

**POTENCIALIDADE, GRAVIDADE E PROPORCIONALIDADE:
uma análise do art. 22, inciso XVI, da Lei Complementar n. 64/90**

*Rodrigo López Zilio**

RESUMO: Trata-se de artigo que analisa a nova sistemática da ação de investigação judicial eleitoral a partir das alterações promovidas pela LC 135/10 nos incisos XIV, XIV e XIV do art. 22 da LC 64/90. Introduce-se o tema com o estudo das condutas vedadas e do abuso de poder, traçando-se a diferenciação entre as representações específicas e as ações genéricas. A partir dessa bipartição, o texto avança para a distinção entre os conceitos de potencialidade e de proporcionalidade, bem como para o exame das condutas vedadas e da configuração do abuso de poder, trazendo à lume doutrina e precedentes jurisprudenciais do c. TSE. Aponta-se que uma das maiores – senão a mais importante – modificação trazida no corpo da LC n. 135/10 é a revivificação da ação de investigação judicial eleitoral, pois o novo diploma legal prevê que: “para a configuração do ato abusivo, não será considerada a potencialidade de o fato alterar o resultado da eleição, mas apenas a gravidade das circunstâncias que o caracterizam”. No entanto, a interpretação da nova disposição legal deve ser feita em cotejo com o bem jurídico tutelado pelas ações de abuso genérico, que é a legitimidade e normalidade das eleições. Conclui-se que o efeito constitutivo do abuso de poder (em sua concepção genérica) permanece caracterizado pela potencialidade lesiva, a qual, agora, tem suas feições delineadas, no caso concreto, pela gravidade das circunstâncias do ilícito, cabendo ao julgador, no enfrentamento da questão posta em litígio e com base na prova exposta em juízo, concluir pela ocorrência (ou não) do ilícito eleitoral.

1 INTRODUÇÃO

A Lei Complementar n. 135/10 (LC 135/10), também conhecida como Lei da Ficha Limpa, trouxe profundas e relevantes modificações no trato das inelegibilidades no Direito Brasileiro. Contudo, além das mudanças na restrição à capacidade eleitoral passiva, passou quase despercebida da sociedade brasileira, talvez, a mais robusta alteração concretizada pelo novo diploma legislativo: a revivificação da ação de investigação judicial eleitoral, dando nova ênfase punitiva aos atos de combate de abuso de poder praticados em detrimento do processo eleitoral.

Com efeito, a partir da edição da LC 135/10, torna-se possível, com a nova redação dada ao art. 22, inciso XIV, da Lei Complementar n. 64/90 (LC 64/90), a cassação do registro ou do diploma do candidato que tenha praticado, ou se beneficiado, de ato de abuso de poder,

* PROMOTOR DE JUSTIÇA NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. PALESTRANTE DE DIREITO ELEITORAL NA FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO, NA ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, NO CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO DA VERBO JURÍDICO E NO INSTITUTO DE DESENVOLVIMENTO CULTURAL. AUTOR DA OBRA “DIREITO ELEITORAL – NOÇÕES PRELIMINARES, ELEGIBILIDADE E INELEGIBILIDADE, PROCESSO ELEITORAL (DA CONVENÇÃO PARTIDÁRIA À PRESTAÇÃO DE CONTAS) E AÇÕES ELEITORAIS”. EDITORA VERBO JURÍDICO.

mesmo que a decisão seja proferida após a proclamação dos eleitos, havendo, por consequência, a revogação do inciso XV do mesmo artigo. No mesmo diploma legislativo, ainda, restou acrescentado o inciso XVI ao art. 22, o qual estabelece que “para a configuração do ato abusivo, não será considerada a potencialidade de o fato alterar o resultado da eleição, mas apenas a gravidade das circunstâncias que o caracterizam”.

Este, pois, o tema sob debate, já que, em uma primeira leitura, pode-se concluir como esvaziada toda a construção doutrinária e jurisprudencial para a configuração do ato abusivo, na medida em que o legislador estatui que “não será considerada a potencialidade de o fato alterar o resultado das eleições”, referindo-se apenas à “gravidade das circunstâncias” do ilícito. Assim, pois, se o julgador restringir-se a analisar o fato trazido à juízo com enfoque, apenas, na gravidade do ilícito, pode, inequivocamente, chegar à conclusão em descompasso com o estabelecido no ordenamento jurídico-constitucional.

Com efeito, da análise dos julgamentos levados à efeito pela Corte Superior Eleitoral, constata-se que os conceitos de potencialidade e proporcionalidade, por vezes, entrelaçam-se e fundem-se em uma definição única. Em verdade, a partir de uma avaliação criteriosa dos institutos de combate ao abuso de poder no processo eleitoral, verifica-se a plausibilidade de uma separação mais hermética dos conceitos de potencialidade e proporcionalidade, com diversidade de consequências jurídicas. Na mesma alheta, ainda, entende-se que o novo dispositivo legal trazido à lume pela LC n. 135/10, ao acrescentar o inciso XVI ao art. 22 da Lei das Inelegibilidades, harmoniza-se com o entendimento jurisprudencial dominante no próprio TSE.

2 CONDUTAS VEDADAS E ABUSO DE PODER: as representações específicas e as ações genéricas

Considerado o espectro das ações de apuração de abuso, cujo sancionamento importa em cassação do registro ou do diploma do candidato, pode-se vislumbrar uma subdivisão entre as ações genéricas e as representações específicas por descumprimento à Lei n. 9.504/97.

As ações genéricas têm como características: a) origem em diplomas normativos diversos (Código Eleitoral, Lei Complementar e Constituição Federal); b) a generalidade (ou seja, ausência de taxatividade); c) a possibilidade de responsabilização do candidato na condição de beneficiário do ato abuso (prescinde-se de perquirir o elemento subjetivo do

candidato); d) proteção de um bem jurídico comum (a normalidade e legitimidade do pleito), necessitando de prova da potencialidade lesiva do ato praticado para a procedência do pedido veiculado. São exemplos de ações genéricas: a ação de investigação judicial eleitoral (art. 22 LC n. 64/90), o recurso contra a expedição de diploma (art. 262, IV, CE) e a ação de impugnação ao mandato eletivo (art. 14, § 10, CF).

As representações específicas têm como características: a) origem em um diploma normativo comum (todas advêm do descumprimento da Lei n. 9.504/97); b) especificidade (adequação típica do fato); c) a responsabilidade do candidato, com exceção das condutas vedadas, encontra-se fundamentada na análise do elemento subjetivo; d) proteção a bens jurídicos diversos, sendo despidendo cogitar de prova de potencialidade lesiva de o ato afetar a lisura do pleito. São exemplos de representações específicas por descumprimento à Lei n. 9.504/97: a representação por captação ilícita de sufrágio (art. 41-A LE), a representação por condutas vedadas (arts. 73, 74, 75 e 77 LE) e a representação por captação e gastos ilícitos de recursos, para fins eleitorais (art. 30-A LE).

A partir dessa bipartição, pode-se avançar para a distinção entre os conceitos de potencialidade e proporcionalidade – conquanto ambas as expressões, de um modo ou de outro, guardem relação com a gravidade dos fatos narrados.

2.1 Condutas Vedadas¹ (Art. 73 da LE)

Como assentado outrora²,

[. . .] pode-se conceituar os atos de conduta vedada como espécies de abuso de poder político que se manifestam através do desvirtuamento dos recursos materiais (incisos I, II, IV e §10 do art. 73 da Lei n. 9.504/97), humanos (incisos III e V do art. 73 da Lei n. 9.504/97), financeiros (inciso VI, “a”, VII e VIII do art. 73 da Lei n. 9.504/97) e de comunicação (inciso VI, “b” e “c” do art. 73 da Lei n. 9.504/97) da Administração Pública (*lato sensu*).

Em verdade, as condutas vedadas submetem-se ao princípio da taxatividade ou legalidade estrita³, ou seja, necessitam de prova da adequação típica do ato praticado à norma

- 1 Todo o tópico de condutas vedadas, neste trabalho, é analisado exclusivamente com base no art. 73 da Lei n. 9.504/97, sem qualquer referência às demais condutas proscritas pelo legislador eleitoral (v.g., arts. 74, 75 e 77 LE), já que a diversidade de sancionamento acarreta, inequivocamente, a necessidade de tratamento diferenciado entre as respectivas vedações legais.
- 2 ZILIO, Rodrigo López. Direito Eleitoral: noções preliminares, elegibilidade e inelegibilidade, processo eleitoral (da convenção à prestação de contas) e ações eleitorais. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010. p. 500-501.
- 3 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral n. 24.795. Eleição 2004. Recurso Especial. Representação. Conduta vedada (art. 73, IV e VI, b, da Lei n. 9.504/97). Não configurada. Cassação do registro. Impossibilidade. Propaganda divulgada no horário eleitoral gratuito não se confunde com

prevista em abstrato no ordenamento jurídico. Em síntese, pois, somente se configura a conduta vedada caso devidamente comprovado que o fato se ajusta ao texto do conteúdo previsto pela lei eleitoral. Assim, é indispensável que a conduta do agente público, na dicção do art. 73, §1.º, da Lei n. 9.504/97, amolde-se ao comportamento abstratamente estabelecido como ilícito pelo legislador eleitoral.

