Gravidade como parâmetro para a cassação de mandatos: O arranjo brasileiro diante dos pressupostos axiológicos do sistema e da cena internacional

FREDERICO ALVIM

Sobre o autor:

Frederico Alvim. *Ex-assessor de ministro do tribunal superior eleitoral. analista judiciário do tribunal regional eleitoral de são paulo. membro fundador da academia brasileira de direito eleitoral. autor das obras "manual de direito eleitoral" (ed. fórum, 2012) e "curso de direito eleitoral" (ed. juruá, 2016) e "cobertura política e integridade eleitoral: efeitos da mídia sobre as eleições" (ed. habitus, 2018)*

RESUMO

A finalidade essencial da Justiça Eleitoral consiste na proteção da legitimidade das eleições e, assim, o princípio da representação popular. Em uma construção lógica, as faltas mais graves atraem a aplicação de reprimendas substanciais, ao tempo em que os desvios menos graves são punidos com respostas mais brandas, de acordo com as alternativas previstas na legislação eleitoral. Ilícitos eleitorais que ensejam a anulação de eleições têm implicações de fundo. O reconhecimento da incidência de causas de invalidação enseja a aplicação de consequências drásticas. É necessário promover, tanto quanto possível, um debate mais profundo a respeito de punições que ameacem o resultado das urnas. A Justiça Eleitoral será vitorios quando o número de candidatos for significativamente menor que o da história recente do país.

Palavras-chave: Justiça Eleitoral - representação popular - direito eleitoral - cassação de mandato

ABSTRACT

The essential purpose of the Electoral Justice is to protect the legitimacy of elections and, thus, the principle of popular representation. In a logical construction, the more serious faults attract the application of substantial reprimands, while the less severe deviations are punished with softer responses, according to the alternatives provided in the electoral legislation. Electoral frauds that lead to the removal of elected candidates have substantive implications. Recognition of the incidence of causes of invalidation leads to the application of drastic consequences. It is necessary to promote, as far as possible, a deeper debate on punishments that threaten the outcome of the ballot box. The eventual reduction of the number of removed candidates must be understood as a victory of the Electoral Court.

Key words: Electoral Justice - popular representation - electoral law - removal of mandate

1. INTRODUÇÃO

A finalidade essencial da Justiça Eleitoral consiste na proteção efetiva do direito de escolha dos governantes, de modo a materializar (ou tornar factível) o princípio da representação popular.

Para isso, a ordem jurídica a encarrega de aplicar um conjunto de garantias destinadas a resguardar a autêntica vontade popular, o que, no plano jurisdicional, é feito mediante a aplicação do conjunto de normas que conforma o chamado direito eleitoral sancionador.

Na busca pela preservação da essência dos certames, o ordenamento legal elege uma vasta gama de ilícitos, considerando os diversos valores que tenciona tutelar.

Sob o prisma da relevância, esses ilícitos levarão a consequências manifestamente diferentes, conforme o grau de significância que seus efeitos assumam no esquema de tutela da autodeterminação eleitoral.

Em uma construção lógica, as faltas mais graves atraem a aplicação de reprimendas substanciais, ao tempo em que os desvios menos graves são punidos com respostas mais brandas, de acordo com as alternativas prescritas no ordenamento.

Nesse passo, os ilícitos eleitorais podem ser divididos em:

(1) **Ilícitos eleitorais de primeira ordem:** são os ilícitos reputados mais graves, e que, portanto, ensejam cassações no bojo de ações eleitorais impugnativas.

(2) **Ilícitos eleitorais de segunda ordem:** são os ilícitos menos graves, aos quais a lei atribui respostas mais amenas, como a suspensão de direitos ou a aplicação de multa.

(3) **Ilícitos eleitorais híbridos:** são ilícitos graves, aos quais a lei reserva espaço para a aplicação de sanções de ambas as cargas, em respeito ao grau de variação entre os casos concretos.

Para identificar os **ilícitos eleitorais de primeira ordem (e também os híbridos)**, basta percorrer o ordenamento eleitoral em busca de atividades antijurídicas cuja prática acarrete, potencialmente, a desconstituição de um mandato obtido nas urnas (e, consequentemente, a invalidação da própria eleição).

Em linhas gerais, os ilícitos eleitorais de primeira ordem descrevem condutas hipoteticamente indutoras de:

- Fraude;
- Corrupção;
- Abuso de poder lato sensu[1].

A rigor, a identificação dos **ilícitos de primeira ordem** contribui para a compreensão de um problema fundamental para o Direito Eleitoral: a delimitação do **núcleo da legitimidade eleitoral.**

Em termos bastante simples, o núcleo da legitimidade eleitoral pode ser encontrado a partir de uma análise dos bens jurídicos tutelados pelos ilícitos que ensejam cassação. Assim, em um sentido (obviamente) reducionista, é possível afirmar que a **legitimidade nuclear** reside na proteção dos seguintes valores:

(1) Fidelidade dos resultados (protegida mediante a repressão à fraude);

(2) Liberdade para o sufrágio (protegida mediante a repressão à corrupção e a certas formas de abuso de poder);

(3) Igualdade de oportunidades (protegida mediante a repressão às formas de abuso restantes).

O problema, no entanto, é mais complexo.

[1] Conceito que também envolve captação ou gasto ilícito de recursos, captação ilícita de sufrágio e condutas vedadas a agentes públicos.

