® BuscaLegis.ccj.ufsc.br

A necessária aplicação do art. 216 do código eleitoral na sentença que julga a ação de impugnação de mandato eletivo

Raphael Montenegro Hirschfeld*

Resumo:

O que se pretende nesse breve artigo é demonstrar a necessidade de aplicação do art. 216 do Código Eleitoral à ação de impugnação de mandato eletivo, haja vista a completa inobservância do disposto no art. 14, § 10º da Constituição Federal.

Ação de Impugnação de Mandato Eletivo

Antes de se analisar o tema proposto é imperioso que se examine, ainda que rapidamente, a ação de impugnação de mandato eletivo isoladamente.

Alguns autores atribuem à Constituição Federal de 1988 a positivação da ação de impugnação de mandato eletivo, todavia, Haroldo Mota destaca a sua origem histórica nas leis ordinárias nº 7.493/86 e nº 7.664/88.

O constituinte originário entendeu por bem, diante da radical alteração política trazida pela Carta Constitucional, alinhar a ação de impugnação de mandato eletivo aos

direitos políticos (art. 14, § 10º e 11º), pois se trata de medida capaz de alterar a vontade popular e até anular todo o pleito democrático.

Exatamente por isso que ao disciplinar sobre a matéria o constituinte deixou clara a sua intenção de não admitir o uso irresponsável da medida. Reza o art. 14, §11º, da Constituição Federal, que o autor que propô-la de má-fé deverá responder na forma da lei .

Ainda regulando a ação de impugnação de mandato eletivo o constituinte determinou, no parágrafo 10º, do art. 14 da Constituição Federal, a necessária presença de alguns pressupostos específicos à admissão da referida ação, dentre os quais a prova de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude e o prazo peremptório de 15 dias da diplomação do candidato eleito.

O Tribunal Superior Eleitoral, muito acertadamente, já fixou entendimento no sentido de não ser necessária a existência de prova pré-constituída do abuso de poder econômico, corrupção ou fraude. Contudo, não se pode banalizar a regra a ponto de se permitir a interposição de ações que não estejam fundadas ao menos em indícios capazes de determinar a ocorrência de um daqueles pressupostos. A ausência completa de provas, portanto, é obstáculo ao conhecimento da ação, que deverá ser extinta nos termos do art. 267, IV, do Código de Processo Civil.

Ultrapassada a questão do conhecimento da ação de impugnação de mandato eletivo, não menos importante será a análise das provas dos autos, pois a procedência da ação é exceção à intangibilidade da vontade popular, princípio regente do Estado Democrático de Direito.

O magistrado, ao julgar a ação de impugnação de mandato eletivo, deverá ter muito cuidado na análise dos fatos e das provas produzidas, não sendo admissível o julgamento de procedência no caso de ainda pender qualquer tipo de dúvida da autoria ou mesmo da conivência, pois a anulação do procedimento eleitoral, repita-se, é a exceção em um Estado Democrático de Direito.

No caso de o magistrado proferir julgamento de procedência da ação, discute-se sobre a incidência ou não do efeito suspensivo.

A recente posição do Tribunal de Superior Eleitoral, embora divida, pende para a não concessão, já que aplicável ao caso a regra do art. 257 do Código Eleitoral.

ABUSO DE PODER ECONÔMICO E POLÍTICO

Ainda que a Constituição Federal, em seu art. 14, § 10º, não tenha incluído expressamente a verificação do abuso de poder político, instituto ligado à LC 64/90, no rol de vícios capazes de gerar a cassação do mandato eletivo, o Tribunal Superior Eleitoral, como não poderia deixar de ser, atribuiu interpretação extensiva ao referido artigo, para determinar que o abuso do poder político tem o condão de fundamentar a interposição da ação de impugnação de mandato eletivo contra o candidato eleito.

Entende-se como abuso de poder político o desvio de finalidade da máquina administrativa em benefício próprio ou de determinado candidato.

Já o abuso de poder econômico não pressupõe um cargo na administração, basta que o candidato tenha à sua disposição recursos suficientes para influenciar no resultado final do pleito. Todavia, é muito importante que não se confunda o abuso de poder econômico com a captação indevida de sufrágio, já que a primeira pressupõe a má utilização de recursos financeiros em detrimento da igualdade que deve existir entre os concorrentes ao pleito, e a segunda uma conduta dolosa no sentido de manipular, através da compra de votos, a vontade popular.

