

A GRAVIDADE DA CONDUTA NO ABUSO DE PODER: A BUSCA DA INTEGRIDADE HERMENÊUTICA COMO GARANTIA CONTRA A ARBITRARIEDADE

RAIMUNDO AUGUSTO FERNANDES NETO

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará, especialista em Processo Penal pela Universidade de Fortaleza, especialista em Direito e Processo Eleitoral pela Universidade de Fortaleza, especialista em Direito e Processo Administrativo pela Universidade de Fortaleza e mestrando em Direito e Desenvolvimento pelo Centro Universitário Christus.

Resumo: Postula a continuidade da aferição da potencialidade lesiva às eleições, como medida necessária à caracterização do gênero de abuso de poder perseguido pelo art. 22 da Lei Complementar n.º 64/90 (Lei das Inelegibilidades), mesmo após a inclusão do inciso V XI, que atribuiu a “gravidade das circunstâncias” como o único elemento a ser sopesado no caso concreto. **Palavras-chave:** Direito Eleitoral. Abuso de Poder. Potencialidade. Gravidade.

1. INTRODUÇÃO

A Lei da Ficha Limpa, que teve iniciativa popular, trouxe ao arcabouço normativo brasileiro uma série de alterações, visando à busca da probidade e de moralidade nas eleições. Apesar de ter tido sua constitucionalidade afirmada pelo Supremo Tribunal Federal¹, com o passar dos anos, a medida

¹ Os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) concluíram nesta quinta-feira (16) a análise conjunta das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs 29 e 30) e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4578) que tratam da Lei Complementar 135/2010, a Lei da Ficha Limpa. Por maioria de votos, prevaleceu o entendimento em favor da constitucionalidade da lei, que poderá ser aplicada nas eleições deste ano, alcançando atos e fatos ocorridos antes de sua vigência. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). STF decide pela constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa. **Notícias STF, 2012**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=200495>>. Acesso em: 28 jun. 2017.

legislativa moralizadora da política brasileira é alvo de vários questionamentos acerca da constitucionalidade de alguns dispositivos, aferidos após esses anos de aplicação concreta, entre os quais se destaca o conceito de gravidade para caracterização da conduta de abuso de poder, no aspecto econômico ou político.

A aplicação do conceito de gravidade, levando-se em conta a conduta em si, relegando a vedada utilização do critério da potencialidade, contraria frontalmente o conteúdo do comando constitucional previsto no art. 14, § 9º da Constituição Federal, e promove o exercício discricionário do poder de decidir, na maneira inserida no positivismo jurídico.

Este ensaio busca demonstrar que apesar da alteração da norma infraconstitucional, a busca da potencialidade lesiva ao resultado do pleito, ou seja, da legitimidade, é condição indispensável e preliminar para caracterizar o abuso de poder, previsto no art. 22 da Lei Complementar n.º 64/90, com suas alterações.

2. A ANÁLISE DA GRAVIDADE DA CONDUTA NO ABUSO DE PODER

2.1 ABUSO DE PODER

Com a retomada da democracia no Brasil, precisamente com o advento da Carta Política de 1988, inaugurou-se virtuoso caminho em busca da valorização das instituições, elegendo como princípios norteadores do processo democrático a moralidade e a probidade.

As garantias principiológicas da democracia, igualdade, liberdade, soberania, garantia dos direitos fundamentais, princípio republicano e muitos outros extraídos da Constituição, foram instrumentalizados, tanto pela edição de emendas constitucionais de aperfeiçoamento, como pela formatação de um arcabouço legislativo coerente com os comandos normativos.

Daí, no âmbito do Direito Eleitoral, foi criada a Lei Complementar n.º 64/90 (Lei das Inelegibilidades), posteriormente alterada pela Lei Complementar n.º 135/2010 (Lei da Ficha Limpa) de iniciativa popular; a

Lei n.º 9.840/99, também dessa procedência, a qual criou a figura do ilícito civil eleitoral da Captação Ilícita de Sufrágio; a Lei dos partidos políticos, Lei n.º 9.096/95 e Lei n.º 9.504/97 (Lei das Eleições), esta última que tinha a intenção de estabelecer regras permanentes para as eleições, porém são alteradas a cada pleito, com minirreformas eleitorais (Leis n.º 11.300/2006, n.º 12.034/2009, n.º 12.891/2013 e n.º 13.165/2015), que se amoldavam às deliberações do Judiciário.

Em outras searas, também, a produção legislativa foi intensa na busca dos ideais democráticos, como a Lei Complementar n.º 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), a importantíssima Lei n.º 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) e a Lei n.º 8.666/93 (Lei de Licitações), dentre outras.

Inúmeras decisões do Supremo Tribunal Federal também influenciaram diretamente a vida política brasileira. Casos como a fidelidade partidária (MS 26.604 e ADI 5081), o financiamento de campanha por pessoas jurídicas (ADI 4650), além da discutível constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa, enfrentadas pelas ADCs 29 e 30 e ADI 4578 conjuntamente.

