

PERTENCE À SEPED



TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE GOIÁS

VERBA LEGIS 2010

Revista Jurídica

GOIÂNIA, 2010

CONSELHO EDITORIAL

Presidente

Juíza Ilma Vitório Rocha

Vice-Presidente

Flávia de Castro Dayrell

Secretária

Claudia Eneida de Rezende Mikael

CONSELHEIROS

Vice-Presidência

Bianca Thais de Souza Crocamo

Seção de Jurisprudência

George Costa Rolim Júnior

Presidência

Maria Amélia de Azevedo

Seção de Pesquisa e Editoração

Maria Selma de Araújo

SEÇÃO DE PESQUISA E EDITORAÇÃO

Projeto gráfico, diagramação, formatação e arte final

Maria Selma de Araújo

Emerson Souza Couto

Keila Furtado

Aline Halen Ribeiro e Silva

Bruno Campos de Andrade

Taise Matos Nascimento

Revista Jurídica do Tribunal
Regional Eleitoral de Goiás.
Nº V (Maio 2009 /
Maio 2010) - Goiânia:
TRE/GO, 2010
ISSN 2177 - 4110

Os conceitos e interpretações contidos nos trabalhos assinados são de exclusiva responsabilidade de seus autores e recebidos a título gratuito.

Disponível em: www.tre-go.jus.br
É permitida a reprodução total ou parcial deste, desde que citada a fonte.

IMPRESSO NO BRASIL
Printed in Brazil - 2010
Gráfica e Editora World Print Ltda

MEMBROS EFETIVOS

Presidente

Desembargador Floriano Gomes

Vice-Presidente e Corregedor Regional Eleitoral

Desembargador Ney Teles de Paula

JUÍZES MEMBROS

Ilma Vitório Rocha

Elizabeth Maria da Silva

Marco Antônio Caldas

Carlos Humberto de Sousa

João Batista Fagundes Filho

Procurador Regional Eleitoral

Alexandre Moreira Tavares dos Santos

MEMBROS SUBSTITUTOS

Vice-Presidente e Corregedor Regional Eleitoral

Desembargador Rogério Arédio Ferreira

Desembargador Leobino Valente Chaves

JUÍZES MEMBROS

Leão Aparecido Alves

Sérgio Mendonça de Araújo

Adegmar José Ferreira

Alexandre Magno de A. Guerra Marques

Marcelo Arantes de Melo Borges

Procurador Regional Eleitoral

Raphael Perissé Rodrigues Barbosa

Composição em 22.03.2010

EQUIPE ADMINISTRATIVA

Diretor-Geral

Leonardo Sapiência Santos

Secretária Judiciária

Flávia de Castro Dayrell

Secretário de Administração e Orçamento

Guilherme Vila

Secretário de Tecnologia da Informação

Dory Gonzaga Rodrigues

Secretário de Gestão de Pessoas

Alex Inocência Cruvinel

As fotografias utilizadas na capa nesta edição compõem parte do acervo patrimonial "Art Déco" da cidade de Goiânia - GO.

A INEXIGIBILIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA POTENCIALIDADE DOS ATOS PARA A CASSAÇÃO DO REGISTRO OU DIPLOMA (Direito Eleitoral do Inimigo)

Victor Antônio Leopoldo Reis¹

Resumo

A jurisprudência moderna do Tribunal Superior Eleitoral somente tem admitido ser inexigível a demonstração da potencialidade de alteração do resultado das Eleições, com intuito de promover a cassação do mandato do político eleito, quando a causa de pedir se funda na captação ilícita de sufrágio. Nas hipóteses de abuso de poder, seja econômico ou político, ainda tem sido exigida a demonstração da potencialidade de influência no pleito, para que haja a cassação do mandato. O presente trabalho busca demonstrar que o candidato que burla a norma eleitoral durante a campanha exhibe as vicissitudes de seu caráter antes mesmo da assunção ao cargo, ainda que em busca da reeleição. Assim, demonstra sua inaptidão ao exercício do mandato conferido nas urnas, com fraude aos princípios e postulados que regem o Direito Eleitoral. Portanto, deve ser considerado um inimigo do Estado Democrático de Direito, princípio instituidor do Estado brasileiro (art. 1º da Constituição Federal da República), reconhecendo que seus atos criam e incrementam condutas proibidas relevantes, sendo-lhe negado ou cassado o registro de candidatura ou diploma.

