

AS IMPLICAÇÕES DO PODER DE POLÍCIA DO JUIZ ELEITORAL NO CONTROLE DAS ELEIÇÕES MUNICIPAIS

Wagner Leandro Rabello Junior*

RESUMO

O controle das eleições através do poder de fiscalização efetuado pelos juízes eleitorais revela uma peculiaridade da justiça eleitoral no cenário do poder judiciário brasileiro, uma vez que, em regra, um dos princípios que regem a atuação dos magistrados é o da inércia, ou seja, o magistrado somente poderia atuar quando provocado, o que não ocorre na fiscalização de propaganda eleitoral. Assim, no âmbito da jurisdição especial eleitoral, tem o magistrado poder de polícia para determinar a cessação das irregularidades que perceber, nas apurações feitas e nas denúncias recebidas pelos servidores designados para atuar na fiscalização de propaganda eleitoral e, ainda, em informações prestadas por qualquer do povo. Em que pese haver previsões expressas na legislação eleitoral, como por exemplo no artigo 41 da lei 9.504/1997, conhecida como Lei das Eleições, o referido poder e seus limites são alvos de constantes questionamentos no poder judiciário. Desse modo, o presente trabalho tem por escopo esclarecer e fortificar o poder de polícia da justiça eleitoral e o controle das eleições.

Palavras-chave: Controle das eleições; Poder de polícia; Fiscalização de Propaganda Eleitoral.

ABSTRACT

Control of elections through the supervisory powers made by election judges reveals a peculiarity of electoral justice in the scenario of the Brazilian judiciary, as a rule, one of the principles governing the activities of judges is that of inertia, ie, the magistrate could only act when provoked, which does not occur in the supervision of electoral propaganda. So, under the special election jurisdiction, has the magistrate police power to determine the cessation of irregularities to realize, in the calculation made and the complaints received by the servers designated to act in the supervision of electoral propaganda and also on information provided by any of the people. Despite predictions be expressed in the electoral legislation, such as Article 41 of Law 9,504 / 1997, known as the Elections Act, that power and its limits are targets of constant questioning in the judiciary. Thus, this work has the purpose to clarify and strengthen the police powers of the electoral justice and control of elections.

Key-words: Control of elections; Power of police; Advertising audit election

*Advogado especialista em Direito Eleitoral na empresa Rabello Advocacia
E-mail: rabello_jr@yahoo.com.br

INTRODUÇÃO

A Justiça Eleitoral brasileira possui a singularidade de ser um órgão do poder judiciário com características marcadamente administrativas, mormente no que diz respeito ao poder de polícia, o que a distingue dos demais ramos das chamadas justiças especializadas, que possuem natureza predominantemente jurisdicional.

Nessa toada, a pretensão da pesquisa é expor, criticamente, a trajetória da Justiça Eleitoral brasileira e sua função enquanto instituição que tem o poder-dever de fiscalizar e garantir o direito fundamental ao livre exercício do voto, sem perder de vista as consequências de tal mister, uma vez que em incontáveis casos o magistrado que, ao final, julga é o mesmo que ao longo do processo eleitoral exerceu o poder de polícia, como nos casos dos municípios que possuem apenas uma Zona Eleitoral¹ e, conseqüentemente, apenas um magistrado para dar cabo de todas as atividades administrativas e jurisdicionais inerentes ao pleito.

Não se trata, somente, de traçar uma linha historiográfica acerca dessa justiça especializada. O propósito é mais abrangente e tem por escopo, ao fim e ao cabo, responder se a Justiça Eleitoral brasileira consegue garantir, observados os limites legais e constitucionais, especialmente através do poder de polícia que lhe é peculiar, oferecer ao cidadão as garantias necessárias ao livre exercício do voto.

Para tanto, é necessária a compreensão de que o poder de polícia e o controle das eleições pela Justiça Eleitoral requer uma breve passagem pela composição, sistemática e funcionamento do Direito Eleitoral, sendo possível, desde logo, afirmar que o “Direito Eleitoral é o ramo do Direito Público cujo objeto são os institutos, as normas e os procedimentos regularizadores dos direitos políticos. Normatiza o exercício do sufrágio com vista à concretização da soberania popular”. (GOMES, 2013, p. 21)

¹ Segundo informações contidas no sítio do Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro, em observância ao número de eleitores, são municípios de Zona Eleitoral única: Araruama, Guapimirim e Quissamã, dentre outros.

É lugar comum na doutrina a clássica divisão da ciência do Direito em dois grandes ramos: Direito Público e Direito Privado. Embora tal divisão esteja em processo constante de relativização, em função do dinamismo e da complexidade das relações sociais e conseqüentemente do Direito, não é menos verdade que o referido recorte tem sua importância no estudo dos chamados ramos do Direito.