Como consequência do bem jurídico tutelado – que é a isonomia entre os candidatos (art. 73, *caput*, da Lei n. 9.504/97) –, o entendimento prevalente é que basta, tão-só, a prática de uma conduta vedada para a caracterização do ilícito, afastando, a tese da necessidade da prova da potencialidade lesiva do ato interferir no resultado do pleito. É que o legislador elegeu determinados padrões de comportamento de conduta como inadequados aos agentes públicos e, assim, o malferimento a esses arquétipos comportamentais merece reprimenda *ope legis*.

No entanto, com o fito de evitar punição injusta ou desarrazoada, tem-se adotado o

propaganda institucional. Esta supõe o dispêndio de recursos públicos, autorizados por agentes (art. 73, § 1.º, da Lei n. 9.504/97). [. . .] *As condutas vedadas julgam-se objetivamente. Vale dizer, comprovada a prática do ato, incide a penalidade. As normas são rígidas. Pouco importa se o ato tem potencialidade para afetar o resultado do pleito. Em outras palavras, as chamadas condutas vedadas presumem comprometida a igualdade na competição, pela só comprovação da prática do ato. Exige-se, em consequência, a prévia descrição do tipo. A conduta deve corresponder ao tipo definido previamente. A falta de correspondência entre o ato e a hipótese descrita em lei poderá configurar uso indevido do poder de autoridade, que é vedado; não "conduta vedada", nos termos da Lei das Eleições. Recursos Especiais conhecidos, mas desprovidos.* Rel. Min. Luiz Carlos Lopes Madeira, Brasília, DF, 26 de outubro de 2004. **Tribunal Superior Eleitoral**, Brasília, DF, publicado em sessão, 27 out, 2004.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo de Instrumento n. 5.817. *Representação. Candidato a prefeito. Art. 73, IV, da Lei n. 9.504/97. Programa habitacional. Doação de lotes.* Decisão regional. Condenação. Alegação. Julgamento ultra petita. Não-configuração. Cassação. Registro ou diploma. Alegação. Hipótese de inelegibilidade. Improcedência. Precedentes. Conduta vedada. Configuração. Necessidade. Comprovação. Elementos. Ilícito eleitoral. 1. A delimitação da demanda não ocorre em função da fundamentação jurídica dada pela parte na inicial, mas sim pelos fatos postos à apreciação do julgador, além do que compete a este a tarefa de subsunção desses fatos à norma. 2. Conforme já assentado por esse Tribunal, "os limites do pedido são demarcados pela ratio petendi substancial, segundo os fatos imputados à parte" (Acórdãos n.s 3.066 e 3.363). 3. É pacífica a jurisprudência da Casa no sentido de que as sanções de cassação de registro de candidatura ou de diploma previstas em diversos dispositivos da Lei n. 9.504/97 (arts. 41-A, 73, 74, e 77) não implica inelegibilidade. 4. Em relação à condenação fundada no art. 73, IV, da Lei n. 9.504/97 aplica-se a regra do art. 257 do Código Eleitoral, que estabelece que "os recursos eleitorais não terão efeito suspensivo", resultando, portanto, a imediata execução da decisão. 5. Averiguada a necessidade de implementação das providências administrativas para adoção de programa social, mostra-se óbvia a necessidade de rapidez por parte do administrador público, em face da natureza da situação e ponderando, ainda, o advento das restrições impostas pela lei eleitoral, com a proximidade do pleito, não se podendo, simplesmente, por meio dessa circunstância, se inferir o intento eleitoral do candidato. 6. Um candidato em campanha normalmente é instado a se manifestar sobre determinado programa que implementou ou pretende implementar, sendo assim permitido que se manifeste sobre ele, não podendo daí concluir-se o indevido uso promocional a que se refere o art. 73, IV, da Lei n. 9.504/97. 7. *Com relação às condutas vedadas, é imprescindível que estejam provados todos os elementos descritos na hipótese de incidência do ilícito eleitoral para a imputação das severas sanções de cassação de registro ou de diploma.* 8. Para a configuração da infração ao art. 73, IV, da Lei n. 9.504/97 faz-se necessária a efetiva distribuição de bens e serviços de caráter social. Agravo de instrumento provido. Recurso especial conhecido e provido. *Liminar deferida na Medida cautelar por ora mantida.* Rel. Min. Carlos Eduardo Caputo Bastos, Brasília, DF, 16 de agosto de 2005. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, v. 1, p. 172, 16 set. 2005. (Grifos do autor)

princípio da proporcionalidade na aplicação das sanções, reservando-se a cassação do registro ou do diploma para atos que, efetivamente, demonstrem inequívoca gravosidade no processo eleitoral em curso. Se o fato não ostenta gravidade excessiva, reconhece-se a conduta vedada com a aplicação de sanção alternativa à cassação do registro ou diploma – seja a multa, suspensão da conduta ou exclusão dos recursos do fundo partidário. Neste norte, JAIRO GOMES⁴ observa que:

[. . .] o fato de uma conduta ser vedada a agente estatal não significa que sempre e necessariamente leve à cassação do diploma, pois nesta seara incide o princípio da proporcionalidade, pelo qual a sanção deve ser sempre ponderada em função da lesão perpetrada ao bem jurídico. Em tese, uma conduta vedada pode ser sancionada com multa, com a só determinação da cessação ou mesmo com a invalidação do ato impugnado.

De fato, atualmente, o TSE tem prestigiado entendimento de que:

[. . .] as condutas vedadas constituem infrações que o *caput* da Lei n. 9.504/97 da Lei das Eleições, expressamente, estabelece que são tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais, justificando, assim, as restrições impostas aos agentes públicos. A adoção do princípio da proporcionalidade, tendo em conta a gravidade da conduta, demonstra-se mais adequada para gradação e fixação das penalidades previstas nas hipóteses de condutas vedadas. Caracterizada a conduta vedada, a multa do § 4.º do art. 73 da Lei das Eleições é de aplicação impositiva, não havendo falar em princípio da insignificância, cabendo ao julgador, com base na conduta, estabelecer o *quantum* da multa que entender adequada ao caso concreto.⁵

Em suma, havendo adequação típica ocorrerá, de regra, o sancionamento respectivo, o qual deverá observar o princípio da proporcionalidade, ou seja, no caso concreto e com base na prova colhida na instrução processual, o juízo, sempre que possível, velará pela aplicação da sanção, mas com a proibição do excesso sancionatório. Dito de outro modo, a sanção a ser aplicada deve guardar razoabilidade com o ato praticado e com a quebra do bem jurídico tutelado; logo, sendo suficiente a imposição da multa para a reposição do *status* violado pela conduta vedada, é inadequada a cassação do registro ou do diploma do candidato.

Não há mais espaço, assim, para a teoria⁶ da reserva legal do possível na seara das condutas vedadas. Ou seja, havendo a comprovação de que o ato configura conduta vedada, necessária, no mínimo, a fixação de pena de multa – a qual, se não paga, impede a quitação

4 GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 515.

5 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 11.488. Representação. Art. 73, IV, da Lei n. 9.504/97. [. . .] Agravo regimental a que se nega provimento. Rel. Min. Arnaldo Versiani Leite Soares, Brasília, DF, 22 de outubro de 2009. In: **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, n. 226, , p. 28, 30 nov. 2009. Disponível em: <<http://inter03.tse.jus.br/sadJudDiarioDeJusticaConsulta/>>. Acesso em: 20 mar. 2012.

6 Em verdade, a tese da reserva legal do possível somente teria lugar se mantido o entendimento – ainda aplicável às hipóteses previstas nos arts. 74, 75 e 77 da Lei das Eleições – de que a potencialidade lesiva é elemento caracterizador das condutas vedadas.

eleitoral (art. 11, §§ 7.º e 8.º LE). Em síntese, o princípio da reserva legal proporcional, como proposto pelo Min. Gilmar Mendes⁷, equivale a reconhecer a aplicação do princípio da insignificância do Direito Eleitoral. No entanto, pela própria indisponibilidade dos interesses expostos em matéria eleitoral, no qual prevalece a tutela do interesse público de uma eleição sem máculas, é mínimo o espaço para discricionariedade do julgador. Assim, o reconhecimento da adequação típica tem por consectário lógico a fixação de apenamento – seja a aplicação da multa (em casos menos expressivos), seja a cassação do registro ou do diploma (em casos mais graves). A punição, no caso em tela, tem por base o desvalor da conduta praticada pelo agente público, ainda que o resultado visado não tenha sido, em sua plenitude, atingido.

