

## **A NORMA PROIBITIVA ENUNCIADA NO ARTIGO 366 DO CÓDIGO ELEITORAL FRENTE AO ATUAL ORDENAMENTO JURÍDICO**

**Raimundo Nonato Lima**

Analista Judiciário no Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Norte

SUMÁRIO: (I) Considerações preliminares. (II) A norma em análise frente à Lei nº 8.112/90 (Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União). (III) A norma frente à Lei nº 9.784/99 (Estabelece regras para o processo administrativo federal). (IV) O princípio constitucional da razoabilidade implícito na cláusula do devido processo legal. (V) Aspecto jurisprudencial. (VI) Conclusões.

### **I. Considerações preliminares.**

Cezar Roberto Bitencourt, citando Munhoz Neto, preleciona que “*nossa legislação não é mais a lei das Doze Tábuas, porém um arsenal que todo dia se renova e se aperfeiçoa, à medida que se aprimora o senso da necessidade civil*”.<sup>1</sup>

Em face dessa permanente necessidade de renovação, não por acaso, a produção de normas no território brasileiro tem sido historicamente farta e fecunda. Diuturnamente, enquanto novas leis são promulgadas outras, em desuso, são ab-rogadas ou derogadas, explícita ou implicitamente. Outras mais ainda têm sua ineficácia declarada em face de algum vício de inconstitucionalidade.

Os efeitos imediatos projetados a partir dessa profusão legislativa não se limitando à lei em si mesma, afetam, por extensão, toda a base da ciência jurídica, alcançando também os princípios que a informam. Como reflexos supervenientes e inafastáveis dessa multifária e desordenada criação de leis exsurge o que habitualmente passou a denominar-se conflito de normas.

Aludido conflito de normas, diferentemente de um conflito entre princípios, resulta sempre em uma antinomia, assim entendida como a situação de incompatibilidade entre as mesmas, que conduz à obrigatoriedade de exclusão de uma delas do ordenamento jurídico.

Referida exclusão ocorre fundamentalmente em função do ordenamento jurídico constituir-se de um *sistema harmônico*, de modo que a existência de reais contradições entre as diversas espécies de regras deve encontrar solução racional no próprio sistema com a eliminação de uma ou mais normas em discrepância.

Tendo em mira a existência desses conflitos pretende-se, no presente estudo, discorrer sobre o conteúdo normativo consubstanciado no art. 366 do Código Eleitoral Brasileiro (Lei nº 4.737/65), de cujo comando primário (*preceito*) e secundário (*sanção*) emana, a meu sentir, caráter antinômico em relação às premissas jurídicas norteadas pelas Leis nº 8.112/90 (Regime Jurídico Único dos Servidores Civis da União), nº 9.784/99 (Introdutora de regras de observância para o processo administrativo federal) e Constituição Federal.

Sob esse prisma, objetiva-se, no evoluir deste trabalho, imiscuir-se na face intrínseca da mencionada norma, precisamente, no particular aspecto exacerbador da sanção que preconiza, tendo por fundamento os diplomas legais acima referidos e decisões colhidas junto ao repertório jurisprudencial do Colendo Tribunal Superior Eleitoral.

### **II. A norma em análise frente à Lei nº 8.112/90 (Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União).**

Preceitua, pois, o dispositivo em comento, *in verbis*:

---

<sup>1</sup> Manual de Direito Penal, Parte Geral, p. 374.

**Art. 366.** *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.*

Aludido preceptivo, à evidência, sanciona com pena máxima de demissão os servidores dos diversos órgãos da Justiça Eleitoral que exerçam *qualquer atividade partidária* ou pertençam a *diretório de partido político*. Levando-se em consideração essa específica natureza sancionadora-disciplinar, tem repercussão direta no âmbito do Direito Administrativo precisamente no Direito Punitivo Disciplinar.

O Direito Punitivo Disciplinar, dentre outros cânones gerais a que deve obediência, atende também ao princípio da atipicidade que, por sinal, lhe é específico. Em face deste postulado, tendo como parâmetro grande parte dos delitos funcionais insertos na legislação regente (Lei nº 8.112/90), a tarefa-mor de classificar a conduta como lesiva e grave ao interesse público pertence, regra geral, ao discricionarismo da autoridade competente.

No âmbito criminal, como corolário do princípio da legalidade estrita, contrariamente, prevalece a tipicidade, portanto, a ação ou omissão deve ser antijurídica, mas também típica, portanto, corresponder à descrição, ao modelo de conduta prescrito na norma como infração penal.

Nesse particular, o Regime Jurídico dos Servidores Civis da União (Lei nº 8.112/90) foi pródigo ao regular as hipóteses de demissão no serviço público federal, vez que para a maioria das infrações ali capituladas deixou implícito em seu sistema disciplinar ampla margem de discricionariedade à autoridade para motivadamente fixar o enquadramento da conduta praticada. Será a autoridade julgadora, pois, que, ante a aferição pormenorizada da situação fática, decidirá, por exemplo, se a mesma enquadra-se ou não nos conceitos indeterminados de “*conduta escandalosa na repartição*”, “*incontinência pública*”, “*insubordinação grave em serviço*” ou “*procedimento irregular*”.

Por essa ótica, ao confrontar o comando do art. 366 da Lei nº 4.737/65 (Código Eleitoral), foco deste ensaio, com o mencionado regime jurídico dos servidores federais vê-se que aludida norma refoge da idéia de atipicidade atualmente recepcionada, de maneira bastante fértil, em sede de legislação e doutrina disciplinar.

Ao estabelecer generalizadamente que o exercício de “*qualquer atividade partidária*” acarretará a aplicação da pena demissória do serviço público ao servidor infringente e integrante do quadro da Justiça Eleitoral, ensejou citada regra óbice à utilização pela autoridade administrativa do postulado da atipicidade, que é inerente ao processo disciplinar, coarctando-lhe ponderável parcela do poder discricionário que lhe compete.