Segundo dispõe o art. 22 da Lei Complementar 64/90, a apuração do abuso nas eleições respeitará um rito onde se garante o devido processo legal e o direito à ampla defesa, devendo o julgado respeitar, ainda, o princípio da potencialidade .

A ampla defesa é algo imprescindível para o direito eleitoral, pois o julgamento de procedência da investigação eleitoral deverá sempre estar fundado em prova robusta capaz de não deixar dúvidas da prática do abuso apontado.

A recentíssima positivação da matéria ainda não permitiu aos operadores do direito o pleno conhecimento do instituto. Diante dessa realidade alguns magistrados acabam por julgar procedente a investigação eleitoral quando não comprovada, pelo candidato, a lisura das condutas adotadas.

Esses julgados, data vênia, partem de inadmissível premissa de inversão do ônus da prova, que viola todos os princípios norteadores do procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar 64/90. Mas não é só. Divergem, ainda, do entendimento adotado pelo Tribunal Superior Eleitora que determina, sempre que a legislação eleitoral for omissa, a aplicação subsidiaria da regra geral do Código de Processo Civil, onde impera o princípio de que a prova incumbe a quem alega .

Na hipótese das ações eleitorais, determinar a prova negativa seria o mesmo que inviabilizar a sua produção, já que se destina a apurar condutas de natureza subjetiva.

Caso o magistrado reconheça a prática do abuso de poder político ou econômico, a sentença declarará a inelegibilidade do investigado, fazendo-a incidir, retroativamente, desde a data do pleito onde se constatou a prática do abuso.

Contudo, como já se disse, a eficácia dessa declaração, segundo dispõe o art. 15 da Lei Complementar 64/90, só se dará com o trânsito em julgado da matéria, tamanha a gravidade da pena.

EFEITOS DOS RECURSOS ELEITORAIS

Em regra , com exceção do art. 216 do Código Eleitoral, nenhum recurso eleitoral recebe o efeito suspensivo . Segundo o próprio Código Eleitoral, os recursos eleitorais serão recebidos somente no efeito devolutivo.

A lei, como fonte primária do direito, que por sua vez é uma ciência social, está obrigada a se atualizar de acordo com a evolução da sociedade a qual será aplicada. No caso do Direito Eleitoral, o Código Eleitoral, fonte rudimentar das normas eleitorais, foi editado em 1965, ou seja, no auge no regime militar, destinado a uma sociedade regida por um Estado Ditatorial, onde o sufrágio universal era algo distante, e, portanto, os abusos nas eleições não eram mais do que focos isolados, facilmente identificáveis e puníveis.

A atual realidade é outra. O Estado Ditatorial deu espaço ao Estado Democrático de Direito e a Constituição Federal de 1988, preocupada com a lisura da democracia, estabeleceu o sufrágio universal onde prevalece a máxima “one man one vote” .

Por se tratar de uma constituição analítica, a Carta Constitucional de 1988, trouxe em seu texto matérias infraconstitucionais. Ao dispor sobre as causas de inelegibilidade e sobre a ação de impugnação de mandato eletivo a Constituição Federal estabeleceu suas normas gerais, deixando para a lei posterior regulamentar os “novos” institutos.

Coube, então, à Lei Complementar 64/90 disciplinar as hipóteses de inelegibilidade. Em razão do nítido caráter de exceção da perda dos direitos políticos, o legislador determinou que as penas de inelegibilidade só adquirem eficácia a partir do trânsito em julgado da sentença .

Eis, portanto, mais uma exceção à regra de que os recursos eleitorais somente são recebidos no efeito devolutivo.

Por mais curioso que possa parecer, existe uma exceção a exceção. Segundo recente construção jurisprudencial do Tribunal Superior Eleitoral, a sentença que declarar a inelegibilidade e reconhecer a existência de captação de sufrágio , muito embora regida pela regra do art. 15 da Lei Complementar 64/90, terá efeitos imediatos.