Nesse sentido, podemos compreender o Direito Eleitoral como ramo do direito público que tem por escopo normatizar todos os procedimentos relativos à capacidade eleitoral ativa (direito de votar) e à capacidade eleitoral passiva (direito de ser votado), tendo como âmbito de atuação desde o alistamento do eleitor até a diplomação dos eleitos.

Cabe ressaltar que o estudo dos partidos políticos, normalmente constante do conteúdo dos cursos e manuais de Direito Eleitoral, está adquirindo autonomia, de modo que a doutrina contemporânea vem traçando limites entre o Direito Eleitoral e o Direito Partidário, dando a este último uma relativa independência em relação ao primeiro. Assim, Flávio Ribeiro, *apud* Edson de Resende Castro sustenta que “o Direito Eleitoral, precisamente, dedica-se ao estudo das normas e procedimentos que organizam e disciplinam o funcionamento do poder de sufrágio popular, de modo a que se estabeleça a precisa equação entre a vontade do povo e a atividade governamental.” (CASTRO, 2014, p. 1).

É dentro dessa sistemática que está inserido o poder de polícia da Justiça Eleitoral, cuja finalidade precípua é garantir a isonomia das eleições e proteger o cidadão de influências nefastas sobre sua decisão no momento do voto, mas não sem observar os limites impostos pela constituição e pelas leis.

1 FONTES DO PODER DE POLÍCIA DA JUSTIÇA ELEITORAL

Podemos entender as fontes, seja lá de qual ciência for, como sendo o nascedouro, a origem, onde o operador do Direito vai buscar as bases

e os fundamentos para refletir e se expressar sobre determinada área, tal qual o Direito Eleitoral.

A doutrina, basicamente, divide as fontes da ciência do Direito em fontes formais e fontes materiais. Consideram-se fontes formais do Direito toda a produção decorrente, por exemplo, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), das Leis Complementares e Ordinárias, das Resoluções do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e das consultas respondidas pelos Tribunais Regionais Eleitorais e pelo TSE.

Por seu turno, as fontes materiais do Direito são todas aquelas ligadas à vida cotidiana e que influenciam os legisladores e julgadores. Podemos exemplificar as fontes materiais como aquelas decorrentes da moral, dos costumes, das relações sociais, econômicas, religiosas etc. Assim, a aprovação da Lei da Ficha Limpa e a pressão popular por uma Reforma Política são exemplos de fontes que serviram e servem de inspiração aos poderes legislativo e judiciário, uma vez que este último também pode julgar de acordo com os costumes.

Em arremate, cabe destacar que as normas (regras e princípios) do Direito Eleitoral são, conforme leciona José Jairo Gomes, “de natureza cogente (*ius cogens*) ou imperativas. Não podem, pois, ser alteradas pela vontade dos particulares ou das pessoas e entidades envolvidas no processo eleitoral” (GOMES, 2013, p. 26). Ainda nesse sentido o referido autor assevera que:

Por estarem envolvidos bens e interesses indisponíveis, não tem valor jurídico acordo em que candidato ou partido abra mão de direitos e prerrogativas que lhes sejam assegurados. Tanto é assim que o artigo 105-A da Lei das Eleições estabelece serem inaplicáveis nessa seara os procedimentos previstos na Lei 7.347/85, a qual disciplina a Ação Civil Pública – ACP. Assim, o compromisso de ajustamento de conduta previsto no art. 5º, §6º, dessa norma constitui instrumento inidôneo para limitar direitos e prerrogativas previstos em lei eleitoral. Para além disso, a Justiça Eleitoral não ostenta competência para “processar e julgar representação por descumprimento de ajustamento de conduta” TSE-Respe nº28.478/CE, j. 1º-3-2011”. (GOMES, 2013, p. 26)

Sendo, portanto, normas de natureza cogente, cabe ao magistrado incumbido do poder de polícia realizar olvidar esforços para aplicação imediata das regras que garantam um pleito isonômico. De tal sorte que, ausentes regras específicas a serem aplicadas ao caso é dever do magistrado aplicar os princípios do direito à disposição, observados os direitos e garantias fundamentais dos eleitores e candidatos.

2 PRINCÍPIOS DO DIREITO ELEITORAL

A ciência do Direito pode ser considerada um sistema onde coexistem normas que regem o mundo jurídico e que são geralmente divididas em regras e princípios.

As regras são as normas positivadas em textos oriundos da atividade legislativa de quaisquer dos poderes da república, uma vez que todos os poderes constituídos possuem alguma competência para criá-las, tendo em vista que, embora seja do Poder Legislativo a atribuição precipuamente legiferante, o Poder Executivo, através de Decretos, por exemplo, e o Poder Judiciário, através de Resoluções, por exemplo, criam, como atividade secundária, regras, sem, contudo, extrapolar os limites da Constituição e das Leis.