É evidente que a disciplina se ressente da falta de sistematização em torno da matéria. Com uma frequência assustadora, as autoridades eleitorais invalidam a vontade das urnas em nome de um **valor constitucional de conteúdo vago**, com baixíssima densidade semântica, moldado, no mais das vezes, ao sabor das conveniências, em detrimento de garantias constitucionais bastante importantes, entre as quais a (i) equidade, (ii) a proporcionalidade; (iii) a correta fundamentação das decisões[2] e (iv) a segurança jurídica.

Na tentativa de lançar alguma luz sob esse ponto obscuro do universo em que atuamos, pondero que a legitimidade das eleições comporta dois diferentes sentidos: um sentido político (ou próprio) e um sentido jurídico (ou impróprio). Assim:

	Escopo da análise	Base de análise	Viés de análise	Objeto da análise	Lógica de análise
Legitimidade eleitoral (sentido amplo)	Formular juízos sobre a justiça das regras e circunstâncias externas que envolvem o jogo (buscar eleições de alta qualidade)	Tríplice: Legislativa Fática Institucional	Político	Qualidade das leis e do ambiente em que se desenvolve a competição eleitoral	Escalonada (as eleições são consideradas legítimas em maior ou menor grau)
Legitimidade eleitoral (sentido estrito)	Verificar a presença de ilícitos eleitorais graves (checar a existência de uma "legitimidade mínima")	Única: Fática	Judicial (contencioso eleitoral)	Realidade concreta de um determinado certame	Assertiva (as eleições são consideradas, simplesmente, válidas ou não)

Eis o tema.

O problema que se coloca é que, no contexto das ações eleitorais, a Justiça Eleitoral é conclamada a examinar a legitimidade das eleições sob uma lógica artificialmente assertiva, quando é certo que **a legitimidade responde, por natureza, a uma racionalidade escalonada.**

A rigor, a legitimidade não veicula uma noção absoluta ou binária (uma questão de ser ou não ser, como se um pleito pudesse ser visto, tão simplesmente, como legítimo ou ilegítimo), mas, mais propriamente, de um problema de graduação (uma questão de ser mais ou de ser menos, isto é, de reproduzir com maior ou menor fidelidade as condições ideais atinentes a um processo de escolha popular).

Nada obstante, no deslinde de ações impugnativas os juízes eleitorais enfrentam um DILEMA, na medida em que são instados a chancelar ou recusar validade a uma disputa, à vista dos fatos e circunstâncias que lhes chegam às mãos.

E esse dilema, obviamente, ganha contornos dramáticos, tendo em vista que as decisões de cassação comportam um caráter contramajoritário, uma vez que negam efeito à preferência externada pela maioria dos cidadãos de uma determinada circunscrição.

[2] No particular, recorde-se que o novo Código de Processo Civil estabelece, em seu art. 489, §1º, que não se considera fundamentada a sentença ou o acórdão que "empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso".

A natureza contramajoritária dessas decisões e a própria missão institucional da Justiça Eleitoral conduzem a uma **CONCLUSÃO INARREDÁVEL:** no seio dos tribunais eleitorais, os éditos de cassação, conquanto não tenham, necessariamente, de ser muito raros, são, certamente, decisões de ultima ratio, razão pela qual, em minha visão, **somente se legitimam em conjunturas inescapáveis**, objetivamente quando:

(i) a propensão eleitoral dominante tenha sido canalizada por um postulante inapto a figurar como destinatário dos votos; ou, alternativamente,

(ii) o produto da vontade prevalente haja sido desqualificado pela intervenção de condutas ilícitas extraordinariamente graves.

Eis o panorama normativo. Sob uma perspectiva fiel à axiologia eleitoral, é assim que o sistema **deveria** funcionar. Mas será que é assim que ele, de fato, funciona? Receio que não.

Recentemente, um levantamento feito pelo Portal G1 apontou que, entre 2012 e 2016, **o Brasil teve um prefeito retirado do cargo a cada oito dias pela Justiça Eleitoral.**

Fala-se de nada menos do que 136 prefeitos afastados, descontados desses números outros 93, cassados mas mantidos nos cargos liminarmente (o que faria com que tivéssemos um prefeito cassado a cada 4,75 dias, aproximadamente). Isso significa, em uma especulação ad terrorem, que em cerca de 5% dos municípios brasileiros os prefeitos têm sido escolhidos, não pelo povo, mas pelos tribunais.

São cifras evidentemente assustadoras, e que, inobstante, mantêm-se praticamente estáveis desde a edição da Lei nº 9.804/99 (que deu efeitos impugnativos à captação ilícita de sufrágio)[3].

Pode-se, portanto, dizer que a cultura de cassação foi incorporada ao nosso sistema.

Sem embargo, cabe pensar:

Nesse universo, a despeito da cultura de transgressão historicamente verificada em nossa histórica política, não é descabido sugerir que a Justiça Eleitoral tenha, em algum ponto, "perdido a mão", passando, em um plano geral, a banalizar o que, por uma questão de princípios, deveria ser, absolutamente, excepcional.

Não é descabido supor que uma análise mais acurada sobre esse conjunto de processos apontaria, muito provavelmente, bastantes casos de exagero e, mais do que isso, algumas injustiças relativas à diversidade de tratamento, pelo que se faz pertinente traçar alguma tentativa de sistematização.

Com esse espírito é que enfrento a questão relativa à análise da gravidade das circunstâncias que induzem cassação.

Embora reconheça que os casos de cassação demandam, por natureza, a aplicação de uma **técnica casuística**, pondero que isso não impede a busca de **generalização sistemática** sobre o tema, até para que os tribunais e juízes brasileiros possam criar uma sorte de **memória institucional**, de forma a oferecer (i) um maior apuro técnico e (ii) uma maior equanimidade em suas decisões[4].

