



Tribunal Superior Eleitoral

Estudos Eleitorais



Volume 7
Número 2
maio/ago. 2012

PARADIGMAS ATUAIS DO DIREITO ELEITORAL

José Jairo Gomes¹

Resumo

Discute a inserção do Direito Eleitoral no atual sistema jurídico, enfatizando os novos paradigmas, a constitucionalização do Direito e as transformações essenciais que esse sofreu nas últimas décadas, sobretudo no que concerne à metodologia e à interpretação. Destaca o novo papel reservado aos princípios, que deixaram de ser concebidos como elementos subalternos no sistema e passaram a desempenhar função fundamental, sendo-lhes reconhecida juridicidade e normatividade imediata. Conclui, apresentando os fundamentos da responsabilidade eleitoral.

Palavras-chave: Direito Eleitoral. Metodologia. Interpretação. Sistema jurídico. Político. Princípio. Inelegibilidade. Ato ilícito. Responsabilidade.

Abstract

It discusses the inclusion of the Electoral Law in the current legal system, emphasizing the new paradigms, the constitutionalization of the law and the essential changes that this has in recent decades, especially with regard to methodology and interpretation. Highlights the new role assigned to the principles, which are no longer conceived as subordinate elements in the system and began to play key role, and they are recognized and juridical normativity shown. It concludes by presenting the fundamentals of electoral responsibility.

Keywords: Electoral Law. Methodology. Interpretation. Legal system. Political. Principle. Ineligibility. Unlawful act. Responsibility.

¹ José Jairo Gomes doutorou-se em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, onde foi professor adjunto. É procurador regional da República, com atuação perante o TRF da 1ª Região (Brasília/DF). Foi procurador regional eleitoral, em Minas Gerais, de 2006 a 2010, e procurador regional eleitoral substituto de 2002 a 2006. Em 2006, a convite do Ministério das Relações Exteriores do Brasil, foi observador das eleições presidenciais do Congo Belga (África).

I Introdução

Os fortes
Entre os humanos
Não fazem nada
Falam
Falam mais e mais
[são incapazes de defender seu jardim].
(Muriel Barbery. *A elegância do ouriço*.)

A linguagem não é apenas importante para a compreensão, mas é fundamental para a própria configuração e constituição do mundo contemporâneo. Base da cultura e de todas as manifestações culturais, é pela linguagem – em seus múltiplos matizes e formas – que se estabelecem os contornos e se fixam as dimensões e os sentidos do mundo em que vivemos.

Na chamada pós-modernidade ou modernidade tardia, relevam-se o sentimento, o instinto, a fé, a fala, a construção artificial de discursos e sentidos.

É fundamental perceber que o Direito – e também o Direito Eleitoral – é essencialmente linguagem. Mas nem por isso lhe é dado abdicar da *razão ordenadora* e da *aderência à realidade* formada a partir do compartilhamento de sentidos na convivência entre grupos de pessoas. Isso porque é missão indeclinável do Direito organizar a vida em sociedade, viabilizando relações estáveis e confiáveis entre pessoas e instituições, o que é feito pelas categorias da razão ordenadora. Não é o caso de se desprezar o importante papel do sentimento na conformação da vida em grupo, mas, segundo Stephen Hicks (2011, p. 101)², cumpre advertir que, com a rejeição da razão:

[...] não poderemos esperar, nem de nós nem dos outros, um comportamento razoável. Ao colocar nossas paixões na linha de frente, iremos agir e reagir com mais crueldade e ao sabor do momento. Tendo perdido a percepção de nós mesmos como indivíduos, buscaremos nossa identidade em outros grupos. Tendo pouco em comum com os diferentes grupos,

² Vide também: GOMES, José Jairo. *Lei de introdução às normas do Direito brasileiro – LINDB*. São Paulo: Atlas, 2012.

passaremos a vê-los como inimigos. Tendo abandonado o recurso a padrões neutros e racionais, a competição violenta parecerá algo prático. E tendo, por fim, descartado a solução pacífica dos conflitos, a prudência recomendará que apenas os mais impiedosos conseguirão sobreviver.

2 Metodologia e controle de investidura política

Sabe-se que, em matéria de controle de eleições e investiduras políticas, o Brasil adotou o modelo de *jurisdição especializada*. Isso significa que o controle é submetido ao Direito, sendo confiado a um órgão próprio e especializado criado dentro da estrutura do Poder Judiciário.