Os princípios jurídicos, por sua vez, são conceitos abertos que requerem do intérprete do direito considerável esforço para aplicação aos casos em concreto. Alguns conceitos estão explícitos em regras positivadas em textos normativos, como por exemplo os clássicos princípios que regem a Administração e que estão expressos no texto da CRFB/1988: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Antes de analisar cada um dos princípios mais proeminentes relativos ao Direito Eleitoral, convém esclarecer que, segundo Cretella Junior (Revista de Informação Legislativa, v. 97:7 apud DI PIETRO, 2011, p. 63), “os princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais, típicas que

condicionam todas as estruturações subsequentes. Princípios são os alicerces de uma ciência”. Nessa esteira, Di Pietro afirma que:

Sendo o Direito Administrativo, em suas origens, de elaboração pretoriana e não codificado, os princípios sempre representaram papel relevante nesse ramo do direito, permitindo à Administração e ao Judiciário estabelecer o necessário equilíbrio entre os direitos dos administrados e as prerrogativas da Administração. Os dois princípios fundamentais e que decorrem da assinalada bipolaridade do Direito Administrativo – liberdade do indivíduo e autoridade da Administração – são os princípios da legalidade e da supremacia do interesse público sobre o particular, que não são específicos do Direito Administrativo porque informam todos os ramos do direito público; no entanto, são essenciais, porque, a partir deles constroem-se todos os demais. (DI PIETRO, 2011, p. 64)

Para Meirelles (2013), à luz exclusivamente do Direito Administrativo, os princípios são padrões que servem de parâmetro a todos os atos e atividades realizados pelos gestores públicos. “Constituem, por assim dizer, os fundamentos da ação administrativa, ou, por outras palavras, os sustentáculos da atividade pública” (MEIRELLES, 2013, p. 82).

Por sua vez, Bandeira de Mello, faz uma análise acurada dos princípios que regem o Direito Administrativo atrelada às consequências decorrentes do descumprimento de eventual preceito, nos seguintes termos:

Princípio - já averbamos alhures - é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão

de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada. (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 620)

Constata-se, em decorrência dos preceitos acima elencados, que os princípios possuem alcance mais amplo do que as regras de um sistema jurídico e, portanto, servem como guia à atuação do legislativo, do executivo e do judiciário.

Na seara Eleitoral, com base na obra de Erick Wilson Pereira, constata-se que os princípios que possuem maior poder de influência e aplicabilidade podem ser entendidos da seguinte forma:

Princípio da anualidade – cuida-se de princípio insculpido no art. 16 da CRFB/1988, o qual assegura que “a lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência”. O referido princípio tem por escopo garantir a segurança jurídica do pleito que se avizinha e evitar a criação de normas casuísticas que possam favorecer determinado candidato, partido ou coligação. Trata-se de uma garantia constitucional para que todos conheçam claramente as regras da disputa eleitoral. Conclui-se, portanto, que qualquer norma que venha alterar o processo eleitoral, independente da data de sua vigência, somente será aplicada à eleição que ocorra, no máximo, até um ano da data de vigência.

Entretanto, não é qualquer norma que sofre a vedação do princípio da anualidade, mas somente aquelas que alterem o processo eleitoral. Por conta disso, não raro, o TSE e o Supremo Tribunal Federal (STF) estão debruçados sobre processos judiciais que envolvem conflitos acerca do alcance da expressão “processo eleitoral”. Um dos casos mais conhecidos foi o da Lei Complementar 135/2010 (Lei da Ficha Limpa) uma vez que a referida regra foi publicada em junho de 2010 e muito se discutiu acerca da aplicação da mesma nas eleições daquele ano. O STF decidiu pela constitucionalidade da referida norma, mas vetou sua aplicação naquele pleito.

Por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que a Lei Complementar (LC) 135/2010, a chamada Lei da Ficha Limpa, não deve ser

aplicada às eleições realizadas em 2010, por desrespeito ao artigo 16 da Constituição Federal, dispositivo que trata da anterioridade da lei eleitoral. Com essa decisão, os ministros estão autorizados a decidir individualmente casos sob sua relatoria, aplicando o artigo 16 da Constituição Federal.

A decisão aconteceu no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 633703, que discutiu a constitucionalidade da Lei Complementar 135/2010 e sua aplicação nas eleições de 2010. Por seis votos a cinco, os ministros deram provimento ao recurso de Leonídio Correa Bouças, candidato a deputado estadual em Minas Gerais que teve seu registro negado com base nessa lei.

