A gravidade das circunstâncias no abuso de poder eleitoral

Por Marcus Vinícius Coêlho



Marcus Vinicius Furtado Coêlho é advogado, professor da pós-graduação da PUC-SP e da Escola Judiciária Eleitoral do TSE, doutorando pela Universidade de Salamanca e secretário-geral do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil." É autor do livro "Direito Eleitoral e Processo Eleitoral", Ed. Renovar.

O abuso de poder eleitoral não mais possui, para sua configuração, a exigência da presença do pressuposto da potencialidade do fato alterar o resultado das eleições, sendo necessária tão somente a caracterização da gravidade das circunstâncias do ato tido por abusivo.

Essa inovação, de índole interpretativa, introduzida pela Lei Complementar 135, de 2010, que acrescentou o inciso XVI ao artigo 22 da LC 64, de 1990, segundo o qual "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".

A gravidade das circunstâncias do ato em si considerado, e não a sua probabilidade em influir no resultado da eleição, passa a ser o pressuposto para configurar o abuso de poder. A inovação legislativa possui o evidente sentido de afastar a exigência da potencialidade para influir no resultado das eleições como pressuposto da declaração de presença de ato abusivo.

A interpretação definirá o alcance e o significado do requisito "gravidade das circunstâncias", apto a caracterizar o abuso de poder eleitoral, retirando do termo as entranhas de seu adequado sentido. Tal expressão, que é um conceito aberto, bem se aproxima do princípio da proibição do excesso ou da proporcionalidade e razoabilidade, a governar a atuação do poder público, incluindo o Judiciário na sua tarefa de aplicar as leis. Torna-se obrigatório verificar a existência de adequação, necessidade e justa medida na incidência da pena de cassação de mandato(1)

> **"A banalização das cassações de mandato, com a reiterada interferência do Judiciário no resultado das eleições, pode gerar uma espécie de autocracia, o governo dos escolhidos pelos juízes, e não pelo povo."**

O ordenamento não admite seja configurado o abuso de poder por fato insignificante, sem relevo, desprovido de repercussão social. Gravidade advém do latim "gravis", significando pesado ou importante. Circunstâncias são os elementos que acompanham o fato, suas particularidades, incluindo as causas. Diz respeito a como, onde, quando, motivo e qual intensidade da prática do ato. No direito penal, as circunstâncias podem constituir ou qualificar o crime, como também agravar a pena a ser aplicada. A reincidência e a prática do delito por uso do poder de autoridade são circunstâncias previstas no art. 61 do Código Penal Brasileiro. Tem a pena agravada, nos termos do art. 62 do referido Código, quem possui função de direção ou quem induz ou coage para a prática criminosa. Trata-se de normas do direito positivo que podem ser utilizadas como referência de interpretação por analogia, conhecida regra de integração da norma jurídica.

A democracia pressupõe a prevalência da vontade da maioria, com respeito aos direitos da minoria. A banalização das cassações de mandato, com a reiterada interferência do Judiciário no resultado das eleições, pode gerar uma espécie de autocracia, o governo dos escolhidos pelos juízes, e não pelo povo. O juízo de cassação de mandato por abuso de poder deve ser efetuado tão apenas quando existentes provas robustas de graves condutas atentatórias à normalidade e legitimidade do processo eleitoral e às regras eleitorais. Forçoso lembrar que o Direito em Roma era denominado de Jurisprudência, concebida como a ciência do Justo ou direito do prudente.

A prudência deve presidir a decisão pela revisão judicial das eleições ou a manutenção do vaticínio popular. A análise de provas no caso concreto, pesando-as e não as contando, constitui em trabalho de alto relevo. Sem dúvida, o pressuposto da gravidade das circunstancias, que deve ser fundamentado de forma detida e específica, e

não de modo genérico, amplia responsabilidade do julgador eleitoral.

A jurisprudência eleitoral fazia a exigência, para a configuração de abuso de poder apto a ensejar cassação de mandato, da presença do pressuposto da potencialidade lesiva, significando a probabilidade dos fatos abusivos interferirem na normalidade e legitimidade das eleições. Já não havia uma exigência de correspondência aritmética entre o ato abusivo e o resultado eleitoral, bastando um juízo de probabilidade. Assim, "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 a diferença de votos" (2)

Em outro importante precedente, o TSE vaticinou que o requisito da potencialidade configuradora do abuso de poder deveria "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". No caso, foi cassado o mandato de deputado federal por ter havido "o depósito de quantia em dinheiro em contas-salário de inúmeros empregados de empresa de vigilância, quando desvinculado de qualquer prestação de serviços, seja para a própria empresa, que é administrada por cunhado da candidata, seja para campanha eleitoral". (3)

"A jurisprudência eleitoral fazia a exigência, para a configuração de abuso de poder apto a ensejar cassação de mandato, da presença do pressuposto da potencialidade lesiva."