Esse controle *jurídico* confere *legitimidade* não só à investidura, como também ao agir político. Se o *poder político* cria o direito positivo (e apenas esse, vale frisar), é o Direito, com suas fórmulas e seus ritos, que atesta a *legitimidade* daquele.

A relação fundamental entre o político e o jurídico não significa proeminência de um sobre o outro; antes, deve ser vista como uma *dialética do poder nas contemporâneas democracias ocidentais*.

Cuidando-se de controle *jurisdicional* (e não propriamente moral, político ou religioso), tem-se logo a invocação da figura do *processo*, pois o processo é instrumento da jurisdição. É por ele que a jurisdição se pronuncia e é dele que emanam seus atos. Refiro-me à ideia de processo em sentido restrito, envolvendo partes e objeto específicos, e não à de processo eleitoral em sentido amplo, que é já algo bastante complexo.

Isso significa que a *metodologia* do controle das eleições e das investiduras políticas está diretamente relacionada à própria *metodologia jurídica* que preside a atuação do Poder Judiciário no âmbito da prestação jurisdicional.

Mesmo que se observe rigorosamente o método jurídico, quase nunca se chega à solução merecedora de aprovação unânime e dos aplausos de todos.

Ainda que se empregue uma metodologia rígida, perscrutar o Direito com vistas à solução de uma lide assemelha-se ao ato de descascar

uma cebola à procura de seu centro. Ao final da busca (e de muitas lágrimas derramadas), percebe-se que a planta não tem centro, pois é feita de camadas sobrepostas, cada camada constitui a expressão de um pensamento que se sobrepõe a outro de forma independente.

Mutatis mutandis, pode-se dizer que o direito positivo também está disposto em *camadas de sentido*, para cuja gênese concorrem *normas* (representadas por *princípios e regras*) e *valores*. Juntas, tais camadas formam um sistema, que se encontra imerso na história do grupo social, estando, portanto, embebido dos sentidos aí compartilhados. Nele, algumas camadas têm primazia em relação a outras, que àquelas devem ceder por encerrarem sentido ou densidade mais fraca. Dada sua supremacia, a Constituição é a *lex legum* (= lei das leis) do sistema jurídico, que condiciona todas as demais normas. Em geral, a solução de um caso depende do estabelecimento de diálogo fecundo entre várias camadas do sistema e a própria realidade que se aprecia.

3 Novos paradigmas

Dada sua supremacia, há que se partir sempre da Constituição. O sentido que nela se encontra expresso ou implícito condiciona o sentido das demais normas integrantes do sistema.

A Constituição é o documento político fundamental da sociedade. Em tese, expressa os consensos mínimos alcançados sobre os pontos mais importantes para a convivência social.

Embora seu texto não contenha palavras inúteis – sendo todas portadoras de um sentido, *devido à sua natureza política* –, *é ele demasiado aberto, o que não reduz a densidade*.

A abertura do sistema jurídico contemporâneo gera um problema para os que pensam o Direito nos quadros estritos do positivismo clássico ou do sistema fechado. É que muitas soluções jurídico-eleitorais não se fundam em regras inequívocas e expressas, mas decorrem da apreciação de princípios agasalhados na Constituição conjugados com *valores* relevantes para a vida político-social.

Veja-se, e.g., a polêmica sobre as inelegibilidades instituídas pela LC nº 135. Na verdade, a Lei Maior, em seu art. 14, § 9º, autorizou o

legislador complementar a criar *inelegibilidades* fundadas na “*moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato*”.

CF/art. 14, § 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 nº 4, de 1994.)

Dessa expressão, destaca-se o importantíssimo vocábulo “*moralidade*”. Chega-se, então, a uma interface entre dois universos bem distintos: o jurídico e o ético-moral. Para fins eleitorais, nomeadamente no estabelecimento de inelegibilidades, foi o legislador autorizado a *juridicizar* (= tornar jurídico ou trazer para dentro do sistema jurídico) comportamentos que gravitam na esfera ético-moral. Note-se que a Constituição restringiu a ação livre do legislador, porque não é toda *conduta imoral* que merecerá o repúdio legal ou que apresentará aptidão para gerar inelegibilidade, mas tão só aquela relevante para o “*exercício do mandato*” e, ademais, que esteja ligada à “*vida pregressa do candidato*”.