Sob a égide, pois, do sistema disciplinar preconizado na Lei nº 8.112/90, por expressa vinculação àquele princípio, a pena de expulsão do serviço público só se cogitará para aquelas hipóteses reconhecidamente *graves* ao interesse público visado pela Administração, assim entendidas e motivadas pela autoridade investida para o julgamento.

Em consonância com tal entendimento não será, pois, qualquer atitude de imoderação no ambiente de trabalho que irá implicar, por exemplo, o delito administrativo de “*incontinência pública*”, do mesmo modo, também não será todo comportamento impertinente praticado pelo servidor que propiciará o ilícito funcional “*procedimento irregular*” ou “*falta grave*” no serviço público.

No regime jurídico-administrativo federal as causas afetas à demissão vêm taxativamente relacionadas nos incisos de I a XIII do art. 132. O inciso XIII, remissivamente, exclui a aplicação da pena demissiva das infrações administrativas de menor potencial ofensivo praticadas pelos servidores públicos federais, conforme elenco relacionado nos incisos I a VIII e XVII a XIX do art. 117, para as quais haverá incidência da sanção levíssima de advertência (I a VIII e XIX do art. 117), e de suspensão (XVII e XVIII do art. 117), por força dos arts. 129 e 130, respectivamente.

Com vistas a se criar um clima de segurança e prestigiar as punições porventura necessárias, para a maior parte dos delitos funcionais ali sancionados, o critério da conveniência e oportunidade a ser deflagrado pela autoridade é que possibilitará a margem necessária para o enquadramento da falta praticada e aplicação da respectiva dosimetria da pena.

Isso ocorre porque a lei conferiu à Administração Pública o poder discricionário de levar em consideração, na escolha da pena, a correspondência entre a gravidade da infração praticada e as conseqüências que da mesma resultem para o interesse público (art. 128 da Norma Estatutária).

A hipótese de vedação de ato de filiação a partido político consumado por servidor integrante do quadro da Justiça Eleitoral, preconizada implicitamente pela norma em foco como atividade partidária, a teor do inciso XVIII do art. 117 do Regime Estatutário, não poderá ter outra natureza a não ser de ato apenas *inacumulável* com a função pública ali prestada.

Não se constituindo, a rigor, em atitude que venha causar sério ou grave prejuízo ao interesse público o caráter do qual se reveste não poderá desbordar para além da mera incompatibilidade ou inacumulabilidade, ficando, nos termos do dispositivo retro, por isso, imune à sanção administrativa máxima.

No plano jurídico do Regime Único dos Servidores Cíveis da União – art. 132, XIII e art. 117, XVIII –, ato de filiação partidária praticado por ocupante de cargo ou função na Justiça Eleitoral, alvo do art. 366 do Código Eleitoral, constitui-se em atividade apenas *incompatível* com o serviço prestado pela Justiça Eleitoral, ficando, assim, inócua a incidência da pena expulsiva para o servidor eventualmente infrator.

Prescrevem os artigos mencionados:

“Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos:”

“(...)”

“XIII – transgressão dos incisos IX a XVI do art. 117.”

“Art. 117. Ao servidor público é proibido:”

“(...)”

“XVIII – exercer quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho.”

Óbvio que o disposto contido no inciso XIII do art. 132 ao reportar-se ao art. 117 exclui expressamente do âmbito da demissão aquelas atividades incompatíveis exercidas pelos servidores federais detentores de cargo ou função na Administração Pública dos Poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário.

Inserido extensivamente dentro do conceito de *atividade político-partidária* mas, possuindo natureza apenas *incompatível* com o serviço desenvolvido na Justiça Eleitoral, especificamente, por força da interpretação sistêmica aplicada às regras suso transcritas, conclui-se que a prática do ato em causa pelos trabalhadores pertencentes à Justiça Eleitoral não deveria acarretar na pena extrema de demissão do serviço público.

Vislumbra-se, dessarte, a existência de um real conflito entre as regras veiculadas na Lei nº 8.112/90, de caráter especial, e a norma limitativa enunciada no art. 366 do Código Eleitoral, de natureza geral, implicando a revogação tácita deste.

Isso ocorre porque o ordenamento jurídico nacional sendo uno e harmônico, assim deve ser interpretado e aplicado sobretudo quando normas distintas e pertencentes ao mesmo sistema, em perfeita antinomia jurídica, incidem cumulativamente sobre o mesmo fato jurídico (sentido irrestrito).

A dar reforço a esse caráter de unicidade e de harmonia predominante no Direito Objetivo, a Lei de Introdução ao Código Civil, norma de aplicação geral, prescreve em seu art. 2º, § 1º que “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 (*lex posterior derogat priori*).

Perceptível, desde logo, que o Regime Jurídico dos Servidores Cíveis da União (Lei nº 8.112/90), lei posterior e de caráter especial, ao estabelecer regras atinentes às várias espécies de sanções administrativas aos servidores federais revogou, implicitamente, a norma consubstanciada no art. 366 da Lei nº 4.765/65 (Código Eleitoral), no particular aspecto da mesma proibir o exercício de *qualquer atividade partidária* e, por extensão, *ato de filiação* a partido político aos agentes públicos exercentes de cargo ou função no Poder Judiciário Eleitoral.

