



ESTUDOS ELEITORAIS

Volume 5 Número 3 set./dez. 2010



CONSIDERAÇÕES SOBRE A INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 366 DO CÓDIGO ELEITORAL

BIANCA LORENA DIAS CANTERO

Analista Judiciário e chefe de Cartório da 99ª ZE/GO. Doutoranda em Ciências Jurídicas e Sociais pela *Universidad del Museo Social Argentino*. Aluna de Especialização em Direito Público e em Gestão Pública da Fortium.

Resumo

Confronta a vedação contida no artigo 366 do Código Eleitoral e a legislação superveniente que tratou sobre a matéria objeto do referido dispositivo, especialmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988. O escopo principal é analisar se ocorreu a revogação tácita da norma ou se é plena a sua aplicabilidade, tendo-se concluído que ela se encontra revogada por não recepção da Carta Política de 1988, bem como pela Lei nº 8.112/90.

Palavras-chave: Código Eleitoral; artigo 366; direitos políticos; servidor; Justiça Eleitoral; revogação.

Abstract

This academic work discusses the prohibition referred in the article 366 of the Brazilian Electoral Code in face of subsequent legislation dealing with the same subject, especially after the promulgation of the Federal Constitution of 1988. The main objective then was to examine whether implied repeal occurred or whether this rule still applies, and the conclusion was for the first hypothesis.

Keywords: Article 366 of the Brazilian Electoral Code; political; Electoral Justice Officials; repeal.

1 Introdução

Nada é mais notório em nossa sociedade que o seu dinamismo e a velocidade com que os valores se alteram e, partindo-se desse fenômeno social e da tradição positivista do direito brasileiro, tem-se como consequência a vertiginosa alteração das leis.

Deixadas de lado as considerações sobre as vantagens ou desvantagens desse intenso processo modificativo – por não ser o objetivo do presente estudo –, podemos inferir que, de certa forma, isso garante a possibilidade de aperfeiçoamento constante das normas (regras/leis e princípios), de forma a acompanhar as necessidades de seu povo.

Assim, é natural que surjam os conflitos das normas no tempo, os quais devem ser resolvidos a fim de se extirpar do ordenamento jurídico aquilo que não atenda mais às demandas da sociedade.

E é justamente nesse contexto – focando na legislação atual pertinente – que se propõe a análise do artigo 366 do Código Eleitoral e a sua aplicabilidade nos dias atuais.

Para tanto, serão especialmente consideradas a Constituição Federal de 1988, a Lei Complementar nº 64 e suas alterações posteriores (LC 64/90) e a Lei nº 8.112/90, que trata do regime jurídico dos servidores civis da União, autarquias e fundações públicas federais.

2 Abordagem inicial: constitucionalidade, teoria da recepção, fenômeno da revogação

É fato que toda norma tem uma finalidade específica, sendo orientada por um valor. Os valores são diversificados e dependem de um contexto social, dos indivíduos, do grupo social, etc. A hierarquia entre eles (os valores), na maioria

das vezes, decorre de um juízo de conveniência. Os valores, pois, norteiam as normas, e o consectário lógico é que estas (as normas) possibilitam aos homens a vivência em sociedade, uma vez que elas ditam as regras de bem-estar social.

Assim, os homens criam as normas e acreditam ser necessário cumpri-las em nome da harmonia social, que, do ponto de vista jurídico, pode ser entendida como ordem pública.

O apanhado de valores básicos de uma sociedade faz surgir a Constituição de uma nação, que é reflexo das escolhas daquela sociedade, sendo forçoso concluir que tudo aquilo que venha a se estabelecer contrariamente aos valores esculpidos na Constituição deve ser tido por inconstitucional.

Assim, brilhantemente concluiu Paulo Serejo, procurador do Distrito Federal e advogado, em seu artigo *Conceito de Inconstitucionalidade: fundamento de uma teoria concreta do controle de constitucionalidade*, que “a inconstitucionalidade, antes de ser um fenômeno puramente jurídico, é um fenômeno social, que o Direito reconhece e regula”.

Juridicamente, vários são os conceitos de inconstitucionalidade, sendo impossível tratá-los sem considerar a premissa da supremacia da Constituição Federal – por isso também chamada de Lei Maior – em face de todas as demais normas (portanto, infraconstitucionais).

É óbvio que sendo a Constituição de um povo um fenômeno social amparado e respaldado pelos valores da sua sociedade, as outras normas existentes devem observar, irremediavelmente, as disposições constitucionais, guardando coerência e respeitando os limites por ela impostos.

O doutrinador Lúcio Bittencourt afirma que “a inconstitucionalidade é um estado – estado de conflito entre uma lei e a Constituição” (BITTENCOURT, 1997, p. 132).

Canotilho e José Afonso da Silva, ao tratarem sobre a inconstitucionalidade, trouxeram não só o seu conceito por ação (atuação positiva), mas também por omissão. Para este, constitucional é a “conformidade com os ditames constitucionais”, enquanto atos constitutivos, conformidade

esta que “não se satisfaz apenas com a atuação positiva de acordo com a Constituição”, mas ainda com o não “omitir a aplicação de normas constitucionais quando a Constituição assim o determina” (SILVA, 1994, p. 48). Para aquele, “inconstitucional é toda lei que viola os preceitos constitucionais”, bem como o “não cumprimento de imposições constitucionais permanentes e concretas” (CANOTILHO, 1998, p. 878 e 967).