Não obstante o acerto ou não do ativismo político do Supremo, bem como da eficácia das substanciais alterações legislativas introduzidas no Brasil, pode-se naturalmente, deduzir que tais medidas buscam a realização e adequação aos princípios constitucionais. Claro é que não sem percalços, não sem atritos entre poderes e colisão social. Tudo faz parte da democracia, inclusive os acertos e desacertos.

Não que se esteja próximo de um ideal, ao contrário, este ainda está muito distante², e o fato de o Brasil não mais vivenciar um regime de exceção, não autoriza aos seus cidadãos relaxar no aperfeiçoamento do regime democrático, até porque, as desigualdades são latentes e, não poucas vezes, observam-se regimes democráticos se transformarem, repentinamente. Aliás, o brasileiro já divisou essa nefasta intervenção.

Assim, quanto mais são eleitos governos legítimos, candidatos probos e conscientes desses valores tão duramente conquistados pela população

² O Brasil ocupa a 44ª posição do Ranking da Democracia. Disponível em: <<http://democracyranking.org/wordpress/rank/>>. Acesso em: 03 de jul. 2017.

brasileira, mais a democracia Nacional é protegida. A interferência desmedida dos poderes econômico e político nas eleições é um considerável redutor da qualidade da representatividade democrática postulada.

Não sem pretexto, a Constituição estabeleceu no art. 14, § 9º:

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato, considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão n.º 4, de 1994)³

Grande desafio é como equilibrar uma intervenção judicial no processo democrático, expurgando a influência nefasta do abuso de poder, financeiro e político, em garantia da probidade e da moralidade, com intransferível direito de escolha da representação política pelo exercício do *jus suffragii*. O ministro Gilmar Mendes expõe esta preocupação:

A atuação da Justiça Eleitoral deve ocorrer de forma minimalista, tendo em vista a possibilidade de se verificar uma judicialização extremada do processo político eleitoral, levando, mediante vias tecnocráticas ou advocatícias, à subversão do processo democrático de escolha de detentores de mandatos eletivos, desrespeitando, portanto, a soberania popular, traduzida nos votos obtidos por aquele que foi escolhido pelo povo.

A posição restritiva não exclui a possibilidade de a Justiça Eleitoral analisar condutas à margem da legislação eleitoral. Contudo, para afastar legalmente determinado mandato eletivo obtido nas urnas, compete a esta Justiça especializada, com base na compreensão da reserva legal proporcional e em provas lícitas e robustas, verificar a existência de grave abuso, suficiente para ensejar a severa sanção da cassação de diploma e/ou declaração de inelegibilidade.⁴

³ BRASIL. Emenda Constitucional de Revisão n.º 4, de 7 de junho de 1994. Altera o § 9º do art. 14 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 9 jun. 1994. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/constituicao/emendas/ecr/ecr4.htm>>. Acesso em: 27 jun. 2017.

⁴ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Recurso Especial Eleitoral n.º 1627021 - MONTE SANTO DE MINAS - MG -, Rel. min. Gilmar Mendes, **Diário de Justiça Eletrônico**, Tomo 54, Data 20/03/2017. Disponível em: <https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/440397642/recurso-especial-eleitoral-respe-1627021-monte-santo-de-minas-mg/inteiro-teor-440397653?ref=topic_feed>. Acesso em: 26 jun. 2017.

Não se pode, no entanto, simplesmente utilizar um fundamento menos intervencionista, consagrar uma ilegítima representatividade adquirida popularmente por meios ilícitos. Como acentua o ministro Aires Brito, “O abuso de poder econômico implica desequilíbrio nos meios conducentes à obtenção da preferência do eleitorado, bem como conspurca a legitimidade e normalidade do pleito.”⁵

Nessa realidade, os institutos do Direito Eleitoral são normalmente alterados a cada eleição, pelo Legislativo, não sem equívocos, quase sempre na esteira das decisões do Tribunal Superior Eleitoral, ou para combatê-las. Assim, o abuso de poder previsto no art. 22 da Lei das Inelegibilidades, com a alteração dada pela LC n.º 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), dispõe:

Art. 22. Qualquer partido político, coligação, candidato ou Ministério Público Eleitoral poderá representar à Justiça Eleitoral, diretamente ao Corregedor-Geral ou Regional, relatando fatos e indicando provas, indícios e circunstâncias, e pedir abertura de investigação judicial para apurar uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político, obedecido o seguinte rito:

[...]

XIV – julgada procedente a representação, ainda que após a proclamação dos eleitos, o Tribunal declarará a inelegibilidade do representado e de quantos hajam contribuído para a prática do ato, cominando-lhes sanção de inelegibilidade para as eleições a se realizarem nos 8 (oito) anos subsequentes à eleição em que se verificou, além da cassação do registro ou diploma do candidato diretamente beneficiado pela interferência do poder econômico ou pelo desvio ou abuso do poder de autoridade ou dos meios de comunicação, determinando a remessa dos autos ao Ministério Público Eleitoral, para instauração de processo disciplinar, se for o caso, e de ação penal, ordenando quaisquer outras providências que a espécie comportar;⁶

⁵ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Recurso Especial Eleitoral n.º 28387, Acórdão, Relator(a) min. Carlos Augusto Ayres De Freitas Britto, Publicação: **Diário de Justiça Eletrônico**, 04.02.2008. Disponível em: <<https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/920001/recurso-especial-eleitoral-respe-28387-go>>. Acesso em: 26 jun. 2017.