Palavras-chaves: Direito, Eleitoral, inexigível, potencialidade, captação, ilícita, sufrágio, abuso, poder, econômico, político, fraude, eleição, inimigo, sistema, democrático, cassação, mandato, diploma, registro, candidatura.

Introdução

A demonstração da potencialidade surge a partir da aplicação dos princípios constitucionais implícitos da proporcionalidade e razoabilidade, que em suas essências têm dúplice efeito: o de evitar que as sanções sejam por demais severas, quando o bem jurídico tutelado for menos expressivo, bem como de garantir que não haja a insuficiência estatal, devendo a sanção ser suficiente para surtir os efeitos de prevenção e retribuição.

A jurisprudência moderna do Tribunal Superior Eleitoral somente tem admitido ser inexigível a demonstração da potencialidade de alteração do resultado das Eleições, com intuito de promover a cassação do registro ou diploma do candidato, quando a causa de pedir se funda na captação ilícita de sufrágio (art. 41-A da Lei 9.504/97).

Nas hipóteses de abuso de poder (art. 19 e 22 da LC 64/90), condutas vedadas (art. 73/77 da Lei 9.504/97), ainda tem-se exigido a demonstração da potencialidade, para que seja cominada a sanção de cassação do registro de candidatura.

Com a edição do art. 30-A da Lei 9.504/97 (caixa 2), firmou-se entendimento, naquele egrégio, de que neste caso não seria necessária a demonstração da potencialidade, mas sim da proporcionalidade das condutas em influenciar o pleito, com a finalidade de se promover a cassação.

Faz-se então necessário visualizarmos quais os bens jurídicos que estão sendo protegidos pela norma eleitoral, para assim aferir a possibilidade de aplicação do princípio da proporcionalidade e razoabilidade, e, de consequência, exigir-se a demonstração da potencialidade.

Da Inexigibilidade

No atual panorama político e administrativo nacional, onde a maior parte

¹Analista Judiciário do TRE-GO.

da população encontra dificuldade no acesso ao Estado (saúde, educação, moradia etc.), as Eleições surgem como a forma prevista no Estado Democrático de Direito através da qual, pelo sufrágio universal, pode o cidadão escolher aquele que apresente a melhor solução para os problemas na nação.

A regra basilar dos Estados democráticos se perfilha à possibilidade da livre escolha pelos cidadãos de seus representantes. Não bastando que a vontade do eleitor seja livre, mas que também seja garantida a isonomia de condições aos candidatos em disputa, evitando-se os abusos, sejam eles de ordem econômico financeira, de poder, de autoridade etc.

‘O art. 1º da Constituição Federal da República define o Estado Democrático de Direito, fundamentado na soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e livre iniciativa, pluralismo político, porque todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos da Constituição’.

Neste momento fica perceptível que o bem jurídico tutelado pelas normas eleitorais é o próprio sistema democrático, instituidor do Estado.

Durante a corrida eleitoral alguns candidatos, pretendendo adentrar no uso das atribuições dos cargos administrativos e legisladores, valem-se de meios ilícitos para fraudar o processo eleitoral, buscando, através de condutas vedadas, caixa 2, abuso do poder econômico, político, de autoridade e corrupção eleitoral, desequilibrar o pleito a seu favor.

A partir do momento em que os Tribunais passaram a entender que para um candidato ser cassado por captação ilícita de sufrágio (art. 41-A da Lei 9.504/97) é dispensável a demonstração da potencialidade do ato influenciar o pleito,

porque a norma em destaque protege a vontade do eleitor, houve um avanço, privilegiando-se a defesa do Estado Democrático de Direito. Assim, basta ser comprovada a compra de apenas um voto, para que os votos do candidato beneficiado sejam anulados e o seu registro ou diploma cassado.

Por outro lado, ainda que os artigos 30-A, 41-A, 73/77 da Lei 9.504/97, 19 e 22 da LC 64/90 não exibam em seus textos a exigência de demonstração da potencialidade ou proporcionalidade do ato em influenciar o pleito, como condição para que seja aplicada a sanção de cassação, este tem sido o entendimento das cortes eleitorais, por entenderem que nestes casos há defesa da Eleição, diferentemente da captação ilícita de sufrágio (art. 41-A), que protegeria a vontade do eleitor.