Começo por apontar, na experiência comparada, tentativas de sistematização do problema mediante a apresen-

[3] De acordo com levantamento realizado pela Confederação Nacional de Municípios (CNM), nas Eleições de 2004: 4,9% dos prefeitos eleitos (274, de um total de 5.563) perderam o mandato na Justiça Eleitoral. Desses, cerca de 37% incorreram em infrações à legislação eleitoral, notadamente em ilícitos relacionados com o abuso de poder. Fonte: [http://prerj.mpf.mp.br/noticias/o-globo-para-274-prefeitos-a-cassacao/]. Acesso: 8.2.2015. Considerando-se apenas a compra de votos, entre 2003 e 2007, 203 políticos tiveram os seus mandatos cassados pelo Tribunal Superior Eleitoral. Fonte: [http://tre-pb.jusbrasil.com.br/noticias/128638/TSE-cassou-215-politicos-por-compra-de-votos-em-oito-anos]. Acesso: 9.02.2015. Bastantes impressionantes, os números não levam em conta os mandatos suprimidos pelas instâncias inferiores da Justiça Eleitoral. Nesses instâncias, estatísticas apontam para a existência de 421 mandatários cassados nas eleições municipais de 2000 e 2004. Fonte: [http://WWW.oab.org.br/noticia.asp?id=9041). Acesso: 11.02.2015.

[4] Não custa lembrar que o novo Código de Processo Civil prescrever que os tribunais, inclusive eleitorais, têm o dever de uniformizar a sua jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente (art. 926, caput).

tação de parâmetros objetivos criados por cortes estrangeiras. Uma análise panorâmica basta para que se verifique que os vetores ordinariamente utilizados são mais estritos do que os atualmente aplicados no modelo brasileiro.

Começo por apontar, na experiência comparada, tentativas de sistematização do problema mediante a apresentação de parâmetros objetivos criados por cortes estrangeiras. Uma análise panorâmica basta para que se verifique que os vetores ordinariamente utilizados são mais estritos do que os atualmente aplicados no modelo brasileiro.

2. VETORES PARA A CASSAÇÃO DE MANDATOS NO DIREITO COMPARADO

2.1 PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO FALSEAMENTO DA VONTADE POPULAR: O VETOR ESPANHOL

A jurisprudência espanhola, não raro replicada no repertório de decisões de tribunais latino-americanos, há muito examina as ações de cassação a partir de dois vetores principiológicos conectados entre si.

Falo, especificamente, do **princípio da conservação dos atos eleitorais** (a significar que a vontade do corpo eleitoral manifestada de forma clara e livre deve ser preservada), assim como do **princípio da proibição do falseamento da vontade popular** (por meio do qual a anulação das eleições – e a consequente invalidação dos votos torna-se possível, única e exclusivamente, diante de casos em que o resultado das urnas tenha sido determinado por algum ilícito).

A junção de ambos princípios leva a duas conclusões inafastáveis:

(i) a de que **o resultado dos pleitos goza de uma presunção de validade iuris tantum**; e

(ii) (ii) a de que **as irregularidades cometidas ao largo do processo eleitoral não têm relevância suficiente para ensejar a cassação, senão quando hajam afetado o resultado final das eleições**, ou seja, a menos que tenham desvirtuado, de forma cabal, a vontade popular manifestada das urnas [5] [6].

Diga-se que parâmetro idêntico é adotado na **FRANÇA**, que consagra **o princípio da influência suficiente ou determinante** (Torres de Moral, apud Muñoz Conde, 1991, p. 13), segundo o qual somente se procede à anulação de uma eleição quando sejam verificadas irregularidades com influência suficiente para falsear o resultado da votação[7].

2.2 CONDIÇÕES DE INVALIDADE DE PLEITOS ELEITORAIS: O VETOR MEXICANO

Em 2012, o Tribunal Electoral del Poder Judicial Federal (TEPJF) enfrentou uma ação de cassação movida contra o presidente eleito, Enrique Peña Nieto [8].

Cuida-se de caso que guarda algumas semelhanças com aquele relativo à chapa Dilma-Temer, inclusive envolvendo uma absolvição em alguma medida amparada pelo descarte de uma linha argumentativa (ampliação objetiva da demanda) promovida após o prazo decadencial legal.

---

[5] Na visão de Alvarez Conde (1991, p. 12), a incidência desses princípios faz com que, no exame de ações eleitorais de cassação, seja rechaçada qualquer interpretação formalista da legislação eleitoral que suponha uma hipotética violação dos mesmos.

[6] O princípio da proibição do falseamento encontra-se plasmado no art. 113.3 da Ley Orgánica del Régimen Electoral General (LOREG), nos seguintes termos: "Não se procederá à anulação quando o vício do procedimento eleitoral não seja determinante para o resultado da eleição". A redação do artigo, ocorrida no início da década de 1990, decorre de uma reação legislativa ao acórdão 1/1989 (Tribunal Superior de Justiça de Murcia), posteriormente analisado pela Corte Constitucional (acórdão 24/1990), o qual conferiu à norma de regência uma interpretação finalista transcendente à mera literalidade, em ordem a fixar a tese de que **o parâmetro de anulação de uma eleição deve acomodar os princípios de conservação do ato, da proporcionalidade e da interpretação mais favorável à efetividade dos direitos fundamentais**.Veja-se, a respeito, González Rivas (2010).

[7] Alvarez Conde, por outro lado, aponta que o **modelo inglês** é orientado por um paradigma menos rígido, de forma a admitir, em princípio, a anulação de eleições em virtude de qualquer ato de corrupção ou prática ilegal mais grave.

[8] Juízo de Inconformidade SUP-JIN 359/2012. Na mesma linha, veja-se também o SUP-JRC 604/2007.