No tocante à existência de um critério determinante para solucionar-se os conflitos reais existentes entre normas de caráter especial e geral, cite-se, a propósito, ponto de vista esclarecedor de Vicente Ráo sobre o tema:

*“Não é pelo fato de ser especial que a lei nova revoga a lei antiga de natureza geral; e, reciprocamente, não é apenas por ser geral que a disposição superveniente revoga a disposição particular e anterior.*

*Para que a revogação se verifique, preciso é que a disposição nova, geral ou especial, altere explicitamente (revogação expressa) ou implicitamente (revogação tácita) a disposição antiga, referindo-se a esta, ou ao seu assunto, isto é, dispondo sobre a mesma matéria.*

*Se as disposições nova e antiga (gerais ou especiais) não forem incompatíveis, podendo prevalecer umas e outras, umas a ‘par’ de outras, não ocorrerá revogação alguma.*

*Quando, porém, a lei nova regular por inteiro a mesma matéria contemplada por lei ou leis anteriores, gerais ou particulares, visando substituir um sistema por outro, uma disciplina total por outra, então todas as leis anteriores sobre a mesma matéria devem considerar-se revogadas.”<sup>2</sup>*

### **III. A norma em análise frente à Lei n° 9.784/99 (Dispõe sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal).**

Conclusa a primeira parte, pertinente ao estudo do conflito existente entre o art. 366 do Código Eleitoral com o sistema disciplinar estatuído no Regime Jurídico dos Servidores Civis da União (Lei n° 8.112/90), necessário, nesta quadra, emitir manifestação, ainda que sumária, sobre o conteúdo jurídico da norma referida frente à Lei n° 9.784/99.

Preconizadora de medida punitiva restritiva (demissão) para ato de mínima repercussão ao interesse público, a regra em comento, com a ampliação que lhe emprestou a jurisprudência da mais alta Corte Eleitoral, apresenta-se com contornos de norma sem parâmetro e desproporcional, afrontadora dos princípios que regem o processo administrativo federal positivados na Lei n° 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

Aludida Lei, subsidiariamente aplicável ao processo disciplinar, prevê o princípio da proporcionalidade no art. 2º, *caput*, como um dos cânones a que se vincula a Administração Pública exigindo, no parágrafo único, inciso VI, do mesmo dispositivo “*adequação entre meios e fins, vedada à imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público*”.

Em citação a Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella di Pietro, aludindo ao referido diploma, ensina que embora o mesmo “*faça referência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, separadamente, na realidade, o segundo constitui um dos aspectos contidos no primeiro. Isto porque o princípio da razoabilidade, entre outras coisas, exige **proporcionalidade** entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar. E essa proporcionalidade deve ser medida não pelos critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns na sociedade em que vive; e não pode ser medida diante dos termos frios da lei, mas diante do caso concreto*”<sup>3</sup>. (grifo cfe. original)

À vista, assim, da nova ordem jurídica introduzida no ordenamento pátrio pelo diploma legal acima referido, tem-se que a regra consubstanciada no art. 366 do Código Eleitoral perdera sua vitalidade jurídica quando, com esboço no conceito *elástico* de atividade partidária, proíbe com sanção máxima de demissão ato de filiação a partido político praticado por servidores ocupantes de cargo ou função na Justiça Eleitoral.

É consenso sobretudo no meio doutrinário que não há princípio jurídico hierarquicamente superior ou inferior. A depender do interesse que estiver em causa, havendo aparente conflito poderá

<sup>2</sup> O Direito e a Vida dos Direitos, 4ª ed., Editora Revista dos Tribunais, p. 339.

<sup>3</sup> Direito Administrativo, 12ª ed., Atlas, p. 81.

um prevalecer com maior intensidade sobre outro, sem que isso se revele, preliminarmente, indução prévia de supremacia entre os mesmos.

Fora de controvérsia que a Administração Pública está jungida ao forçoso princípio da legalidade. Mas, por outro lado, não menos ainda incontroverso é que essa mesma Administração deve obediência a outros postulados igualmente retores da coisa pública, entre os quais, sobreleva-se, o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade expressamente previsto no art. 2º, *caput*, da Lei nº 9.784/99.

Para a hipótese legal abrigada no art. 366 do Código Eleitoral, há de ter-se em mira que não concorre interesse público de grande relevância que faça sobrepor o princípio da legalidade estrita sobre o da proporcionalidade. Patente a inofensividade do ato ou fato praticado em relação a esse interesse que é coletivo, deve predominar, para o efeito de imposição de sanção disciplinar, aquele postulado que melhor se alinhe aos fins sociais perseguidos pela norma incidente.

Na lição de *José Armando da Costa* a proporcionalidade é inerente ao direito punitivo porque *“radica o seu conteúdo na noção segundo a qual deve a sanção disciplinar guardar adequação à falta cometida. Tal princípio, mesmo que não esteja literalmente previsto no nosso ordenamento jurídico (atualmente existe previsão expressa no caput art. 2º da Lei nº 9.784/99), encontra-se nele integrado por força de compreensão lógica.”*<sup>4</sup>

Leciona o mesmo autor que *“as sanções disciplinares, para que se definam como legais e legítimas, deverão ser impostas em direta sintonia com o princípio da proporcionalidade, o qual orienta no sentido de que deve haver uma necessária correspondência entre a transgressão cometida e a pena a ser imposta”*.<sup>5</sup>

De se ressaltar que, se interpretada fora do rigor literal que agasalha, valendo dizer, de forma extensiva, o dispositivo em estudo poderá implicar a exposição de significado jurídico distinto do finalismo que lhe quis emprestar o legislador do Estatuto Eleitoral. A bem da melhor interpretação, deve ter-se como presente que o art. 366 do Código Eleitoral não veda expressamente ato de filiação a partido político por servidores integrantes da Justiça Eleitoral, mas somente o exercício *típico* da atividade política.

Tem-se, dessa forma, que qualquer interpretação extensiva que se pretenda oferecer à referida norma no sentido de criar impeditivo ao servidor da Justiça Eleitoral de livremente aderir, sob a forma de filiação, a uma agremiação política será um fator limitativo de cidadania que não se coaduna com as formas mais justas e hodiernas de interpretação admissíveis em direito.

#### **IV. O princípio constitucional da razoabilidade implícito na cláusula do devido processo legal.**

O dispositivo impugnado é manifestamente irrazoável, já se expendeu minuciosamente em notas acima. Resta, pois, em face dessa sua visível peculiaridade, confrontá-lo com o arcabouço normativo presente na Constituição Federal, precisamente, com o princípio da razoabilidade implícito na cláusula do devido processo legal.