A interpretação dada pelos Tribunais coaduna-se com a aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, como já dito, mas teriam estes princípios a capacidade de evitar a subsunção do fato à norma? Seriam eles superiores aos princípios/regras da moralidade e legalidade (art. 37 da Constituição Federal), e do Estado Democrático de Direito (art. 1º da Constituição Federal)? Por certo, não!

Todos os problemas que afligem o Estado, direta ou indiretamente, estão sob responsabilidade dos mandatários que, através da Eleição, obtiveram do cidadão a legitimação para atuar em seu nome.

No processo contencioso eleitoral, que é a primeira barreira aos infratores das normas eleitorais que, desde a Eleição, demonstram suas inaptidões para o exercício do cargo eletivo, não deve ser aplicada a *bagatela eleitoral* (Thales Tácito: 2008), pois se a conduta praticada se encontra subsumida na norma, a sanção é inevitável, em defesa do Estado Democrático de Direito, e em desfavor de

seu *inimigo*.

Para Hugo Nigro Mazzilli² a democracia sofre diversos ataques :

Ainda há outros riscos que viciam uma democracia representativa: a) as fraudes na escolha dos representantes (a demagogia; o controle do tempo da propaganda e dos meios de acesso a ela; a dificuldade de conhecer os candidatos; o processo eletivo facilmente manipulável pelos governantes e pela mídia; a influência das pesquisas de opinião pública; as reações emocionais da população); b) a deformação do equilíbrio da separação de poderes (a supremacia do Executivo, ou a invasão de atribuições de um poder pelo outro, como o Executivo a legislar por medidas provisórias, ou o judiciário a legislar por meio de súmulas vinculantes, ou o legislativo, no exercício do poder constituinte derivado, a suprimir garantias constitucionais dos outros poderes); c) a ruptura dos princípios de igualdade e liberdade individual, principalmente em razão da pobreza e da miséria, que viciam as bases de um Estado democrático. Uma democracia legítima supõe longo caminho de seu efetivo exercício, com um sistema que assegure: a) a efetiva divisão do poder; b) mecanismos de freios e contrapesos na divisão do poder, que funcionem efetivamente e que não possam ser suprimidos; c) o respeito ao direito das minorias e reconhecimento e a aceitação de que estas se podem tornar majorias; d) o reconhecimento de garantias e direitos individuais e coletivos; e) o respeito à liberdade, igualdade e dignidade das pessoas; f) a existência de decisões tomadas direta ou indiretamente pela maioria, respeitados os direitos da minoria; g) a total liberdade na tomada de decisões fundamentais pelo povo, não conduzidas pelos governantes nem forçadas pela mídia; h) um sistema eleitoral livre e apto para recolher a vontade dos cidadãos; i) o efetivo acesso à alimentação, à saúde, à educação, ao trabalho, à justiça e às demais condições básicas de vida por parte de todos.

A democracia representativa só funciona adequadamente se houver um sistema

efetivo de partidos, com prévios programas de governo, para que a vontade dos eleitores não seja burlada. Deveriam ser mais usados o referendo e o plebiscito, sem prejuízo da possibilidade efetiva de revogação dos mandatos (*recall*).

O controle do exercício do mandato é então exercido, inicialmente, antes da eleição, pelo povo através do sufrágio, e pelo Judiciário, na apreciação das ações que visam impedir o exercício do poder por quem transgrediu a norma eleitoral.

Os comportamentos que transgridem as normas eleitorais configuram ataque aos direitos individuais, coletivos e homogêneos, à separação dos poderes, ao sistema democrático, ao Federalismo e à República.

Garantir que o pleito se realize de forma a assegurar a todos candidatos isonomia de condições é função da Justiça Eleitoral. Afastar do pleito os infratores das normas eleitorais, nesta que é a primeira linha de defesa da democracia, também é.

Aplicando-se as teorias do funcionalismo de Roxin e Jakobs ao Direito Eleitoral, entende-se que os infratores que transgridem as normas eleitorais, criam ou incrementam riscos proibidos relevantes, tornando-se impossível a aplicação do princípio da bagatela eleitoral, bem como da proporcionalidade e razoabilidade, consubstanciados na exigência de demonstração da potencialidade, com a finalidade de afastar a aplicação da sanção, haja vista que estes infratores são, em verdade, *inimigos* do Sistema Democrático de Direito (art. 1º da CFRB).