Abordado o conceito jurídico e considerando que o Direito não pode ser estudado fora dos fatos sociais, é mister entendermos a inconstitucionalidade também como fenômeno social. Nesse aspecto, inconstitucional nada mais é do que a inversão dos valores definidos como fundamentais para o convívio social harmônico.

Assim, tratar sobre inversão de valores faz supor a existência de valores iniciais (materializados na Lei Maior) e o surgimento (portanto posterior) de disposições legais incoerentes ou fora dos limites estabelecidos por esses valores prévios. Trata-se, neste caso, claramente de inconstitucionalidade.

Mas o homem, e conseqüentemente a sociedade, são dinâmicos, sendo perfeitamente possível – e aceitável, lógico e esperado – que a sociedade atualize seus valores, entendendo-os de forma diferente em algum momento.

Por este aspecto, qual seja, o da atualização dos valores sociais, temos a existência (portanto prévia) de valores já normatizados (materializados em leis infraconstitucionais) e a atualização dos valores da sociedade, alterados por força do juízo de conveniência que, na maioria dos casos, reflete o espírito de justiça que a sociedade almeja. Alterando-se os valores sociais, é necessário que haja nova materialização dos princípios fundamentais, sendo a Carta Política de 1988 a última expressão dos valores básicos da sociedade brasileira.

Nesse caso, como tratar o ordenamento que existia antes da promulgação da Constituição de 1988, considerando-se especialmente as disposições legais que estejam em desacordo com seus limites e sua matéria?

Dois problemas surgem com a superveniência de uma nova Constituição Federal: o primeiro e mais importante refere-se à aplicabilidade, ou seja, vigência e efeitos da lei

anterior; o segundo, de ordem prática, refere-se à reprodução (ato de refazer, editar novamente) de todo o ordenamento jurídico pátrio.

Para este segundo ponto, os operadores do Direito encontraram uma solução inteligente: criaram a teoria da recepção, segundo a qual as leis existentes continuam a ser adotadas (vigentes) no que forem compatíveis com a nova Constituição, o que evita o trabalho de se criar novamente toda a legislação infraconstitucional, dando validade ao que já estava positivado.

Formalmente, a recepção de uma norma já existente é imediata, ainda que o tipo da norma não represente mais a nova realidade normativa. Explica-se: se, por exemplo, a norma pré-existente for classificada como decreto-lei e, por força da nova ordem constitucional, a matéria de que trata for afeta à lei ordinária ou complementar, mantém-se o chamamento de decreto-lei, mas a norma passa a ser aplicada com força de lei ordinária (ou complementar), inclusive em relação ao trâmite nas casas legislativas, quórum para votação, etc.

O problema se verifica, em verdade, no aspecto material da norma, que diz respeito ao cerne da conduta proibida, obrigatória ou facultada. Para que a norma seja analisada frente a esse novo contexto, é preciso responder à seguinte pergunta: para o novo sistema, o que é proibido, obrigatório ou facultado? Essa análise é de fundamental importância para que se determine a aplicabilidade/validade da lei anterior.

Sobre isso, Pedro Lenza, em seu livro *Direito constitucional esquematizado* (2007, p. 125), entusiasma-se com o tema “direito intertemporal *lato sensu*”, que trata sobre a relação do Direito com passado, presente e futuro.

Nessa linha, o ilustre doutrinador cita Carlyle Popp e lança a pergunta “O que acontecerá com as normas infraconstitucionais elaboradas antes do advento da nova Constituição?”, respondendo-a em seguida:

Todas as normas que forem incompatíveis com a nova Constituição serão revogadas, por ausência de recepção. Vale dizer, a *contrario sensu*, a norma

infraconstitucional que não contrariar a nova ordem será recepcionada, podendo, inclusive, adquirir uma nova "roupagem". Como exemplo, lembramos o CTN (Código Tributário Nacional – Lei nº 5.172/66), que, embora tenha sido elaborado com *quorum* de lei ordinária, foi recepcionado pela nova ordem como lei complementar, sendo que os ditames que tratam sobre matérias previstas no art. 146, I, II e III, da CF só poderão ser alterados por lei complementar.

Pode-se afirmar, então, que, nos casos de normas infraconstitucionais produzidas antes da nova Constituição, incompatíveis com as novas regras, não se observará qualquer situação de inconstitucionalidade, mas, apenas, como vimos, de revogação da lei anterior pela nova Constituição, por falta de recepção.

