

DAS PREMISSAS NECESSÁRIAS DE UM RECURSO CONTRA A EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA NA HIPÓTESE DE ABUSO DE PODER NO SISTEMA CONSTITUCIONAL DA REELEIÇÃO SOB CONTROLE JUDICIAL

TORQUATO LORENA JARDIM

advogado em Brasília; Ministro do Tribunal Superior Eleitoral (1992-96); professor de Direito Constitucional na Universidade de Brasília (1977-95); presidente do Instituto Brasileiro de Direito Eleitoral (2002-08).

Introdução

O Código Eleitoral prevê uma *ação de anulação do ato administrativo* de concessão do diploma que certifica a eleição do candidato. ImproPRIAMENTE denominado “recurso contra a expedição de diploma”, prevê ele quatro hipóteses:

“Art. 262. O recurso contra a expedição de diploma caberá somente nos seguintes casos:

I – inelegibilidade ou incompatibilidade de candidato;

II – errônea interpretação da lei quanto á aplicação do sistema representativo proporcional;

III – erro de direito ou de fato na apuração final, quanto á determinação do quociente eleitoral ou partidário, contagem de votos e classificação de candidato, ou sua contemplação sob determinada legenda;

IV – concessão ou denegação de diploma, em manifesta contradição com a prova dos autos, nas hipóteses do art. 222 desta lei e do art. 41-A da Lei nº 9.504, de 30.9.97.”

2. As ponderações que se seguem versam sobre a quarta hipótese –

abuso de poder. O art. 222 do Código Eleitoral – ali referenciado, torna “*também anulável a votação viciada de falsidade, fraude, coação, uso de meios de que trata o art.237, ou emprego de processo de propaganda ou captação de sufrágios vedado por lei*”. O art. 237, por seu turno, dispõe que “*a interferência do poder econômico e o desvio ou abuso do poder de autoridade, em desfavor da liberdade do voto, serão coibidos e punidos*”.

I

3. A premissa de um RCED não é o número de votos que a mais tenha obtido o recorrido. Da diferença de votos não deriva necessariamente presentes os pressupostos do recurso. *Erro freqüente – a um só tempo ingênuo e pueril, de quem perde a eleição, é presumir juridicamente legais e politicamente legítimas as suas próprias condutas de campanha; porque vencedor, “ipso facto” ilegais e ilegítimas as condutas do adversário. O maniqueísmo dualista é quase doentio: o perdedor transforma-se – por tão apenas ser perdedor, num paladino da verdade e da justiça.*

Os princípios informadores de um RCED estão na própria Constituição: o que cabe provar – *e não apenas enumerar e insinuar*, é em que medida tal ou qual conduta – ou tais ou quais atos, implicaram *objetivamente* na quebra da probidade administrativa ou da normalidade do pleito eleitoral, no abuso da *res pública* ou na manipulação da vontade do eleitor (Const., art. 14, §§ 9º e 10). Não é da diferença de votos obtidos que se haverá de retirar inferência alguma para a comprovação das premissas constitucionais como desdobradas no direito infraconstitucional – *a aritmética dos votos não é prova de quebra da lei!*

4. A Emenda Constitucional nº 16/97 admitiu a reeleição dos chefes de Poder Executivo, e de quem os houver sucedido ou substituído no curso dos mandatos, para um único período subsequente.

Rompeu-se, assim, a única tradição constitucional expressa, e até então intocável, no regime republicano das inelegibilidades - na Constituição de 1891 já o art. 43 vedava a reeleição do presidente da República.

5. A reeleição é fato político-administrativo e é norma constitucional. Daí decorre, necessariamente, leitura ponderada da norma restritiva de conduta gerencial da *res pública*.

O chefe Executivo – candidato à reeleição, tem mandato constitucional a concluir.

6. O mandato constitucional a concluir implica em funções *constitucionais* permanentes, tais como iniciar o processo legislativo e “*sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para a sua fiel execução*” (Const., art. 84, III e IV), prestar contas, orientar e informar a sociedade (Const., art. 37, §1º), etc.

Implica, por igual, funções *legais* permanentes, tais como cumprir e executar a lei de orçamento e as leis administrativas em geral.

Da candidatura à reeleição não resulta tenha o chefe do Executivo que reprimir ou desacolher demandas sociais permanentes de educação, saúde, saneamento, moradia, transporte, segurança, etc., para só atendê-las mais tarde – se e quando vencedor do pleito.

7. Tais demandas, por exigência constitucional, têm seu atendimento assentado na lei - ato do Poder Legislativo, seja a lei instituidora do programa social, seja a lei do orçamento anual.

Não é cabível – e nem tem sede legal, na ordem constitucional fundada em liberdades individuais fundamentais em face do Estado, pretender sancionar conduta de agente público imposta por lei.