⁶ BRASIL. Lei Complementar n.º 135, de 4 de junho de 2010. Altera a Lei Complementar no 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a

Alteração significativa se deu com a inclusão do inciso XVI no art. 22 da Lei das Inelegibilidades, por ocasião da LC n.º 135/2010, que introduziu o Requisito da *gravidade* para caracterizar o abuso de poder: “XVI – 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.”

Antes do advento da Lei da Ficha Limpa, a jurisprudência do TSE que exigia haver o critério da potencialidade na configuração do abuso de poder, foi alterando sua interpretação no sentido de não mais perquirir se a conduta tinha possibilidade de interferir no resultado do pleito, mas do potencial lesivo da conduta, ou seja, sua gravidade, que gerou a mudança legislativa mencionada.

O ministro Ficher já decidia:

Não havendo, necessariamente, nexo de causalidade entre a prestação de contas de campanha (ou os erros dela decorrentes) e a legitimidade do pleito, exigir prova de potencialidade seria tornar inócua a previsão contida no art. 30-A, limitado-o a mais uma hipótese de abuso de poder. O bem jurídico tutelado pela norma revela que o que está em jogo é o princípio constitucional da moralidade (CF, art. 14, § 9º). Para incidência do art. 30-A da Lei n.º 9.504/97, é necessária prova da proporcionalidade (relevância jurídica) do ilícito praticado pelo candidato em vez da potencialidade do dano em relação ao pleito eleitoral (Precedente: RO n.º 1.540/PA, de minha relatoria, DJE de 1º.6.2009). Nestes termos, a sanção de negativa de outorga do diploma ou de sua cassação (§ 2º do art. 30-A) deve ser proporcional à gravidade da conduta e à lesão perpetrada ao bem jurídico protegido.⁷

A própria potencialidade, como aferição numérica da quantidade de eleitores atingidos ou mesmo da diferença de votos da eleição, a jurisprudência do TSE já mitigava. O ministro Arnaldo Versiani expôs:

moralidade no exercício do mandato. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, de 7 de junho de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp135.htm>. Acesso em: 28 jun. 2017.

⁷ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Recurso Ordinário n.º 1453 PA, Relator: Min. Felix Fischer, Data de Julgamento: 25/02/2010, Data de Publicação: **Diário de Justiça Eletrônico**, 05/04/2010, p.207-209. Disponível em: <<https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14629191/recurso-ordinario-ro-1453-pa/inteiro-teor-103055072>>. Acesso em: 27 jun. 2017.

Na hipótese de abuso do poder econômico, o requisito da potencialidade deve ser apreciado em função da seriedade e da gravidade da conduta imputada, à vista das particularidades do caso, não devendo tal análise basear-se em eventual número de votos decorrentes do abuso, ou mesmo em diferença de votação, embora essa avaliação possa merecer criterioso exame em cada situação concreta.⁸

O que seria, no entanto, a análise da gravidade das circunstâncias aplicada ao abuso de poder? A aferição da potencialidade ainda seria necessária? É o que se verá a seguir.

2.2 GRAVIDADE, POTENCIALIDADE E POSITIVISMO

Como as demais modificações da Lei da Ficha Limpa, a ideia da legislação de iniciativa popular foi tornar mais fácil a caracterização do abuso, fora dos limites da influência no pleito, de conceitos quantitativos, como um ilícito de mera conduta, quase como captação ilícita de sufrágio⁹ (41-A da Lei n.º 9504/97), que seria caracterizado na medida de sua gravidade, e não de sua extensão (potencialidade).

A potencialidade tem relação com potência, capacidade e força para alterar ou influenciar o resultado de uma eleição. Não apenas no aspecto numérico ou quantitativo de votos, mas também pela abrangência da conduta a influenciar no pleito, o que fornece ao aplicador da lei um parâmetro razoável de fundamentação. Zilio leciona:

Correta a desvinculação entre o conceito de potencialidade lesiva e o 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

⁸ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Recurso Contra Expedição de Diploma n.º 755 - PORTO VELHO – RO Relator(a) Min. Arnaldo Versiani Leite Soares, **Diário de Justiça Eletrônico**, Data 28/09/2010, p.11 e 15. Disponível em: <<https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23258435/recurso-contras-expedicao-de-diploma-rced-755-ro-tse/inteiro-teor-111661798?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 26 jun. 2017.

⁹ Logo, não é necessário que o evento afete ou comprometa a normalidade ou a legitimidade das eleições porquanto uma só ocorrência já é bastante para configurar o ilícito em exame sendo necessário que haja desequilíbrio das eleições em seu conjunto nesse sentido o remansoso entendimento jurisprudencial. In: GOMES, Jose Jairo. **Direito Eleitoral**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p.755.