Para o tema de hoje, o que importa é apontar que a Corte Superior Eleitoral mexicana apontou, naquele caso, uma série de condições de validação de decisões de cassação de mandatos ou de anulação de eleições.

A ideia plasmada nos autos é a de que somente a presença cumulativa daqueles elementos autoriza (é dizer, legitima) uma decisão jurisdicional que tenha o condão de anular a vontade congregada do corpo de cidadãos.

Exige-se, pois, que:

(a) se enfrente um **fato flagrantemente violador de algum princípio ou norma constitucional, ou parâmetro de direito internacional** aplicável (violações substanciais ou irregularidades graves);

(b) tais violações substanciais ou irregularidades graves sejam objeto de **plena comprovação** [9];

(c) seja aferido o **grau de afetação** que a violação ao princípio ou norma constitucional ou parâmetro de direito internacional aplicável tenha produzido **dentro do processo eleitoral**; e

(d) as violações ou irregularidades sejam **qualitativa** e **quantitativamente determinantes** para o resultado da eleição.

Em linhas generalíssimas, a jurisprudência mexicana **somente impõe a anulação de eleições quando os vícios apontados "afetem ou viciem de forma grave e determinante o conjunto do procedimento"**, exigindo-se, como consequência, que os **efeitos decorrentes da prática ilícita "sejam de tamanha magnitude que tenham afetado o resultado eleitoral, definindo o candidato vencedor".**

2.3 POTENCIALIDADE COMO NEXO CAUSAL: O VETOR CHECO

A lógica regente dos modelos espanhol, francês e mexicano é reproduzida na experiência checa. A aplicação de um mesmo princípio em países de culturas sabidamente distintas serve para indicar a relativa universalidade dessa linha de entendimento.

Naquele país, a Suprema Corte Administrativa (órgão máximo do contencioso eleitoral) entende que uma eleção só pode ser cancelada ante à presença de **duas condições cumulativas**:

(i) a **violação de lei expressa** (o que ratifica a adoção de um modelo de contencioso típico, em contraposição aos modelos de nulidades abstratas); e

(ii) a existência de **nexo causal entre a violação e o resultado da eleição.**

A rigor, a presença do segundo requisito, considerado o mais importante, **diz respeito não apenas à intensidade da violação** (o que se assemelha à noção de gravidade), **mas, mais propriamente, aos seus prováveis impactos sobre o produto da votação (noção de potencialidade)**, sendo vedado aos órgãos competentes a invalidação de pleitos quando as infrações não possam ter desviado o curso do pleito.

No modelo checo as decisões de cassação proferidas pela Suprema Corte Administrativa são passíveis de recurso perante a Corte Constitucional. A aplicação dos princípios acima, a título de exemplo, resultou em uma absolvição no precedente no caso do Senador Dagmar Lastovecka (Acórdão 11 ZP 54/98), acusado de haver incidido em abuso de poder nos meios de comunicação durante a jornada de reflexão em 1998.

2.4 PARÂMETROS PRESENTES NO DIREITO COMPARADO

No plano legislativo, também se verifica o absoluto descompasso entre o arranjo brasileiro (que veio a substituir a jurisprudência da potencialidade pelo conceito mais abrangente da gravidade) e as alternativas comparadas.

No particular, as fórmulas jurídicas abertas utilizadas em outros países apontam, frequentemente, para a necessidade de se observar a ideia da potencialidade nos casos em que esteja em causa a invalidação de uma eleição. Vejamos:

[9] Pensar / pesquisar se isso implica, de fato, a proibição de aplicação da pena política capital exclusivamente com base em princípios.

- "violações substanciais determinantes para o resultado das eleições" **(México)**;
- "vício procedimental determinante para o resultado da eleição" **(Espanha)**;
- "atos que tenham violado as eleições, influindo sobre seus resultados gerais" **(Uruguai)**;
- "distorção generalizada dos escrutínios" **(Paraguai)**;
- "fraudes decisivas para o resultado das eleições" **(Honduras)**;
- "fraudes ou vícios que alteram o resultado das eleições" **(Venezuela)**;
- "irregularidades que modificam o resultado das eleições" **(Peru)**[10].

3. O CASO BRASILEIRO

3.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Historicamente, o TSE entendia (especificamente nos casos de AIJE e AIME) que as decisões de cassação / anulação dependeriam da configuração de **potencialidade lesiva ao pleito eleitoral** nos atos tidos por ilícitos (vejam-se, p. ex., julgados referentes às eleições de 2004).

Assim, nem toda prática irregular poderia ensejar a pena política capital, mas somente aquela com condição suficiente para definir o pleito eleitoral em função de determinada candidatura (Coêlho, 2007, p. 80).

A posição, como se nota, era absolutamente compatível com os vetores encontrados no direito estrangeiro, sendo, ademais, apropriada à luz da axiologia do Direito Eleitoral, na medida em que reconhece que ser **regra** a prevalência da vontade popular, figurando a cassação como **exceção**, estrita a casos "de prova robusta e inconteste de que o mandato foi colhido apenas porque a vontade popular foi corrompida e deturpada por práticas ilícitas [...] com potencialidade suficiente para desequilibrar a disputa eleitoral, desigualando [as chances] das candidaturas" (Coêlho, 2007, p. 81). [11]

Contudo, seguida a uma paulatina guinada jurisprudencial, a noção de potencialidade foi cedendo espaço ao conceito de gravidade, o qual, por fim, adentrou o plano normativo por ocasião da edição da Lei de Ficha Limpa (Lei Complementar nº 135/2010).