Para além de evidenciar a necessária interdisciplinariedade do Direito, essa rica interação entre as esferas *jurídica*, ético-moral e política faz lembrar a ideia original do filósofo Hegel acerca da *dialética*.

De acordo com Hegel, o processo dialético é dinâmico. Há no ser uma dialética interna e é em virtude das suas contradições que lhe é dado crescer e se desenvolver. Os estágios iniciais de desenvolvimento do ser são preservados em sua unidade final, de sorte que a *obra acabada* preserva em si todos os seus momentos anteriores.

A concepção dialética do Direito considera que o ponto de partida é certos fenômenos sociais e o complexo de normas ou princípios ético-morais acumulados e já cristalizados ou estratificados, na práxis, ao longo da história. Tais fenômenos mostraram-se relevantes para a vida social, bem como para a concepção de soluções jurídicas.

O Direito recebe os contributos da ética e da moral, uma vez que recolhe os mais relevantes valores e preceitos por elas construídos,

sintetizando-os e transformando-os em regras jurídicas que vão reger a conduta na sociedade.

Nessa perspectiva, o Direito, partindo da moral e da ética, supera-as dialeticamente, preservando-as, contudo, em si – fenômeno denominado *suprassunção*. É nesse sentido que se diz que o Direito constitui-se como a *eticização* máxima da vida em sociedade, fruto da autodeterminação dos seus membros.

Assim, a ética está no Direito, mas está dialeticamente. É por isso que se diz que o Direito é o justo objetivo, ou, em outros termos, é a medida do justo. Um Direito que não vá ao encontro da ideia material de *justiça* é um Direito sem sentido, sem alma, pois a ideia de *justiça*, assim como a de *belo* e de *bem*, faz parte da vida e do mundo cultural, esse que todos nós habitamos. Nesse sentido, ressalta John Rawls (2000, p. 17): “[...] *no importa que las leys e instituciones estén ordenadas y sean eficientes: si son injustas han de ser reformadas o abolidas*”.

Mas ideais e valores morais ingressam no Direito também por outras vias, mormente pela interpretação.

Hoje, é preciso considerar que o sistema jurídico é aberto e material. Há muito se encontram superadas as ideias liberais de sistema fechado, hermético e formal.

Na atual concepção do Direito, os princípios não mais ocupam posição subalterna no ordenamento, sendo-lhes reconhecida *juridicidade* ou *normatividade*. Por isso mesmo, podem ser invocados para reger imediatamente casos concretos. Sobre isso, ouçamos o dizer abalizado de Paulo Bonavides (2010, p. 283):

De antiga fonte subsidiária de terceiro grau nos códigos, os princípios gerais, desde as derradeiras constituições da segunda metade do século XX, se tornaram fonte primária de normatividade, corporificando do mesmo passo na ordem jurídica os valores supremos ao redor dos quais gravitam os direitos, as garantias e as competências de uma sociedade constitucional.

Os princípios são, por conseguinte, enquanto valores, a pedra de toque ou o critério com que se aferem os conteúdos constitucionais em sua dimensão normativa.

O eminente jurista destaca, ainda, três funções de extrema importância reconhecidas aos princípios, a saber: *i)* fundamento da ordem jurídica, *ii)* orientação do trabalho interpretativo, *iii)* fonte em caso de insuficiência da lei e do costume.

Princípios veiculam valores, e há quem os identifique com valores. Por isso, são responsáveis por uma forte abertura no sistema jurídico. Consoante ao que foi assinalado, encontram-se ultrapassados os paradigmas do Estado liberal, individualista; do sistema fechado; da codificação hermética. Faz bastante tempo que o juiz deixou de ser *la bouche de la loi*, conforme proclamavam os sectários da Escola Exegética.

O paradigma contemporâneo do Direito em muito se distancia do modelo clássico, calcando-se na ideia de sistema aberto, na tópica, na normatividade e na plena eficácia jurídica dos princípios.