Não exigir a demonstração da potencialidade não se trata, porém, de mitigar direitos e garantias, e, sim, de não permitir que os atos maliciosamente praticados

² CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua; CERQUEIRA, Camila Medeiros de A. P. Luz de Pádua. Tratado de direito eleitoral. São Paulo: Premier, 2008. 187p. t.I

durante as Eleições, por infratores da norma eleitoral, sejam tratados como mínimos, afastando-se o que a doutrina denomina como *bagatela* ou *insignificância eleitoral*.

A exigência da necessidade de demonstração da potencialidade lesiva da conduta do candidato à eleição, com intuito de aplicar a sanção da cassação, nos casos de abuso, caixa 2 ou prática de condutas vedadas, equipara-se à aplicação do princípio da insignificância.

Exigir-se a demonstração da potencialidade ou proporcionalidade, quando é praticado risco proibido relevante por quem administrará ou legislará em nome do Estado, é extrair das normas eleitorais mais do que elas pretendem, legitimando-se a assunção do cargo pelo mandatário inapto.

Quando um candidato, ou alguém por ele, se dispõe a corromper o eleitor, direta ou indiretamente, ou deixa de contabilizar recursos financeiros, ordinariamente de fonte escusa, ou, ainda, se vale das diversas formas de abuso (político, econômico, de autoridade), dá indícios de que sua intenção é vencer a Eleição a qualquer custo, e que o seu verdadeiro propósito não está sendo declarado ao eleitor.

Demonstrado que as ações do candidato, ou alguém por ele, infringiram as normas eleitorais durante a campanha, apurados os fatos através das ações como a Representação, Investigação Judicial Eleitoral, Impugnação de Mandato Eletivo e o Recurso Contra a Expedição de Diploma, torna-se inevitável a aplicação das sanções descritas nos tipos, sejam eles da esfera cível ou criminal eleitoral.

V.g., imagine-se um candidato que durante a campanha eleitoral tenha se demonstrado propenso ao uso de caixa 2. Não se espera que atitude diversa seja tomada

por ele quando na administração dos cofres públicos.

Deixar de aplicar sanções, em razão do princípio da razoabilidade, porque o montante de caixa 2 apurado nas representações pelo art. 30-A da Lei 9.504/97 foi de 5%, 10% ou até 18%, como já admitido, é passar um atestado de boa conduta ao fraudador, em detrimento da legalidade, moralidade e do Estado Democrático de Direito.

Estar-se-á, então, criando situações de exclusão da tipicidade da conduta, em razão de proposições subjetivas, a critério do intérprete, havendo distorção na forma de aplicação da exegese, supervalorizando princípios (razoabilidade e proporcionalidade), em detrimento do conteúdo normativo das Leis e da Constituição Federal.

Não foi a intenção do legislador deixar vaga a análise do *quantum* de caixa 2, de abuso do poder político ou econômico, ou de condutas vedadas, é necessário para que seja cassado ou negado o registro ou diploma.

Os critérios definidores da conduta estão descritos na norma. Havendo a subsunção do fato à norma, esta deve ser aplicada (art. 4º da LICC)³. Na aplicação da lei, não há margem para se interpretar se do *quantum* de fraude caberá ou não a aplicação da sanção.

Os critérios para caracterizar a ocorrência de caixa 2 são claros. Havendo a intencional sonegação da movimentação na arrecadação e gastos de recursos durante a campanha eleitoral, fica caracterizada a prática descrita no art. 30-A da Lei 9.504/97, sendo este mesmo entendimento aplicável para os casos de condutas vedadas e abuso.

Não há norma a exigir que a prática seja suficiente para desequilibrar o pleito e

³ Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

influenciá-lo, a fim de que seja aplicada a sanção de cassação, ou seja, não há lei que exija a demonstração da potencialidade lesiva da conduta. Não há, porque a conduta em si já é potencialmente lesiva ao sistema democrático.

O que se deve ter em mente é que o que está em jogo não é apenas a Eleição, a vontade do eleitor ou mandato do candidato “eleito” e, sim, a defesa do Estado Democrático de Direito e o futuro da nação.