3.2 A GRAVIDADE DAS CIRCUNSTÂNCIAS NAS AÇÕES ELEITORAIS RELATIVAS A HIPÓTESES DE ABUSO DE PODER

No caso específico das ações de investigação judicial eleitoral (AIJEs) a necessidade de exame da gravidade surge de alteração operada pela Lei de Ficha Limpa (Lei Complementar no 64/1990), de acordo com a qual o inciso XVI do art. 22 passou a prever que, para a configuração do ato abusivo, não será considerada a potencialidade de o fato alterar o resultado da eleição, mas somente[12] a gravidade das circunstâncias que o caracterizam.

A inovação legislativa implicou em alterações axiológicas na estrutura dos ilícitos de abuso. O dispositivo teve como motor a superação de entendimento outrora pacificado no âmbito do Tribunal Superior Eleitoral, no sentido de que configuração de abuso, em qualquer modalidade, exigiria a demonstração da potencialidade de o fato em desequilibrar a eleição.

---

[10] Rol elaborado a partir de pesquisa efetuada por Orozco Henríquez (1999).

[11] "A potencialidade, entretanto, não significa nexo de causalidade, entendido esse como a comprovação de que o resultado candidato foi eleito efetivamente devido ao ilícito ocorrido, mas que fique **demonstrado que as práticas irregulares teriam capacidade ou potencial para influenciar o eleitorado, o que torna ilegítimo o resultado do pleito.** [...] se fossem necessários cálculos matemáticos, seria impossível que a representação fosse julgada antes da eleição do candidato, que é, aliás, o mais recomendável [...]" (TSE, acórdão de 06/08/2004).

[12] A flexibilização do limiar autorizativo das decisões de cassação planeada pelo legislador se encontra estampada, claramente, nessa expressão.

Como se vê, o reconhecimento do abuso na ótica da Corte reclamava a valoração do elemento resultado. A partir da reforma legal, a análise passa recair, também, sobre a conduta, que, agora, há de ser grave.

Como bem pondera Walber Agra (2016, p.118-119) no modelo atual "a análise da gravidade não se detém ao resultado das eleições, perpassando todos os elementos que podem influir no transcurso normal e legítimo do processo eleitoral".

Nessa ordem de ideias, José Jairo Gomes (2018, p. 733) considera que, torna-se desnecessário:

> [...] provar-se o real, efetivo ferimento aos bens e interesses protegidos, pois esse resultado é presumido. Partindo da ideia de proporcionalidade, contenta-se a lei com a potencialidade ou risco de dano aos bens constitucionalmente protegidos – e não poderia ser diferente, quando a conduta ilícita visa a influenciar o voto, o segredo de que este é revestido impossibilidade averiguar se houve efetiva e real influência.

Sem embargo, é evidente que **essa visão possibilita o exercício de arbitrariedades por parte dos órgãos julgadores**, arbitrariedades essas que, invariavelmente, depõem contra a vontade popular, valor constitucional da mais alta magnitude. Nesse contexto, não é dado perder de vista o fato de que:

> Cassar um registro, um diploma, um mandato, é cassar o conjunto de vontades que convergiram para que pudéssemos falar em vontade popular, em soberania popular, cujo cerne, insistamos, está na vontade dos eleitores, em número próprio a eleger inscritos por determinados partidos ou coligações partidárias. [...]
>
> Destarte, somente uma ficção, um grande equívoco e um sério olvido do valor dos direitos-liberdades de votar e de receber votos é que podemos pensar que a Justiça Eleitoral, ao cassar registro, diploma ou mandato eletivo, através dos processos judiciais que lhes são próprios, estará apenas cassando a vontade individual, privada e solitária de um candidato. E mais, que com isso estará tutelando a vontade dos eleitores, a vontade das urnas, a soberania popular que, em verdade, foi a mais afetada, a realmente "cassada" com a decisão judicial ceifadora de registro, diploma ou mandato, notadamente quando se trata de candidato eleito (Espíndola, 2015, p. 275) [13]

Em uma visão superficial, pode-se pensar que a mudança de paradigma favoreceria a **subjetividade dos julgadores**. Entretanto, à vista dos argumentos acima esposados, a questão é de ser vista com muita cautela.

Nessa esteira, Rodrigo López Zilio (2012, p. 200-201), com extrema lucidez, sublinha que a mudança de arranjo não afasta, em absoluto, a avaliação do impacto das condutas levadas a cabo sobre a integridade do certame, **visto que o bem jurídico tutelado pelas ações de abuso de poder permanece inalterado**, conforme o art. 14, §9º, do texto constitucional. Segue-se daí 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". Assim, a gravidade das circunstâncias aparece como um parâmetro para a avaliação dos impactos do ilícito sobre a legitimidade da disputa.

Nesse panorama, o TSE, em algumas decisões, reconheceu (a meu ver, acertadamente) que **"a potencialidade constitui pressuposto do reconhecimento do abuso do poder e consiste no exame da gravidade do ato ilícito de modo a comprometer a normalidade e a legitimidade das eleições."** (TSE -AgR-RESPE 25.686.037/SP).