In casu, ganha sobreleva a conduta, em contrariedade ao direito, praticada pelo agente público. Dito de outro modo, a censura recai sobre o comportamento humano contrário à lei das eleições, com prejuízo ao princípio da isonomia entre os candidatos. Registre-se, por necessário, que o legislador – ao catalogar as condutas proscritas aos agentes públicos – estabeleceu uma presunção de que as condutas vedadas aos agentes públicos, efetivamente, violam o princípio da igualdade entre os candidatos. É uma presunção objetiva de desigualdade que, reconhecida a incidência do suporte fático, tem como consequência a procedência do pedido veiculado na representação. Então, lícito concluir que, na percepção do legislador, não existe conduta vedada irrelevante, até mesmo porque se pune toda e qualquer conduta “tendente” a afetar a isonomia entre os candidatos. Por evidente que fatos rotundamente irrisórios ou extremamente insignificantes (v.g, uso de um papel para anotar um recado de realização de um comício) sequer têm adequação típica material e, pois, não são passíveis de configurar-se como conduta vedada. A ressalva, contudo, deve ser interpretada restritivamente e somente fatos de nenhuma relevância (ou relevância mínima) encontram albergue na ausência de adequação típica material. Na mesma direção é o escólio de JOSÉ JAIRO GOMES, quando assenta que:

[. . .] tendo em vista que o bem jurídico protegido é a igualdade no certame, a isonomia na disputa, não se exige que as condutas proibidas ostentem potencialidade para lesar as eleições ou desequilibrar o pleito [. . .]. O que se impõe para a perfeição da conduta vedada é que o evento considerado tenha aptidão para lesionar o bem jurídico protegido pelo tipo em foco, no caso, a **igualdade na disputa**, e não propriamente as eleições como um todo. Assim, não chega a configurar o ilícito em tela hipóteses

7 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 4.592. Propaganda institucional. Obra pública. Solenidade de descerramento de placa inaugural com nome do chefe do Executivo local. Ausência de violação ao art. 73, VI, “b”, da Lei n. 9.504/97. Proibições contidas na Lei Eleitoral devem ser entendidas no contexto de uma reserva legal proporcional, sob pena de violação a outros princípios constitucionais. Agravo desprovido. Rel. Min. Gimar Ferreira Mendes, Brasília, DF, 03 de novembro de 2005. In: **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, p. 142, 09 dez. 2005.

cerebrinas da lesão, bem como condutas absolutamente irrelevantes ou inócuas relativamente ao ferimento do bem jurídico salvaguardado.⁸

Concluindo que, em tais hipóteses, “embora possa haver tipicidade formal (no sentido de abstrata subsunção de uma conduta à regra ou tipo legal), não há necessária tipicidade material ou substancial”.⁹

Em regra, pois, havendo a conformação do ato praticado com uma das descrições típico-legais de conduta vedada (art. 73 LE), necessário o reconhecimento do ato proscrito pelo julgador, com a procedência do pedido formulado pelo autor da representação. O sancionamento a ser aplicado, no entanto, deve ter correspondência com a gravidade do ato praticado pelo agente público ou, ainda, com o benefício usufruído pelo titular de mandato eletivo (quando este não cometeu o ilícito). Assim, ao julgador incumbe verificar o ato praticado pelo agente público e as eventuais consequências na igualdade de condições para os pretendentes ao procedimento eletivo em curso, para, a partir de então, concluir pelo sancionamento mais adequado. É certo que se a conduta ostentar grau de lesividade mínimo, suficiente a imposição da pena pecuniária (art. 73, § 4.º, LE); havendo grau de lesividade média, possível a aplicação de sanção pecuniária e, em sendo o caso, a exclusão dos recursos do fundo partidário para o partido ou coligação beneficiado; reconhecido o grau máximo de lesividade, porém, possível a aplicação de todas as sanções abstratamente previstas, inclusive a cassação do registro ou do diploma. É, em suma, a adoção do princípio da proporcionalidade na fixação das sanções por atos de condutas vedadas.

A questão a ser dirimida é: em face a conduta praticada e suas consequências práticas no processo eleitoral em curso, qual a sanção adequada (ou suficiente) a ser aplicada no caso concreto? Trata-se, em verdade, da concreção do binômio lesividade-relevância jurídica do ato praticado em relação ao bem jurídico tutelado pela norma legal (isonomia entre os candidatos). A relevância jurídica é aferida tendo em vista o ato praticado em si mesmo, ao passo que a lesividade tem por diretriz a consequência do ato praticado em relação aos demais participantes do pleito.

No caso em tela, repita-se, a lesividade ou relevância jurídica do ato praticado deve ser cotejada com o bem jurídico tutelado – que é a isonomia entre os candidatos –, sendo despicienda a comparação do ato em relação ao processo eleitoral em curso como um todo. Neste sentido, extrai-se excerto do voto do Ministro Félix Fischer¹⁰, o qual obtempera que

8 GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 514

9 *Op. Cit.* p. 514.

10 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 27.896. Agravo Regimental. Conduta vedada. Eleições 2006. Ausência do requisito de potencialidade. Elemento subjetivo. Não interferência. Insignificância. Não incidência. Proporcionalidade. Fixação da pena. Recurso provido. 1. A configuração da prática de conduta vedada independe de potencialidade lesiva para influenciar o resultado do pleito, bastando a mera ocorrência dos atos proibidos para atrair as sanções da lei. Precedentes: Rel. Min.

[. . .] para o resguardo do bem jurídico em questão (igualdade da disputa), parece mais adequado averiguar a proporcionalidade (relevância jurídica) do ilícito praticado pelo candidato em vez da potencialidade de dano no pleito eleitoral. Deve-se, portanto, averiguar como o evento inquinado de ilicitude prejudicou a igualdade na disputa, não sendo indispensável que tenha maculado as eleições como um todo. Conforme a gravidade do fato, pode-se optar pela aplicação das penas de cassação do registro ou do diploma e/ou multa no valor de cinco a cem mil UFIRs.

Em outras palavras, o grau de lesividade da conduta vedada guarda pertinência e adequação com a igualdade de condições (ou o equilíbrio) entre os candidatos ao processo eleitoral em curso. Assim, *v.g.*, deve-se reconhecer – e punir – como conduta vedada se o ato, enquadrando-se em uma das hipóteses do art. 73 da Lei n. 9.504/97, influenciar na correlação de forças entre dois pretendentes ao pleito, ainda que não tenha afetado a lisura ou a normalidade das eleições (como um todo). Por exemplo, o uso de servidor público, em horário de expediente, atingindo a igualdade entre dois pretendentes a cargo do sistema proporcional (ainda que em posições intermediárias no quociente partidário) é suficiente, por si só, para se configurar como conduta vedada, ainda que incólume o processo eletivo como um todo. Neste ponto, aliás, perceptível a distinção: o cotejo da potencialidade deve ser aferido em um caráter objetivo, tendo por base o processo eletivo como um todo (ou seja, houve – ou não – mácula ao pleito, já que o bem jurídico é a normalidade ou lisura das eleições); o reconhecimento de uma conduta vedada é aferido tendo por diretriz a relação de igualdade na disputa entre os concorrentes ao pleito (caráter subjetivo ou personalíssimo – de candidato para candidato); havendo, por força do reconhecimento de uma conduta vedada, tratamento desigual entre dois quaisquer concorrentes, procede o pedido veiculado na representação, sendo a proporcionalidade critério de aplicação da sanção.