Com a abertura do sistema e a constitucionalização do Direito, sobretudo a partir de meados do século XX, passaram a ser submetidas inúmeras demandas ao Poder Judiciário ligadas à efetivação do Estado social, à concretização de políticas públicas e, no campo eleitoral, às lides político-eleitorais. As incontáveis lacunas dos textos legais e o conteúdo fluido e vago das cláusulas passaram a ser preenchidos pela pena dos juízes, que, para tanto, valem-se de suas vivências e de seus conhecimentos. Em consequência, ganharam destaque as críticas atinentes à insegurança jurídica decorrente da flutuação das decisões e à *judicialização da política*.

É necessário, porém, separar, de um lado, a decisão de conflito de conteúdo político e, de outro, a atuação política propriamente dita. Enquanto a decisão de conflito jurídico deve seguir os critérios e as pautas do Direito, guiando-se por suas fórmulas e expondo fundamentos válidos e em geral aceitos como razoáveis, a decisão política descreve metas (na linguagem de Dworking: *a goal to be reached*), volta-se para o futuro e funda-se em seus próprios critérios, no sentido de que sua legitimidade não advém de outra norma que lhe seja superior ou anterior (DWORKIN, 1999, p. 22).

Na verdade, conforme o princípio da *inafastabilidade da jurisdição* (CF, art. 5º, XXXV), ao Poder Judiciário – e, pois, também à Justiça Eleitoral – não é dado esquivar-se da apreciação da lide que lhe é submetida, ou, o que dá no mesmo, pronunciar o *non liquet*. Não há de ser vazia e inútil a resposta do Estado-jurisdição, em franco menosprezo

ao jurisdicionado. Ao contrário, deve reconhecer e afirmar o direito a quem o tem e pede, bem como negá-lo a quem dele carece. E mais: ao apreciar a lide, deve-se mirar o Direito, pois esse é muito mais vasto que a lei escrita. Essa ideia foi bem captada por Dworkin (2000, p. 413) ao responder à seguinte indagação:

What is law? [...] Law is not exhausted by any catalogue of rules or principles, each with its own dominion over some discrete theater of behavior. Nor by any roster of officials and their powers each over part of our lives. Law's empire is defined by attitude, not territory or power or process. [...] Law's attitude is constructive: it aims, in the interpretative spirit, to lay principles over practice to show the best route to a better future, keeping the right faith with the past. It is, finally, a fraternal attitude, an expression of how we are united in community though divided in project, interest, and conviction [...].

De sorte que o conteúdo da lide pode ter caráter *político*, mas isso, só por si, não é o bastante para afastar a atuação da jurisdição. Ainda que o conteúdo da lide seja eminentemente político ou difícil (*hard case*), não pode a jurisdição, sob tais fundamentos, abster-se quando for provocada.

É verdade que, para solucionar uma lide, deve o juiz partir da lei. Mas isso nem sempre será possível, porque, como dito, a lei integra o Direito. A esse respeito, adverte Dworkin (1999, p. 82):

Judges should apply the law that others institutions have made; they should not make new law. That is the ideal, but for different reasons it cannot be realized fully in practice. Statutes and common law rules are often vague and must be interpreted before they can be applied to novel cases. Some cases, moreover, raise issues so novel that they cannot be decided even by stretching or reinterpreting existing rules. [...].

4 Reflexos no Eleitoral

Apesar de muitos ignorarem que o Direito Eleitoral integra o sistema jurídico e que esse passou por ingentes transformações desde o marco do positivismo liberal que vicejou no século XIX, vale ressaltar que

essa disciplina jurídica não se encontra alijada do contexto exposto. Ao contrário, devido à alta indeterminação e fluidez de suas regras capitais e ao elevado grau de omissão existente, o Eleitoral é talvez a disciplina jurídica que mais se serve das concepções expostas.

Isso ficou muito claro por ocasião do estabelecimento da Resolução-TSE nº 22.610/2007, que trata da perda de mandato por *infidelidade partidária*. Note-se que toda a argumentação do TSE – e, antes, a do STF – é calcada em princípios constitucionais explícitos e implícitos.