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.¹⁰

Já a *gravidade das circunstâncias que o caracterizam* é uma norma de conteúdo subjetivo, de conceito indeterminado, não podendo se extrair precisa definição do que seria mais ou menos grave a caracterizar o abuso de poder, possibilitando ao julgador um grau maior de discricionariedade. Mello ensina:

Se a palavra fosse imprecisa – e não o concreto – bastaria substituí-la por outra ou cunhar uma nova para que desaparecesse a fluidez do que se quis comunicar. Não há palavra alguma (existente ou inventável) que possa conferir precisão às mesmas noções que estão abrigadas sob as vozes ‘urgente’, ‘interesse público’, ‘pobreza’, ‘velhice’, ‘relevante’, ‘gravidade’, ‘calvície’ e quaisquer outras do gênero. A precisão acaso apontável implicaria alteração do próprio conceito originalmente veiculado.¹¹

Dentro do positivismo, essa imprecisão de norma decorre de *textura aberta do direito*, no Conceito de Direito de Hart:

[...] A textura aberta do direito significa que existem de fato, áreas do comportamento nas quais muita coisa deve ser decidida por autoridades administrativas ou judiciais que busquem obter, em função das circunstâncias, um equilíbrio interesses conflitantes, cujo peso varia de caso para caso. Entretanto, a vida do direito consiste em grande parte em orientar tanto as autoridades quanto os indivíduos particulares através de normas precisas, que, diversamente das aplicações de padrões variáveis, não lhes exijam uma nova decisão a cada caso. Esse fato evidente da vida social permanece verdadeiro mesmo que possam surgir dúvidas quanto à aplicabilidade de qualquer norma (escrita ou transmitida por precedente) a um caso concreto [...]¹²

¹⁰ ZILIO, Rodrigo López. Potencialidade, gravidade e proporcionalidade: uma análise do art. 22, inciso XVI, da Lei n.º 64/90. **Revista Diálogos Eleitorais**, Belo Horizonte, v.1, n.2, dez. 2012, pp.124-142. Disponível em: <<http://portaleleitoral.com/publicacoes/revista>>. Acesso em: 26 jun. 2017.

¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. 11. Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2012, p.21.

¹² HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. 3. ed. Com pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz, Tradução de Antonio Oliveira Sette-Camara; revisão da tradução Marcelo Brandao Cipolla; revisão Técnica Luiz Vergílio Dalla-Rosa. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p.175.

O Positivista de Oxford atribui a possibilidade de o intérprete, em casos que considera difíceis, como em normas de textura aberta, utilizar-se de sua discricionariedade, podendo decidir pelos próprios parâmetros, inclusive ideológicos, em uma atividade criativa do Direito no caso concreto. Ensina ainda, Hart:

Naturalmente, é possível que, escudando-se nas normas que tornam as decisões judiciais finais e definitivas, os juízes concordassem em rejeitar as normas existentes e deixassem de considerar que mesmo os atos do Parlamento mais eloquentes constituem limites a suas decisões.¹³

A cada interpretação da norma de textura aberta, o intérprete não se limita à declaração do Direito, mas o cria. Esse é, inclusive, o pensamento positivista kelseniano, como interpreta Lopes Filho:

‘Mas especificamente no que interessa aqui (a atividade jurisdicional e seu produto), Kelsen afasta, e mesmo critica a crença exegética segundo a qual o juiz exerceria uma atividade meramente declaratória de um direito predeterminado pelo legislador. Para ele, ‘uma decisão judicial não tem, como por vezes se supõe, um simples caráter declaratório. O juiz não tem simplesmente que descobrir e declarar um direito já de antemão firme e acabado, cuja produção já foi concluída. A função do tribunal não é simples descoberta do Direito ou juris-dição’ (declaração do Direito) nesse sentido declaratório’. Ele considera a decisão judicial ‘a continuação do processo de criação jurídica’, pois ela também é uma norma, cuja diferença para a legislativa é apenas de grau: aquela é *gral* e esta é *concreta*, mas seguem linha prescritiva única [...]’¹⁴

Dentro dessa cultura arraigada do positivismo, não é incomum o Judiciário decidir, discricionariamente, conceitos abertos como da *gravidade*, à margem de qualquer justificação ou fundamento, exercitando o senso comum de justiça, em inegável exercício arbitrário do poder de decidir. Streck relata: “Ou seja, o que se chama de discricionariedade judicial nada mais é do que uma abertura criada no sistema para legitimar, de forma velada, uma arbitrariedade, não mais cometida pelo administrador, mas pelo judiciário.”¹⁵

¹³ Ibid., p.175.

¹⁴ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais o constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p.46/47.

¹⁵ STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.42.

Este, inclusive, é um dos temas centrais do debate em Hart x Dworkin. Dworkin expõe sua crítica ao positivista quando propõe essa discricionariedade baseada na inteligência dos julgadores:

É o mesmo que dizer que, quando esgota as regras a sua disposição, ele possui o poder discricionário, no sentido de que ele não está obrigado por qualquer padrões derivados de autoridade de lei. Ou pra dizer de outro modo: os padrões jurídicos que não são regras é são citados pelos juízes Não impõe obrigações a estes.¹⁶

No cenário brasileiro, o uso indiscriminado da discricionariedade pelo sjuizes e tribunais se vê autorizado pela postura ativista do STF sem uma maior preocupação teórica do direito, na utilização da *pan-principiologismo*¹⁷. Streck comenta:

Esclareça-se que, no Brasil, a discricionariedade vai muito além do informado por Hart e pela crítica de Dworkin. Em qualquer ‘espaço’ de sentido – vagezas, ambiguidades, cláusulas ‘abertas’ etc. –, o imaginário dos juristas vê um infundável terreno para o exercício da subjetividade do intérprete. Quando esse ‘espaço’ se apresenta em dimensões menores, o intérprete apela para os princípios que funcionam como ‘axiomas com força de lei’ ou enunciados performativos com pretensões corretivas, fazendo soçobrar até mesmo o texto constitucional.¹⁸

O desafio é superar essa visão atraente e sedutora do positivismo, no exercício da autoridade de julgador que, muitas vezes, peca no compromisso com a fundamentação e o *controle contencioso*. Como, então, julgar nesse contexto abstrato de normas abertas? Streck responde: “assumindo assim, a radicalidade do elemento interpretativo que reveste a experiência jurídica”¹⁹.

¹⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.43.

¹⁷ Espécie de patologia especialmente ligada às práticas jurídicas brasileiras e que leva a um uso desmedido de standards argumentativos que, no mais das vezes, são articulados para driblar aquilo que ficou regrado pela produção democrática do Direito, no âmbito da legislação (constitucionalmente adequada). In: STRECK, Lênio Luiz. Do pamprinciologismo à concepção hipossuficiente de princípio: Dilemas da crise do direito. **Revista de Atualizações Legislativas**, Senado Federal, Brasília ano 49, n. 194, abr./jun. 2012, p.8/9.

¹⁸ STRECK, Lênio Luiz, op cit., p.43.

¹⁹ Ibid., p.47.

O interpretativismo, baseado na cultura jurídica brasileira, na doutrina e no arcabouço normativo, é maneira de melhor enfrentar o desvio da aplicabilidade de normas com textura aberta, na qual se inclui o conceito de gravidade no Direito Eleitoral.

A primeira análise a se fazer é que o art. 22, inciso XVI da Lei das Inelegibilidades, deve atender aos comandos normativos previstos no art. 14, § 9º da Constituição Federal, ou seja, deve atentar para o fato de que a gravidade da conduta deve ser aferida com base em quatro fundamentos: proibidade administrativa, moralidade, normalidade e a legitimidade das eleições.

Portanto, qualquer conduta, para caracterizar o abuso de poder, seja político ou econômico, deve se ater ao fundamento da norma constitucional que atribuiu à legislação infraconstitucional a competência para caracterizar as infrações. Com efeito, decorre da própria expressão da Constituição o dever de aferir a *normalidade* e a *legitimidade* das eleições.

Ocorre que a normalidade e a legitimidade reclamam conceitos que só se caracterizam pela potencialidade lesiva do abuso, ou seja, sua capacidade de influenciar no resultado das eleições, agora acrescido da necessária gravidade do fato. Não há como falar em abuso de poder sem sua possibilidade de violar a legitimidade do pleito, ou seja, a vontade do eleitor declarada nas urnas.²⁰

Zilio elucidada:

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,

²⁰ Legitimidade é a qualidade atribuída à manifestação de vontade de um determinado sujeito, no exercício de um poder decorrente da tomada de decisões por um determinado grupo de interessados, autorizada pela norma jurídica (legalidade), determinada pelo consenso e exercida nos limites da ética (juridicidade). In: LIMA, Leonardo Tibo Barbosa. O conceito de legitimidade. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2898, 8 jun. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/19278>>. Acesso em: 29 jun. 2017.

inciso XVI, da LC n.º 64/90. Ambas as expressões – potencialidade lesiva e gravidade das 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.²¹

Assim, mesmo que uma circunstância possa ser considerada grave, deve ser sopesado o fator potencial de interferência na normalidade e na legitimidade do pleito, sob pena de não se configurar o abuso de poder. Na ambiência constitucional (14, § 9º da CF), não há como defender a tese do ilícito por sua gravidade sem aferir a potencialidade.

Castro, infirma essa interpretação:

Mas e quando o abuso do poder não tiver essa gravidade, ou seja, quando a conduta abusiva não assumir a possibilidade de afetar a lisura da disputa? Não terá a prática por si mesma, qualquer consequência para o agente ou para aquele que dela se beneficiou? Além da normalidade e legitimidade das eleições, não há outros bens jurídicos a serem igualmente protegidos?

Parece equivocado, como se vem fazendo, dizer que o abuso de poder está sempre atrelado à ideia de potencialidade (ou gravidade) lesiva à normalidade e legitimidade das eleições. Como dito, é mesmo inevitável que a inelegibilidade só se possa impor ao agente do abuso quando o fato for grave, considerada a possibilidade de afetar aquele bem jurídico. Mas é certo também que o abuso de poder aparece no ordenamento jurídico constitucional (e também no plano infraconstitucional) com outra conotação, ou seja, exigindo uma leitura diversa daquela que impõe o § 9º, do art. 14.²²

A solução da análise isolada da gravidade, relativizando os comandos constitucionais expressos, parece estar associada ao conteúdo positivista da discricionariedade, manifestado anteriormente, em uma criação jurídica

²¹ ZILIO, Rodrigo López. Potencialidade, gravidade e proporcionalidade: uma análise do art. 22, inciso XVI, da Lei n.º 64/90. **Revista Diálogos Eleitorais**, Belo Horizonte, v.1, n.2, dez. 2012, p. 124-142. Disponível em: <<http://portaleleitoral.com/publicacoes/revista>>. Acesso em: 26 jun. 2017.