Por certo, parte da doutrina já expressava que potencialidade "não significa nexo de causalidade entre o ato ilícito e o resultado das eleições, nem tampouco cálculo matemático", sendo suficiente a demonstração "que as práticas irregulares teriam a capacidade ou potencial para influenciar o eleitorado, o que torna ilegítimo o pleito". (4) E, mais, "a regra é a prevalência da vontade popular. A exceção é a desconstituição desta vontade, com a cassação do mandato, no caso de prova robusta e incontestável que o mandato foi colhido apenas porque a vontade popular foi corrompida e deturpada por práticas reiteradas de abuso de poder econômico ou político, é dizer práticas ilícitas que possuem potencialidade suficiente para desequilibrar a disputa eleitoral."(5)

Em relação às demais espécies de corrupção eleitoral, como condutas vedadas aos agentes públicos, captação ilícita de sufrágio e irregular arrecadação ou aplicação de recursos financeiros na campanha

eleitoral, a jurisprudência já exigia a presença da "relevância jurídica" do ilícito como pressuposto para o juízo de cassação de mandato, observando os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

"Os diversos tipos de corrupção eleitoral se aproximaram de modo indelével, pois a gravidade das circunstâncias, exigida pela lei para o abuso de poder, em muito se assemelha à relevância jurídica do ilícito"

No que atine à irregular arrecadação ou aplicação de recursos financeiros na campanha eleitoral, previsto no art. 30-A da Lei n. 9.504/97, "é necessário prova da proporcionalidade (relevância jurídica) do ilícito praticado pelo candidato em vez do dano em relação ao pleito eleitoral. Nestes termos, a sanção de negativa de outorga do diploma ou de sua cassação deve ser proporcional à gravidade da conduta e à lesão perpetrada ao bem jurídico protegido."(6)

No que se refere à prática de condutas vedadas aos agentes públicos, preceituadas no art. 73 da Lei das Eleições, lei 9.504/97, a justiça eleitoral compreende que a sua existência "não implica, necessariamente, a cassação do registro ou diploma, devendo a pena ser proporcional à gravidade do ilícito" (7), devendo haver avaliação "das circunstâncias fáticas". No precedente mencionado, o mandato não foi cassado, mesmo em se demonstrando a utilização de servidor público na campanha eleitoral.

No mesmo sentido, "para a incidência do art. 30-A da Lei nº 9.504/97, é necessária a aferição da relevância jurídica do ilícito, uma vez que a cassação do mandato ou do diploma deve ser proporcional à gravidade da conduta e à lesão ao bem jurídico protegido pela norma". Neste caso, não foi procedido juízo de cassação de mandato pelo fato do candidato ter realizado "gastos com combustíveis sem, no entanto, informar os valores relativos à utilização de veículos e sem emitir os recibos eleitorais relativos a tais doações estimáveis em dinheiro" (8). Para o precedente, "a referida irregularidade, a despeito de configurar vício insanável para fins da análise da prestação de contas, não consubstancia falha suficientemente grave para ensejar a cassação do diploma, considerado o valor total dos recursos gastos na campanha".

A inovação legislativa altera o paradigma do abuso de poder, exigindo, para sua caracterização, não mais a potencialidade para influir no resultado das eleições, mas a gravidade das circunstâncias do fato em si considerado. O raciocínio não teve ter em mente o resultado das eleições, ainda que para um juízo de probabilidade. Assim, os diversos tipos de corrupção eleitoral se aproximaram de modo indelével, pois a gravidade das circunstâncias, exigida pela lei para o abuso de poder, em muito se assemelha à relevância jurídica do ilícito, como vaticinado pela jurisprudência à configuração dos demais tipos de corrupção eleitoral.

Não há, até o momento, um enfrentamento do Tribunal Superior Eleitoral sobre o alcance e o significado da gravidade das circunstâncias. No caso do deputado Benício Tavares, O TSE confirmou acór-

dão do TRE/DF, segundo o qual as circunstâncias demonstravam que "mesmo impertinente a potencialidade, anote-se sua presença: um mil vigilantes da empresa, cada qual devendo apresentar dez 'apoiadores' da campanha política".