8. Está assentado que as condutas vedadas arroladas na Lei nº 9.504/97 têm por fim condicionar a continuidade administrativa à tutela jurídica das eleições. A norma está dirigida ao Poder Executivo – à exceção do inciso II, art. 73, que se refere – inocuamente, ao Legislativo.

A Lei das Eleições – enquanto projeção no âmbito da lei ordinária da tutela constitucional das eleições, haverá de ser compreendida também – por imposição lógica, sob a luz do primado da independência e harmonia dos poderes. *Se não pode o Juiz – com os poderes constitucionais da jurisdição, impor ao Legislador seu próprio senso de oportunidade e conveniência da função legislativa, não poderá fazê-lo, também, pela via transversa da interpretação da lei no caso concreto, em relação à função administrativa.*

O candidato à reeleição – em relação a seus oponentes, terá sempre uma *plus valia*. Só ele disporá de *dois mecanismos legais para dar conhecimento de seu trabalho*. Pode fazê-lo – antes, mediante publicidade institucional; depois, na propaganda eleitoral. Ao longo de mais de quatro anos

– o tempo da campanha eleitoral anterior somado ao do primeiro mandato, terá tido ele – quase certamente, mais exposição à mídia e ao debate político do que seus concorrentes.

9. Por isso mesmo os *temas* da publicidade institucional – dever do administrador e direito da sociedade civil (Const., art. 37, §1º), podem coincidir – *na verdade, em boa parte necessariamente haverão de ser os mesmos*, da propaganda eleitoral. Não há dicotomia possível – nem no âmbito da lei, nem no campo dos fatos, entre o chefe do Executivo enquanto tal e o candidato à reeleição.

Daí a lógica matemática do precedente do Tribunal Superior Eleitoral no **Agravo 2790** – na interpretação do ‘*quase-crime*’ tipificado no art. 41-A da Lei das Eleições:

“A decisão, na verdade, baseou-se na certeza de que a recorrente compareceu à residência de eleitores na condição de assistente social do município, apesar de já ter se desincompatibilizado de duas funções, e prometeu que eles continuariam a receber o benefício do IAFAM caso o candidato (...) fosse eleito.

A qualificação jurídica pedida pela recorrente deve ser efetuada sobre os fatos tidos como incontroversos pela decisão recorrida.

A promessa feita pela recorrente consistiu na manutenção de benefício repassado por instituição municipal de assistência, que os eleitores já vinham recebendo.

Não me parece que tal promessa se inclua entre as alcançadas pelo art. 41-A. Tratando-se de benefício proporcionado pelo município, entendo que se enquadra como promessa de campanha no sentido de que, se eleito, o candidato manteria o programa municipal.

Por outro lado, o uso da máquina administrativa deve ser apurado em investigação judicial, nos moldes do art. 22

da Lei Complementar nº 64/90, inclusive quanto às suas conseqüências, que são aquelas previstas nos incisos XIV e XV do mesmo dispositivo” (DJU 22.jun.01; negrito acrescido).

Posto o precedente, é mais do que *razoável* argumentar *não haver diferença substantiva* – enquanto intenção de convencimento de eleitores, entre prometer cabo eleitoral a manutenção de benefício social se eleito determinado candidato e *dar notícia o candidato ele próprio, na propaganda eleitoral, da expansão de benefício social – por óbvio, pré-existente.*

10. Da continuidade administrativa – imposta pelo necessário cumprimento das leis e pelo exercício de mandato constitucional, *não exclui a Lei das Eleições – nem por inferência política de conveniência e oportunidade do Juiz,* o atendimento das demandas sociais permanentes.

Se desse atendimento – imposto pela ética pública e pela Lei, resultar – para o candidato à reeleição, vantagem eleitoral que – *mediante a investigação judicial do art. 22 da Lei de Inelegibilidade,* se revele contrária à tutela jurídica das eleições, então – e só então, estará o candidato sujeito às sanções cominadas na lei.

11. Não menos curiosa é a circunstância – *juridicamente relevante para a prestação jurisdicional,* de se confrontarem – enquanto candidatos, um ex-chefe executivo e o atual ocupante do mesmo cargo.

O ex-governador ou ex-prefeito, uma vez mais candidato, está livre para fazer – em seu próprio favor, *“uso promocional (...) de distribuição gratuita de bens e serviços de caráter social custeados ou subvencionados pelo Poder Público”* do tempo em que foi chefe do executivo e do novo tempo para o qual se candidata.

Ausentes os constrangimentos da campanha do presente está o ex-chefe do executivo livre para promover seu passado e seu futuro – até por não ser ele, tecnicamente, candidato à reeleição.