²² CASTRO, Edson de Resende. **Curso de Direito Eleitoral**: De acordo com a Lei da Ficha Limpa, com a Lei n.º 13.165/2015 e com as Resoluções do TSE para eleições de 2016. 8. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p.317.

arbitrária fora do arcabouço jurídico. Da mesma interpretação, também sobressai a criação jurídica do *abuso de poder simples* e o *abuso do poder qualificado*.²³

Como já se observou, a potencialidade de influenciar na normalidade e na legitimidade do pleito é indispensável para que a conduta possa caracterizar o abuso de poder, que agora aufere outro elemento: a gravidade das circunstâncias.

Ocorre que as decisões eleitorais, especialmente do Tribunal Superior Eleitoral, limitam-se a reproduzir a literalidade da nova redação do inciso XVI, do art. 22, da Lei das Inelegibilidades, afirmando ou invalidando o abuso de poder, à margem de qualquer parâmetro interpretativo, e, principalmente, excluindo a potencialidade de macular a legitimidade das eleições, dentro de critérios jurídicos estabelecidos constitucionalmente.

Eis excertos das ementas dos acórdãos n.º 25952 - Campo Novo – RS e n.º 82911 - Campo Grande – MS, do Tribunal Superior Eleitoral:

A aferição da gravidade, para fins da caracterização do abuso de poder, deve levar em conta as circunstâncias do fato em si, não se prendendo a eventuais implicações no pleito, muito embora tais implicações, quando existentes, reforcem a natureza grave do ato.²⁴

A teor da jurisprudência deste Tribunal Superior, endossada pelo acórdão recorrido, a configuração do ato abusivo não depende

²³ Não é certo, portanto e, a rigor, incorporar o potencial de afetação da lisura do pleito – ou a gravidade do ato abusivo, como quer agora o art. 22, XVI, da LC a 64/90 – ao conceito de abuso do poder, porque, como demonstrado, há situações em que abuso de poder não dependerá dessa gravidade. Pode-se dizer que se tem, assim, um ABUSO DE PODER SIMPLES que, esta como a corrupção e a fraude, leve à desconstituição do mandato tão somente – art. 14, § 10, da CF) e um ABUSO DE PODER QUALIFICADO (que gera inelegibilidade para o agente – art. 14, § 10, da CF, c/c art. 1º, I, “d”, da LC 64/90 da constituição do mandato). É por causa da existência do “abuso de poder simples” que a legislação eleitoral faz referência a algumas condutas, como caracterizadoras de abuso de poder, sem incorporar a elas a exigência de potencialidade lesiva. CASTRO, Edson de Resende. **Curso de Direito Eleitoral**: De acordo com a Lei da Ficha Limpa, com a Lei n.º 13.165/2015 e com as Resoluções do TSE para eleições de 2016. 8. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p.318.

²⁴ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n.º 25952 - Campo Novo - RS. Relator(a) Min. Luciana Christina Guimarães Lóssio, Relator. **Diário de Justiça Eletrônico**, Data 14/08/2015. Disponível em <<https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/219768517/agravo-regimental-em-recurso-especial-eleitoral-agr-respe-25952-rs/inteiro-teor-219768520>>. Acesso em: 26 jun. 2017.

da potencialidade de o fato alterar o resultado da eleição, mas da gravidade das circunstâncias que o caracterizam, consoante o inciso XVI do art. 22 da Lei Complementar n.º 64/90.²⁵

Por último, acórdão n.º 1170, da relatoria do ministro Luiz Fux:

1. O abuso de poder (i.e., econômico, político, de autoridade e de mídia) reclama, para a sua configuração, uma análise pelo critério qualitativo, materializado em evidências e indícios concretos de que se procedera ao aviltamento da vontade livre, autônoma e independente do cidadão-eleitor de escolher seus representantes.
2. O critério quantitativo (i.e., potencialidade para influenciar diretamente no resultado das urnas), conquanto possa ser condição suficiente, não se perfaz condição necessária para a caracterização do abuso de poder econômico.
3. O fato de as condutas supostamente abusivas ostentarem potencial para influir no resultado do pleito é relevante, mas não essencial. Há um elemento substantivo de análise que não pode ser negligenciado: o grau de comprometimento aos bens jurídicos tutelados pela norma eleitoral causado por essas ilicitudes, circunstância revelada, *in concreto*, pela magnitude e pela gravidade dos atos)²⁶.

A interpretação oferecida pelo TSE inverte a lógica normativa, quando admite a gravidade em si como fator caracterizador do abuso de poder, e não a legitimidade das eleições (potencialidade lesiva de alteração do resultado do pleito). A caracterização da conduta grave, estabelecida na legislação infraconstitucional, é suficiente para as sanções, independentemente do requisito exigido no art. 14, § 9º da Constituição Federal.