Em geral, as decisões envolvendo casos polêmicos ou difíceis não se afastam do contexto exposto. À guisa de exemplo, veja-se o teor do acórdão proferido pelo órgão Pleno do Supremo Tribunal Federal nas ADCs nºs 29 e 30 e na ADIn nº 4578, que impugnavam preceitos da LC nº 135/2010, a chamada Lei da Ficha Limpa. Aqui, o raciocínio estampado no voto divergente do Ministro Luiz Fux (para se tomar apenas um dos votos) nem de longe se assemelha a uma operação silogística ou de mera subsunção lógica. Argumentando com ideias avançadas como constitucionalismo democrático, constituição aberta e sentimento constitucional, o aludido voto estampa raciocínio complexo, no qual se veem citações dos mais destacados e influentes juristas da contemporaneidade, tais como Konrad Hesse, Peter Häberle, Pablo Lucas Verdú, Gomes Canotilho, Jorge Miranda, etc.

5 Responsabilidade eleitoral

Tratando de novos paradigmas, é importante explanar um tema absolutamente desprezado pelos que versam o Direito Eleitoral, a responsabilidade eleitoral (GOMES, 2011, p. 222-223).

A Sociologia nos informa que a vida em grupo submete-se a diversas formas de controle, cuja finalidade é conformar as ações individuais ou coletivas aos valores e às diretrizes do sistema social. É o controle, nos seus diversos níveis e formas, que torna possível a convivência humana e, pois, a sociedade. Sua ausência estimularia o surgimento de processos sociais autofágicos, já que as pulsões e a expansão dos desejos individuais não encontrariam barreiras adequadas.

Daí a instituição de sanções, que, na verdade, funcionam como uma espécie de contra-ataque social às condutas desviantes dos padrões

estabelecidos. Diversos são os tipos de sanção, valendo mencionar as morais, religiosas, políticas e jurídicas.

A ideia de responsabilidade sempre foi tema central no Direito. Trata-se do instituto cuja atuação dá origem a uma relação jurídica, seja com vistas a veicular uma sanção, seja para impor a reparação de dano provocado à personalidade ou ao patrimônio da vítima do evento. Em sua base, encontra-se o ato ilícito.

Na literatura jurídica, é muito comum se discorrer sobre as responsabilidades civil e penal. Há tratados volumosos acerca dessas matérias, bastando se referir, no campo civil, ao *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, de autoria de Henri e Leon Mazeaud – são três volumes com mais de três mil páginas.

No entanto, na seara eleitoral, raro é ouvir-se falar em responsabilidade eleitoral.

É claro que, aqui, a chamada responsabilidade eleitoral deve pressupor a prática de ato ilícito.

5.1 Ato ilícito

O ato jurídico ilícito traduz a ação humana caracterizada por não se afinar com o Direito, ferindo-o. Por isso, os efeitos jurídicos produzidos por ele não são queridos nem buscados pelo seu autor, que sofre, conseqüentemente, a repulsa legal veiculada na sanção.

Historicamente, a concepção de ato ilícito foi desenvolvida com vistas à simplificação do complexo mecanismo de reparação de danos, originário do Direito romano. Sabe-se que o Código Civil alemão foi o primeiro a abandonar a tradicional classificação romanista de delito e quase delito, em seu lugar erigindo um conceito único: o de ato ilícito.

A ciência penal manteve o uso do termo delito, de modo geral, empregando-o como sinônimo de crime ou injusto.

O ato ilícito forma uma categoria nova, abstrata e superior, sintetizando os seguintes elementos: a) conduta; b) resultado; c) relação causal; e d) ilicitude ou antijuridicidade. Essa diversidade de elementos encontra-se reunida na ideia de ato ilícito, o qual é valorado como contrário ao Direito.

Identifica-se o ato ilícito com uma estrutura ou modelo abstrato, cuja racionalidade pode ser levada a qualquer ramo do Direito, sobretudo se não se exigir que o resultado da ação seja físico-natural, mas meramente normativo – o que significa somente a violação do Direito pela conduta.

Ato significa ação, conduta ou atividade humana. Aí se encontram encerradas as ideias de resultado e causalidade. O ato, portanto, denota uma complexidade: é a ação seguida do resultado por ela provocado, estando pressuposto nessa relação o liame de causalidade.

Já a ilicitude indica o ferimento ao sistema jurídico. Retrata o atributo relativo ao que não se encontra em harmonia com o Direito.

O ato não é ilícito simplesmente por transgredir o ordenamento legal, em seu aspecto lógico-formal, mas essencialmente por ferir um bem jurídico, isso é, um bem juridicamente protegido. Deve-se compreender que o ato ilícito não atenta somente contra o Direito, como sistema formal de normas de conduta, mas, sobretudo, contra os valores em que o Direito encontra-se arrimado e que visa proteger – e também atenta contra os bens da vida social, tenham eles caráter individual ou coletivo.