A ordem constitucional em vigor ao prescrever através do art. 5º, inciso LIV, que *“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”*, explicitamente, consagrou o princípio do devido processo legal como um dos cânones a ser obedecido indistintamente.

Desenvolvido inicialmente com maior vigor no Direito Americano o *“due process of law”* encontra-se na atualidade bastante difundido pelo mundo. No Brasil, foi admitido em sua forma bipartida incidindo tanto na tutela do direito processual como do direito substancial.

Tendo em mira o fim específico colimado no presente trabalho, que é o de apreciar os elementos normativos intrínsecos consubstanciados no artigo 366 do Código Eleitoral interessará, ainda que de modo passageiro, trazer a lume a cláusula do devido processo legal, sob o prisma do postulado da razoabilidade.

<sup>4</sup> Teoria e prática do Processo Administrativo Disciplinar, 3ª ed., Jurídica, Brasília, p. 56.

<sup>5</sup> Ob. cit., p. 57.

Revelando a imprescindibilidade da referida cláusula no controle das leis, a doutrina do eminente Prof. Nelson Nery Júnior, com suficiência, esclarece que a mesma decorre da “*imperatividade de o legislativo produzir leis que satisfaçam o interesse público, traduzindo-se essa tarefa no princípio da razoabilidade das leis.*”<sup>6</sup>

O dispositivo *sub examine*, consoante já reiteradamente assentado neste estudo, contém em seu interior elementos normativos desproporcionais, que se furta à boa razão, merecendo, por isso, ser questionado e expungido do sistema jurídico, sob o fundamento de inconstitucionalidade.

De seu confronto com o princípio da razoabilidade ínsito na cláusula do devido processo legal, percebe-se, com ínfimo esforço, quão duvidosa é a constitucionalidade desse preceito.

Veiculando pena de demissão para o servidor integrante do quadro funcional da Justiça Eleitoral que exerça qualquer atividade partidária e, extensivamente, já na visão do Tribunal Superior Eleitoral, venha filiar-se a partido político, o dispositivo questionado apresenta-se excessivo na reprimenda que enuncia precisamente porque a hipótese legal que o mesmo alberga não fere, de forma ponderável, o interesse público primário.

A constatação dessa excessividade repressiva leva a inferência de que o legislador eleitoral não atentou ao elaborar a norma em apreço, como lhe permitiria, para relação de proporcionalidade entre a carga sancionatória que a mesma acarreta e o fim por ela colimado, em perceptível afronta ao princípio constitucional da razoabilidade.

Sob esse enfoque, considerando-se tal princípio como meio inafastável no efetivo controle das leis manifestamente irrazoáveis, finalmente, é de ter-se como absoluto que o preceito em menção apresenta-se irresistível a possível arguição de inconstitucionalidade.

#### IV. Aspecto jurisprudencial.

A excelsa Corte Eleitoral, apreciando a matéria teve oportunidade de proferir as decisões adiante descritas. Enquanto parte desses julgados prolatados inclui expressamente ato em causa no conceito de *exercício de atividade político-partidária* outros, entretanto, ao abordar o mesmo assunto silenciam, conforme refletem os arestos aqui destacados:

“*FUNCIONÁRIOS DA JUSTIÇA ELEITORAL. FILIAÇÃO PARTIDÁRIA. 1. ‘OS FUNCIONÁRIOS DE QUALQUER ÓRGÃO DA JUSTIÇA ELEITORAL NÃO PODERÃO PERTENCER A DIRETÓRIO DE PARTIDO POLÍTICO OU EXERCER ATIVIDADE PARTIDÁRIA, SOB PENA DE DEMISSÃO’.* (CÓD. ELEITORAL, ART. 366). *PRECEDENTES DO TSE. 2. NÃO SE LHES APLICA O QUE FICOU ESTABELECIDO NA CONSULTA N. 353 (RESOLUÇÃO N. 19.978, DE 25.9.97), QUANTO AOS MAGISTRADOS. SITUAÇÕES DIFERENTES. 3. CONSULTA A QUE SE DEU RESPOSTA NEGATIVA*”. (TSE, Consulta: Rel. Min. **Nilson Vital Naves**, Data da Decisão: 12/03/98).

“*FILIAÇÃO PARTIDÁRIA. IMPEDIMENTO. FUNCIONÁRIOS DA JUSTIÇA ELEITORAL. A FILIAÇÃO A PARTIDO POLÍTICO CARACTERIZA A ATIVIDADE POLÍTICO-PARTIDÁRIA VEDADA A FUNCIONÁRIO DA JUSTIÇA ELEITORAL, SOB PENA DE DEMISSÃO (CE, ART. 366). RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.*” (TSE, Recurso Especial: Rel. Min. **Romildo Bueno de Souza**, Data da Decisão: 11/03/89).

“*SERVIDOR DA JUSTIÇA ELEITORAL. ATIVIDADE PARTIDÁRIA. É VEDADO O EXERCÍCIO DE ATIVIDADE PARTIDÁRIA AO SERVIDOR DA JUSTIÇA ELEITORAL. PRECEDENTE: CONSULTA N. 12.566. CONSULTA RESPONDIDA NEGATIVAMENTE*”. (Recurso Especial: Rel. Min. **Paulo Roberto Saraiva da Costa Leite**, Data da Decisão: 26/08/97).

A regra proibitiva contida no art. 366 restringindo acentuadamente direitos, ao ser interpretada e aplicada, não deve ter seu conteúdo jurídico agravado ao limite de se criar uma relação direta de sinonímia entre “*filiação*” e “*exercício de atividade partidária*”, conceitos distintos em

<sup>6</sup> Princípios do Processo Civil na Constituição Federal, p. 37.

essência e não visualizados, sob o aspecto analógico, teleologicamente pelo legislador do Código Eleitoral.