Reconhecida a possibilidade de proporcionalidade na aplicação das sanções previstas em lei por condutas vedadas, deve-se ponderar, igualmente, a viabilidade de dosagem da pena pecuniária, ainda que seja a única imposta pelo juízo. Com efeito, é possível seja adotado,

Arnaldo Versiani, AI 11.488, DJe 02.10.09; Rel. Min. Marcelo Ribeiro, AgReg no REsp 27.197, DJe 19.6.09; Rel. Min. Cármen Lúcia, REsp 26.838, DJe 16.9.09. 2. O elemento subjetivo com que as partes praticam a infração não interfere na incidência das sanções previstas nos arts. 73 a 78 da Lei n. 9.504/97. 3. O juízo de proporcionalidade incide apenas no momento da fixação da pena. As circunstâncias fáticas devem servir para mostrar a relevância jurídica do ato praticado pelo candidato, interferindo no juízo de proporcionalidade utilizado na fixação da pena. (Rel. Min. Marcelo Ribeiro, AI n. 11.352/MA, de 08.10.09; Rel. para acórdão Min. Carlos Ayres Britto, REspe n. 27.737/PI, DJ de 15.9.08). 4. No caso, não cabe falar em insignificância, pois, utilizados o e-mail eletrônico da Câmara Municipal, computadores e servidor para promover candidaturas. Tratando-se de episódio isolado provocado por erro do assessor e havendo o reembolso do erário é proporcional a aplicação de multa no valor de 5.000 UFIRs, penalidade mínima prevista. 5. Agravo regimental provido para conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, reformando o acórdão proferido pelo e. TRE/SP para reconhecer a prática da conduta vedada prevista no art. 73, I, II e III, da Lei n. 9.504/97, aplicando multa no valor de 5.000 UFIRs. Rel. Min. Joaquim Benedito Barbosa Gomes. Rel designado Min. Felix Fischer, Brasília, DF, 08 de outubro de 2009. In: **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, n. 218, p. 43, 18 nov. 2009. Disponível em: <<http://inter03.tse.jus.br/sadJudDiarioDeJusticaConsulta/>>. Acesso em: 20 mar. 2012.

ainda, o princípio da proporcionalidade na aplicação da pena de multa, mesmo que seja a única aplicada no caso concreto, não havendo, contudo, espaço para concreção da pena de multa abaixo do mínimo legal – já que restaria violado o princípio da legalidade. São critérios para a aplicação da pena de multa, *v.g.*, o número de condutas praticadas, o elemento subjetivo do agir do ofensor, o meio pelo qual a conduta foi praticada, a extensão do dano, o número de eleitores atingidos, a condição financeira do ofensor (ou seja, a capacidade de suportar o impacto financeiro da multa), a existência (ou não) de reparação do dano e o momento em que efetivada. *In casu*, havendo uma conjuntura de circunstâncias desfavoráveis ao agente público, viável ao julgador a aplicação da pena de multa acima do mínimo legal, mesmo que se trate do primeiro ato de conduta vedada praticada no curso do procedimento eletivo.

2.2 Abuso de poder

Se, eventualmente, o fato praticado não se caracteriza como conduta vedada, não significa – em absoluto – seja o ato lícito. Neste diapasão, não é demais consignar que o Direito Eleitoral tem como tônica a defesa do interesse difuso de toda a coletividade social em uma eleição limpa, sendo tradicional o prestígio das ações eleitorais que visam a combater os ilícitos eleitorais (*lato sensu*). Em verdade, a legislação eleitoral sempre demonstrou incansável interesse no combate aos atos de abuso de poder. FÁVILA RIBEIRO, desde antanho, já asseverava a necessidade de “banir a visão defeituosa do poder nos repositórios jurídicos, divisando-os apenas nos aparelhos estatais, descuroando, por compreensão deficitária, outras formas concretas de dominação, sem prevenções jurídicas em equivalentes proporções às causações abusivas”¹¹, alertando que “o caráter pluralista do poder não implica no isolamento para uma posição exclusivista de suas linhas específicas de atuação”¹² (p. 05). Assim, porque impossível a previsão em abstrato de toda a gama de ilicitude ocorrida no curso do processo eleitoral, que se espraia pelos campos público e privado, o legislador empregou expressões genéricas (*v.g.*, abuso de poder econômico, abuso de poder político), servindo-se de conceitos jurídicos indeterminados. JOSÉ JAIRO GOMES observa que:

[. . .] o conceito de abuso de poder é, em si, uno e indivisível. Trata-se de conceito fluido, indeterminado, que, na realidade fenomênica, pode assumir contornos diversos. Tais variações concretas decorrem de sua

11 RIBEIRO, Fávila. Abuso de poder no direito eleitoral. 2.ed. São Paulo: Forense, 1993. p.06.

12 *Op. Cit.* p. 05.

indeterminação *a priori*. Logo, em geral, somente as peculiaridades divisadas no caso concreto é que permitirão ao intérprete afirmar se esta ou aquela situação real configura ou não abuso.¹³

Em suma, a ocorrência de fatos no mundo dos fatos pode, por sua característica particular no caso concreto, revelar-se como abusiva ou ilícita e, por consequência, deverá haver a respectiva retorsão pelo ordenamento jurídico. É necessária, assim, a avaliação das circunstâncias fáticas do ato praticado para, a partir daí, concluir sobre a abusividade em relação ao processo eleitoral em curso. ÉMERSON GARCIA, na mesma alheta, observa que:

[. . .] especificamente no âmbito do procedimento eletivo, inexistem preceptivos normativos de ordem conceitual que permitam uma prévia visualização dos atos abusivos *in abstracto*. Assim, a identificação dos atos que consubstanciem abuso de poder econômico ou abuso de poder político será realizada a partir da análise dos princípios legais e constitucionais que regem a matéria.¹⁴

Concluindo que:

[. . .] consoante se depreende pela leitura do art. 14, § 9.º, da CR/88, a coibição dos atos abusivos tem como objetivo garantir a normalidade e legitimidade das eleições; logo, identificar-se-á o ato abusivo sempre que alguém, ao exercer seu direito, prejudicar o direito de igualdade de todos no pleito, afetando seu regular desenvolvimento e a imperiosa correlação que deve existir entre a vontade popular e o resultado das urnas.¹⁵

No entanto, porque as ações de abuso genérico protegem a normalidade das eleições, a jurisprudência tem sido convergente ao exigir a potencialidade lesiva de o ato de abuso afetar a lisura do pleito. Assim, somente resta configurado o abuso de poder (em sentido *lato*) quando, além da prova do ilícito praticado, houver elementos que indiquem o comprometimento da legitimidade da eleição. Em verdade, necessita-se a prova de que o comportamento abusivo apresenta magnitude ampla, comprometendo o normal andamento do processo eleitoral em curso, ou seja, do ilícito praticado advém força suficiente para causação de benefício de determinado candidato, com prejuízo – ainda que reflexo – aos demais contendores, havendo o desvirtuamento da vontade originária do eleitorado. Importante consignar, porém, que a prova da depreciação do pleito é realizada de acordo com o livre convencimento do julgador (art. 23 LC n. 64/90), sendo suficiente a comprovação da existência de elementos probatórios convergentes da quebra da normalidade do pleito. Não é necessária a prova irretorquível e unânime do malferimento da lisura da eleição; basta sejam carreados elementos, ainda que indiciários, mas majoritariamente convergentes, de que a

13 GOMES. *Op. Cit.* p. 441.

14 GARCIA, Emerson. **Abuso de poder nas eleições, meios de coibição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 15-16.

15 GARCIA. *Op. Cit.* p. 15-16.

eleição teve sua regularidade quebrada pelo ato abusivo praticado, com o benefício a determinado candidato. Neste norte, a potencialidade lesiva, apta a revelar quebra da normalidade e lisura do processo eleitoral, revela-se como elemento fundamental para a caracterização do ato de abuso de poder. Ou seja, a potencialidade lesiva é elemento constitutivo do ato de abuso de poder; daí a distinção da proporcionalidade – que é critério de aplicação de sanção, e não de constituição do abuso.

Como observado por ÉMERSON GARCIA:

[. . .] para que seja identificada a potencialidade do ato é despidianda a apresentação de cálculos aritméticos que venham a refletir diferença quantitativa de votos em favor de quem o praticou; ou mesmo a demonstração de causa e efeito entre o ato e o resultado do pleito. Pelo contrário, bastará que o ato, analisado em si e sob a ótica da conjuntura em que foi praticado, denote ser potencialmente daninho à legitimidade do pleito, sendo apto a influir sobre a vontade popular. Bastará, assim, que os motivos convergentes à configuração do abuso de poder superem os divergentes, dando azo à probabilidade de que o ato tenha prejudicado a normalidade do pleito. Desta forma, prebendas de nenhum ou de insignificante valor, inobstante ilícitas e imorais, não terão aptidão para deflagrar as medidas referidas.¹⁶

Após a exigência da prova de diferença aritmética de votos entre o candidato vencedor e o vencido, a jurisprudência evoluiu e, atualmente, tem consagrado o entendimento de que “o abuso do poder econômico exige, para a sua configuração, potencialidade lesiva da conduta, apta a influir no resultado do pleito”¹⁷, sendo certo, igualmente, que “o exame da potencialidade não se prende ao resultado das eleições. Importam os elementos que podem influir no transcurso normal e legítimo do processo eleitoral, sem necessária vinculação com resultado quantitativo”¹⁸. Correta a desvinculação entre o conceito de potencialidade lesiva e o

¹⁶ *Op. Cit.*, p. 18.