Para ilustrar, colaciona à sua obra uma jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) apta a sedimentar a sua abordagem. *In verbis*:

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade – Impugnação de ato estatal editado anteriormente à vigência da CF/88 – Inconstitucionalidade superveniente – Inocorrência – Hipótese de revogação do ato hierarquicamente inferior por ausência de recepção – Impossibilidade de instauração do controle normativo abstrato – Ação direta não conhecida. A ação direta de inconstitucionalidade não se revela instrumento juridicamente idôneo ao exame da legitimidade constitucional de atos normativos do poder público que tenham sido editados em momento anterior ao da vigência da Constituição sob cuja égide foi instaurado o controle normativo abstrato. A fiscalização concentrada de constitucionalidade supõe a necessária existência de uma relação de contemporaneidade entre o ato estatal impugnado e a carta política sob cujo domínio normativo veio ele a ser editado. O entendimento de que leis

pré-constitucionais não se dispõem, vigente uma nova Constituição, à tutela jurisdicional de constitucionalidade *in abstracto* – orientação jurisprudencial já consagrada no regime anterior (RTJ 95/980 – 95/993 – 99/544) – foi reafirmado por esta Corte, em recentes pronunciamentos, na perspectiva da Carta Federal de 1988. A incompatibilidade vertical superveniente de atos do Poder Público, em face de um novo ordenamento constitucional, traduz hipótese de pura e simples revogação dessas espécies jurídicas, posto que lhe são hierarquicamente inferiores. O exame da revogação de leis ou atos normativos do Poder Público constitui matéria absolutamente estranha à função jurídico-processual da ação direta de inconstitucionalidade. (ADIQO-7/DF, DJ 4.9.92, p. 14087, Ement. vol. 01674-01, p. 1 – Min. Relator Celso de Mello)

Aproveitando o ensejo – e sendo este o momento ideal de aprofundar o tema proposto –, é equivocada a afirmativa de alguns estudiosos do Direito que defendem a inconstitucionalidade do artigo 366 do Código Eleitoral. Tecnicamente, indigitado artigo não é inconstitucional. Nem poderia ser. Pelo exposto e sendo notório que quando do surgimento da Carta Política de 1988 já existia no ordenamento jurídico brasileiro o Código Eleitoral, é impossível falar-se em inconstitucionalidade para as disposições eleitorais codificadas (Lei nº 4.737/65). Resta saber se o dispositivo normativo em questão foi recepcionado ou não pela Constituição de 1988 e se ele guarda relação harmônica com as normas correlatas posteriores.

Como dito anteriormente, a sociedade muda constantemente seus valores, anseios e necessidades e, conseqüentemente, suas leis. E isso não é (nem pode ser) diferente quando o assunto são as normas eleitorais.

No Brasil, a positivação eleitoral começou na época do Império, com a Lei Saraiva, escrita por Rui Barbosa, que tratou sobre o voto direto e secreto e ampliou o rol dos elegíveis e alistáveis, embora tenha vedado esse direito aos analfabetos.

Atualmente, esse direito é garantido aos não alfabetizados, embora lhes seja facultado. Com a Revolução de 1930, surgiu de fato a codificação nesta seara, em face da necessidade de se moralizar o processo eleitoral no Brasil por meio do combate à corrupção e à fraude.

Desde então, cinco códigos foram editados: 1) Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932, que criou a Justiça Eleitoral no âmbito da magistratura nacional, tendo o Tribunal Superior Eleitoral se instalado em 20 de maio de 1932; 2) Lei nº 48, de 4 de maio de 1935; 3) Decreto-lei nº 7.586, de 28 de maio de 1945, conhecido como Lei Agamenon Magalhães; 4) Lei nº 1.164, de 24 de julho de 1950 e 5) Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965, atualmente em vigor.

Surge, então, em 1988 (vinte e três anos depois), a Constituição Federal vigente – lei hierarquicamente superior ao Código Eleitoral – com potencial possibilidade de entrar em conflito com as normas que já existiam.

Sedimentando o já debatido, tem-se, com a Constituição de 1988, a instauração no Brasil de um novo ordenamento jurídico, o qual veio para substituir o anterior, que perdeu sua eficácia. Havendo compatibilidade entre as leis antiga e nova, esta é atraída por aquela, recebendo, assim, novo suporte de validade. Fica excluído do ordenamento, por óbvio, tudo aquilo que for incompatível com as novas disposições. Esses são, respectivamente, os fenômenos da recepção e da não recepção.

Vale frisar que a recepção de uma lei anterior é de fácil detecção quando ocorre de forma expressa, mas também pode ocorrer tacitamente nos casos em que há apenas harmonia e compatibilidade entre as normas, não havendo menção expressa no texto constitucional.

Como toda mudança normativa é reflexo da mudança dos valores sociais, esta lei nascente (Constituição Federal de 1988) e todas as leis surgidas posteriormente são reflexos, ainda que imperfeitos, dos novos anseios, conceitos e necessidades da sociedade brasileira, sendo obrigatório reconhecer que o que não está harmônico nem disposto/escrito não está aceito, logo, não tem eficácia.

A norma proibitiva contida no artigo 366 do Código Eleitoral tem a seguinte redação: “Os funcionários de qualquer órgão da Justiça Eleitoral não poderão pertencer a diretório de partido político ou exercer qualquer atividade partidária, sob pena de demissão”. Pergunta-se: o novo contexto normativo é harmônico com o preceito e/ou a sanção emanada pelo artigo em estudo? Ou seja: para o novo sistema, esse núcleo ainda é proibido e enseja a sanção proposta?

3 O artigo 366 do Código Eleitoral, a Constituição Federal de 1988 e a Lei Complementar nº 64/90 (com suas alterações posteriores)

Para efeitos práticos, impossibilitar que um servidor da Justiça Eleitoral pertença a diretório de partido político é, sem dúvida alguma, o mesmo que proibir sua filiação partidária e, por consequência direta, impedir uma possível candidatura, enquanto exista o vínculo entre o trabalhador e o órgão.