Ato de filiação é atitude personalíssima de mera adesão a uma determinada agremiação política não amoldável necessariamente ao conceito de *ação partidária* (em sentido estrito), refletidor, na prática, do exercício *qualificado* ou *material* da atividade eminentemente política.

É máxima vigente e bastante difundida entre os estudiosos que toda regra legal restritiva de direitos, garantias ou franquias individuais, em geral, deve reger-se pelo seu significado literal não se colhendo admitir interpretação extensiva, a menos que essa ampliação possa resultar, de qualquer modo, em benefício ao eventual infrator.

A grande certeza a ser objetivada a essa altura é, pois, saber se um ato simples de filiação insere-se ou não no conceito restrito de atividade materialmente partidária, tendo em vista que esta, de modo finalístico, exige da pessoa filiada uma atitude efetiva de envolvimento com as ações programáticas da agremiação política a que se filia.

No ato volitivo de *filiação* aperfeiçoa-se, no máximo, um vínculo *formal* entre filiado e partido filiante, ao passo que para a caracterização do exercício da *atividade político-partidária* exige-se um *plus*, representado, em concreto, pela prática *típica* ou *material* dessa atividade, não ocorrente enquanto permanecer, de forma latente, o estado meramente filiativo.

Ademais, – repita-se –, a disciplina normativa preconizada no art. 366 do Código Eleitoral rigorosamente não veda filiação a partido político aos servidores integrantes da Justiça Eleitoral, mas somente a participação em diretório político e o exercício da atividade *tipicamente* partidária, constituindo-se qualquer óbice decorrente como efeito da interpretação ampliativa conferida ao mencionado preceptivo pela jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral.

Sob uma exegese estrita, o que se deflui do mandamento legal como conduta defesa ao servidor da Justiça Eleitoral é o exercício *material* da atividade inerente aos partidos políticos no qual, à evidência, não se insere à hipótese de simples filiação.

A meu modo de ver, no conceito *stricto sensu* de atividade partidária inserem-se apenas e tão-somente as ações imprescindíveis ao funcionamento e à própria sobrevivência dos partidos políticos sendo espécies, a título de exemplo, *a função de fiscal ou de delegado nos pleitos, o exercício de funções específicas em órgãos de direção, participação efetiva em campanhas que tenham em vista fins eleitorais ou partidários, o exercício da função parlamentar em suas diversas esferas*, entre outros atributos específicos.

Em que pese o entendimento, registre-se, do Colendo Tribunal Superior Eleitoral de inserir no conceito indeterminado de *atividade partidária* ato decorrente de filiação a partido, não há como refugir à expressividade da norma consubstanciada no art. 366 do Código Eleitoral: “*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*” (grifos acrescentados).

Assinale-se, porém, que o sistema jurídico (*lato sensu*) não se adstringe a um conjunto estanque de leis previamente elaboradas em um processo legislativo constitucionalmente instituído. Vai muito além para comportar, na área de sua abrangência, também estudos doutrinários, posições jurisprudenciais, bem como os princípios retores existentes na base do próprio ordenamento positivado.

Assim sendo, cabe ao intérprete ao manejar e reviver a norma através da interpretação e aplicação experimentar transformações para amoldá-la às novas realidades então surgidas, sob pena de incorrer em irreparáveis injustiças.

## V. Conclusões

As reflexões aqui sumariamente expendidas acerca da proibição ínsita no art. 366 do Código Eleitoral, permitem concluir que esse dispositivo se apresenta inaplicável no ordenamento jurídico, em face dos seguintes aspectos:

- a) ao estabelecer demissão para os servidores da Justiça Eleitoral que exerçam “*qualquer atividade partidária*” passa a conflitar integralmente com o princípio

da atipicidade, um dos postulados retores e específicos do processo administrativo disciplinar;

**b)** consoante demonstrado, ao preconizar sanção demissória para atividade partidária (filiação) cuja natureza é apenas *incompatível* com função pública exercida na Justiça Eleitoral, afronta mencionado preceito o sistema disciplinar estatuído na Lei nº 8.112/90 (Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União), especialmente, o disposto presente nos arts. 117, inciso XVIII e 132, inciso XIII;

**c)** preconizando mesma pena expulsiva do serviço público para os servidores da Justiça Eleitoral que venham filiar-se a partido político afigura-se, no tocante à dosimetria dessa sanção, conflitante com o princípio da razoabilidade *implícito* no sistema constitucional vigente, através da cláusula do devido processo legal, e da proporcionalidade *explícito* no art. 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, (norma reguladora do processo administrativo federal) aplicável, subsidiariamente, ao Direito Punitivo Disciplinar;

**d)** porque sob exegese estrita, a *ratio legis* da norma tem em mira apenas proibir a atividade partidária *típica* ou *material*, na qual, à evidência, não se insere a postura *formal* de mera filiação a partido político praticada por servidor pertencente à Justiça Eleitoral.

Ao fim, eram essas as breves considerações que se pretendia abordar neste estudo doutrinário, através do qual se objetivou apreciar o caráter antinômico difundido a partir da norma consubstanciada no art. 366 do Código Eleitoral, tendo por premissas básicas as disposições posteriores preconizadas pela Lei nº 8.112/90 (estabelecidora de normas atinentes aos servidores públicos da União), Lei nº 9.784/99 (disciplinadora do processo administrativo no âmbito federal) e na própria Constituição Federal.