¹⁷ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Contra Expedição de Diploma n. 774. Recurso Contra Expedição de Diploma. Deputada Federal. Eleições de 2006. Abuso do Poder Econômico. Campanha Eleitoral. Arrecadação e Gastos Ilícitos de Recursos. Potencialidade Lesiva. Não comprovação. Desprovidimento. 1. O conjunto fático-probatório dos autos é insuficiente para comprovar o alegado abuso do poder econômico, consubstanciado no descumprimento dos dispositivos relativos à arrecadação e utilização de recursos de campanha eleitoral. 2. O abuso do poder econômico exige, para a sua configuração, potencialidade lesiva da conduta, apta a influir no resultado do pleito. 3. Recurso desprovido. Rel. Min. Marcelo Henrique Ribeiro de Oliveira, Brasília, DF, 18 de maio de 2010. In: **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, n. 192, p. 56, 05 out. 2010. Disponível em: <<http://inter03.tse.jus.br/sadJudDiarioDeJusticaConsulta/>>. Acesso em: 20 mar. 2012.

¹⁸ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Contra Expedição de Diploma n. 698. Recurso Contra Expedição de Diploma. Eleições 2006. Captação Ilícita de Sufrágio. Abuso de Poder Político e Econômico. Uso Indevido dos Meios de Comunicação. 1. O conhecimento do fato não é o marco inicial para a atuação da Justiça Eleitoral na apuração de abuso de poder político ou econômico, bem como do uso abusivo dos meios de comunicação, capazes de prejudicar a igualdade de oportunidades nas eleições e a livre manifestação da vontade política popular. O prazo para interposição do recurso contra expedição de diploma é de três dias contados da diplomação. (Precedentes: RCED 761, Rel. Min. Eros Grau, DJ 26.3.09; RCED 627/CE, Rel. Min. Luiz Carlos Madeira, DJ de 24.6.05; RO 725/GO, Rel. Min. Luiz Carlos Madeira, Rel. Designado Min. Caputo Bastos, DJ de 18.11.05). 2. Para que a petição inicial seja apta, é suficiente que descreva os fatos e leve ao conhecimento da Justiça Eleitoral eventual prática de ilícito eleitoral. A análise sobre a veracidade dos fatos configura matéria de mérito (AgRg no Ag nº 4.491/DF, Rel. Min. Luiz Carlos Madeira, DJ de

critério quantitativo do resultado do pleito, porque é possível a procedência da ação de investigação judicial eleitoral ainda antes do implemento da eleição – circunstância que permite se perquirir, em verdade, da potencialidade do ato de abuso em si mesmo, já que não é possível, de antemão, ter ciência do resultado de um pleito ainda não ocorrido.

30.9.05) (REspe n. 26.378/PR, de minha relatoria, DJ de 08.9.08). No caso, a exordial descreve fatos que configuram, em tese, abuso de poder e captação ilícita de sufrágio, os quais legitimam o ajuizamento de recurso contra expedição de diploma, nos termos do art. 262, IV, 222 e 237 do Código Eleitoral e do art. 41-A da Lei n. 9.504/97. 3. Não há abuso de poder no fato de o candidato à reeleição apresentar, em sua propaganda eleitoral, as realizações de seu governo, já que esta ferramenta é inerente ao próprio debate desenvolvido em referida propaganda (RP 1.098/DF, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ de 20.4.07). 4. No caso, a rede de televisão REDESAT não veiculou, no dia anterior ao do pleito, matéria favorável aos recorridos, depreciando a imagem dos recorrentes. O programa limitou-se a fazer críticas à administração municipal e às promessas realizadas e não cumpridas por parlamentares do Município de Araguaína. O único momento em que se menciona o nome de José Wilson Siqueira Campos então candidato do partido recorrente é quando o apresentador rebate algumas acusações que o próprio Siqueira Campos teria feito contra ele nos comícios nas cidades vizinhas a Araguaína. 5. Para que seja considerada antecipada a propaganda, ela deve levar ao conhecimento geral, ainda que de forma dissimulada, a candidatura, a ação política ou as razões que levem a inferir que o beneficiário seja o mais apto para a função pública. É preciso que, antes do período eleitoral, se inicie o trabalho de captação dos votos dos eleitores (AgRg no Ag 7.967/MS, Rel. Min. Marcelo Ribeiro, DJ de 1º.9.08; A-REspe 23.367/PI, de minha relatoria, DJ de 06.8.08). Na hipótese, verificou-se que, em algumas oportunidades, a propaganda institucional realmente se desnaturou, na mídia impressa e eletrônica (internet), em promoção pessoal do detentor do cargo público, dada a existência de nítida veiculação do nome do governador, já então, àquele tempo, notoriamente candidato. Observou-se a existência de promoção da imagem do recorrido: a) em algumas publicações na página da internet do governo do Estado sobre o programa Governo mais perto de você; b) em publicações na mídia impressa. 6. O exame da potencialidade não se prende ao resultado das eleições. Importam os elementos que podem influir no transcurso normal e legítimo do processo eleitoral, sem necessária vinculação com resultado quantitativo (RO n. 781, Rel. Min. Peçanha Martins, DJ de 24.9.04; RO 752/ES, Rel. Min. Fernando Neves, DJ de 06.8.04). No caso, a publicidade considerada irregular foi divulgada tanto pela mídia impressa quanto por entrevista realizada na televisão, em uma oportunidade. 7. A potencialidade da veiculação de publicidade ilegítima em mídia impressa e eletrônica (internet) somente fica evidenciada se comprovada sua grande monta, já que o acesso a esta qualidade de mídia depende do interesse do eleitor, diferentemente do que acontece com o rádio e a televisão (REspe 19.438/MA, Rel. Min. Fernando Neves, Rel. Designado Min. Luiz Carlos Madeira, DJ de 14.11.02; RO 725/GO, Rel. Min. Luiz Carlos Madeira, Rel. Designado Min. Caputo Bastos, DJ de 18.11.05). No caso, não é possível se extrair da prova dos autos a repercussão que as divulgações, consideradas promocionais, obtiveram no Estado de Tocantins. 8. A cassação do registro ou do mandato, com fundamento no art. 41-A da Lei n. 9.504, de 1997, só pode ocorrer quando existir prova robusta e incontestada da captação ilícita de sufrágio (REspe n. 25.535/PR, Rel. Min. José Delgado, DJ de 08.8.06). No caso, apesar de incontroverso o fato de que inúmeros cargos foram criados e diversos servidores nomeados para cargos comissionados, a prova dos autos não revela, com clareza, que tais atos foram praticados em troca de votos (captação ilícita de sufrágio). Ressalto, desde já, todavia, que tal afirmação não exclui a existência de abuso que pode ser revelada pelo fato de que as nomeações foram utilizadas para promoção do candidato, com prova de potencialidade (arts. 222 e 237 do Código Eleitoral e 22 da Lei Complementar n. 64/90). 9. À Justiça Eleitoral não cabe julgar a eventual prática de ato de improbidade. Compete a este c. Tribunal investigar, tão somente, a ocorrência de eventual interferência ilícita no pleito, seja política ou econômica, visando a beneficiar e fortalecer candidaturas (Rel. Min. Luiz Carlos Madeira, DJ de 18.11.05). 10. O abuso do poder político ocorre quando agentes públicos se valem da condição funcional para beneficiar candidaturas (desvio de finalidade), violando a normalidade e a legitimidade das eleições (Rel. Min. Luiz Carlos Madeira, AgRgRO 718/DF, DJ de 17.6.05; Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, REspe 25.074/RS, DJ de 28.10.05). 11. O art. 73, VI, a, da Lei n. 9.504/97 veda a transferência voluntária de recursos nos três meses que antecedem as eleições, exceto para as obras e serviços que estejam em andamento e com cronograma prefixado. No caso, não há prova de que os respectivos objetos não estavam efetivamente em execução na data de sua assinatura. 12. O c. Supremo

3 O INCISO XVI DO ART. 22 DA LC N. 64/90

Em síntese, resta assentado, com certa tranquilidade, a necessidade de prova da potencialidade lesiva de o ato de abuso afetar a lisura do pleito para a procedência de uma ação de combate ao abuso de genérico (v.g., AIJE, AIME, RCD). Justifica-se a exigência em face ao bem jurídico tutelado pelas ações genéricas de combate ao abuso de poder – que é a normalidade e legitimidade das eleições (art. 14, § 9.º, CF).