Relator

O ministro Gilmar Mendes votou pela não aplicação da lei às eleições gerais do ano passado, por entender que o artigo 16 da Constituição Federal (CF) de 1988, que estabelece a anterioridade de um ano para lei que altere o processo eleitoral, é uma cláusula pétrea eleitoral que não pode ser mudada, nem mesmo por lei complementar ou emenda constitucional.

Acompanhando o relator, o ministro Luiz Fux ponderou que “por melhor que seja o direito, ele não pode se sobrepor à Constituição”. Ele votou no sentido da não aplicabilidade da Lei Complementar nº 135/2010 às eleições de 2010, com base no princípio da anterioridade da legislação eleitoral. (www.stf.jus.br)

Princípio democrático – é o princípio que cuida do regime democrático sob o qual vivemos. O referido princípio pode ser extraído de diversas passagens do texto constitucional, especialmente do *caput* e do parágrafo único do art. 1º:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente,

nos termos desta Constituição. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988)

De acordo com Erick Wilson Pereira (2010, p. 78), “Canotilho expõe que o princípio democrático ‘acolhe os mais importantes postulados da teoria democrática representativa – órgãos representativos, eleições periódicas, pluralismo partidário, separação dos poderes’.”

Princípio das minorias – é um princípio que está ligado ao poder de fiscalização que pode e deve ser exercido pelas minorias parlamentares. Nesse sentido, vale citar:

“O sistema político brasileiro denota uma exigência constitucional das minorias parlamentares, cujas prerrogativas de fiscalizar e investigar estão representadas por instrumentos, a exemplo das Comissões Parlamentares de Inquérito.

A prerrogativa institucional de investigar não pode sofrer influência do bloco majoritário ao ponto de comprometer sua existência. A concepção democrática repele qualquer tentativa de neutralização da função investigativa.” (PEREIRA, 2010, p. 80)

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de garantir às minorias parlamentares as prerrogativas que lhe são atinentes, conforme podemos verificar no julgado abaixo:

Existe, no sistema político-jurídico brasileiro, um verdadeiro estatuto constitucional das minorias parlamentares, cujas prerrogativas – notadamente aquelas pertinentes ao direito de investigar – devem ser preservadas pelo Poder Judiciário, a quem incumbe proclamar o alto significado que assume, para o regime democrático, a essencialidade da proteção jurisdicional a ser dispensada ao direito de oposição, analisado na perspectiva da prática republicana das instituições parlamentares. A norma inscrita no art. 58, § 3º, da Constituição da República destina-se a ensejar a participação ativa das minorias parlamentares no processo de investigação legislativa, sem que, para tanto, mostre-se necessária a concordância das agremiações que compõem a maioria parlamentar. O direito de oposição, especialmente aquele reconhecido às minorias legislativas, para que não se transforme numa prerrogativa constitucional inseqüente, há de ser aparelhado com

instrumentos de atuação que viabilizem a sua prática efetiva e concreta no âmbito de cada uma das Casas do Congresso Nacional. A maioria legislativa não pode frustrar o exercício, pelos grupos minoritários que atuam no Congresso Nacional, do direito público subjetivo que lhes é assegurado pelo art. 58, § 3º, da Constituição e que lhes confere a prerrogativa de ver efetivamente instaurada a investigação parlamentar, por período certo, sobre fato determinado. Precedentes: MS 24.847/DF, rel. min. Celso de Mello. A ofensa ao direito das minorias parlamentares constitui, em essência, um desrespeito ao direito do próprio povo, que também é representado pelos grupos minoritários que atuam nas Casas do Congresso Nacional. (MS 26.441, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 25-4-2007, Plenário, DJE de 18-12-2009.)

Princípio da igualdade – também conhecido como princípio da isonomia, esta norma tem sustentáculo no art. 5º da CRFB/1988, o qual afirma que “todos são iguais perante a lei...”. Deve-se ressaltar que o princípio da igualdade não é absoluto, uma vez que os iguais devem ser tratados de forma igual e os desiguais de forma desigual, na medida de suas desigualdades. Um bom exemplo disso é a reserva de vagas, em concursos públicos, para deficientes físicos. No âmbito eleitoral podemos citar o caput do art. 14, da CRFB/1988, segundo o qual “a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos”. Sob outra perspectiva, o princípio da isonomia é aquele que visa assegurar uma disputa a mais igualitária possível, evitando-se, por exemplo, o abuso de poder político e econômico, sendo certo que essa garantia, tanto quanto possível, deve ser assegurada pelos magistrados responsáveis pela fiscalização de propaganda eleitoral.

Princípio da liberdade – também é corolário do já citado art. 14, da CRFB/1988, sendo garantido, em matéria eleitoral, especialmente pelo voto direto e secreto. Segundo Pereira (2008, p. 82) “apenas com a ideia de liberdade é que se concebe o voto secreto, ou seja, o voto secreto é inseparável da ideia de voto livre”.