Quando se fala em candidatura, fala-se em capacidade eleitoral passiva (ou cidadania passiva), que é a capacidade que um cidadão tem de ser votado. Necessariamente, a tratativa recai também sobre as condições de elegibilidade. As constituições anteriores não previram as condições de elegibilidade, resumindo-se a enumerar os casos de inelegibilidade e inalistabilidade. Por sua vez, na Carta Política de 1988, tais condições foram elencadas em seu artigo 14, § 3º, havendo a previsão neste mesmo artigo, em seu § 9º, de que “lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação [...]”. Referida lei é a LC 64/90, recentemente alterada pela LC 135/2010. Reza o § 3º do artigo 14 que:

São condições de elegibilidade, na forma da lei: I – A nacionalidade brasileira; II – O pleno exercício dos direitos políticos; III – O alistamento eleitoral; IV – O domicílio eleitoral na circunscrição; V – A filiação partidária; VI – A idade mínima de [...] (original não grifado).

Assim, a aplicação do artigo 366 do Código Eleitoral impossibilita ao servidor da Justiça Eleitoral preencher os requisitos do pleno exercício dos direitos políticos e da filiação partidária, tornando-o inelegível, por regra.

Ocorre que essa injusta restrição a seus direitos políticos não encontra amparo no ordenamento jurídico vigente, uma vez que não há, como se pode ver, previsão alguma de inelegibilidade àqueles que prestam serviço à Justiça Eleitoral, não sendo prudente, pois, que se mantenha essa vedação nos dias atuais.

Ainda, a LC 64/90 traz o rol dos inelegíveis em seu artigo 1º, tendo como escopo:

[...] *proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta* (original não grifado).

E, tratando especificamente sobre o que interessa ao presente trabalho, a Lei das Inelegibilidades dispõe que são inelegíveis os que, servidores públicos, estatutários ou não, dos órgãos ou entidades da administração direta ou indireta da União, dos estados, do Distrito Federal, dos municípios e dos territórios, inclusive das fundações mantidas pelo poder público, não se afastarem até três meses antes do pleito, garantido o direito à percepção dos seus vencimentos integrais.

Ora, é de conhecimento geral que a LC 64/90 teve várias alterações produzidas em decorrência da recente publicação da LC 135/2010. No entanto, a parte que se refere à desincompatibilização dos servidores públicos permaneceu inalterada, não cuidando a LC 135 de incluir no rol dos inelegíveis os servidores da Justiça Eleitoral.

Como se percebe pela simples leitura do disposto sobre o assunto, o texto da lei não faz distinção alguma entre

a classe de servidores públicos, ou seja, não especificou que a desincompatibilização seria apenas para aqueles servidores não pertencentes à Justiça Eleitoral. Não há exceção alguma prevista e, se esta realmente tivesse que existir, estaria expressa na Constituição ou na legislação complementar pertinente, o que não se verifica.

O mais grave é que essa vedação do Código Eleitoral implica a perda dos direitos políticos do cidadão que labora para a Justiça Eleitoral, situação que perdura enquanto perdurar o seu vínculo com o órgão. Considerando que o vínculo pode ser rompido, voltando o servidor a ter a plenitude de seus direitos políticos restabelecida, a impressão que se tem é de que o termo correto/técnico para o caso seria suspensão – e não perda – dos direitos políticos.

Contudo, a análise recai sobre um artigo do Código Eleitoral aplicável tão somente aos servidores da Justiça Eleitoral, não sendo razoável considerar a quebra do vínculo. Por essa razão, ou seja, em face da necessidade de se considerar a aplicação do artigo 366 para servidores da Justiça Eleitoral, essa restrição é uma situação de privação definitiva para os funcionários desses órgãos especializados.

Digressões à parte, ter direitos políticos é ter a prerrogativa de interferir na vida pública de determinado país. Se o sujeito não pode participar do processo político de seu país, seja participando de convenções partidárias (com seu voto), seja lançando-se candidato, tem-se um caso claro e evidente de perda (privação definitiva) de direitos políticos, ainda que parcial (só passiva). Assim, esse sujeito não pode ser considerado um cidadão na plenitude do conceito.

E mais uma vez o artigo em questão mostra-se em situação de conflito com o texto constitucional, já que o artigo 15 da Lei Maior trata dos casos de perda ou suspensão de direitos políticos, não havendo menção alguma aos servidores vinculados a órgãos eleitorais:

Art. 15 É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se *dará* nos casos de:
I – cancelamento da naturalização por sentença

transitada em julgado; II – incapacidade civil absoluta; III – condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos; IV – recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII; V – improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º (original não grifado).

Está claro que a cassação de direitos políticos é vedada e que os casos excepcionais estão exaustivamente informados pela própria Carta Política de 1988, não encontrando o artigo 366 do Código Eleitoral respaldo constitucional para manter a sua eficácia. Uma vez que o rol deste artigo é taxativo, resta configurada – indubitavelmente – a revogação tácita do dispositivo normativo em estudo, pelo fenômeno da não recepção.

Há, ainda, outros artigos constitucionais facilitadores da percepção de que ocorreu o fenômeno da não recepção do artigo 366 do Código Eleitoral. Tal é o caso do artigo 38, que favorece a militância, a candidatura e o exercício de cargos políticos pelos servidores públicos em geral, sem apontar distinção alguma entre eles, ainda que em razão da especificidade de suas funções.