Se por um lado o Poder Legislativo foi exemplar ao disciplinar a Lei Complementar 64/90 em apenas dois anos, o mesmo não se pode falar da "Lei da Ação de Impugnação de Mandato Eletivo". Passados mais de 15 anos da promulgação da Constituição Federal não existe nenhuma movimentação legislativa no sentido de disciplinar a forma pela qual se dará a ação de impugnação de mandato eletivo.

Sem melhor alternativa o Tribunal Superior Eleitoral, através da Resolução 21.634, determinou a simultânea aplicação da Lei Complementar 64/90 e do Código de Processo Civil nos seguintes termos:

"(…)

1. O rito ordinário que deve ser observado na tramitação da ação de impugnação de mandado eletivo, até a sentença, é o da Lei Complementar nº 64/90, não o do Código de Processo Civil, cujas disposições são aplicáveis apenas subsidiariamente.

2. As peculiaridades do processo eleitoral ¾ em especial o prazo certo do mandato ¾ exigem a adoção dos procedimentos céleres próprios do Direito Eleitoral, respeitadas, sempre, as garantias do contraditório e da ampla defesa."(Resolução nº 21.364, TSE, Rel. Min. FERNANDO NEVES, julg. 19.2.04, publicada na RJTSE, Vol. XV, Tomo I, p. 358)

Essa omissão legislativa impôs ao Tribunal Superior Eleitoral a adoção de regras alternativas que muitas vezes, como nesse caso, não esgotam todas as dúvidas referentes àquele instituto, e, ainda, dão margem a interpretações restritivas não pretendidas pela Constituição Federal e prejudicial aos demandados.

No caso da ação de impugnação de mandato eletivo, existe entendimento divergente sobre os efeitos em que são recebidos os recursos interpostos contra as sentenças. O art.

216 do Código Eleitoral determina que “Enquanto o Tribunal Superior não decidir o recurso interposto contra a expedição de diploma, poderá o diplomado exercer o mandato em sua plenitude”.

Alguns Ministros do Tribunal Superior Eleitoral têm entendido, equivocadamente, data vênia, que esse artigo não se aplica à ação de mandato eletivo, mas exclusivamente ao recurso contra a diplomação.

RECURSCO CONTRA DIPLOMAÇÃO E AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO

O recurso contra diplomação, instituto regulado pelo art. 262 do Código Eleitoral, embora tenha por finalidade, assim como a ação de impugnação de mandato eletivo, desconstituir a diplomação do candidato eleito, tem como pressupostos a “inelegibilidade ou incompatibilidade de candidato, errônea interpretação da lei quanto à aplicação do sistema de representação proporcional, erro de direito ou de fato na apuração final, quanto à determinação do quociente eleitoral ou partidário, contagem de votos e classificação de candidato, ou a sua contemplação sob determinada legenda” ou “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 9.504/97, de 30 de setembro de 1997”.

Com exceção da redação acrescida pela Lei 9.840/99, que diz respeito ao inciso IV do referido artigo , todas as outras hipóteses que dão ensejo à interposição do recurso contra diplomação dizem respeito a vícios de procedimento.

Eis, assim, a grande diferença entre o recurso contra a diplomação e a ação de impugnação de mandato eletivo, que, segundo a Constituição Federal , tem como pressuposto o vício de vontade do eleitor.

A grande questão a ser dirimida é se a simultânea interposição da ação de impugnação de mandato eletivo e do recurso contra a diplomação gera algum tipo de incompatibilidade entre elas.

Esse tema, contudo, é controverso. Para o eminente ex-Procurado Geral da República Geraldo Brindeiro:

"O que se impugna nessa ação ¾ ação de impugnação de mandato eletivo ¾, perante a Justiça Eleitoral não é a diplomação, mas o mandato eletivo. (…) Nenhuma incompatibilidade há, assim, entre o recurso interposto perante o Tribunal Regional Eleitoral, nos termos do art. 262, IV c/c 222 e 223, §§ 1º e 2º, todos do Código Eleitoral, e a nova ação criada pela Constituição. São coisas diferentes."