Com efeito, no âmbito dos Tribunais Regionais, muito embora seja firmada a desnecessidade de aferição de potencialidade, mas tão somente um juízo de proporcionalidade e razoabilidade sobre a gravidade da conduta, os casos têm sido julgados com a ressalva de que até mesmo sob o prisma anterior, da potencialidade, o ilícito ensejaria cassação.(9)

Também foi considerado, em outro Tribunal Regional, que a conduta vedada não repercutiu na ótica do abuso de poder, uma vez que não comprometia a legitimidade e lisura do pleito e, tampouco, possuiria gravidade. Assim, "A confirmação da prática de conduta vedada não implica, necessariamente, a cassação do registro ou diploma, devendo ser respeitado o princípio da proporcionalidade na aplicação da sanção, sempre vislumbrando o equilíbrio entre a proteção à lisura do pleito eleitoral e o respeito à decisão popular emanada nas urnas". E mais,

"No caso dos autos, não há elementos probatórios suficientes para aferição do grau de comprometimento das alegadas práticas abusivas na legitimidade e normalidade do processo eleitoral".(10). A hipótese versou sobre reunião política em residência oficial.

"Prudência, cautela, ponderação, eis o comportamento esperado pelo sistema democrático a todos quantos forem interpretar a ocorrência de abuso de poder nas eleições"

Há também julgado de Regional considerando a veiculação de apenas uma mensagem por e-mail institucional, insuficiente para preencher o requisito da gravidade. Concluiu o Tribunal, "é necessária à configuração do abuso de poder ou do uso indevido de meio de comunicação social, apurado na ação de investigação judicial eleitoral, não somente a comprovação da prática abusiva, mas também da gravidade das circunstâncias que a caracterizaram". E vaticinou, "a veiculação de apenas uma mensagem eletrônica com cunho eleitoral, ainda que através de meio inadequado (e-mail institucional) não é suficiente para desequilibrar a disputa eleitoral". (11)

O desafio interpretativo sobre a abrangência da gravidade das circunstâncias deve ter como ponto de partida o dístico "normalidade e legitimidade das eleições" (12), razão de existência e meta a ser alcançada pela Justiça Eleitoral, sem se descuidar da regra de ouro do Estado Democrático, qual seja a origem popular do Poder, sendo os governantes escolhidos nas urnas pela maioria do povo. Esse dois postulados constitucionais devem incidir em cada caso concreto no qual for discutida a ocorrência de abuso de poder e, portanto, a presença do requisito de circunstâncias graves a possibilitar a revisão judicial da escolha do eleitorado e a interferência do Judiciário no processo democrático. Prudência, cautela, ponderação, eis o comportamento esperado pelo sistema democrático a todos quantos forem interpretar a ocorrência de abuso de poder nas eleições.

(1) "Meios e fins são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de medida ou desmedida par se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios com as vantagens do fim. (...) evitar cargas coativas ou actos de ingerência desmedidos na esfera jurídica dos particulares". (CANOTILHO, Joaquim José Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Ed. Medina, p. 280).

(2) TSE, RCED 723/RS, rel. Min. Marcelo Ribeiro, DJe 18.9.2009; e RO 1537/MG, rel. Min. Felix Fischer, DJ 29.8.2008.

(3) TSE, RCED 755/RO, rel. Arnaldo Versiani, DJe 28/9/2010.

(4) COELHO, Marcus Vinicius Furtado. Direito Eleitoral e Processo Eleitoral. 2ª. Edição. Ed. Renovar. RJ:2010, pag. 260.

(5) COELHO, Marcus Vinicius Furtado. Ob. Cit., pag. 259.

(6) TSE, RO 1453/PA, rel. Min. Felix Fischer, DJe 05/04/2010.

(7) TSE, AgR-AI 11352/MA, Rel. Min. Marcelo Ribeiro, DJE 02/12/2009, Página 45.

(8) TSE, RO 444344/DF, Rel. Min. Marcelo Ribeiro, DJe 13/02/2012, Página 19.

(9) TRE-SP, AIJE nº 156584, Acórdão de 17/11/2011, Rel. Alceu Penteado Navarro. DJESP 25/11/2011.

(10) TRE-SE, AIJE nº 304124, Rel. Marilza Maynard Salgado de Carvalho, DJE 23/11/2011.

(11) TRE-PR, AIJE nº 210985, Rel. Irajá Romeo Hilgenberg, DJ 02/02/2011.

(12) Constituição Federal, art. 14, parágrafo 9º. A Carta Constitucional, nesse dispositivo, embora trate da Lei Complementar das Inelegibilidades, apresenta a vocação do Judiciário Eleitoral, qual seja a manutenção da normalidade e legitimidade das eleições, com o afastamento do abuso de poder político e econômico nos pleitos eleitorais. Na própria origem da Justiça Eleitoral, como promessa da Revolução de 30, encontrava-se ínsita a necessidade de moralização dos costumes políticos do Brasil. Entretanto, tal função legitimadora deve ser exercida com o respeito ao princípio majoritário, que pressupõe a prevalência da vontade da maioria, essencial ao regime democrático. Juízos de cassação de mandato, pois e assim, não podem ser banalizados e devem ser proferido apenas e tão somente quando presentes fatos que atestem o comprometimento da expressão da própria maioria popular.