Dentro desse contexto veio a lume a Lei Complementar n. 135/10 – também conhecida como Lei da Ficha-Limpa –, diploma normativo que visa a imprimir uma maior eficácia no joiramento da capacidade eleitoral passiva, estabelecendo novo *standart* de inelegibilidade, a partir do conceito de vida pregressa por condenação advinda de órgão colegiado. No entanto, uma das maiores – senão a mais importante – modificação trazida no corpo da LC n. 135/10 é a revivificação da ação de investigação judicial eleitoral, já que cediço a crise de inefetividade então vivenciada pela ação de abuso prevista no art. 22 da Lei Complementar n. 64/90. De

Tribunal Federal, no julgamento da ADI n. 3.741/DF, de 06.8.06, rel. Min. Ricardo Lewandowski, assentou que a aplicabilidade imediata da Lei n. 11.300 não viola o princípio da anterioridade eleitoral, uma vez que suas normas não alteraram o processo eleitoral, mas estabeleceram regras de caráter eminentemente procedimental que visavam à promoção de maior equilíbrio entre os candidatos. No mesmo sentido, o e. TSE já se manifestou no AG 8.410, DJe de 16.6.09, Min. Joaquim Barbosa e no RESpe 28.433, de minha relatoria, DJe de 27.3.09, que é evidente que não há vício eleitoral na criação da Lei que instituiu o já comentado programa de facilitação de obtenção de CNHs para pessoas carentes. Todavia, a execução deste programa, em homenagem ao princípio da legalidade, deveria ter sido imediatamente interrompida após a edição da Lei n. 11.300/06. 13. O art. 73, V, da Lei n. 9.504/97 veda, nos três meses que antecedem ao pleito, as condutas de nomear, contratar ou, de qualquer forma, admitir, demitir sem justa causa, suprimir ou readaptar vantagens ou por outros meios dificultar ou impedir o exercício funcional e, ainda, *ex officio*, remover, transferir ou exonerar servidor público, na circunscrição do pleito [. . .], sua alínea a impõe ressalva quanto a nomeação ou exoneração de cargos em comissão e designação ou dispensa de funções de confiança. Entretanto, é necessário que se apure a existência de desvio de finalidade. No caso, por um lado, estes cargos comissionados foram criados por decreto, com atribuições que não se relacionavam a direção, chefia e assessoramento, em afronta ao disposto no art. 37, V, CR/88; por outro, os decretos que criaram estes cargos fundamentaram-se na Lei Estadual n. 1.124/00, sancionada pelo governador anterior, cuja inconstitucionalidade foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal apenas em 03.10.08 (ADIn 3.232, 3.390 e 3.983, fls. 10.886-10.911). Abuso de poder caracterizado com fundamento: a) no volume de nomeações e exonerações realizadas nos três meses que antecederam o pleito; b) na natureza das funções atribuídas aos cargos que não demandavam tamanha movimentação; c) na publicidade, com nítido caráter eleitoral de promoção da imagem dos recorridos, que foi vinculada a estas práticas por meio do programa Governo mais perto de você. 14. No caso, configurado abuso de poder pelos seguintes fatos: a) doação de 4.549 lotes às famílias inscritas no programa Taquari por meio do Decreto n. 2.749/2006 de 17.5.06 que regulamentou a Lei n. 1.685/06; b) doação de 632 lotes pelo Decreto n. 2.786 de 30.06.06 que regulamentou a Lei n. 1.698; c) doação de lote para o Grande Oriente do Estado de Tocantins por meio do Decreto n. 2.802, que regulamentou a Lei n. 1.702, de 29.6.06; d) doações de lotes autorizadas pela Lei n. 1.711 formalizada por meio do Decreto n. 2.810 de 13.6.06 e pela Lei n. 1.716 formalizada por meio do Decreto n. 2.809 de 13 de julho de 2006, fl. 687, anexo 143); e) 1.447 nomeações para cargos comissionados CAD, em desvio de finalidade, no período vedado (após 1º de julho de 2006); f) concessão de bens e serviços sem execução orçamentária no ano anterior (fotos, alimentos, cestas básicas, óculos, etc. em quantidades elevadíssimas) em 16 municípios, até 29 de junho de 2006, por meio de ações descentralizadas no Governo mais perto de você. 15. Verificada a nulidade de mais de 50% dos votos, realizam-se novas eleições, nos termos do art. 224 do Código Eleitoral. Recurso a que se dá provimento para cassar os diplomas dos recorridos. Rel. Min. Felix Fischer, Brasília, DF, 25 de junho de 2009. In: **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, n. 152, p. 28, 12 ago. 2009. Disponível em: <<http://inter03.tse.jus.br/sadJudDiarioDeJusticaConsulta/>>. Acesso em: 20 mar. 2012.

início, ainda, fundamental esclarecer que a norma contida no art. 22, inciso XVI, da Lei Complementar n. 64/90, acrescentado pela LC n. 135/10, tem aplicação restrita às ações genéricas de abuso de poder – quais sejam, a ação de investigação judicial eleitoral, o recurso contra a expedição do diploma (art. 262, IV, CE) e a ação de impugnação de mandato eletivo – sendo impertinente invocar o emprego do novo dispositivo às representações específicas por descumprimento à Lei das Eleições (representação por captação ilícita de sufrágio, condutas vedadas ou gastos e captação ilícitos para fins eleitorais), as quais visam a proteger bens jurídicos diversos da normalidade e legitimidade do pleito.

Conforme preconiza o inciso XVI do art. 22 da LC n. 64/90, com a redação dada pela LC n. 135/10, “para a configuração do ato abusivo, não será considerada a potencialidade de o fato alterar o resultado da eleição, mas apenas a gravidade das circunstâncias que o caracterizam”. O questionamento é se, a partir do novo dispositivo legal – que assevera a impossibilidade de se considerar “a potencialidade de o fato alterar o resultado da eleição” –, não é mais exigida prova de qualquer potencialidade de o ato de abuso afetar a lisura do pleito, já que o regramento dispõe a necessidade de se observar “a gravidade das circunstâncias” do ilícito.

Em uma primeira leitura, adstringindo-se a interpretação do dispositivo legal apenas à comprovação da gravidade do ilícito, poder-se-ia concluir que a compra de um único voto efetuado por candidato – por se constituir em fato reprovável – seria, *de per si*, suficiente para o acolhimento da pretensão veiculada na ação de investigação judicial eleitoral. Não procede, contudo, tal raciocínio jurídico. Se, de um lado, é verdadeira a assertiva de que a compra de voto é fato rotundamente condenável, não é possível concluir que basta a prova de que foi comprado um único voto para a procedência de uma ação genérica de combate ao abuso de poder. Não é demais consignar, *in casu*, que sobreleva a necessidade imperiosa de se observar o bem jurídico tutelado pela norma e, a partir daí, perquirir sobre a matéria probatória exposta à cognição.

Embora sedutor o argumento de que a nova redação dada ao art. 22, inciso XVI, da Lei Complementar n. 64/90 afasta a exigência da potencialidade lesiva de afetar a lisura do pleito – até mesmo porque a nomenclatura adotada pelo legislador assim, aparentemente, sugere –, a tese esgrimida encontra óbice intransponível que é o necessário cotejo com o bem jurídico tutelado. Com efeito, se o bem jurídico tutelado pelas ações de abuso genérico – que é a legitimidade e normalidade das eleições – permanece inalterado ainda após a vigência do novo diploma legislativo (art. 22, XVI, LC n. 64/90) e porque a norma preconizada tem *status* constitucional (art. 14, § 9.º, CF) a resposta parece inequivocamente positiva, parece lógico

concluir que o efeito constitutivo do abuso de poder (em sua concepção genérica) permanece caracterizado pela potencialidade lesiva, a qual, agora, tem suas feições delineadas, no caso concreto, pela gravidade das circunstâncias do ilícito.

No mesmo toar, ainda, o fato de o novo diploma legal asseverar que “para a configuração do ato abusivo, não será considerada a potencialidade de o fato alterar o resultado da eleição” não induz – ao contrário do que possa parecer – à conclusão de que, atualmente, o conceito de potencialidade lesiva resta superado pela gravidade das circunstâncias. Em verdade, a nova regra, apenas, desvincula a configuração do abuso de poder (em sua concepção genérica) do critério exclusivamente quantitativo – que é o resultado do pleito –, até mesmo porque a ação de investigação judicial eleitoral pode ser julgada antes do pleito, tanto que prevista a sanção de cassação do registro do candidato beneficiado, e, nesta hipótese específica (de procedência da AIJE antes da eleição), parece evidenciado que houve o reconhecimento do ato abusivo.

Em verdade, como aventado outrora¹⁹, ainda a partir do novo diploma legal previsto no art. 22, inciso XVI, da Lei Complementar n. 64/90, acrescentado pela Lei Complementar n. 135/10:

[. . .] para a configuração da potencialidade do ato de abuso deverá ser considerada, pelo julgador, a gravidade das circunstâncias dos fatos praticados, sendo despiciendo qualquer cotejo com a alteração do resultado da eleição. Com efeito, constata-se que a regra inserta no inciso XVI traz segurança jurídica, na medida em que afasta, de modo definitivo, a tese – inicialmente adotada pelo TSE – da necessidade de o ato de abuso ter relação direta com a alteração do resultado do pleito. Ou seja, dito de outro modo, não é mais necessário e é vedada a utilização de cálculos aritméticos sobre a alteração concreta do resultado da eleição para que reste configurado o abuso de poder.