Já, Joel Cândido, opina em sentido diametralmente oposto:

"Ambas as medidas, pelo mesmo fundamento, em ajuizamento concomitante, não é possível. Nem será viável, na prática (…). Ademais, pela possibilidade, em tese, de contrariedade da coisa julgada, a Justiça Eleitoral não deverá receber as duas medidas judiciais ao mesmo tempo, prevalecendo a que for em primeiro aforada"

Inicialmente, parece-nos ter razão o Professor Geraldo Brindeiro, já que indiscutível a técnica de sua conclusão. Contudo, uma detida análise das razões oferecidas pelo não menos ilustre Joel J. Cândido nos leva a crer que diante do risco de decisões judiciais conflitantes é indispensável que se opte por uma ou por outra.

Além do mais, deve-se ter presente que, segundo reiterado entendimento, a interposição do recurso contra diplomação pressupõe a existência de uma representação judicial eleitoral ou de uma investigação eleitoral, que se destine a apurar o abuso de poder econômico ou político, que, se julgada procedente, gerará a declaração de inelegibilidade do investigado, e, conseqüentemente, o pressuposto de interposição do recurso contra a diplomação.

Assim, bem analisada a situação, tanto a ação de impugnação de mandato eletivo quanto o recurso contra diplomação perseguem o mesmo objetivo, não sendo razoável, data vênia, aplicar a opinião do eminente ex-Procurador Geral da Republica, que se valeu da atecnia legislativa para dar interpretação restritiva aos institutos jurídicos em análise.

O ART. 216 DO CÓDIGO ELEITORAL E A AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO

Examinada a questão histórica dos institutos e suas respectivas finalidades, vê-se que não pode haver a distinção pretendida por alguns Ministros integrantes do egrégio Tribunal Superior Eleitoral.

Se o art. 216 do Código Eleitoral garante ao recorrente o direito de permanecer no cargo até posterior análise do Tribunal Superior Eleitoral, não parece sensata a interpretação restritiva dessa regra em relação à ação de impugnação de mandato eletivo.

Até porque, dentre tantos argumentos, trata-se de instrumento processual posterior ao Código Eleitoral, recebido e incorporado pela Constituição Federal, pendente de regulamentação pelo Poder Executivo. Dessa forma, excluir o efeito suspensivo dos recursos interpostos contra sentença que julga procedente a impugnação do mandato eletivo seria punir o demandado pela inércia do legislador.

Outro ponto que não merece passar despercebido é o fato da ação de impugnação do mandato eletivo se diferenciar do recurso contra diplomação apenas no que diz respeito aos vícios analisados.

Enquanto o Código Eleitoral previu uma forma de anular a diplomação eivada de vícios de procedimento , o legislador constituinte, ao invés de ampliar a atribuição do recurso contra a diplomação, preferiu criar um novo instrumento processual que, na esteira

dos “novos” direitos políticos, pudesse analisar a anulação do diploma sob o ponto de vista da vontade do eleitor.

Portanto, temos que a atual orientação do Tribunal Superior Eleitoral, com todo o respeito, é mais severa do que a lei . Diante de tudo o que se expôs aqui, somos favoráveis à atribuição do efeito suspensivo ao recurso interposto contra a sentença que julga a ação de impugnação de mandato eletivo, pelo menos até que o Poder Legislativo se manifeste sobre o tema, pois, segundo a Constituição Federal, coube a ele a regulamentação do procedimento a ser adotado pela ação de impugnação de mandato eletivo.

Diante de tudo o que se expôs, muito embora exista orientação no sentido de não se aplicar aos recursos eleitorais o efeito suspensivo, somos do entendimento que, por se tratar de matéria de ordem pública e evidente interesse coletivo, cada caso deve ser analisado individualmente pelo magistrado, que, se não conceder o efeito suspensivo ao recurso, determinará a sua incidência até que essa matéria seja analisada pelo Tribunal podendo o Juiz Relator atribuí-lo ou não, devendo, dessa última decisão incidir a eficácia imediata da sentença.

* Advogado, membro do Escritório de Advocacia Sergio Bermudes e sócio do Instituto Brasileiro de Direito Eleitoral - IBRADE.

Disponível em:< http://www.paranaeleitoral.gov.br/artigo_impresso.php?cod_texto=219>
Acesso em.: 15 de outubro de 2007.