O resultado danoso na captação ilícita é exatamente manifesto na conduta do candidato infrator, ou seja, o candidato, ao captar sufrágio ilicitamente, vale-se de expediente desautorizado pela ordem jurídica eleitoral. Ao negociar votos com o eleitor, causa danos ao processo eleitoral e à democracia.

Para o Min. José Delgado há três planos no art. 41-A da Lei 9.504/97⁴:

- a) Resguardar bem jurídico determinado (liberdade do eleitor, de natureza concreta);
- b) Reforçar a proteção da vontade do eleitor, por exemplo, mantendo a eficácia imediata da decisão judicial, sem recurso com efeito suspensivo. [...]a melhora na prestação jurisdicional, ou seja, evitar a protelação das decisões judiciais eleitorais;
- c) Obrigar o Estado a melhorar o processo democrático (em face dos postulados da dignidade da pessoa humana e da cidadania), por exemplo, com a reforma na lei de inelegibilidade, aumentando o prazo de três anos para oito anos e com efeito *ex nunc* nos casos de abuso de poder”.

Para o Tribunal Superior Eleitoral, o art. 41-A da Lei 9.504/97 que define a conduta de captação ilícita de sufrágio, protege o eleitor, os demais artigos (30-A - caixa 2; 73/77 - condutas vedadas - da Lei 9.504/97, e 22 da LC/64 - abuso de poder econômico, político e de autoridade) estariam protegendo

a eleição e/ou o equilíbrio do pleito, sendo esta a distinção na avaliação da necessidade ou dispensabilidade de demonstração da potencialidade dos atos influírem no pleito.

Buscar, na técnica de interpretação, adequar o *quantum* de conduta vedada deve ser praticada para que a sanção de cassação seja efetivamente aplicada, é dar à norma finalidade diversa, não pretendida pelo legislador.

Observa-se, v.g., o § 7º do art. 73 da Lei 9.504/97, que, sem quantificar o volume de conduta vedada praticada, informa que as atitudes descritas no *caput* do artigo por si só já caracterizam a prática de atos de improbidade.

Igual entendimento deve ser atribuído aos artigos 74 e 77 da Lei 9.504/97, que visam coibir a prática de abuso de autoridade, e a recorrente inauguração de obras públicas nos meses que antecedem às Eleições.

O abuso de poder político e econômico, com o passar dos anos, foi especializado nas condutas descritas nos artigos 30-A, 41-A, 73/77 da Lei 9.504/97, esvaziando-se a aplicação das condutas descritas nos artigos 19 e 22 da LC 64/90.

Na prática, a Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE), em raríssimos casos teve o efeito de levar à cassação do registro e declaração de inelegibilidade, porque se exige o trânsito em julgado para que seja cominada a sanção de inelegibilidade. Assim, valendo-se dos vários recursos disponíveis, decorridos três anos da data da Eleição, o candidato não será alcançado pela inelegibilidade.

Ao abuso genérico, em razão da especialidade dos artigos promulgados após sua edição, restou aplicar-se de forma supletiva às condutas que não se encontravam subsumidas nas normas

⁴CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua; CERQUEIRA, Camila Medeiros de A. P. Luz de Pádua. Tratado de direito eleitoral. São Paulo: Premier, 2008. 163p. t.II.

específicas. V.g., cita-se o caso em que o candidato contrate, em quantidade excessiva, cabos eleitorais para trabalhar em sua campanha.

Apenas casos esparsos não se amoldarão às formas específicas de abuso (arts. 30-A, 41-A, 73/77 da Lei 9.504/97), exigindo-se o processamento através da AIJE (art. 22 da LC/64).

Além disso, há dificuldade de se processar e julgar a AIJE até a diplomação dos eleitos, data limite para a cassação do registro, pois, se julgada após a diplomação, restará apenas a declaração de inelegibilidade a ser aplicada como sanção, haja vista que o efeito da AIJE é a cassação do registro do candidato e não do diploma (art. 22, inc. XIV da LC 64/90)⁵.

Mesmo na verificação do abuso genérico, não há que se falar em necessidade de demonstração da potencialidade dos atos e fatos praticados durante a campanha, em influir no resultado das Eleições.