Nada obstante, em alguns casos retoma a ideia de que: **"Não mais se exige, para o reconhecimento da prática abusiva, que fique comprovado que a conduta tenha efetivamente desequilibrado o pleito ou que seria exigível**

[13] Por isso, assiste razão à doutrina que reivindica a adoção de uma postura minimalista por parte dos órgãos da Justiça Eleitoral. Nessa trilha, Eneida Desiree Salgado (2015, p. 36) é incisiva ao argumentar, com muita propriedade, que: "O protagonismo da Justiça Eleitoral na defesa da autenticidade eleitoral deve ser visto com reservas. O afastamento imediato de candidatos ao pleito ou majoritários, que ainda passarão pelo crivo popular ou que obtiveram o apoio da população, deve ser feito com muita cautela, sob pena de esvaziar a disputa eleitoral. Corre-se o risco, ainda, de afastar o cidadão do debate eleitoral, a partir de uma excessiva tutela ou de uma desconsideração total de suas escolhas. Não deriva do texto constitucional uma alegada 'missão' da Justiça Eleitoral na orientação do povo, 'para obter votos com qualidade, com responsabilidade' e desconsiderando os 'votos que formem rejeitos à pureza do regime representativo'. Os juízes e tribunais não são talhados para dar conta da deficiência do processo político [...]. Conforme Arthur Rollo, os valores que a Justiça Eleitoral deve garantir são a pars conditio (a igualdade entre os candidatos) e o respeito à vontade do eleitor. Isso e nada mais".

a prova da potencialidade, tanto assim o é que a LC 64/90, com a alteração advinda pela LC 135/2010, passou a dispor: "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 (Recurso Ordinário nº 172365). Em casos tais, a Corte assume, como se nota, uma postura descolada, em princípio, daquela apresentada, no mínimo, pela maioria tribunais internacionais.

3.3 A GRAVIDADE À LUZ DOS EFEITOS: UMA CATEGORIZAÇÃO POSSÍVEL (?)

Em minha visão, o arranjo brasileiro destinado à repressão do abuso de poder nas eleições é repleto de impropriedades, a começar pelo fato de que o legislador (constitucional e ordinário) ele um **modelo de combate rígido** para dar conta de uma realidade fluida. De fato, as novas formas de abuso de poder colocam em xeque, ao menos no particular, o modelo de contencioso típico adotado em solo nacional.

Nessa perspectiva, melhor seria limitar-se a prever o cabimento de AIJE para casos de abuso de poder em uma fórmula genérica, sem alusões específicas a determinadas modalidades (algo, aliás, há muito sugerido pelo vanguardista Fávila Ribeiro (2001, p. 29 et seq.).

Acredito que o critério mais adequado para a distinção dos poderes sociais é aquele sugerido por Bobbio, o qual leva em conta os **meios utilizados para a obtenção dos efeitos desejados**.

Nessa linha, uma pretensão social de domínio pode se basear:

(i) na **FORÇA** (uso de violência física ou simbólica);

(ii) na **POSSE** ou no **CONTROLE** exercido sobre bens materiais; ou

(iii) na **POSSE** ou no **CONTROLE** exercido sobre saberes ou informações.

A adoção dessas categorias genéricas é útil por permitir o enquadramento de hipóteses de abuso de poder não antevistas pelo operador legislativo, como dos abusos de poder religioso e coercitivo. [14]

Nesse ponto, cabe lembrar que o **uso de fórmulas abertas é, apesar de tudo, bastante adequado para o Direito Eleitoral, em função da dinamicidade social que ele enfrenta**. Nessa esfera particular, a realidade das novas formas de abuso denuncia a inaptidão do legislador, quando pretendeu "prender" o poder em "compartimentos estanques".

Retomando a linha de raciocínio alhures iniciada, os ***recursos de poder*** consistem em instrumentos usualmente utilizados para o direcionamento do comportamento alheio. Assim:

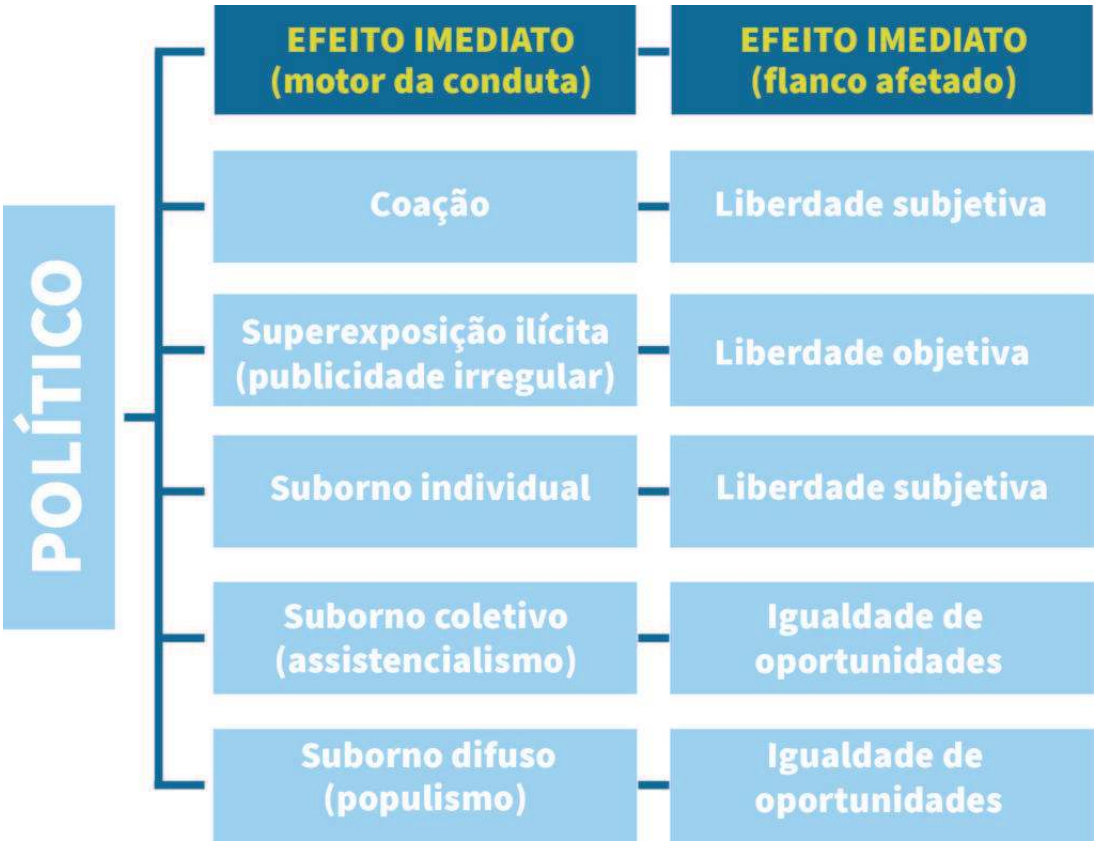
- A **força** possibilita a **coação**;
- A **riqueza** possibilita o **suborno** ou a **indução** (superexposição);
- A **sapiência** possibilita a **indução** (sugestionamento) ou a **manipulação** (ardil).