No caso em tela, deve-se ponderar que a caracterização do abuso de poder será delineada pela gravidade das circunstâncias do ato lesivo, ou seja, a gravidade das circunstâncias do ilícito praticado consiste na diretriz para a configuração do ato abusivo, permanecendo “hígidos os critérios já adotados usualmente pelo TSE”²⁰. Em apertada síntese, o ato abusivo somente resta caracterizado quando houver o rompimento do bem jurídico tutelado pela norma eleitoral (normalidade e legitimidade do pleito), configurando-se o elemento constitutivo do ilícito seja com o reconhecimento da potencialidade lesiva – como, desde sempre, assentado pela jurisprudência do TSE – seja com o reconhecimento da gravidade das circunstâncias – como definido pela nova regra exposta pelo art. 22, inciso XVI, da LC n. 64/90. Ambas as expressões – potencialidade lesiva e gravidade das

19 ZILIO. *Op. Cit.* p. 624.

20 ZILIO. *Op. Cit.* p. 625.

circunstâncias –, em suma, revelam-se como elementos caracterizadores do ilícito, daí que se demonstra estéril a discussão semântica das nomenclaturas adotadas, porque, no fundo, as duas denotam um mesmo e unívoco conceito, já que o que importa, em verdade, é a violação ao bem jurídico protegido pelas ações de abuso genérico.

No ponto, não é demais consignar que a gravidade das circunstâncias (ou a potencialidade lesiva) – que é o elemento constitutivo do ilícito – deve ser obrigatoriamente cotejada com o bem jurídico tutelado pelas ações genéricas de abuso de poder, ou seja, deve ser delineada a partir de um confronto com a normalidade e lisura do pleito. Portanto, a diretriz para a configuração do abuso de poder não é a gravidade do ato considerada em si mesma, já que tal assertiva levaria à conclusão de que a compra de um único voto conduz à procedência de uma ação de investigação judicial eleitoral, o que é inadmissível em face à sistemática adotada pelas ações eleitorais – que prevê o manuseio de determinadas ações eleitorais para obtenção de provimentos jurisdicionais específicos, com a existência concomitante das representações por descumprimento à Lei das Eleições com as ações de abuso genérico e a proteção de bens jurídicos diversificados na esfera especializada. O entendimento de que a gravidade das circunstâncias do ilícito pode ser aferida sem o exame da transgressão da normalidade do pleito, ainda, subverte toda a lógica jurídica delineada pelas ações eleitorais *lato sensu*, na medida em que a proteção do bem jurídico tutelado pelas ações de combate ao abuso genérico, por força de dicção constitucional (art. 14, § 9.º, da Constituição Federal), é a lisura do pleito. Neste passo, não parece lógico seja sublevado o processo hermenêutico de interpretação das normas, com a sobreposição de um preceito infraconstitucional, ainda com caráter de lei complementar (art. 22, XVI, LC n. 64/90), a uma regra com *status* constitucional (art. 14, § 9.º, CF). *In casu*, pois, fundamentalmente, importa que a gravidade das circunstâncias do ato tenha força suficiente para afetar a lisura do pleito – sem qualquer necessidade de aferição do ilícito com o efetivo resultado da eleição.

Assentado que o elemento constitutivo do abuso de poder, na dicção dada pelo art. 22, XVI, da Lei Complementar n. 64/90, é a gravidade das circunstâncias de o ilícito afetar a legitimidade e a normalidade do pleito, necessário traçar diretrizes concretas para o julgador concluir pela procedência de uma ação de investigação judicial eleitoral, recurso contra a expedição do diploma (art. 262, IV, CE) ou ação de impugnação ao mandato eletivo. Como referido outrora, mantidos os critérios já usualmente adotados pelo TSE, para a configuração do abuso de poder é:

[. . .] relevante perquirir, por exemplo, como circunstâncias do fato, o momento em que o ilícito foi praticado – na medida em que a maior proximidade da eleição traz maior lesividade ao ato, porque a possibilidade

de reversão do prejuízo é consideravelmente menor –, o meio pelo qual o ilícito foi praticado (v.g., a repercussão diversa dos meios de comunicação social), a hipossuficiência econômica do eleitor – que tende ao voto de gratidão –, a condição cultural do eleitor – que importa em maior dificuldade de compreensão dos fatos expostos, com a ausência de um juízo crítico mínimo.²¹

JOSÉ JAIRO GOMES, de outro lado, esclarece que²² “no plano dos efeitos, a natureza, a forma, a finalidade e a extensão do ‘abuso’ cometido podem render ensejo a diferentes respostas sancionatórias do ordenamento jurídico”. Em síntese, pois, são diretrizes para se aferir a gravidade das circunstâncias do ilícito ou a potencialidade lesiva do ato de abuso: a conduta do agente; a forma ou natureza do ato praticado; a finalidade do ato; os efeitos e a extensão do ato (critérios cronológico, quantitativo e em relação ao eleitorado).

O critério de aferição da gravidade das circunstâncias do ilícito, em verdade, deve, *a priori*, ser analisado a partir da conduta praticada pelo agente público, denotando maior reprobabilidade em face ao mais intenso grau da ação ou omissão na consumação do ato. Se é certo que para as condutas vedadas “o elemento subjetivo com que as partes praticaram a infração não interfere na incidência das sanções”²³, não menos correta a conclusão de que o grau de intenção na prática do ato deve ser elemento preponderante para a análise da perfectibilização do ilícito *lato sensu*, apto a desencadear uma ação de abuso genérico. No caso em tela, se o agente público que praticou a conduta proscrita é o mesmo beneficiário do ato, porque concorrente a mandato eletivo, o ilícito revela-se em um grau de censura ainda mais elevado. De outro norte, se existe descoincidência entre o agente público que pratica o ilícito e o candidato beneficiário, o critério a ser utilizado não é mais apenas a conduta em si mesma, mas deve, necessariamente, haver um cotejo entre o ato praticado e a extensão do dano causado no processo eleitoral em curso, além de uma comprovação mais específica do grau de relacionamento entre o causador do ilícito e o candidato beneficiário (se quem pratica o ilícito é, v.g., assessor, chefe de gabinete, cargo em confiança, familiar do mandatário, etc). A gravidade do ilícito, evidentemente, será maior quando houver uma convergência entre a extensão do dano causado e um vínculo mais específico entre o autor da ação e o mandatário beneficiado pelo abuso.

A forma ou natureza do ato revela-se pela sua exteriorização no mundo dos fatos, ou seja, é a maneira ou o modo pelo qual o ato ganha concreção física ou, ainda, é a qualidade pela qual a ação desenvolvida tem efetiva incidência fático-jurídica. Neste passo, tratando-se de abuso eleitoral genérico, por exemplo, a prática da conduta ilícita através do rádio e da

21 ZILIO. *Op. Cit.* p. 625.

22 GOMES. *Op. Cit.* p. 442

23 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 27.896. *Op. Cit.*

televisão ganha contornos mais reprováveis do que a cometida por meio da imprensa escrita – fundamentalmente porque:

[. . .] matérias veiculadas na imprensa escrita têm estreita relação com o interesse do eleitor (leitor), ao contrário do que ocorre com mecanismos de comunicação direta e de fácil acesso, como rádio e televisão (RO n. 725, Rel. e. Min. Carlos Madeira, DJ de 18.11.05). Essa diferenciação confere *status* objetivo de menor alcance ao texto jornalístico e, associada à circunstância processual de não ser identificável o número de exemplares veiculados, em cada edição, obsta que se afirme a potencialidade para comprometer a normalidade das eleições.²⁴

Na mesma alheta, se a propagação do abuso foi realizada através de órgãos governamentais é inevitável concluir pela maior gravosidade da conduta, já que visualizado o uso da administração pública para a obtenção de vantagens de cunho privado – *in casu*, através de benefício na disputa eleitoral. Assim, atos de governo, além da necessária licitude, devem ostentar aspecto de legalidade igualmente na esfera eleitoral. Dito de outro modo, embora, em princípio, o ato administrativo praticado pelo gestor público seja lícito sob a ótica do Direito Administrativo, revela-se indispensável que a ação desenvolvida não apresente aspectos de afetação no processo eleitoral. Com efeito, o ato praticado, mesmo com aparente legalidade administrativa, pode importar em ilicitude eleitoral, travestindo-se em mácula ao processo eletivo. Do exposto, o julgador deve ter cautela redobrada na análise de atos governamentais praticados em ano eleitoral – seja através de nomeação de servidores públicos, contratação de cargos em comissão, realização de programas sociais com distribuição de benefícios à comunidade, dispensa de licitação para a execução de programas de governo, atos de renúncia fiscal e tributária, etc. –, já que a legalidade formal administrativa não afasta a possibilidade de se reconhecer um abuso material e substancial na esfera especializada.