A margem de interpretação atribuída cinge-se na apreciação do conteúdo probatório. Havendo o convencimento de que houve a intenção de fraudar o pleito com abuso, deve o registro ser cassado, independentemente do volume de abuso praticado.

Em busca da origem da exigência de demonstração da potencialidade da conduta em influenciar as Eleições, depara-se na legislação com a dicção do revogado § 2º do art. 222 do Código Eleitoral.

Na norma em questão, havia **previsão**

expressa de denegação do diploma ao candidato, a depender da intensidade do dolo, ou grau de culpa⁶.

No repositório *on-line* de jurisprudência do TSE⁷, o termo potencialidade, usado como critério de busca, traz à luz o voto do Min. Sepúlveda Pertence, apoiado em forte erudição, durante os intensos debates, no AC 12.030 de 25 de junho de 1991.

[...]

5. Com isso, em favor da efetividade da norma constitucional, assumiu a Corte a delicada tarefa de **construir pela jurisprudência, à falta de disciplina infraconstitucional dos institutos, a definição dos seus contornos de direito material e processual** (grifo nosso). O caso concreto, pelos problemas que aventa, demanda a imediata fixação de alguns deles, a guisa de premissas necessárias ao julgamento.

[...]

8. **Origem mais remota da ação de impugnação de mandato acha-se, porém, na redação original do art. 222 e §§ , do C. Eleitoral** (grifo nosso):

Art. 222. É também anulável a votação, quando viciada de falsidade, fraude, coação, uso de meios de que trata o Art. 237, ou emprego de processo de propaganda ou captação de sufrágios vedado por lei.

[...]

§2º A sentença anulatória de votação poderá, **conforme a intensidade do dolo, ou grau de culpa**, denegar o diploma ao candidato responsável, independentemente dos resultados escoimados das nulidades.” (§§1º e 2º Revogados pela Lei nº 4.961, de 4.5.1966) (grifo nosso).

[...]

38. **A perda do mandato**, que pode decorrer da ação de impugnação, não é pena,

⁵ Art. 22, XIV - julgada procedente a representação, 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 3 (três) anos subsequentes à eleição em que se verificou, além da cassação do registro do candidato diretamente beneficiado pela interferência do poder econômico e pelo desvio ou abuso do poder de autoridade, determinando a remessa dos autos ao Ministério Público Eleitoral, para instauração de processo disciplinar, se for o caso, e processo-

crime, ordenando quaisquer outras providências que a espécie comportar;[...] grifei.

⁶ Art. 222 [...] § 2º A sentença anulatória de votação poderá, conforme a intensidade do dolo, ou grau de culpa, denegar o diploma ao candidato responsável, independentemente dos resultados escoimados das nulidades. (revogado). *grifei*.

⁷ www.tse.gov.br

cuja imposição **devesse resultar** da apuração de crime eleitoral de responsabilidade do mandatário, mas, sim, **conseqüência do comprometimento da legitimidade da eleição por vícios de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude** (grifo nosso).

[...]

40. **O que importa é a existência objetiva dos fatos – abuso do poder econômico, corrupção ou fraude – e a prova, ainda que indiciária, de sua influência no resultado eleitoral** (grifo nosso).

[...]

50. Porque **entendo, porém**, que a petição não é inepta e que **basta a prova dos fatos alegados e da sua influência decisiva no pleito para acarretar a perda do mandato** é que, como dito, acompanho em parte o em. Relator e dou provimento ao recurso para que se proceda à instrução da causa, nos exatos termos em que proposta: é o meu voto (grifo nosso).

Nota-se que, no voto de Sua Excelência, alguns conceitos quanto à necessidade de potencialidade se alternam. Ora parece exigí-la, ora não. No entanto, extraem-se algumas conclusões, quanto à posição do TSE, àquela época, e que repercutem no presente:

1- Com a revogação dos § § do art. 222 do Código Eleitoral, não restaram comandos normativos, a exigir a avaliação do quanto de conduta ilícita, e sua potencialidade, deverá ser praticada durante as Eleições, a fim de que seja cominada a sanção de cassação.

2- O TSE realiza construções jurisprudenciais, para definir os contornos do Direito material e processual.

3- A perda do mandato deve resultar da consequência do comprometimento da legitimidade da eleição, por vícios de abuso do poder, corrupção ou fraude.