### **Bibliografia**

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

**BITENCOURT, CEZAR ROBERTO.** Manual Direito Penal. Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

**CÓDIGO ELEITORAL.** Coordenação Maurício Antônio Ribeiro Lopes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

**CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.** 21ª ed.. São Paulo: Saraiva, 1999.

**COSTA, JOSÉ ARMANDO.** Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar. Brasília: Jurídica, 1998.

**DI PIETRO, MARIA SYLVIA ZANNELA.** Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2000.

**MEIRELLES, HELY LOPES.** Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1996.

**NERY JUNIOR, NELSON.** Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

**RÁO, VICENTE.** O Direito e a Vida dos Direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.



## LEGALIDADE E LEGITIMIDADE: DISTINÇÃO

**Edilson Alves de França,**  
*Procurador Regional Eleitoral e*  
*Professor da UFRN e UNP.*

### Introdução:

Não se faz dificultoso observar que as grandes questões políticas que têm tradicionalmente dividido os povos e provocado conflitos armados, além de acirradas lutas partidárias - *questões de forma de governo, de sucessão, de participação dos partidos na administração pública, de resolução dos problemas religiosos, administrativos, sociais, econômicos, etc* - vão cedendo espaço, quanto ao valor que representam para a segurança das nações, a um problema novo e de grave alcance prático.

Têm-se notado, portanto, que o espírito de reivindicação econômica que atualmente se expande, desde os sem-terras até setores representativos dos meios de produção, parece voltar-se contra a ordem pública dos Estados, talvez porque seja nela que se encontre o apoio das "**situações adquiridas**" e da forma atual de distribuição das riquezas. Diante dessa conjuntura, entre outras questões que possam defluir, desponta a necessidade de se esboçar o correto entendimento dos termos legitimidade e legalidade. E, para isso, nada como se aprofundar na análise distintiva que é feita pela doutrina entre os dois termos em referência. A similitude, ainda que parcial, é enfatizada, sobretudo, pelos doutrinadores italianos, conforme veremos mais adiante. Por seu turno, a melhor doutrina administrativa francesa, pouco preocupada com a expressão legitimidade, cuida apenas da legalidade, consoante se colhe de referências feitas por vários autores brasileiros.

Assimilando mal a posição francesa, no nosso meio jurídico, inclusive entre eméritos professores locais, há os que entendem que a discussão é acadêmica, bizantina e que não vale a pena considerá-la. Mas a diferença existe sim, em qualquer ramo do direito brasileiro e, principalmente no que tange ao poder estatal. Assim, aproveitando a oportunidade que nos é oferecida por essa prestigiosa revista, passamos a focar a questão, sob a ótica das correntes que identificam o verdadeiro significado do termo legitimidade, afastando-o da enganosa equiparação à legalidade.

### **Conceito de legalidade:**

Segundo leciona DE PLÁCIDO E SILVA<sup>(1)</sup>, derivando do latim, de **legalis**, legalidade significa e exprime a circunstância de coisa ou do ato "*que*

---

1. SILVA, De Plácido E. *Vocabulário jurídico*, 4. ed. São Paulo: Forense, 1975, v. 2, p. 920.

*se mostra dentro da ordem jurídica, ou é decorrente de preceitos de lei." Constitui-se, portanto, "...a ação exercida dentro de ordem jurídica, ou na conformidade das regras e solenidades prescritas em lei."*

Essa definição coincide, pelo que se pode colher, com o ensinamento de PEDRO NUNES<sup>(2)</sup> que explicita ser a legalidade a "*Qualidade do que é legal; conformidade com as normas jurídicas...*". Ambas as definições, com singularidade, prendem-se ao caráter latino da palavra (**legalitas, legalitatis**), exprimindo o sentido daquilo que é conforme à lei. Daí, razão ao emérito professor NELSON SALDANHA<sup>(3)</sup> ao asseverar que legalidade, derivando de **lex, legis**, desde sua etimologia, vincula-se a um sentido de correção. É seu o dizer posto no sentido de que "*O legal se apresenta, na própria representação do homem comum, como algo correspondente ao devido, ao correto, ao certo, ao aceitável.*"

Por seu turno, BOBBIO<sup>(4)</sup>, voltado para o contexto político, assevera ser a legalidade "*um atributo e um requisito do poder*", justificando, assim, o fato de referirmo-nos a um poder como legal, quando se age legalmente ou se tem presente a marca da legalidade, ou seja, "*...quando é exercido no âmbito ou de conformidade com leis estabelecidas ou pelo menos aceitas.*"

No mesmo passo, acresce o professor PAULO BONAVIDES<sup>(5)</sup> que "*A legalidade nos sistemas políticos exprime basicamente a observância das leis, isto é, o procedimento da autoridade em consonância estrita com o direito estabelecido.*" Reforça, assim, a concepção de que a palavra reflete a noção de que todo poder deve atuação consentânea com o regramento legal vigente.

---

2. NUNES, Pedro. *Dicionário de tecnologia jurídica*, 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1952, p. 524.

3. SALDANHA, Nelson. *Pequeno dicionário da teoria do direito e filosofia jurídica*, 1. ed. Porto Alegre: Fabris Editor, 1987, p. 167.

4. BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola, *Dicionário de política*. Tradução Carmem Varriale, 8. ed. Brasília: Editora UNB (s.d.), vol. 2, p. 674.

5. BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*, 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1986, p. 111.

Com relação a nossa doutrina administrativa, desponta a posição de CAIO TÁCITO<sup>(6)</sup> que, seguindo o pensar dos autores antes citados, assinala que *"a legalidade é a observância da lei, que vincula a manifestação de vontade do administrador, estabelecendo um nexó de causalidade entre o resultado do ato e a norma de direito."*

Referindo-se a duas circunstâncias que procura realçar, MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, citado por ODETE MEDAUAR<sup>(7)</sup>, leciona:

*"...constitui o princípio da legalidade uma condição fundamental limitadora do exercício do poder administrativo. Assume nos regimes jurídicos organizados e de proteção aos administrados dois aspectos fundamentais: a) de respeito à lei como ela é e naquilo que ela disser; b) de conter na atividade administrativa os possíveis excessos da Administração."*

No direito alienígena, as definições oferecidas não divergem da posição da doutrina brasileira, conforme se colhe de observação feita pela referida professora paulista<sup>(8)</sup>. **Verbis:**