A lógica da norma constitucional é exatamente inversa, deve se caracterizar o abuso de poder, previsto no art. 22 da Lei das Inelegibilidades, primeiro aferindo a afetação da normalidade e legitimidade do pleito, inclusive

²⁵ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Recurso Especial Eleitoral n.º 82911 - CAMPO GRANDE – MS Relator(a) Min. Admar Gonzaga Neto. **Diário de Justiça Eletrônico**, Tomo 229, Data 03/12/2015, p.196. Disponível em: <<https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/380314085/recurso-especial-eleitoral-respe-82911-campo-grande-ms/inteiro-teor-380314097>>. Acesso em: 26 jun. 2017.

²⁶ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral n.º 1170, Acórdão, Relator(a) Min. Luiz Fux, Publicação: **Diário de Justiça Eletrônico**, Tomo 31, Data 13/02/2017, p.21/22. Disponível em: <<https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/429789589/recurso-especial-eleitoral-respe-1170-brasilia-df/inteiro-teor-429789614>>. Acesso em: 26 jun. 2017.

sob o aspecto *quantitativo* da abrangência do fato capaz de contrafazer o resultado das eleições.

Quer dizer que, havendo um fato grave, como a compra de votos ou mesmo a utilização vedada de um servidor para campanha eleitoral de um candidato, apesar de condutas isoladamente graves, se não tiverem potencialidade para influenciar o resultado das eleições, em outras palavras, sua abrangência e seu grau de extensão e afetação se derem de forma a não macular a vontade dos eleitores expressada nas urnas, não há como considerar caracterizado o abuso de poder fixado no art. 22 da Lei Complementar n.º 64/90.

Não que esses fatos não possam ser analisados como captação ilícita de sufrágio (41-A da Lei n.º 9.504/97) ou como Conduta Vedada do Agente Público (art. 73 da Lei n.º 9.504/97) ou até mesmo como Crime Eleitoral (Lei n.º 4.737), não como o abuso de poder decorrente do comando constitucional previsto no art. 14, § 9º da CF.

Considerando, inicialmente, a potencialidade do fato para influenciar na legitimidade das eleições, deve-se, com suporte nessa premissa, analisar a gravidade das circunstâncias que caracterizam o abuso. Desde uma visão quantitativa (potencialidade), deve-se aferir a qualitativa (gravidade), independentemente da nova redação dada pelo inciso XIV do art. 22, “não será considerada a potencialidade de o fato alterar o resultado da eleição”, por sua visível antinomia jurídica²⁷ em relação ao art. 14, § 9º da CF, quando exige “a normalidade e legitimidade das eleições [...]”.

Parece tentador, como propõe Castro, no texto destacado, “uma leitura diversa daquela que impõe o § 9º, do art. 14”, elegendo visões decorrente de um senso jurídico próprio, à míngua de fundamentação, como “atender o princípio da moralidade e da democracia”, relativizando o comando constitucional eleito pelo poder democrático.

Esta visão positivista da discricionariedade esbarra na necessidade de uma interpretação que atenda à integridade e à coerência do direito, dentro

²⁷ CPC - Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

do arcabouço normativo, necessário para se evitar a relativização de tudo em nome do pan-principiologismo. Streck ensina:

Por isso, a afirmação de que o ‘interprete sempre atribui sentido (Sinnggebung) ao texto’ nem de longe pode significar a possibilidade de este estar autorizado a atribuir sentidos de forma discricionária/arbitrária, como se texto e norma estivessem separados (e, portanto, tivessem ‘existência’ autônoma). Como bem diz Gadamer, quando o juiz pretende adequar a lei às necessidades do presente, tem claramente a intenção de resolver uma tarefa prática (veja-se, aqui, a importância que o mestre alemão dá ao programa aristotélico de uma *Praktische Wissenschaft*). Isso não quer dizer, de modo algum, que a interpretação da lei seja uma tradução arbitrária, fruto de um intérprete solipsista.²⁸

A busca dessa integridade hermenêutica, como garantia contra a arbitrariedade consequente da discricionariedade, é o que se deve demandar.

3. CONCLUSÃO

Ao intérprete do Direito, especialmente àqueles que julgam, cabe o dever de superar a tentação de um positivismo arraigado na cultura jurídica patrial, que permite, sob o contorno da discricionariedade, a tomada de decisões sob o arbítrio próprio, do senso comum, quanto mais quando a norma tem um conceito aberto.

No caso específico, a interpretação literal do art. 22, XVI da Lei Complementar de Ineligibilidade não deve contrariar os comandos normativos previstos no art. 14, § 9º da Constituição Federal, especialmente no que se refere à proteção da legitimidade das eleições, que guarda nítida relação de potencialidade lesiva da conduta, alterar a manifestação de vontade do eleitor e, por conseguinte, o resultado das eleições.

A simples aplicação isolada da gravidade, segundo a *livre convicção* do julgador, contraria a norma constitucional que estabeleceu o fundamento do conteúdo normativo infraconstitucional, além de possibilitar um juízo arbitrário, mesmo sob um argumento de justiça, muitas vezes, justificação.