Princípio republicano – de acordo com Erick Wilson Pereira verifica-se que “através deste princípio, tem-se que o poder será periodicamente

disputado por qualquer um que tenha os requisitos da elegibilidade, sendo sua principal característica a de renovação dos cargos públicos que são exercidos por períodos determinados”. (PEREIRA, 2008, p. 82)

3 JUSTIÇA ELEITORAL: características e composição

A Justiça Eleitoral é considerada, assim como a Justiça do Trabalho e a Justiça Militar, uma justiça especializada dentro do Poder Judiciário Federal brasileiro, uma vez que trata de um ramo específico do Direito. De todo modo, é importante salientar que o Direito Eleitoral não é um ramo isolado do Direito, tendo forte interconexão com o Direito Constitucional, Direito Processual Civil, Direito Processual Penal e Direito Penal.

As características e composição da Justiça Eleitoral brasileira estão delineadas na CRFB/1988, nos seguintes termos:

*Art. 118. São órgãos da Justiça Eleitoral:
I - o Tribunal Superior Eleitoral;
II - os Tribunais Regionais Eleitorais;
III - os Juízes Eleitorais;
IV - as Juntas Eleitorais.*

De acordo com o ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral, Carlos Velloso:

“A Justiça Eleitoral é composta pelo Tribunal Superior Eleitoral, pelos Tribunais Regionais Eleitorais, pelos Juízes Eleitorais e pelas Juntas Eleitorais (art. 118, I a IV, da CF). Sua estrutura se reparte em três instâncias, em que a segunda aprecia os recursos da primeira, e a terceira aprecia os recursos da segunda. A composição de seus órgãos é híbrida, integrando seus quadros juízes de outras searas da Justiça, advogados e pessoas até mesmo sem formação jurídica, como os membros das Juntas Eleitorais.” (VELLOSO; AGRA, 2012, p. 30)

O Código Eleitoral também revela a organização e composição da Justiça Eleitoral, contudo, o mesmo se encontra, em diversas passagens, desatualizado e em confronto com a nossa Lei Maior, a CRFB/1988.

Feitas essas breves considerações acerca da composição orgânica da Justiça Eleitoral, passo a analisar o poder de polícia atribuído aos magistrados eleitorais.

4 JUSTIÇA ELEITORAL, PODER DE POLÍCIA E O CONTROLE DAS ELEIÇÕES

No âmbito da jurisdição especial eleitoral tem o magistrado, responsável pela fiscalização de propaganda eleitoral, poder de polícia para determinar a cessação das irregularidades que perceber, ou que lhes forem apontadas pela equipe de servidores da fiscalização de propaganda eleitoral, ou por qualquer do povo, que identifique ou não, na forma do artigo 41, parágrafo segundo da Lei 9504/97. Nesse sentido, é oportuno trazer à baila os julgados a seguir transcritos:

“Agravo regimental. Propaganda eleitoral irregular. Fiscalização. Juiz eleitoral. Exercício do poder de polícia. Atuação jurisdicional posterior. Possibilidade. Art. 17 da Res.-TSE no 20.951. Agravo improvido.” NE: “(...) o poder de polícia exercido durante a fiscalização da propaganda eleitoral é mais uma competência atribuída aos juízes eleitorais, de tal modo que não estão impedidos de julgar os feitos em que tenham exercido tal poder. (...) A norma estampada no art. 252, I e II, do Código de Processo Penal não se aplica, nem mesmo subsidiariamente, ao presente caso, visto que não se trata de matéria penal, mas de natureza meramente administrativa em razão de propaganda eleitoral irregular. (...)” (Ac. no 4.137, de 22.4.2003, rel. Min. Ellen Gracie.) – Grifei.

“Recurso em mandado de segurança. Afixação de placas em passarelas e viadutos. Minidoor. Determinação para retirada. Coordenação de Fiscalização da Propaganda Eleitoral. Possibilidade. 1. Não viola o art. 17, § 1o, da Res.-TSE no 20.951 a determinação de retirada de propaganda eleitoral pela Coordenação de Fiscalização da Propaganda Eleitoral, se não existe aplicação da sanção. 2. O poder de

polícia, que não depende de provocação, deve ser exercido quando o juiz eleitoral considerar haver irregularidade, perigo de dano ao bem público ou ao bom andamento do tráfego. 3. A regularidade da propaganda não pode ser examinada em sede de mandado de segurança, por demandar produção e exame de provas.” (Ac. no 242, de 17.10.2002, rel. Min. Fernando Neves.) – Grifei.