Nesse diapasão, é possível traçar paralelos entre os r**ecursos de poder utilizados** e seus respectivos **efeitos mediatos e imediatos**.

Esse exercício se torna importante em função do comando inscrito no art. 489, §1º, inciso II, do Código de Processo Civil, que estabelece que a **sentença que emprega conceitos jurídicos indeterminados** (caso da "quebra da legitimidade das eleições") **deve, necessariamente, explicar os motivos de sua incidência no caso concreto.**

Dessa forma, a multiplicidade de formas de exteriorização do abuso de poder político, a título de exemplo, poderia ser apresentada assim:

[14] Acerca dos temas, confira-se Alvim (2016).



A identificação do **MOTOR DA CONDUTA** é ainda interessante para (i) **evidenciar onde se encontra o foco do problema**, assim como para (ii) **estipular um ponto de partida** para a análise dos casos de abuso de poder.

A depender do maior ou menor **GRAU DE CONSTRANGIMENTO** imposto ao conjunto de eleitores, surgirá a necessidade de se analisar fatores externos, alheio às relações de poder especificamente travadas nos casos concretos.

O maior ou menor **GRAU DE CONSTRANGIMENTO** serve à construção de um esquema racional direcionado à construção de uma **ESCALA DE GRAVIDADE PRÉ-DETERMINADA**, que, embora não seja definitiva (e tampouco perfeita), pode auxiliar na compreensão do tema.

Assim:

1. RELAÇÕES DE PODER DE INVASIVAS (COOPTATIVAS)

Motor da conduta: Coerção (alternativas de ação reduzidas pela ameaça de sanção)

Base: violência física ou simbólica (agressão / chantagem / ameaça)

Motor da conduta: Suborno (alternativas de ação reduzidas pelo grau de aliciamento)

Base: econômica (plano privado / governamental)



ANÁLISE PREPONDERANTE: FATORES ENDÓGENOS (ênfase na relação de poder)

2. RELAÇÕES DE PODER RELATIVAMENTE INVASIVAS (SEMICOOPTATIVAS)

Motor da conduta: Manipulação (alternativas de ação reduzidas pela dramatização ou ardileza do sugestionamento)

Base: ideológica (fake news / religião)



ANÁLISE: MISTA (A relação de poder deve ser examinada em conjunto com elementos externos à relação de poder => checar o teor da manipulação e se condições ambientais atuam para diminuir os seus efeitos).

3. RELAÇÕES DE PODER NÃO INVASIVAS (PERSUASIVAS)

Motor da conduta: Indução (alternativas de ação reduzidas pelo grau de reiteração ou intensidade do sugestionamento)

Base: ideológica (mídia / religião)

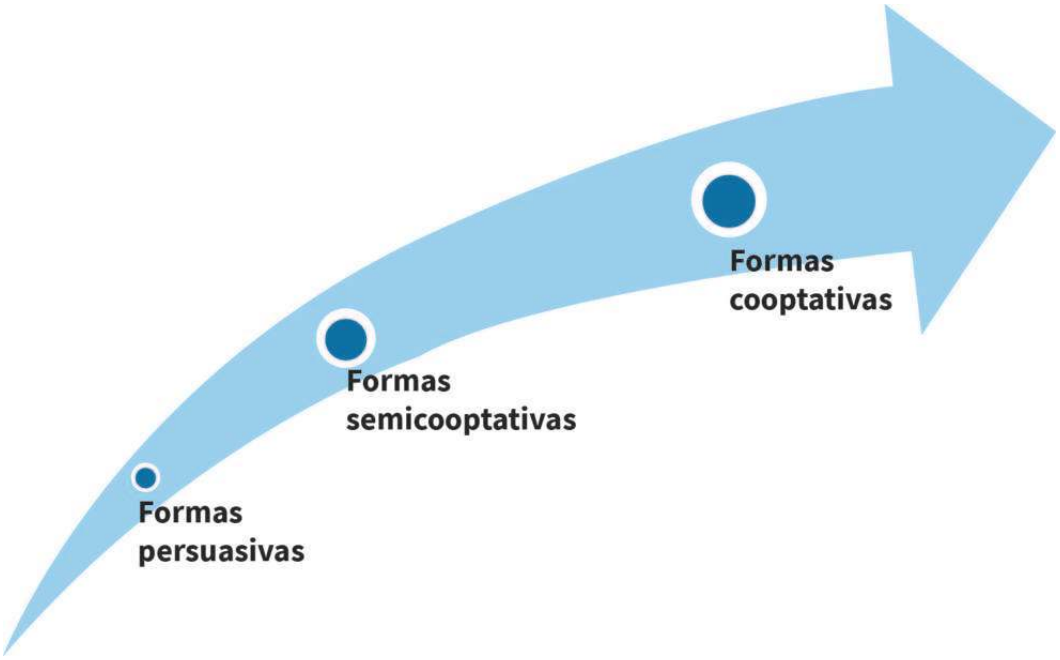


ANÁLISE PREPONDERANTE: FATORES EXÓGENOS (ênfase nas condições do ambiente).