Essa perspectiva concreta, material, é mais consentânea com o nosso sistema jurídico, que tem a eticidade, a dignidade e a solidariedade como alguns de seus fundamentos (CF, arts. 1º, III, e 3º, I). O bem jurídico erigido como objeto de proteção é sempre a pessoa, considerada individual ou coletivamente. A norma – os deveres nela instituídos – constitui o instrumento ou o meio pelo qual a proteção é operacionalizada.

5.2 Responsabilidade jurídico-eleitoral

Embora o termo responsabilidade seja polissêmico, para o Direito, consiste no instituto que faz surgir uma relação jurídica, no bojo da qual ou se impõe uma sanção ou se impõe o dever de reparação de dano.

Enquanto no Direito privado a responsabilidade dá origem à obrigação de indenizar o dano causado à personalidade (= dano moral) ou ao patrimônio de alguém, no Direito Penal, faz surgir uma relação jurídica entre o agente e o Estado, tornando-se esse último titular do direito de punir aquele por sua conduta culposa – a pena ou sanção,

aqui, tem a dupla finalidade de promover a ressocialização do agente e prevenir a prática de novas condutas criminosas.

E no Direito Eleitoral, qual o sentido e o fim da responsabilidade? Por óbvio, não comparece aqui a ideia de reparação do dano sofrido pela vítima, devendo-se afastar o sentido privatista do instituto em questão. Tampouco é o caso de se falar em ressocialização do autor do ilícito eleitoral, salvo se se tratar de responsabilidade penal eleitoral. Na verdade, a responsabilidade eleitoral visa ao controle das eleições e da investidura político-eleitoral, a fim de que o voto seja autêntico e sincero e a representatividade, real. Por outro lado, não se pode negar à responsabilidade eleitoral um papel preventivo, de intimidação social, desestimulador da realização de condutas ilícitas.

Fundamento da responsabilidade eleitoral – enquanto no âmbito privado a responsabilidade (dita civil) encontra fundamento nas teorias subjetiva e objetiva, no penal, funda-se na teoria subjetiva, exigindo sempre dolo ou culpa na conduta do agente.

No Direito Eleitoral, a responsabilidade apresenta fundamento peculiar. Em certos casos, nela se pode entrever a influência da responsabilidade objetiva, em que a presença ou a ausência de culpa não é determinante para o seu reconhecimento e, pois, para a fixação da sanção jurídica. Em tal ponto, está a responsabilidade eleitoral em harmonia com a ideia contemporânea de proteção da vítima e dos bens afetados pela ação ilícita. Há situações, por outro lado, em que se exige a presença de culpa (ex.: propaganda eleitoral irregular realizada na Internet: pelo art. 57-F da Lei Eleitoral, o provedor só será responsabilizado se tiver tido prévio conhecimento do material veiculado), admitindo-se, todavia, sua presunção. No âmbito da presunção de culpa, destacam-se mecanismos como a culpa *in re ipsa*, isso é, divisada nas próprias circunstâncias que cercam o evento lesivo ou mesmo na impossibilidade de o beneficiário ignorá-lo; a esse respeito, pense-se na propaganda irregular em que, dadas as circunstâncias, não poderia o candidato desconhecê-la. Nesse caso, a afirmação da culpa é extraída do óbvio: se houve resultado danoso ao bem jurídico, é porque alguém teve culpa, seja em razão de um agir, seja de um não agir (omissão). E normalmente esse alguém é o próprio beneficiário do ilícito, a quem toca a prova de circunstância exonerativa. Em destaque, ainda, a culpa *in eligendo*, que decorre do dever de bem

escolher prepostos e representantes (denominados “cabos eleitorais”) para a prática de atos na campanha.

Mas, em essência, a responsabilidade eleitoral é fortemente voltada para a efetiva proteção dos bens jurídicos tutelados, a exemplo da liberdade do eleitor, da lisura e normalidade do pleito, da sinceridade do voto, da legitimidade dos resultados, da representatividade do eleito, pouco importando a perquirição de aspectos psicológicos ou genéticos dos infratores. Para o reconhecimento e a afirmação da responsabilidade, é relevante demonstrar a existência objetiva de fatos denotadores de abuso de poder em suas variadas formas – econômico, político, político-econômico, dos meios de comunicação social, corrupção ou fraude – e que os eventos considerados tenham afetado de modo relevante o bem jurídico protegido, a saber: os princípios e os valores reitores do processo eleitoral.