Ao candidato à reeleição imediata, aquele ainda em exercício, todavia, vedar-se-ia desse ele ciência ao eleitorado do que fez no curso do primeiro mandato e do quanto pretende fazer a mais no segundo período. Nessa perspectiva, é *razoável* argumentar que *seria ao postulante tecnicamente*

candidato à reeleição que se negaria a garantia de isonomia de oportunidades entre os candidatos.

Daí a força do precedente – Agravo 2790, ao excluir da vedação legal a promessa de campanha de continuidade e expansão de serviços sociais.

Na mesma linha de sustentação o RO 2339: *“No programa eleitoral é lícito que o candidato apresente as realizações de seu governo, sem que isso configure, necessariamente, abuso de poder”* (TSE, DJU 27.março.09, p. 38, o qual se reporta ao Acórdão 1098, de 20.abr.07).

12. Diversa, todavia, será a circunstância em que haja culto à personalidade – ou personificação do serviço ou bem na figura do chefe do executivo, como no precedente *“Mão Santa”* – no qual os programas sociais traziam o nome ou o pseudônimo do governador. Como então ficou registrado, eram *“fatos que, em seu conjunto, configura[vam] o abuso de poder econômico e político com potencialidade para influir no resultado das eleições”* (RO 510, DJU 16.nov.01).

II

13. O Brasil é um dos raríssimos países em que ao Poder Judiciário competem *as quatro funções essenciais ao processo das eleições*: (i) a gerência administrativa dos meios (orçamentária, financeira, de pessoal e de material), (ii) o controle das escolhas partidárias de candidato mediante deferimento ou não do registro da candidatura, (iii) a coleta e apuração dos votos e a proclamação dos eleitos e, (iv) a resolução judicial dos litígios e conflitos entre candidatos e partidos no que pertinentes ao pleito eleitoral em si mesmo – em especial, no caso brasileiro, os vários procedimentos mediante os quais se busca invalidar a eleição mediante a desconstituição do mandato ou a anulação dos votos.

14. Tem, pois, o Juiz Eleitoral – em nosso sistema, *sob o manto judicial, a função política de opor o quanto entenda ser a eficácia da lei à vontade majoritária revelada nas urnas*. Vale dizer, no sistema assentado na democracia representativa, o poder não eleito, de investidura permanente não popular e não sujeita à interrupção política de qualquer natureza, *é que terá a capacidade constitucional de desconstituir a vontade popular manifestada no voto*.

Esse conflito de legitimidade democrática dos Juízes já mereceu estudos em todas as terras em que adotado o sistema da tripartição de poderes (*inter alia*, Torquato Jardim *in* “*Direito Eleitoral Positivo*”, 2ª ed., Ed. Brasília Jurídica, 1998, fls. 16; nº 22-24). Em algumas experiências, por isso mesmo, os Juízes também são eleitos pelo voto popular – ainda quando se trate de investidura em cortes de apelação de terceira instância.

15. O tema voltou à consideração do Tribunal Superior Eleitoral em voto do **Min. Gilmar Mendes (Ag Reg Ag 5282, DJU 03.jun.05)**. Tratava-se de reeleição de chefia do Executivo. Releia-se este trecho:

*“Conforme sustentei no julgamento do Recurso Especial nº 24.864, (...) **um político que não possa dizer que está engajado em uma determinada atividade ou que defende certas idéias, sem dúvida, não é digno dessa atividade.** Da mesma forma, não é razoável impedir um prefeito candidato à reeleição de dar ciência à comunidade dos serviços postos à sua disposição ou das realizações da prefeitura, sem a linguagem típica de publicidade eleitoral, mesmo porque as atividades desse prefeito não se encerram no período eleitoral; ele nem mesmo está obrigado a afastar-se do cargo.*

*Ademais, conforme tenho assinalado em diversos julgamentos desta Corte, penso que a regra do art. 73 comporta exegese que atenua seu rigor literal. Tais proibições, previstas na Lei nº 9.504/97, no meu entendimento, devem ser entendidas no contexto de uma **reserva legal proporcional** [negrito no original], sob pena de violação a outros princípios constitucionais.*

*Não há dúvida de que o regime legal de repressão a condutas abusivas por parte de candidatos possui uma clara autorização constitucional. **Mas essa autorização não direciona a um regime punitivo inflexível, sob pena de vulneração a outros princípios***

constitucionais. Nessa perspectiva, não parece razoável simplesmente igualar e punir condutas que, na realidade, se apresentam de modo diferenciado. Isso configuraria um excesso legislativo e, ao mesmo tempo, uma violação a princípios constitucionais contrapostos, como a democracia majoritária e a divisão de poderes.