Também se pode mencionar a cabeça do artigo 5º, que traz a cláusula pétrea do princípio da isonomia, garantidor da igualdade de oportunidade de acesso aos cargos e funções públicas; ou o seu inciso VIII, segundo o qual “*ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política*” (original não grifado).

E, meramente por amor ao debate, vamos seguir demonstrando que o artigo 366 do Código Eleitoral igualmente não encontra respaldo nas normas infraconstitucionais que guardam relação com o tema, seja referente ao conteúdo/núcleo do artigo, seja à penalidade que dele emana.

4 O artigo 366 do Código Eleitoral e a Lei nº 8.112/90

Sendo a Justiça Eleitoral pertencente ao Poder Judiciário da União, a lei que regula o regime jurídico dos seus servidores (efetivos ou comissionados) é a Lei nº 8.112/90. Esta lei, dentre vários outros assuntos, trata sobre a punição dos servidores públicos civis da União naqueles casos em que sua conduta está em desacordo com os preceitos legais. Para que uma conduta seja julgada inadequada, deve ela se amoldar a um tipo específico, principalmente considerando a previsão de punição para as infrações.

Isso nada mais é do que Direito Disciplinar Punitivo, ao qual é inerente o princípio da tipicidade, que consiste na adequação da conduta de um sujeito ao preceito expresso na norma. Assim, considera-se fato típico aquele que se enquadra perfeitamente nos dizeres de determinado dispositivo normativo. Se a conduta não for exatamente aquela prevista abstratamente na norma ou se não houver no ordenamento normativo uma conduta que se amolde à praticada pelo sujeito, dizemos que o fato é atípico, ou seja, é um fato (uma conduta ou uma omissão) para o qual não existe previsão. Não havendo previsão, não há penalidade (princípio da legalidade).

Embora a lei em questão tenha adotado termos muito genéricos ao tratar das condutas indevidas, como “insubordinação grave”, “conduta escandalosa”, “procedimento irregular” – deixando para o aplicador da norma decidir se o caso em análise é considerado grave e lesivo ao interesse público, sendo a subjetividade, neste caso, de perigo peculiar –, o artigo 132 da Lei nº 8.112 adotou rol taxativo de condutas puníveis com a demissão, que é a penalidade máxima aplicável aos servidores. E é preciso perceber, por mais amplos e subjetivos que sejam os conceitos, que a pena de demissão se aplica apenas às condutas consideradas de grave lesão ao interesse público, não sendo razoável enquadrar a mera atividade política ou a filiação a diretório partidário por parte de servidores da Justiça Eleitoral como algo dessa natureza. Além disso, é sempre assegurado ao servidor, consoante a Constituição e o artigo 128 da Lei

nº 8.112, o devido processo, a ampla defesa, o contraditório e a consideração, na aplicação da penalidade, de fatores como a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provieram para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais.

Em sentido contrário está a penalidade emanada do artigo 366 do Código Eleitoral, que prevê demissão sumária para os funcionários de qualquer órgão da Justiça Eleitoral que venham a pertencer a diretório de partido político ou exercer qualquer atividade partidária sem respeito algum aos princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório, da razoabilidade e da proporcionalidade, haja vista ser a penalidade máxima um exagero para a conduta em questão.

Aliás, o princípio da proporcionalidade encontra-se inculcado no artigo 2º da lei que regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal (Lei nº 9.784/99), o que corrobora o entendimento da revogação do artigo 366 do Código Eleitoral pela legislação superveniente.

Diz o artigo 132 do regime jurídico dos servidores públicos da União:

Art. 132: A *demissão* será aplicada nos seguintes casos: I - crime contra a administração pública; II - abandono de cargo; III - inassiduidade habitual; IV - improbidade administrativa; V - incontinência pública e conduta escandalosa na repartição; VI - insubordinação grave em serviço; VII - ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem; VIII - aplicação irregular de dinheiros públicos; IX - revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo; X - lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional; XI - corrupção; XII - acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas; XIII - *transgressão dos incisos IX a XVI do art. 117* (sem grifo no original).

Por sua vez, assim dispõe o artigo 117, incisos de IX a XVI:

Art. 117: Ao servidor é proibido: [...] IX - valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública; X - participar de gerência ou administração de empresa privada, sociedade civil, salvo a participação nos conselhos de administração e fiscal de empresas ou entidades em que a União detenha, direta ou indiretamente, participação do capital social, sendo-lhe vedado exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário; XI - atuar, como procurador ou intermediário, junto a repartições públicas, salvo quando se tratar de benefícios previdenciários ou assistenciais de parentes até o segundo grau e de cônjuge ou companheiro; XII - receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições; XIII - aceitar comissão, emprego ou pensão de estado estrangeiro; XIV - praticar usura sob qualquer de suas formas; XV - proceder de forma desidiosa; XVI - utilizar pessoal ou recursos materiais da repartição em serviços ou atividades particulares [...].

Não está, entre as condutas puníveis com demissão, a do servidor da Justiça Eleitoral pertencer a diretório de partido político ou exercer qualquer atividade partidária. Tem-se aqui, pois, um caso evidente de atipicidade.