Tem-se, pois, que, em geral, a responsabilidade eleitoral se funda antes no efeito (= dano ao bem tutelado) que na causa (conduta ou ação ilícita). Isso porque sua missão primordial é mesmo salvaguardar a lisura do processo eleitoral, a higidez do pleito, a isonomia das candidaturas e a veraz representatividade. O estado atual da civilização e do modo civilizado de vida em sociedade, a afirmação da democracia e a vivência dos valores constitucionais exigem que a ocupação dos postos político-governamentais ocorra de forma sincera, honesta, autêntica, devendo o povo realmente manifestar sua vontade e determinar o rumo de sua história e de sua vida. Por isso, nomeadamente, no reconhecimento do abuso de poder, não é preciso se perquirir acerca de dolo ou culpa em sentido estrito, mas, sim, se houve ferimento relevante ao bem jurídico protegido.

Embora de forma esparsa e sem sistematização, a ideia ora exposta de responsabilidade eleitoral é agasalhada na jurisprudência, a ver:

Ação de investigação judicial eleitoral. Abuso de poder. Uso indevido dos meios de comunicação social. Omissão. [...] 3. Na apuração de abuso de poder, não se indaga se houve responsabilidade, participação ou anuência do candidato, mas sim se o fato o beneficiou, o que teria ocorrido na espécie, segundo o Tribunal a quo. Agravo regimental não provido. Decisão: O Tribunal, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do relator. (TSE - AgR-REspe nº 3888128/BA – DJE 7.4.2011, p. 45 – destaque inexistente no original.)

Note-se que a responsabilidade eleitoral deve sempre ser afirmada pelo Estado, no bojo de regular processo judicial – até porque o Estado detém o monopólio da jurisdição. Para tanto, dispõe o Direito Eleitoral de vários instrumentos processuais cuja finalidade precípua consiste em reprimir o uso abusivo de poder. Visam, nomeadamente, à responsabilização, quer seja dos infratores, quer seja dos beneficiários do ilícito. Destacam-se dentre os instrumentos: (i) ação de investigação judicial eleitoral (AIJE), fundada nos arts. 1º, I, *d e h*, 19 e 22, XIV, todos da LC nº 64/1990; (ii) ação por captação ou emprego ilícitos de recurso de campanha, fundada no art. 30-A da Lei nº 9.504/1997 (Lei Eleitoral – LE); (iii) ação por captação ilícita de sufrágio, fulcrada no art. 41-A da LE; (iv) ação por conduta vedada, prevista nos arts. 73e seguintes da LE; (v) recurso (= ação) contra expedição de diploma (RCED), previsto no art. 262, IV, do Código Eleitoral; (vi) ação de impugnação de mandato eletivo (AIME), contemplada no art. 14, §§ 10 e 11, da Constituição Federal.

6 Conclusão

É preciso conceber o Direito Eleitoral dentro dos marcos da contemporaneidade. Isso implica compreender a constitucionalização do Direito e as transformações essenciais que esse sofreu nas últimas décadas, sobretudo no que concerne à metodologia e à interpretação. É preciso, ademais, compreender o novo papel atribuído aos princípios, que deixaram de ser concebidos como elementos subalternos no sistema e passaram a desempenhar função fundamental, sendo-lhes reconhecida juridicidade e normatividade imediata.

Referências

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. 11. printing. Massachusetts: Harvard University Press, 2000.

_____. *Taking rights seriously*. 17. printing. Massachusetts: Harvard University Press, 1999.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 7. ed., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. *Lei de introdução às normas do Direito brasileiro – LINDB*. São Paulo: Atlas, 2012.

HICKS, Stephen R. C. *Explicando o pós-modernismo: ceticismo e socialismo: de Rousseau a Foucault*. Trad. Silvana Vieira. São Paulo: Callis Ed., 2011.

RAWLS, John. *Teoria de la justitia*. 2. ed., 2. reimp. Trad. [do espanhol] Maria Dolores González. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.