*"Para Vedel "a legalidade é a qualidade do que é conforme à lei" (Droit Administratif, 1973, pág. 266). Indicando a legalidade como um dos aspectos essenciais do Direito administrativo francês, Paul-Francis Benoit afirma que "tanto as competências como as obrigações próprias da Administração são exercidas e assumidas de acordo com as regras gerais estabelecidas ou diretamente pela própria constituição, ou por leis e decretos segundo as modalidades previstas pela constituição; eis o que se denomina "princípio da legalidade", que domina toda a ação administrativa (Le Droit Administratif Français, 1968, pág. 77)."*

6. TÁCITO, Caio. *Curso de direito administrativo*, 2. ed. São Paulo: Forense, 1979, p. 165.

7. MEDAUAR, Odete. *Legalidade e legitimidade em direito administrativo*, Boletim de Direito Administrativo - ADV n° 3. São Paulo: COAD, p. 173-176, março. 1988.

8. Ibid. p. 172.

Novamente, com a reconhecida autoridade de sempre, NORBERTO BOBBIO<sup>9</sup>, sem divergir do que até aqui se disse, acresce que *"... entende-se por princípio de legalidade aquele pelo qual todos os organismos do Estado, isto é, todos os organismos que exercem poder público, devem atuar no âmbito das leis."* Ou, em outras palavras, traduz a noção de que todo poder estatal deverá atuar sempre de conformidade com as regras jurídicas vigentes."

Pelo que se pode concluir, é o Estado constitucional que viabiliza o princípio da legalidade, entendendo-se este, também, como a limitação imposta ao próprio Estado de não poder exigir que o cidadão proceda, senão com base na lei. Desse modo, a própria conduta estatal não há como refugir desse princípio de dupla significação, conforme o dizer do Prof. CELSO RIBEIRO BASTOS<sup>10</sup>, ao assim discorrer sobre o tema. **Verbis:**

*"A sua significação é dúplice. De um lado representa o marco avançado do Estado de Direito, que procura julgar os comportamentos, quer individuais, quer dos órgãos estatais, às normas jurídicas das quais as leis são a suprema expressão. De outro, o princípio da legalidade garante o particular contra os possíveis desmandos do Executivo e do próprio Judiciário. Instaura-se, em consequência, uma mecânica entre os poderes do Estado, da qual resulta ser lícito apenas a um deles, qual seja o Legislativo, obrigar os particulares.*

.....

*No fundo, portanto, o princípio da legalidade mais se aproxima de uma garantia constitucional do que de um direito individual, um bem da vida, mas assegura, ao particular, a prerrogativa de repelir as injunções que lhe sejam impostas por uma outra via que não seja a da lei."*

É sem divergir dessa idéia, portanto, que a nossa Carta Magna consagrou o princípio da legalidade, enunciado na garantia de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. É verdade que mencionada reserva legal se afigura mais marcante em alguns ramos

---

9. BOBBIO, Norberto, OB. CIT. P. 675.

10. BASTOS, Celso Ribeiro. *Dicionário de direito constitucional*, 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 93.

do direito do que em outros, entretanto, seja com o rigor do direito penal (art. 1º, do Código) ou do direito tributário, seja com o caráter de reserva absoluta de lei formal, como no direito administrativo, o fato é que o princípio da legalidade consagrado pela Constituição, constitui-se viga mestra do nosso ordenamento jurídico, voltada tanto aos comportamentos sociais como às atividades estatais, representando, como disse RUI BARBOSA<sup>(11)</sup>, "*o oxigênio da nossa atmosfera profissional*".

### **Conceito de legitimidade:**

Com a clarividência de sempre, num enfoque inicial, BOBBIO<sup>(12)</sup> refere-se a linguagem comum onde vislumbra dois significados para o termo legitimidade. Um genérico outro específico. No primeiro, releva o sentido de justiça ou de racionalidade, lembrando, como exemplo, a referência que se faz a legitimidade de uma decisão ou de uma atitude. No segundo, o significado específico, lembra o Estado como o ente mais presente no conceito do termo em referência.

É nesse contexto que o festejado mestre assevera:

*"...podemos definir Legitimidade como sendo um atributo do Estado, que consiste na presença, em uma parcela significativa da população, de um grau de consenso capaz de assegurar a obediência sem a necessidade de recorrer ao uso da força, a não ser em casos esporádicos. É por esta razão que todo o poder busca alcançar consenso, de maneira que seja reconhecido como legítimo, transformando a obediência em adesão. A crença na Legitimidade é pois, o elemento integrador na relação de poder que se verifica no âmbito do Estado."*

Por seu turno, com proficiência invulgar, PAULO BONAVIDES<sup>(13)</sup> leciona que a legitimidade, por ter sua concepção influenciada pelas crenças de um tempo que orientam a manifestação do consentimento e da obediência, pode ser conceituada como a legalidade acrescida de sua valoração.

11. BARBOSA, Rui. Discursos, orações e conferências, 1. ed. São Paulo: Livraria Editora Iracema Ltda, 1969, v. 1, p. 341.

12. BOBBIO, Norberto. ob. cit., p. 675.

13. BONAVIDES, Paulo. ob. cit., p. 115.

O sempre lembrado NELSON SALDANHA<sup>(14)</sup>, sem divergir do Professor PAULO BONAVIDES, assinala que o termo legitimidade abriga uma espécie de "ênfase qualitativa especial" no referencial ético que encerra. Diz o mestre pernambucano:

*"...Legitimar é, sob certo aspecto justificar: dar um fundamento a uma pretensão, uma opinião, uma relação. Seu sentido se acha frequentemente preso a um dado formal (pode por exemplo estar ligado ao da legalidade ou a algo equivalente), mas em princípio a exigência de legitimidade vai além, e aponta para um nível mais fundo. Assim, o **legítimo** pode ser o **verdadeiro** o **genuíno**, o **originário**, aludindo a uma qualificação específica, que abrange um plano normativo mas ultrapassa-o. Historicamente, todas as instituições contém em si suas próprias formas de legitimação, que as justificam e as ajudam a impor-se: Legitimação religiosa, ética, jurídica, etc."*

### **Síntese Distintiva:**

Com efeito, postas as definições de legalidade e legitimidade, afigura-se evidenciada a distinção entre os dois termos. De forma simples e objetiva poder-se-á repetir MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO<sup>(15)</sup> asseverando que *"legalidade é a situação ajustada ao direito positivo, enquanto legitimidade refere-se ao direito ideal ou sociologicamente definido, desobrigado de coincidência com o direito positivo. A conclusão, portanto, é aquela repetida por muitos: Nem sempre, ou nem tudo o que é legal é legítimo"*.