Ao contrário do que se aplica no Direito privado, impõe-se na esfera administrativa, que é ramo do Direito público, o estrito cumprimento e observância ao texto da lei (princípio constitucional da legalidade), sendo inadmissível, portanto, que os tribunais, em especial o Tribunal Superior Eleitoral, continuem aplicando o artigo 366 do Código Eleitoral, que não encontra sustentação ou harmonia alguma na legislação atual.

Observe-se o que dispõe a lei de introdução ao Código Civil Brasileiro (Decreto-lei nº 4.657/42), em seu artigo 2º:

Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

§ 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

Assim, sob esse aspecto – que diz respeito à revogação de lei antiga por lei nova naquilo em que se torna impossível a coexistência das duas normas por incompatibilidade –, o conflito entre o artigo em comento e a Lei nº 8.112 é de fácil solução, considerando que a lei nova (Lei nº 8.112) tratou da mesma matéria outrora tratada pela lei antiga (artigo 366 do Código Eleitoral), que, no caso, é a penalidade de demissão prevista para servidores públicos da União.

Forçoso reconhecer, pois, além da revogação de indigitado artigo por não recepção pela Constituição Federal, que revogado também se encontra pela Lei nº 8.112/90, conforme demonstrado, ou seja, pelo fato de lei nova revogar lei antiga naquilo em que são conflitantes.

E aqui cabe um adendo: ainda que se quisesse enquadrar o exercício da atividade partidária como conduta incompatível com o cargo dos servidores da Justiça Eleitoral (art. 117, XVIII, da Lei nº 8.112) – o que não é caso de demissão –, a desincompatibilização resolveria o problema para os que almejam cargo eletivo, não sendo objeto do presente artigo decidir o prazo ideal (de desincompatibilização) a ser adotado para os casos de ocupantes de cargos de confiança e/ou efetivos. A filiação seria exigida, assim, apenas após a desincompatibilização e tão somente para cumprir o requisito legal de elegibilidade, ficando o servidor obrigado a desfiliar-se como condição para retornar ao cargo.

Frise-se que esta não é a melhor solução, pois o que se pretende é concluir que a atividade político-partidária

(incluindo-se a filiação) é plenamente compatível com o exercício de cargo ou função no judiciário eleitoral, sendo inadmissível que os servidores permaneçam marginalizados das decisões políticas do país.

E aqui é oportuno mencionar que tal situação atinge frontalmente o princípio da igualdade, insculpido na Constituição Federal, sendo este mais um forte argumento para que se reveja a aplicabilidade do artigo em comento. A conduta de um servidor não pode se confundir com a sua consciência e o seu dever políticos. Devem ser punidos, sim, aqueles que venham a adotar postura inadequada, mas não aqueles que pretendem, conscientemente, mudar os rumos da história de sua nação.

5 Considerações finais

Entre os dias 19 e 21 de agosto de 2010, reuniu-se em Brasília o Colégio de Presidentes dos Tribunais Regionais Eleitorais, agraciados com a ilustre presença do atual presidente do Tribunal Superior Eleitoral, ministro Enrique Ricardo Lewandowski, resultando essa quinquagésima reunião ordinária no documento denominado Carta de Brasília. De acordo com a carta redigida, na qual se registraram os termos do que foi discutido durante o encontro, destaca-se o seguinte item:

[...] Vem o Colégio de Presidentes [...] (II) manifestar, oficialmente, perante a Comissão de Juristas criada para a elaboração do anteprojeto do novo código eleitoral, a preocupação dos Tribunais Regionais Eleitorais quanto às sugestões propostas para discussão, por seus membros, visando: (i) alterar-se composição dos Regionais, federalizando estas Cortes para atribuir a função jurisdicional eleitoral aos juízes federais; (ii) atribuir-se ao Poder Executivo competências de natureza administrativa da Justiça Eleitoral como a manutenção do cadastro eleitoral,

registro de candidatura, administração e distribuição da propaganda eleitoral dos partidos e do horário eleitoral gratuito; expedição de instruções e resoluções regulamentadoras da execução do Código Eleitoral e, por fim, a solução dos conflitos que encerrem matéria eleitoral-administrativa a outro Poder que não o Judiciário Eleitoral, desjudicializando a questão e, (iii) atribuição ao Poder Legislativo de competência para responder consultas relacionadas a questões de natureza eleitoral, porquanto, admitidas estas propostas restará evidenciado o franco esvaziamento da Justiça Eleitoral, além de permitir-se a absurda e repudiável hipótese do retorno ao estado anterior, vigente no princípio do século XX, quando o processo eleitoral era administrado sem o controle atual e de modo compartilhado entre as diversas esferas dos poderes constituídos.

Resta evidente a preocupação dos magistrados com o esvaziamento e até a possível extinção da Justiça Eleitoral no país e, por mais preocupante que realmente pareça, por trás dessa possibilidade já ventilada pela comissão de juristas responsáveis pela elaboração do novo Código Eleitoral está a verificação fática de que não é mais um anseio social – por não haver necessidade – que os servidores que prestam seus serviços na seara eleitoral abram mão de seus direitos políticos passivos. Isso porque, caso as atribuições eleitorais administrativas e jurídicas sejam distribuídas entre as diversas esferas dos poderes constituídos, não será possível aplicar a vedação do artigo 366 do Código Eleitoral aos servidores públicos, simplesmente pelo fato de não mais existir a especialização daqueles que venham a abraçar as tarefas eleitorais. Não havendo órgão especializado, insistir em aplicar o artigo em referência seria fazê-lo alcançar todos os servidores públicos e isso é mais inaceitável do que a situação atual para os servidores eleitorais.