24 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Ordinário n. 1.514. Recurso Ordinário. Eleições 2006. Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE). Abuso de Poder Político e Econômico e Uso Indevido dos Meios de Comunicação Social. Não-Provimento. 1. O v. *decisum* combatido enfrentou questão que, em tese, poderia conduzir a condenação do recorrido à pena de inelegibilidade, ex vi do art. 22, XIV, da Lei Complementar n. 64/90. Presente, *in casu*, a hipótese do art. 121, § 4.º, III, da Constituição da República. Precedentes: AgRg no Ag n. 8.668/DF, de relatoria do e. Min. Ari Pargendler, publicado no DJ de 11.3.08; AgRg no Ag n. 8.574, julgado em 20.5.08 e Edcl no RO n. 1.517, ambos de minha relatoria, julgados em 03.6.08. 2. A Coligação Aliança da Vitória e o Jornal Correio do Tocantins foram excluídos do pólo passivo da demanda pela e. Corte Regional. No presente recurso ordinário a exclusão desses investigados é matéria que não foi impugnada, circunstância que viabiliza a devolutividade da quaestio juris apenas contra o Governador eleito. (Precedente: REspe n. 11.721, Rel. e. Min. Marco Aurélio, DJ de 17.6.94). 3. Nos termos da atual jurisprudência deste e. Tribunal, apenas jornal de tiragem expressiva, enaltecendo um único candidato, caracteriza uso indevido dos meios de comunicação, nos termos do art. 22, *caput*, da Lei Complementar n. 64/90. (Precedentes: RO n. 688, Rel. e. Min. Fernando Neves, DJ de 21.6.04; RO n. 1.530/SC, Rel. e. Min. José Delgado, DJ de 18.3.08). 4. Na espécie, descabe falar em uso indevido de veículos ou meios de comunicação social (imprensa escrita), com potencialidade para prejudicar a legitimidade e a regularidade do pleito, uma vez que o acervo probatório trazido aos autos é insuficiente para se definir a tiragem de cada edição do Jornal Correio do Tocantins. 5. [. . .]. 6. Recurso ordinário não provido. Rel. Min. Felix Fischer, Brasília, DF, 26 de junho de 2008. In: **Diário da Justiça da União**, Brasília, DF, p. 29, 06 ago. 2008.

A finalidade do ato, em suma, apresenta contornos diversificados quando a ação é desencadeada por agente público ou privado. Assim, o ato administrativo possui como elemento vinculado o fim público específico, ao passo que na esfera privada existe determinada discricionariedade no objetivo visado com o ato praticado, sendo possível certa margem de liberdade de ação ao agente, desde que observado o fim lícito. Do exposto, correto concluir que, quando praticado determinado ato administrativo, o tão-só afastamento do fim público é sério elemento indicativo da sua ilegalidade. De outro norte, o ato praticado pelo particular deve receber uma avaliação de nexos de causalidade mínima em relação aos atores do processo eleitoral, sendo indispensável analisar a preexistência de determinada relação jurídica entre o particular e os candidatos, partidos ou coligações, na medida em que a aparente licitude resta prejudicada pelo benefício causado indevidamente no processo eleitoral.

Por fim, os efeitos e a extensão do ato de abuso são circunstâncias fundamentais para uma adequada graduação do ilícito. Em síntese, os efeitos e a extensão do ato de abuso são aferidos, entre outros, pelo critério cronológico (ou temporal), quantitativo e em relação ao impacto causado junto ao eleitorado. No ponto, fundamental a avaliação das consequências práticas do ato de abuso em relação ao procedimento eleitoral em curso, sendo certo exercer um juízo de ponderação com a situação particular dos eleitores atingidos pelo ato. A maior gravosidade dos efeitos do ato de abuso guarda pertinência com o grau de hipossuficiência²⁵ do eleitor – seja no aspecto econômico, cultural, intelectual ou social. Importante, ainda, referir que a hipossuficiência cultural e intelectual resta ainda mais afetada quando o ato de abuso é praticado mediante fraude, simulação ou qualquer outro meio que diminua a capacidade de reflexão do eleitor no momento do exercício do sufrágio. Na mesma alheta, a maior proximidade do ato de abuso em relação ao final do processo eletivo determina uma graduação e reprobabilidade mais severa, já que o implemento do dia das eleições traduz prejuízo irreparável para a reversão do dano sofrido.

25 Não obstante certa resistência ao uso da nomenclatura hipossuficiência do eleitor, entende-se adequada a utilização da expressão indicada, até mesmo como forma de obter uma classificação mais sistematizada da graduação do abuso de poder, na forma preconizada pelo art. 22, XVI, da LC n. 64/90. Neste passo, ainda, convém destacar que toda a sorte de ilicitude cometida no âmbito eleitoral – seja qual a roupagem apresente-se (v.g., corrupção, abuso, fraude, coação, etc) – é, em regra, direcionada a atingir ou deturpar a manifestação de vontade originária do eleitor. Então, dada a vasta gama de variabilidade de consumação dos atos de abuso na esfera eleitoral e em face à diversificação de impacto sofrido pelo eleitor (em face de sua particular situação pessoal), é adequado concluir a existência, ao menos em tese, de determinada situação de vulnerabilidade no momento da exposição ao ilícito. Aliás, toda a esfera de proteção dos bens jurídicos na seara especializada, em síntese, visa a proteger (ou tornar menos suscetível a elementos externos) a vontade originária do eleitor no momento do exercício do sufrágio. O grau de hipossuficiência, contudo, somente pode ser aferido em cada caso concreto, por força das circunstâncias fáticas ocorridas naquele momento específico.

Em conclusão, pois, pode-se aduzir que, atualmente, o ato de abuso de poder, em sua acepção genérica, restará configurado, conforme estatui o art. 22, XVI, da LC n. 64/90, a partir da gravidade de suas circunstâncias concretas em cotejo com a normalidade e legitimidade do pleito. A gravidade do ato ilícito isoladamente praticado, de *per si*, não é suficiente para reconhecer como configurado ato de abuso apto a levar a procedência de uma ação de abuso genérico (AIJE, AIME, RCD), já que o bem jurídico protegido pelas ações genéricas não restará afetado pela conduta perpetrada.

Por conseguinte, na análise da “gravidade das circunstâncias” do ato de abuso, conforme estabelecido pelo inciso XVI do art. 22 da LC n. 64/90 (com redação dada pela LC n. 135/10), revela-se adequado e necessário aferir a forma, natureza, finalidade e os efeitos do ato praticado – sendo indispensável, na avaliação da extensão do dano causado, a visualização dos critérios²⁶ cronológico (temporal), quantitativo e em relação ao impacto junto ao eleitorado. Neste diapasão, ainda, o critério quantitativo de votos entre os candidatos é elemento a ser devidamente sopesado, não de modo isolado, mas a partir de uma avaliação conjuntural com as demais circunstâncias inerentes à qualidade do ato praticado. Assim, importa – e é fator a ser sopesado pelo juízo – o desempenho eleitoral do candidato em eleições passadas e, até mesmo, a comparação de dados obtidos em pesquisa eleitoral com o resultado do pleito.

Ao fim, conclui-se que as observações traçadas no presente trabalho têm por desiderato, apenas, estabelecer diretrizes concretas para servir de suporte ao julgador, evitando a sobreposição de critérios excessivamente subjetivos e sem base científica minimamente razoável, de modo a causar – ainda mais – instabilidade no trato das ações eleitorais. Daí, pois, reconhecidos os critérios basilares de avaliação da gravidade das circunstâncias do ato de abuso (*v.g.*, forma, natureza, finalidade, os efeitos do ato praticado – critérios cronológico, quantitativo e de impacto junto ao eleitorado), como exigido pelo art. 22, inciso XVI, da Lei Complementar n. 64/90, em cotejo com o bem jurídico tutelado (normalidade e legitimidade do pleito), é tarefa do julgador, no enfrentamento do caso concreto e com base na prova exposta em juízo, concluir pela ocorrência (ou não) do ilícito eleitoral.

²⁶ Em verdade, pois, pode-se traçar a seguinte distinção prática entre os critérios que traduzem diretrizes para a configuração dos efeitos e extensão do ato de abuso: o critério quantitativo (número de votos dos candidatos) é eminentemente objetivo, ao passo que o critério cronológico (ou temporal) e o critério em relação ao eleitorado apresentam contornos de subjetividade – na medida em que permitem uma aferição variável, diante das circunstâncias apresentadas no caso concreto.

4 REFERÊNCIAS

GARCIA, Émerson. **Abuso de Poder nas Eleições, Meios de Coibição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

RIBEIRO, Fávila. **Abuso de poder no direito eleitoral**. 2.ed. São Paulo: Forense, 1993.

ZILIO, Rodrigo López. **Direito eleitoral**: noções preliminares, elegibilidade e inelegibilidade, processo eleitoral (da convenção à prestação de contas) e ações eleitorais. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.