BOBBIO<sup>(16)</sup>, mais uma vez, depois de reconhecer que nem sempre a distinção dos termos se faz presente, lembra que a referência a legalidade deve ser feita quando se trata de exercício de poder, enquanto legitimidade refere-se a sua qualidade legal. Acresce, nesse passo, que *"...o poder legítimo é um poder cuja titulação se encontra alicerçada juridicamente; o poder legal é um poder que está sendo exercido de conformidade com as leis. O contrário de um poder legítimo é um poder de fato; O contrário de um poder legal é um poder arbitrário."*

---

14. SALDANHA, Nelson. ob. cit., p. 172.

15. FERREIRA, Manoel Gonçalves Filho. *Enciclopédia Saraiva de direito*, vol. 48, Verbete Legalidade, 1. ed. São Paulo: Saraiva, (s.d.), v. 2, p. 674.

16. BOBBIO, Norberto, ob.cit., v. 02, p. 674.

A respeito da distinção em comento, o Prof. PAULO BONAVIDES<sup>(17)</sup> alude a doutrina francesa mais moderna, esclarecendo que, quanto a legalidade e legitimidade dos governos, ela se distribui em três posições que são assim sintetizadas. **Verbis:**

*"...1) a legalidade é tão-somente questão de forma; a legitimidade, questão de fundo, substancial, relativa à consonância do poder com a opinião pública, de cujo apoio depende (Burdeau);*

*2) a legitimidade é noção ideológica, a legalidade, noção jurídica; do ponto de vista, porém, da ordem constitucional positiva as duas noções coincidem ou se confundem: "um governo é legal, conseqüentemente legítimo, sob o aspecto do direito, desde que se estabeleça de modo regular, conforme as regras da ordem estatutária nacional", a saber, ao instituir-se de acordo com a Constituição em vigor; caso porém venha a contrariar essas regras, que deverão presidir igualmente ao seu funcionamento, semelhante governo deixará de ser legal, perdendo também sua condição de legítimo;*

*3) legalidade é a conformação do governo com as disposições de um texto constitucional precedente, ao passo que a legitimidade significa a fiel observância dos princípios da nova ordem jurídica proclamada; a legalidade será assim um conceito formal, a legitimidade, um conceito material, de maneira que, segundo essa posição, um governo de fato far-se-á eventualmente legítimo se proceder segundo as regras por ele mesmo estabelecidas, fundamentando uma nova ordem política ou constitucional (Duverger)."*

Ainda no tocante a distinção aqui abordada, não se faz exaustivo repetir a advertência do Prof. JOSÉ AFONSO DA SILVA<sup>(18)</sup> ao lembrar D'ENTREVE na afirmação de que legalidade e legitimidade deixam de identificar-se a partir do momento em que se admite que uma ordem pode ser, ao mesmo tempo, legal e injusta.

17. BONAVIDES, Paulo, ob. cit. p. 118.

18. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 9<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros Editora, 1992, p. 371.



Segundo o mestre, a possibilidade de resgate do vínculo entre legalidade e legitimidade, somente será viável com o abandono da idéia *"puramente formal da legalidade"* para defini-la como *"a realização das condições necessárias para o desenvolvimento da dignidade humana"*, uma vez que o princípio da legalidade não cinge-se à exigência de que regras e decisões afigurem-se formalmente corretas. *"...Ele exige que elas sejam conformes a certos valores, a valores necessários "à existência de uma sociedade livre", tarefa exigida expressamente do estado brasileiro (art. 3º, I)."*

No âmbito do direito administrativo, ninguém melhor do que HELY LOPES MEIRELLES<sup>(19)</sup> para identificar a distinção entre legalidade e legitimidade. Segundo o saudoso professor, como princípio, a legalidade *"...significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso"*. Acresce o mestre do direito administrativo que *"Além de atender à legalidade, o ato do administrador público deve conformar-se com a moralidade e a finalidade administrativas para dar plena legitimidade à sua atuação. Administração legítima só é aquela que se reveste de legalidade e probidade administrativas, no sentido de que tanto atende às exigências da lei como se conforma com os preceitos da instituição pública."*

Diante do exposto, ainda que insistam alguns em ter a diferença entre legalidade e legitimidade como meramente acadêmica ou bizantina, afigura-se evidente a importância dessa distinção. Os significados dos dois termos são inconfundíveis. E se do ponto de vista histórico, podemos dizer que mencionada diferenciação não foi feita pelo direito romano, por exemplo, não menos correto é afirmar-se que desde 1815, como lembra PAULO BONAVIDES<sup>(20)</sup> a distinção fluiu do pensamento europeu, sobretudo quando acentuou-se *"...o antagonismo que a França monárquica passou a testemunhar entre a legitimidade histórica de uma dinastia restaurada e a legalidade vigente do código napoleônico."*

Como se pode concluir, seja do ponto de vista histórico ou filosófico, seja sob o enfoque sociológico ou jurídico, a distinção entre legalidade e legitimidade faz por merecer a análise que aqui se procurou fazer.

19. MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro, 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editora, 1995, p. 82.

20. BONAVIDES, Paulo. ob. cit., p. 113.