O TSE, à frente dos Regionais, construiu ao longo do tempo farta jurisprudência sobre a exigência de potencialidade do dano, que vem se perpetuando, sobre as bases do

revogado § 2º do art. 222.

Não há diferença no comando normativo dos art. 30-A, 41-A, 73, 74 e 77 da Lei 9.504/97, bem como no art. 22 da LC 64/90, a legitimar a exigência de demonstração da potencialidade ou proporcionalidade da conduta ilícita do candidato, ou de *outrém* por ele. Todas estas condutas são lesivas ao Estado Democrático de Direito.

Conclusão

O que se busca com a inexigibilidade de demonstração da potencialidade ou proporcionalidade é a defesa do Estado Democrático de Direito e do futuro da nação, com a identificação do inimigo da *res* pública.

Este *overruling* que se propõe não contraria as disposições constitucionais e legais, ao contrário, privilegia o Estado Democrático de Direito em detrimento do *inimigo*, externado nos infratores das normas eleitorais, que a todo custo buscam, através da prática de campanha eivada de abusos de toda ordem, corrupção e caixa 2, adentrar ou se perpetuar no mandato eletivo.

O processo eleitoral resguarda, pois, direitos indisponíveis, consubstanciado na moralidade pública e na defesa do Estado Democrático de Direito.

Encarar o infrator da norma eleitoral como *inimigo* do Estado Democrático de Direito, e exigir-se a aplicação da legislação vigente ao fato nela subsumido, não se reveste em ativismo judicial.

[...]

O importante é não confundir "judicialização" com "ativismo judicial". A diferença é a seguinte: a judicialização constitui decorrência natural do princípio do acesso ao Judiciário. Todo direito quando violado ou ameaçado pode desaguar no Judiciário. Os conflitos estão se judicializando cada vez mais em virtude, precisamente, do mais amplo acesso que a

CF possibilitou para todos. O ativismo judicial é outra coisa: ele revela excesso, intromissão indevida, ingerência em temas não autorizados ou decisão de forma não permitida. Em alguns momentos, já se pode notar um certo ativismo judicial na emissão das súmulas vinculantes. Isso está ocorrendo quando o STF vai além do que está nas leis e na CF.

De qualquer modo, na destituição dos governadores eleitos, até agora, o que temos visto é mais judicialização que ativismo judicial. Judicialização essa que decorre de dois fatores: (a) primeiro é a flexibilidade (ou postura nada ortodoxa) dos partidos políticos, que não têm fiscalizado seus candidatos; (b) segundo é a necessidade de moralizar o processo eleitoral brasileiro (recorde-se que os candidatos foram cassados em razão do abuso do poder econômico, compra de votos etc.). **Quem é eleito de forma irregular está não vangloriando, sim, maculando o sistema democrático. Não é digno de subsistir (eleitoralmente) no regime democrático quem dele se serve para galgar cargo público de forma abusiva ou corrupta** (grifo nosso).

É questionável o critério jurisprudencial que dá posse, no lugar do eleito, a um segundo colocado. Talvez melhor fosse uma nova eleição (limpa e isenta de vícios que corroem o sistema democrático). De qualquer maneira, não menos certo é que para o cargo foi eleito quem não observou as regras básicas do jogo. Pode-se até pensar em melhorias no sistema jurídico, mas parece de todo incontestável o valor didático-pedagógico das decisões do TSE no sentido de que nenhum processo eleitoral pode ser maculado pela corrupção, pelo abuso da máquina pública, pela compra de votos etc.

Desde que a decisão do Judiciário tenha base democrática indireta, ou seja, desde que não ultrapasse os limites do direito vigente (transformando-se assim em detestável ativismo judicial), pouco importam os efeitos colaterais das suas determinações (mudança do quadro eleitoral do país, retorno de oligarquias ao poder etc.). **Nada disso pode ser decisivo no momento do**

juízo do TSE, que jamais pode se distanciar de critérios objetivos e concretos. Se a prova da corrupção eleitoral é inequívoca, cabe sempre ao Judiciário reafirmar as consequências jurídicas decorrentes das normas vigentes (doa a quem doer). Isso significa reafirmar o valor da norma, sua cogência, sua importância (para a boa manutenção das regras democráticas do jogo eleitoral) (grifo nosso).