*Agravo regimental. Propaganda eleitoral irregular. Fiscalização. Juiz eleitoral. Exercício do poder de polícia. Atuação jurisdicional posterior. Possibilidade. Art. 17 da Res.-TSE nº 20.951. Agravo improvido.” NE: “[...] **o poder de polícia exercido durante a fiscalização da propaganda eleitoral é mais uma competência atribuída aos juízes eleitorais, de tal modo que não estão impedidos de julgar os feitos em que tenham exercido tal poder. [...]** A norma estampada no art. 252, I e II, do Código de Processo Penal não se aplica, nem mesmo subsidiariamente, ao presente caso, visto que não se trata de matéria penal, mas de natureza meramente administrativa em razão de propaganda eleitoral irregular. [...]” (Ac. nº 4.137, de 22.4.2003, rel. Min. Ellen Gracie.)*

Assim têm entendido reiteradamente a Jurisprudência de nossos Tribunais e a doutrina majoritária, definindo que o juiz eleitoral tem o “dever-poder” de agir. Assim, também, estabelece o Código Eleitoral em seu artigo 242, parágrafo único, ao dispor que a Justiça Eleitoral deverá adotar as “medidas para fazer impedir ou cessar imediatamente a propaganda realizada com infração do disposto neste artigo”.

Prevê, ainda, o acima citado Diploma Legal em seu artigo 249 que: “O direito de propaganda não importa restrição ao poder de polícia quando este deva ser exercido em benefício da ordem pública”.

O poder de polícia exercido pelo Juiz Eleitoral também está expressamente previsto no parágrafo segundo do artigo 41 da Lei das Eleições, que dispõe que “O poder de polícia sobre a propaganda eleitoral será exercido pelos juízes eleitorais e pelos juízes designados pelo Tribunais Regionais Eleitorais”.

Conforme ensinamentos doutrinários de Maria Sylvia Zanella Di Pietro “Poder de Polícia é a faculdade que tem a administração de limitar o exercício de direitos individuais em prol do bem comum”.

Dessa forma, também, ensina Rodrigo López Zílio em sua obra *Direito Eleitoral* (Ed. Verbo Jurídico, 4ª Edição), “O poder de polícia é exercício privativo da autoridade judiciária e, em matéria eleitoral, é exercido exclusivamente pela Justiça Eleitoral, por quaisquer de seus órgãos judiciais (Juiz Eleitoral, TRE e TSE)... ninguém, exceto, a Justiça Eleitoral – poderá impedir a propaganda eleitoral”.

Ainda neste sentido, vale transcrever os seguintes trechos da obra do eminente Edson de Resende Castro, que assim enfrenta o tema:

“Como a Justiça Eleitoral administra o processo eleitoral, seus Juízes têm poder de polícia. No exercício desse poder –dever, eles atuam independentemente de provação, sempre que isso for necessário para a boa ordem dos trabalhos.

...
É preciso, já se disse, que os Juízes Eleitorais não se esqueçam de que podem e devem agir mesmo sem provocação do Ministério Público ou dos Partidos Políticos. E é preciso que exerçam o seu poder-dever de polícia com firmeza, vigor e tempestivamente, pois que essa atuação depende a lisura de todo o processo eleitoral. Se o Juiz está atento e proíbe a prática de propaganda eleitoral irregular, por exemplo, estará cuidando para que não haja desequilíbrio de forças na campanha, fazendo observar o princípio constitucional da isonomia de oportunidades. Quanto mais demorada é a atuação da Justiça Eleitoral, menos resultados produz a medida adotada, principalmente quando o ilícito disser respeito à propaganda eleitoral. Esta uma vez exercitada, atua no inconsciente do eleitor, contribuindo para formar-lhe a opinião em relação a determinado candidato. Se com abuso de poder, torna-se muitas das vezes de consequências irreversíveis”. (CASTRO, p. 243, 2014).

Dispondo de igual modo, em uma demonstração clara de que doutrina e jurisprudência são uníssonas neste sentido, os doutrinadores Luiz Marcio Pereira e Rodrigo Molinaro, afirmam que:

“Os juízes de zonas eleitorais exercem o poder de polícia, em atividade atípica, de cunho híbrido, pois prevalece a natureza administrativa desta atuação, que não depende,

sequer de provocação. Tanto assim, que eventuais irresignações dos administrados em face de tais decisões serão instrumentalizadas mediante ação de mandado de segurança, e não por meio de recurso eleitoral”. (CE art. 258)... Portanto, a atuação do Juiz do poder de polícia deve ter como referência, além da cessação das ilegalidades, a instrução mais adequada dos procedimentos, até para que o Ministério Público Eleitoral tenha meios de oferecer representações e ações pertinentes...” (PEREIRA; MOLINARO, 2012, p. 326;329).

As garantias constitucionais à informação e à reunião, por exemplo, não podem ser tidas como absolutas, especialmente quando estão em confronto com outro direito democrático tutelado pela Carta Magna, que é o de um pleito isonômico, conforme assevera o art. 14, parágrafo 9º, do Diploma Maior.