Será impraticável criar uma previsão no novo Código Eleitoral que disponha sobre vedação à filiação e às atividades político-partidárias àquelas pessoas que ficarem na incumbência de preparar a logística das eleições e impulsionar/julgar os

seus processos, sob pena de toda a classe recusar lotação em qualquer dos setores que tenham essas atribuições. Além disso, a vedação não poderia ser específica aos detentores das atribuições relativas às eleições, uma vez que, mesmo aquele servidor que hoje exerce atividade no setor de transporte, pode futuramente vir a ser lotado em unidade responsável, por exemplo, pela logística dos pleitos. Impossível não constatar que caso esta vedação fosse tão importante na atual conjuntura; caso fosse de real necessidade para garantir a lisura do processo democrático de escolha dos candidatos, sequer se cogitaria a possibilidade de esvaziamento (e quiçá extinção) dessa justiça especializada.

Ora, as pessoas impossibilitadas de participarem da vida política de seu país não podem ser consideradas cidadãos plenos e não é razoável que abram mão de sua cidadania para servir à nação, permitindo que outras pessoas exerçam a sua cidadania por elas. Além disso, há um abismo entre ter convicções políticas, ser filiado, participar das demandas políticas do país e se comportar como um cabo eleitoral desse ou daquele partido ou candidato.

A solução, para aqueles que não têm interesse em concorrer a cargos eletivos, reside na mera exigência de que os servidores adotem uma conduta neutra, inclusive em relação à vestimenta e ao seu comportamento quando não estejam em serviço, bem como que se abstenham de participar de eventos como comícios, passeatas e carreatas. Note-se que proibir que um servidor vote em convenções partidárias é, indiscutivelmente, obrigar que o corpo de servidores da Justiça Eleitoral deixe outras pessoas escolherem por eles. Pessoas, muitas vezes, comprometidas unicamente com seus interesses pessoais.

Quanto aos servidores com pretensões de vida política, a solução anteriormente colocada seria somada à já prevista desincompatibilização, como também ocorre para todos os demais servidores públicos. Somente após a desincompatibilização e o início de sua licença para concorrer a cargo eletivo lhes seria lícito fazer propaganda e promover eventos políticos em geral, para que concorram com os outros candidatos em igualdade de oportunidades.

É fato que, na primeira fase da Justiça Eleitoral (de 1932 a 1937), era de suma importância que os servidores fossem neutros porque as eleições eram decididas com intimidação, violência e muita fraude. Cite-se, inclusive, que, para garantir lisura aos prélios, o magistrado Moisés Viana fez prevalecer nova ordem, confiando a agentes estatais imparciais as rédeas do processo eleitoral na época do governo provisório de Vargas. E isso lhe custou a própria vida. O processo eleitoral, desde então, passou por mudanças muito profundas. Hoje temos informatização e urna eletrônica. Naquela época, usavam-se cédulas de votação e contagem manual dos votos.

A partir de 1982, a informática foi lentamente sendo implementada no processo eleitoral. Primeiramente, houve a informatização dos processos de totalização de resultados. Depois, em 1986, veio o recadastramento nacional de eleitores e chegou-se, finalmente, ao voto eletrônico – inicialmente em cidades com mais de 200.000 eleitores (1996), depois em municípios com mais de 40.500 (1998) até ter atingido o país todo no pleito municipal de 2000. A partir de 2005, idealizou-se o recadastramento biométrico de eleitores, já sendo esta uma realidade de alguns municípios.

Em 2009, o Tribunal Superior Eleitoral, atendendo a um requerimento do Partido dos Trabalhadores e do Partido Democrático Trabalhista e considerando o interesse público do que foi pedido, lançou um desafio para que *hackers* executassem procedimentos (testes), visando confirmar a segurança do sistema eletrônico de votação, seja em relação à quebra do sigilo do voto ou à alteração dos resultados das urnas. As tentativas, porém, não lograram êxito, tendo sido ventilada possível hipótese de quebra do sigilo do voto, mas por mecanismos completamente inviáveis de se praticar na vida real. Isso tudo sem mencionar as tecnologias de assinatura digital, senhas pessoais, decodificação, publicidade, votação paralela, etc.

Não há, pois, como macular os resultados de uma eleição, não fazendo sentido aceitar que se continue aplicando a vedação contida no artigo 366 do Código Eleitoral.

Com tanta mudança e não sendo mais essa uma demanda da sociedade, é natural que as leis posteriores ao Código Eleitoral tenham abandonado esse preceito normativo, inclusive dispondo sobre o assunto de forma diversa. O fato é que, infelizmente, os nossos tribunais continuam a aplicá-lo, e mais sólida que toda essa argumentação é a sua já comprovada revogação (aspecto jurídico).

Não há explicação plausível para que o órgão máximo eleitoral continue afastando a revogação tácita do dispositivo objeto do presente estudo e, muito provavelmente, enquanto não houver uma lei que o revogue expressamente, essa restrição aos direitos políticos dos servidores da Justiça Eleitoral continuará sendo injustamente aplicada.