Claro que processos desse teor deveriam merecer toda prioridade do mundo dentro da Justiça eleitoral, porque são nefastos (para os governos e para os governados) os prejuízos decorrentes da morosidade da Justiça. Esse ajuste deve ser feito prontamente. De qualquer modo, o que não parece razoável é querer que a Justiça siga o mesmo tempo da mídia. Cada instituição tem seu tempo. O Judiciário depende de provas e de sua valoração. Ou seja: precisa de um determinado tempo para distribuir o valor justiça. Mas isso não pode ultrapassar a linha do razoável.

Que todos os esforços sejam voltados para a aceleração dos processos de cassação. É dessa maneira que a Justiça Eleitoral será cada vez mais respeitada por todos. As bases éticas dos seus julgados não foram questionadas. A questão é o tempo da decisão. Sendo assim, pode-se ficar perto da perfeição conciliando-se eficácia, celeridade e respeito às garantias fundamentais das pessoas⁸.

Espera-se, então, esta mudança de paradigma por parte dos Tribunais. Entendendo-se que há proteção do eleitor, das Eleições, e, sobretudo, do princípio da moralidade pública, da legalidade, e do Estado Democrático de Direito, quando, da análise do caso concreto, revelar-se que um candidato, ou alguém por ele, durante a corrida eleitoral, praticou captação ilícita de sufrágio, abuso de poder econômico, político, de autoridade, ou conduta vedada, sendo-lhe cassado ou negado o registro ou diploma, independentemente da potencialidade de sua

⁸ GOMES, Luiz Flávio. Cassação de Governador e respeito à democracia. Jus Navigandi, 05.2009. Disponível em: <

<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12916>>. Acesso em: 7 jun. 2009.

conduta influir no resultado do pleito.

Não esquecendo, todavia, como bem disse Will Durant, em a "Filosofia de Platão", que a "importância do homem está em que ele pode imaginar um mundo melhor e com vontade transformá-lo pelo menos parcialmente em realidade. O homem bom aplicará mesmo no Estado imperfeito, a lei perfeita".⁹

Referências Bibliográficas

BAROS, Francisco Dirceu. Prática das Ações Eleitorais. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

BRASIL. Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 12 jun. 2009.

BRASIL. Lei Complementar 64, de 18 de maio de 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm. Acesso em: 12 jun. 2009.

BRASIL. Lei 9.504, de 30 de setembro de 1997. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9.504compilado.htm. Acesso em: 12 jun. 2009.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Código eleitoral anotado e legislação suplementar. 8ª. ed. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral/SGI, 2008. Disponível em: http://www.tse.jus.br/servicos_online/catalogo_publicacoes/codigo_eleitoral/Volume1/index.htm. Acesso em: 12 jun. 2009.

CANDIDO, Joel José. Direito eleitoral brasileiro. 12.ed. Porto Alegre: Edipro, 2008.

CASTRO, Edson de Resende. Teoria e prática do direito. 4. Ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua; CERQUEIRA, Camila Medeiros de A. P. Luz de Pádua. Tratado de direito eleitoral. São Paulo: Premier, 2008.

COSTA, Adriano Soares da. Instituições de Direito Eleitoral, 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

COSTA, Tito. Recursos em matéria eleitoral. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

FREIRE, Zélia Maria, Nem todos os homens são velhos nem todos os credos são duvidosos. Para Ler e Pensar. Disponível em www.paralerepensar.com.br/zelifreire_nemtodososhomens.htm. Acesso em: 12 jun. 2009.

GOMES, Luiz Flávio. Cassação de Governadore e respeito à democracia. Jus Navigandi, 05.2009. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12916>. Acesso em: 7 jun. 2009.

RAMAYANA, Marcos. Direito Eleitoral. 8.ed. Niterói: Impetus, 2008.

RAMAYANA, Marcos. Código Eleitoral Comentado. 2.ed. Rio de Janeiro: Roma Victor, 2005.

⁹ Will Durant, apud, Freire, Zélia Maria, Nem Todos Os Homens São Velhos Nem Todos Os Credos São Duvidosos. Para Ler e Pensar.

Disponível em http://www.paralerepensar.com.br/zelifreire_nemtodososhomens.htm. Acesso em: 12 jun. 2009.