Outro exemplo é o das reuniões para realização de atos de propaganda intrapartidária que, como o próprio nome sugere, deve ser realizada apenas no âmbito de abrangência dos partidos e, conseqüentemente, de seus filiados. Não sendo, portanto, permissiva a conduta que leve as propagandas intrapartidárias ao conhecimento geral e irrestrito da população. A doutrina é cristalina nesse sentido:

“Antes de 6 de julho do ano das eleições, os pré-candidatos podem realizar atos de propaganda... é possível a chamada propaganda intrapartidária permitida pela lei eleitoral, que de propaganda eleitoral nada tem, pois não se dirige ao eleitor. Dirige-se, ao revés, aos convencionais do Partido, ou seja, àqueles que têm, segundo os estatutos do Partido, direito a voto na convenção... O que os pré-candidatos precisam entender é que o seu eleitorado, nesse momento, são os convencionais do seu Partido e não os eleitores em geral”. (CASTRO, 2014, p. 244-245)

Apesar das dúvidas e questionamentos, constata-se, como fartamente demonstrado, especialmente pela jurisprudência trazida ao presente ao trabalho, que o magistrado responsável pela fiscalização de propaganda eleitoral não é inerte e tem o poder-dever de utilizar de todos os mecanismos legais para garantia de um pleito isonômico, contudo, em casos específicos há

divergência quanto à possibilidade (inconstitucionalidade e ilegalidade) de o magistrado, a um só passo, “vigiar e punir”.

5 FISCALIZAR E JULGAR: A PROBLEMÁTICA DA DUPLA FUNÇÃO

Há um ponto nodal praticamente inexplorado pela doutrina e pelas cortes eleitorais que está diretamente ligado à problemática relativa aos magistrados que exercem o poder de polícia e sua função constitucional precípua que é a de julgar nos municípios onde existe apenas uma Zona Eleitoral (logo, com apenas um Juiz Eleitoral).

Não há como perceber, sem verificar grave ilegalidade e inconstitucionalidade, que, em tais municípios, o mesmo magistrado que fiscalizou, apreendeu, coibiu meios ilícitos de propaganda eleitoral, participou da realização de diligências, busca e apreensão detenha o poder de posteriormente julgar demandas oriundas do exercício do seu poder de polícia.

Tal constatação é agravada pelos recorrentes julgamentos nos quais, tendo o magistrado participado atividade de procedimentos fiscalizatórios, se prolatam decisões com fundamento em indícios e presunções, na esteira do artigo 23 da Lei Complementar 64/1990 (Lei de Inelegibilidades), tal qual citado por Lênio Streck: “Não havia provas, mas a juíza disse: “testemunhei os fatos”! E cassou o réu!”

Há um silêncio doutrinário perturbador acerca da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal proferida na ADI 1082, que declarou constitucional a norma acima citada, e, ato contínuo, um vigoroso crescimento de despachos e decisões judiciais com fundamentos, invariavelmente genéricos, no referido artigo 23 da LC 64/90, o que justifica a necessidade de fomento à discussão doutrinária acerca da temática.

O artigo 23 da LC 64/90, ratificado pelo STF na ADI 1.082, tem servido de base para fundamentar decisões proferidas a partir de indícios e presunções, em detrimento do contraditório substancial, o que não é compatível

com o constitucionalismo contemporâneo, a constitucionalização do processo e os direitos e garantias fundamentais insculpidos na Carta da República.

O entendimento acima também pode ser encontrado em Eneida Desiree Salgado et al, ao afirmar que:

“(...) com essa faculdade dada aos julgadores, não há previsibilidade, não há segurança jurídica, não há confiança legítima, não há contraditório, não há ampla defesa, não há devido processo legal no âmbito jurídico e jurisdicional que deveria assegurar a concretização do princípio republicano e democrático”. (SALGADO, p. 343, 2016).

A sistemática normativa constitucional que assegura o princípio do contraditório substancial – opostamente ao que decidido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.082 (ADI 1.082) – engloba fundamentos suficientes para certificar que o artigo 23 da Lei de Inelegibilidades (Lei Complementar 64/1990 – LC 64/90) é integralmente inconstitucional no que diz respeito à possibilidade de julgamentos com base em indícios e presunções.

Lei Complementar 64/1990

[...]

*Art. 23. O Tribunal formará sua convicção pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos **indícios e presunções** e prova produzida, atentando para circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, mas que preservem o interesse público de lisura eleitoral. (Grifei)*

Reafirmo que no âmbito da jurisdição eleitoral tem o magistrado, além do seu mister tradicional, o dever de garantir a igualdade no prélio e, para tanto, exerce o controle sobre o processo eleitoral.