Nesses termos, considerado que, tanto pelo **PRISMA DO GRAU DE CONSTRANGIMENTO IMPOSTO**, como pelo **PRISMA DA EFETIVIDADE** (probabilidade de êxito na produção dos efeitos), pode-se, a *priori*, sugerir que a**s formas de poder que denomino COOPTATIVAS são mais graves do que as SEMICOOPTATIVAS, que, por sua vez, são mais graves do que as MERAMENTE PERSUASIVAS.**

Assim, em termos gráficos:

[15] Nessa linha, Marcus Vinicius Furtado Coêlho (2012) vislumbra a gravidade das circunstâncias como um conceito jurídico aberto correlato às noções de proporcionalidade e razoabilidade, portanto conexo ao axioma da proibição do excesso. Disso decorrem os imperativos de adequação, necessidade e justa medida na cominação da pena de cassação de mandato. Em arremate, sustenta que "o ordenamento não admite seja configurado o abuso de poder por fato insignificante, sem relevo, desprovido de repercussão social", e alerta (2012, p. 1): "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, 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 o direito do prudente".



Por fim, considerando que as decisões eleitorais de anulação de eleições devem ser excepcionais, é lógico esperar, em princípio, que essas sejam tão mais raras quando mais se afastem do polo mais alto do espectro de gravidade acima sugerido.

4.CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tratando-se de ilícitos eleitorais que ensejam a anulação de eleições, não é dado ao intérprete desligar-se de sérias implicações de fundo. É de se ter em vista, a todo instante, que o reconhecimento da incidência de causas de invalidação enseja a aplicação de consequências drásticas, mormente a anulação de manifestações de soberania presumidamente válidas.

À evidência de que os éditos de invalidação carregam em essência uma carga de contramaioria, é de suma importância que magistrados e cortes eleitorais avaliem com detenção e temperamento as nuanças dos casos concretos. As condenações, certamente possíveis, são naturalmente e, por princípio, medidas de exceção[15].

Em linhas gerais, Justiça Eleitoral brasileira - sobretudo, nos juízos de primeiro grau – tem falhado promover o espírito democrático, olvidando-se de que o seu papel institucional lhe impõe um inarredável exercício de autocontenção.

Isso posto, acredito que seja necessário promover, tanto quanto possível, um debate mais profundo e duradouro a respeito dessas importantíssimas questões.

Como ponto de partida, quero consignar que **a eficácia de um sistema de proteção dos valores constitucionais-eleitorais não se mede pelo número de candidatos cassados, mas pela capacidade de absorver conflitos.**

Por esse ângulo, **a verdadeira "vitória" da Justiça Eleitoral não ocorrerá quando cassarmos o dobro de candidatos do que vimos cassando, mas, pelo contrário, quando passemos a enfrentar a metade dos processos impugnativos enfrentados atualmente.**

REFERÊNCIAS:

AGRA, Walber de Moura. **Manual prático de Direito Eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

ALVAREZ CONDE, Enrique. Los principios del Derecho Electoral. Madrid: **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, n. 9, mayo-agosto 1991, p. 9-37.

ALVIM, Frederico Franco. **Curso de Direito Eleitoral**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2016.

COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. A gravidade das circunstâncias no abuso de poder eleitoral. Disponível em: <http://www.tre-rj.gov.br/eje/ gecoi_arquivos/arq_071881.pdf>. Acesso em: 29 dez.2016.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Justiça eleitoral contramajoritária e soberania popular: a democrática vontade das urnas e a autocrática vontade judicial que a nulifica. **Revista Ballot**, v. 1, n. 1, maio-agosto de 2015.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 14. ed. São Paulo: GEN, 2018.

GONZÁLEZ RIVAS, Juan José. Análisis de los recursos de amparo electorales a la vista de la jurisprudencia constitucional. In: PASCUA MATEO, Fabio (dir.). **Estado democrático y elecciones libres: cuestiones fundamentales de Derecho Electoral**. Madrid: Thompson Reuter, 2010, p. 663-686.

MÉXICO. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Juicio de Inconformidad SUP-JIN 359/2012. Disponível em: [http:// http://www.te.gob.mx/Informacion_juridiccional/sesion_publica/ejecutoria/sentencias/SUP-JIN-0359-2012.pdf]. Acesso: 07.06.2018.

OROZCO HENRÍQUEZ, J. Jesús. Las causas de nulidad electoral en América Latina. Disponível em: [https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/240/15.pdf]. Acesso: 05.06.2018.

PODHRÁZKY, Milan. A comparative analysis of the bodies in charge of electoral control, especially the judicial ones: the Czech case. In: BIGLINO CAMPOS, Paloma; DELGADO DEL RINCÓN, Luis E (eds.). **La resolución de los conflitos electorales: un análisis comparado**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, p. 81-98.

RIBEIRO, Fávila. **Abuso de poder no Direito Eleitoral**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios constitucionais eleitorais**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

ZILIO, Rodrigo López. Potencialidade, gravidade e proporcionalidade: uma análise do art. 22, XVI, da Lei Complementar no 64/90. **Revista Brasileira de Direito Eleitoral**, n. 6, jan./jun. 2012.