votou. Eventualmente, um candidato que tenha recebido uma multa da Justiça Eleitoral, vamos supor, por ter feito uma propaganda irregular, ou por qualquer outra razão, e tenha pago aquilo ali ou votado direitinho. Sempre foi isso, depois o Tribunal até avançou para entender que tinha que apresentar prestação de contas.

Mas o que quero salientar é outra coisa. O cidadão, quando vai requerer o registro da sua candidatura, tem que provar a quitação eleitoral dele. Como é que se fazia isso antes?

O cidadão queria ser candidato e tinha que pedir uma certidão de que estava quite com a Justiça Eleitoral. Então, alguém pensou uma coisa bem lógica. Se a gente tem a informação, o cidadão não precisa pegar uma certidão com a gente para apresentar para a gente mesmo. Eu que vou dizer se ele tem, eu já sei, não precisa me pedir uma certidão para mostrar para mim mesmo. Então passou-se a não exigir mais uma certidão. O que começou a acontecer?

O cidadão não sabia que, por exemplo, esqueceu que não votou no segundo turno da eleição de não sei quando, e que está devendo a taxa. Quando é que ele vai saber disso?

Quando o registro for indeferido, porque as condições de elegibilidade têm que estar preenchidas no momento do pedido de registro, não pode preencher depois.

Então cansamos de indeferir registro assim, e dá uma pena danada, às vezes o sujeito com uma chance enorme de ser deputado, um cara político já, antigo. Mas tem que aferir no momento do registro, não pode pagar a multa depois. Então isso aconteceu muito. Na eleição de 2006, lembro de uma discussão minha com o Ministro Peluzzo, ele dizendo assim: “mas não é possível”; e eu falei: “mas ministro, ou a gente faz isso com todo mundo então, acabamos negando o registro”.

O que sugeri então? Se não me engano, na eleição de 2008, sugeri o seguinte: exigir a certidão de novo, colocar na resolução que o cidadão tem que pegar a certidão, porque obriga o sujeito a ir antes. Se a certidão diz que ele tem débito, o que ele vai fazer? Ele paga, pega outra certidão e se registra. Acabou, não vai ter mais problema nenhum.

Mas o que acontece? Tinha um dispositivo na lei, ou tem ainda, dizendo que a lista de quem não está quite é enviada para o partido, e o partido então avisa aos interessados. Mas ocorre que o partido recebe a lista e não informa nada para ninguém, e o sujeito não consulta coisa nenhuma. Então, acaba tendo o seu registro do mesmo jeito.

Isso não mudou e não vai mudar, porque na lei atual, Lei 12.891, da minirreforma eleitoral, prevê expressamente que é vedado exigir informações que sejam disponíveis para a Justiça. Então, vai continuar acontecendo isso. Lamentável, né? Depende muito do servidor, chegar para o cidadão antes e orientar para verificar se não está devendo nada.

Agradeço a paciência de todos e encerro aqui.