Como já tive a oportunidade de manifestar, creio que a intervenção do Tribunal Superior Eleitoral no processo eleitoral há de se fazer com o devido cuidado para que não haja alteração da própria vontade popular. **É que o ativismo judicial aqui não pode colocar em xeque o próprio processo democrático, dando ensejo à conspurcação da decisão majoritária ou à criação de um partido da Justiça Eleitoral, que acabará por consagrar, as mais das vezes, o segundo mais votado.**

Não se está aqui, obviamente, a defender uma concepção acrítica de democracia e da idéia de poder do povo (no jargão popular: “a voz do povo é a voz de Deus”). A esse propósito, valho-me da análise de Zagrebelsky [segue a transcrição].

De fato, se não é correta essa divinização do poder popular, não menos certo é que a eventual relativização do princípio da maioria, após a realização de um pleito eleitoral complexo, não pode ser tomado como algo ordinário.

Nesse caso (...) estaríamos consagrando um tipo nefasto de autocracia, ou seja, o governo de uma parte (no caso a minoria vencida) sobre a outra (os vencedores do pleito eleitoral).

(...)

Com tudo isto, gostaria apenas de enfatizar a inadmissibilidade, em um autêntico regime democrático,

de uma rotineira e excessiva relativização do princípio majoritário.

*Não se cuida, aqui, de opção de política judiciária ser ou não desenvolvida por esta Corte, mas de inevitável aplicação do princípio da proporcionalidade, que, entre nós, está expresso na cláusula do devido processo legal substancial (art. 5º, LIV, da Constituição Federal). **Há, especialmente, uma violação à proporcionalidade em sentido estrito, tendo em vista a ponderação entre os valores constitucionais que, no caso, se apresentam contrapostos.***

No caso concreto, pode-se verificar a ausência da proporcionalidade, ou ainda um autêntico excesso na aplicação da grave sanção imposta em razão da conduta descrita no art. 73, VI, “b”, da Lei das Eleições. Não parece plausível que os boletins informativos tenham produzido um desequilíbrio no processo eleitoral.”
(negrito acrescido exceto onde indicado)

Conclusão

16. A prestação jurisdicional no RCED demanda a ponderação de cinco conjuntos de normas centrais na Constituição Federal: (a) o mandato eletivo representativo (parágrafo único, art. 1º); (b) a independência e harmonia dos poderes (art. 2º); (c) a legitimidade das eleições livres de abuso de poder de autoridade, da influência do poder econômico, de corrupção ou fraude (art. 14, §§9º e 10); (d) o fiel cumprimento das leis administrativas e de execução orçamentária (art. 37, 70, 84 e 85, *inter alia*); (e) o direito à reeleição (art. 14, §5º).

17. O sistema constitucional recomenda prudência. A legitimidade democrática do Juiz é *derivada*, seja na investidura decorrente de concurso público convocado mediante lei do Poder Legislativo, seja na escolha também de conveniência e oportunidade políticas na composição dos tribunais mediante ato do Poder Executivo.

Destarte, o ato do agente constitucional de legitimidade democrática derivada e de investidura permanente – cujo mandato não é renovável periodicamente, *de cassar o mandato de quem investido diretamente pelo voto popular* – e assim dono de uma legitimidade democrática primária, *haverá de ser ato de exceção* que se conforme àquele conjunto de cinco normas constitucionais acima referido.

18. *Reeleição é continuidade ininterrupta.* O re-candidato já está investido de um mandato de sede constitucional que só se esgotará no instante em que tomar posse naquele para o qual reeleito. Cumprir todas as *obrigações* do primeiro mandato até sua exaustão não é direito do chefe do executivo; é seu *dever indeclinável*, seja no plano da legalidade em face da Constituição e das leis, seja no âmbito da legitimidade da investidura em face da sociedade civil.

Insista-se, então: somente quando *objetivamente provadas* – fora de qualquer dúvida razoável, as hipóteses constitucionais e legais da perda do diploma, é que o agente constitucional não-eleito e permanente – justamente aquele cuja investidura é *duas vezes contraditória* com a essência da democracia representativa, considerará – ausentes outras circunstâncias de bom senso que possam preservar o mandato eletivo, é que o Juiz – repita-se, poderá cassar a vontade popular majoritária.

19. A ponderação de proporcionalidade do conjunto de cinco normas constitucionais antes enunciado deve privilegiar a democracia representativa e os mandatos dela decorrentes. *A democracia representativa é primazia no catálogo constitucional.* Sua estabilidade demanda a *presunção de eficácia legal e validade ética* das investiduras dela decorrentes.

O ativismo judicial de motivação política, ideológica ou populista desconstrói tanto o edifício das liberdades políticas coletivas quanto a harmonia e independência dos poderes. O Juiz não pode pretender – na ordem constitucional fundada na democracia representativa, privilegiar sua própria escala de valores e sua própria visão do dever-ser político em detrimento da vontade democrática majoritária.