Contudo, em nenhuma hipótese, muito menos a partir de fundamentos lacônicos e assaz abertos (como “interesse público da lisura eleitoral”), tem o julgador a prerrogativa do subjetivismo exacerbado de proferir decisões judiciais fundamentadas em indícios e presunções, posto que

violadoras do princípio do contraditório substancial e cujos reflexos podem macular a decisão soberana do eleitor nas urnas.

O contraditório substancial, concebido a partir da constitucionalização do processo, deve ser entendido como a maximização dos direitos e garantias constitucionais relativos ao devido processo legal, ao contraditório, a não surpresa e à ampla defesa.

Julgar com base em indícios e presunções reduz o contraditório substancial, aumenta o grau de insegurança jurídica e de sentenças que são posteriormente reformadas. Tudo isso com graves prejuízos àqueles que foram eleitos democraticamente e, especialmente, aos eleitores que os elegeram.

Não nos revela congruente com o Estado Democrático de Direito - no qual o voto é soberano - que se possa decidir pela retirada de um representante eleito a partir de indícios ou do que o julgador presume que possa ser o justo ou injusto. Cuida-se, em última análise, de violação, a um só tempo, do princípio do contraditório substancial e, ainda, do não menos caro princípio democrático.

Por fim, é relevante considerar que além do aspecto (in) constitucional, há que se constatar que o artigo 23 da LC 64/90 foi tacitamente revogado pelo artigo 10 do atual Código de Processo Civil.

CONSIDERAÇÕES

As eleições no Brasil são permeadas pela problemática referente às propagandas eleitorais, notadamente pelos abusos de poder político e econômico perpetrados por candidatos, partidos políticos e seus correligionários.

Conforme verificado, a Justiça Eleitoral possui uma gama de peculiaridades e atividades que a tornam bastante diferente dos demais ramos da justiça comum e da justiça especializada, especialmente pelo fato de não exercer como atividade final, exclusivamente, a função jurisdicional.

Por conta disso, o legislador criou uma série de dispositivos normativos que imputam à Justiça Eleitoral o poder de zelar pela isonomia das

eleições e, para tanto, conferem aos magistrados devidamente designados o poder de polícia na fiscalização de propaganda eleitoral.

Como se verificou no trabalho, o poder de polícia dos magistrados da Justiça Eleitoral, em que pesem os questionamentos, estão solidificados o entendimento de que o juiz eleitoral devidamente designado pelos respectivos tribunais regionais eleitorais possui poder de polícia, podendo e devendo agir para coibir irregularidades que possam macular o processo eleitoral.

Entretanto, a execução de tal prerrogativa deve respeitar limites legais e constitucionais, especialmente o direito ao contraditório substancial.

REFERÊNCIAS

1. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 28. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2011.
2. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1998.
3. BRASIL. *Lei nº4.737, de 15 de julho de 1965*. Institui o Código Eleitoral, 1964.
4. BRASIL. *Lei nº9.504, de 30 de setembro de 1997*. Estabelece normas para as eleições.
5. CASTRO, Edson Resende. *Curso de Direito Eleitoral*. 7. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.
6. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
7. GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013.
8. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 1.
9. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
10. PEREIRA, Erick Wilson. *Interpretação e Aplicação das Normas Constitucionais-Eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

11. PEREIRA, Luiz Marcio; MOLINARO, Rodrigo. *Propaganda Política*. 2ª ed. São Paulo: Renovar, 2012.
12. SALGADO, Eneida Desiree et al. *O livre convencimento do juiz eleitoral versus a fundamentação analítica exigida pelo Novo Código de Processo Civil*. In: TAVARES, André Ramos et al (coords.). *O Direito Eleitoral e o Novo Código de Processo Civil*. Belo Horizonte, Forum, 2016, p. 343
13. STRECK, Lenio Luiz. Não havia provas, mas a juíza disse: “testemunhei os fatos”! E cassou o réu! **Conjur: Consultor Jurídico**, São Paulo, p.1-1, jul. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-10/nao-provas-juiza-disse-testemunhei-fatos-cassou-reu>>. Acesso em: 31 jan. 2017.
14. TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO RIO DE JANEIRO. *Resolução 856/2013*. Rio de Janeiro, 2013.
15. TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO RIO DE JANEIRO. *Resolução 866/2014*. Rio de Janeiro, 2013.
16. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. *Código Eleitoral Anotado e Legislação Complementar*. 11. ed. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 2014.
17. VELLOSO, Carlos Mario da Silva; AGRA, Walber de Moura. *Elementos de Direito Eleitoral*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
18. ZÍLIO, Rodrigo Lopes. *Direito Eleitoral*. Ed. Verbo Jurídico, 2013.

Sites consultados:

www.stf.jus.br

www.tse.jus.br