A integridade e a coerência do direito exigem “a radicalidade elemento interpretativo que reveste a experiência jurídica” em detrimento

²⁸ STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.43.

da discricionariedade positivista brasileira, com os próprios contornos, mormente quando visa a interferir na base do sistema democrático que é o direito político de escolha dos representantes.

REFERÊNCIAS

_____. BRASIL, Emenda Constitucional de Revisão n.º 4, de 07 de junho de 1994. Altera o § 9º do art. 14 da Constituição Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 9 jun. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/ecr/ecr4.htm>. Acesso em: 27 jun. 2017.

_____. BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Recurso Especial Eleitoral n.º 82911 - CAMPO GRANDE – MS Relator(a) min. Admar Gonzaga Neto. *Diário de Justiça Eletrônico*, Tomo 229, Data 03/12/2015, p. 196. Disponível em: <<https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/380314085/recurso-especial-eleitoral-respe-82911-campo-grande-ms/inteiro-teor-380314097>>. Acesso em: 26 jun. 2017.

_____. *Democracy Ranking*. Disponível em: <<http://democracyranking.org/wordpress/rank/>>. Acesso em: 03 de jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). STF decide pela constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa. *Notícias STF, 2012*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=200495>>. Acesso em: 28 jun. 2017.

_____. Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n.º 25952 - Campo Novo - RS Relator(a) min. Luciana Christina Guimarães Lóssio Relator, *Diário de Justiça Eletrônico*, Data 14/08/2015. Disponível em: <<https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/219768517/agravo-regimental-em-recurso-especial-eleitoral-agr-respe-25952-rs/inteiro-teor-219768520>>. Acesso em: 26 jun. 2017.

_____. Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Recurso Contra Expedição de Diploma n.º 755 - PORTO VELHO – RO Relator(a) min. Arnaldo Versiani Leite Soares, *Diário de Justiça Eletrônico*, Data 28/09/2010, p.11 e 15. Disponível em: <<https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23258435/recurso-contras-expedicao-de-diploma-rced-755-ro-tse/inteiro-teor-111661798?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 26 jun. 2017.

_____. Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Recurso Especial Eleitoral n.º 1627021 - MONTE SANTO DE MINAS - MG -, Rel. min. Gilmar Mendes, *Diário de Justiça Eletrônico*, Tomo 54, Data 20/03/2017. Disponível em: <https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/440397642/recurso-especial-eleitoral-respe-1627021-monte-santo-de-minas-mg/inteiro-teor-440397653?ref=topic_feed>. Acesso em: 26 jun. 2017.

_____. Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Recurso Especial Eleitoral n.º 28387, Acórdão, Relator(a) min. Carlos Augusto Ayres De Freitas Britto, Publicação: *Diário de Justiça Eletrônico*, 04.02.2008. Disponível em: <<https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/920001/recurso-especial-eleitoral-respe-28387-go>>. Acesso em: 26 jun. 2017.

_____. Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Recurso Ordinário n.º 1453 PA, Relator: min. Felix Fischer, Data de Julgamento: 25/02/2010, Data de Publicação: *Diário de Justiça Eletrônico*, 05/04/2010, p.207-209. Disponível em: <<https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14629191/recurso-ordinario-ro-1453-pa/inteiro-teor-103055072>>. Acesso em: 27 jun. 2017.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral n.º 1170, Acórdão, Relator(a) min. Luiz Fux, Publicação: *Diário de Justiça Eletrônico*, Tomo 31, Data 13/02/2017, p.21/22. Disponível em: <<https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/429789589/recurso-especial-eleitoral-respe-1170-brasilia-df/inteiro-teor-429789614>>. Acesso em: 26 jun. 2017.

_____. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Lei Complementar n.º 135, de 4 de junho de 2010. Altera a Lei Complementar no 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, de 7 de junho de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp135.htm>. Acesso em: 28 jun. 2017.

CASTRO, Edson Resende, *Curso de Direito Eleitoral*: De acordo com a Lei da Ficha Limpa, com a Lei n.º 13.165/2015 e com as Resoluções do TSE para eleições de 2016. 8. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GOMES, Jose Jairo. *Direito Eleitoral*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

HART, H. L. A. *O conceito de Direito*. 3. ed. Com pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz, Tradução de Antonio Oliveira Sette-Camara; revisão da tradução Marcelo Brandao Cipolla; revisão Técnica Luiz Vergílio Dalla-Rosa. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

LIMA, Leonardo Tibo Barbosa. O conceito de legitimidade. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2898, 8 jun. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/19278>>. Acesso em: 29 jun. 2017.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais o constitucionalismo Brasileiro contemporâneo*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. 11. Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2012.

STRECK, Lênio Luiz. Do pamprinciologismo à concepção hipossuficiente de princípio: Dilemas da crise do direito. *Revista de Atualizações Legislativas*, Senado Federal, Brasília ano 49, n.194, abr./jun. 2012, p.8/9.

ZILIO, Rodrigo López. Potencialidade, gravidade e proporcionalidade: uma análise do art. 22, inciso XVI, da Lei n.º 64/90. *Revista Diálogos Eleitorais*, Belo Horizonte, v.1, n.2, dez. 2012, pp. 124-142. Disponível em: <<http://portaleleitoral.com/publicacoes/revista>>. Acesso em: 26 jun. 2017.