6 Conclusão

De acordo com o Código Eleitoral brasileiro, os servidores do judiciário eleitoral são proibidos de exercer qualquer atividade partidária, sob pena de demissão. Esta vedação, por via direta, implica perda parcial dos direitos políticos enquanto durar o vínculo do servidor com a Justiça Eleitoral, por impossibilitá-lo de preencher uma das condições de elegibilidade, qual seja a de filiação partidária.

Contudo, conforme demonstrado, a Constituição Federal em vigor e a Lei Complementar 64/90 não estabeleceram como inelegíveis os servidores da Justiça Eleitoral, sendo certo o entendimento de que o artigo 366 do Código Eleitoral não foi recepcionado pela Lei Maior. Ao ser promulgada, a nova Constituição alterou, de forma tácita, a norma do Código Eleitoral (anterior a ela), fartamente debatida no presente trabalho, admitindo, inclusive, em seu artigo 38, o exercício de mandato eletivo por servidor público em geral, sem fazer qualquer diferenciação entre eles.

Não há no novo ordenamento jurídico brasileiro, pois, qualquer proibição a esses servidores no que diz respeito a filiação partidária ou candidatura a cargos eletivos, restando

comprovado que a norma inculpada no artigo 366 do Código Eleitoral conflita com a Constituição Federal de 1988, a Lei Complementar nº 64/90, a Lei nº 8.112/90 e a Lei nº 9.784/99, sendo com estas incompatível e estando, portanto, revogada.

Assim, nada parece mais injusto, desnecessário e fora de todos os parâmetros de bom senso (hodiernamente falando) que tal vedação. E a indignação pela sua atual aplicabilidade é proporcionalmente inversa aos fundamentos que se usam para fazê-lo (aplicá-lo), já que as razões se norteiam, no embasamento do próprio Tribunal Superior Eleitoral, pelo escopo do artigo em preservar a moralidade que deve presidir os pleitos eleitorais, afastando possível favorecimento a determinado candidato.

Esta simples – e acima de tudo esvaziada – fundamentação é, no mínimo, de uma pobreza argumentativa gritante, principalmente considerando as peculiaridades do processo eleitoral brasileiro, plenamente informatizado e auditável, e a patente ocorrência do instituto da revogação para este artigo.

A proibição aos servidores da Justiça Eleitoral de exercerem atividades político-partidárias é tão descabida, desarrazoada e desproporcional que é imposta igualmente aos que não exercem a atividade-fim do órgão, aos que estão cedidos ou tenham sido requisitados por órgãos não pertencentes à Justiça Eleitoral especializada, aos que se encontram afastados de seus órgãos de origem pelos mais diversos motivos ou, ainda, aos que pretendam concorrer em unidade da federação diversa do seu domicílio profissional. Em poucas palavras, a vedação se estende inclusive àqueles que não teriam chance alguma de favorecimento ou, no máximo, as mesmas chances de todos os candidatos que não pertençam a órgão eleitoral.

E mais: referida proibição não tem o poder de eliminar a opinião política dos servidores que laboram para a Justiça Eleitoral, mesmo porque, se se pretende propiciar ou conseguir algum tipo de favorecimento em razão do cargo que ocupam ou das funções que exercem, não é a previsão abstrata da lei que vai impedir. Às infrações, as devidas penalidades!

E é essa aplicação cega e infundada que agride, na medida que não alcança o fim almejado em seus fundamentos, servindo, apenas, para impor restrições ao pleno exercício da cidadania dos servidores da Justiça Eleitoral.

Abrir mão da farta argumentação expendida em nome da suposta supremacia do princípio da moralidade para o caso em análise está muito aquém do que se espera dos nossos nobres e tão capazes ministros do Tribunal Superior Eleitoral.

Faz-se necessário, pois, que as casas legislativas regulamentem a questão, dando especial atenção aos projetos de lei que atualmente existem sobre o assunto, a fim de propiciar a estes servidores o direito de exercer plenamente a sua cidadania.

E como a revogação expressa do artigo 366 do Código Eleitoral é medida que se impõe (em face do não reconhecimento de sua revogação tácita pela maioria dos magistrados), resta a essa classe de servidores aguardar a boa vontade política de deputados e senadores, mantendo a esperança de que seja falsa a afirmativa de que “a consciência do povo daqui é o medo do povo de lá” (letra de música da banda Natiruts).

Referências

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Jurídica, 1996.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Atualizado por José Aguiar Dias. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. (Série Arquivos do Ministério da Justiça).

CÂNDIDO, Joel José. *Direito eleitoral brasileiro*. 10. ed. Bauru, SP: Edipro, 2002.

CANOTILHO, José J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Liv. Almedina, 1998.

COSTA, José Armando. *Teoria e prática do processo administrativo disciplinar*. Brasília: Jurídica, 1998.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Comentários ao código eleitoral*. São Paulo: Dialética, 2004.

JACQUES, Paulino. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 11. ed. São Paulo: Método, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2005.

MORAIS, Alexandre. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.

SEREJO, Paulo. *Conceito de inconstitucionalidade: fundamento de uma teoria concreta do controle de constitucionalidade*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_19/artigos/PauloSerejo_rev19.htm>. Acesso em: 8 nov. 2010.

SILVA, José A. da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Introdução ao estudo do direito: primeiras linhas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.