

A black and white photograph of a hand holding a pen, poised to write on a stack of books. The image is overlaid with a geometric pattern of teal and white triangles.

ESTUDOS ELEITORAIS

Volume 8 · Número 3
Setembro/Dezembro 2013



Tribunal
Superior
Eleitoral

POTENCIALIDADE LESIVA NAS AÇÕES ELEITORAIS¹

POTENTIAL SHARES IN ELECTORAL TORTIOUS

HELIO DEIVID AMORIM MALDONADO²

Resumo

Diante da alteração legislativa feita pela Lei Complementar nº 135/2010, que incluiu o inciso XVI no corpo do art. 22 da Lei de Inelegibilidades, visa o trabalho indicar que, de acordo com o bem jurídico tutelado nas ações eleitorais doravante tratadas, a permanência da exigência da potencialidade lesiva do abuso de poder é uma forma de tísar a legitimidade e normalidade do pleito como pedra de toque na harmonização entre os princípios constitucionais elencados no art. 1º, parágrafo único, e no art. 14, § 9º, da Constituição Federal.

¹ Artigo recebido em 30 de abril de 2013 e aceito para publicação em 15 de agosto de 2013.

² Pós-graduado em Direito Público pela Universidade Anhanguera. Pós-graduado em Direito Eleitoral pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Pós-graduando em Fazenda Pública em Juízo na Faculdade de Direito de Vitória. Advogado militante na área do direito público.

Palavras-chave: Processo eleitoral. Abuso de poder. Bem jurídico. Potencialidade lesiva. Harmonização.

Summary

Given the legislative changes made by Complementary Law N° 135/2010, which included the section XVI in the article 22 of the Law of ineligibility, aims to work state, according to the legally protected in actions electoral henceforth treated, the permanence the requirement of potential prejudicial abuse of power blacken legitimacy and normality of the election, as a touchstone in harmonizing the constitutional principles listed in article 1º, single paragraph, and article 14, § 9º, of the Constitution.

Keywords: Electoral process. Abuse of power. The legal-damaging potential. Harmonization.

1. Introito

Hodiernamente, sobretudo pela introdução do inciso XVI, no art. 22 da Lei Complementar nº 64/1990, que apregoa que “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”, cisão doutrinária e jurisprudencial tem causado o conceito de potencialidade lesiva nas ações eleitorais.

Desse modo, o presente trabalho visa, a partir da análise metodológica das ações eleitorais previstas no ordenamento jurídico, qualificar o bem jurídico tutelado em cada uma das ações, expondo, por fim, sua real influência sobre o conceito de potencialidade lesiva.

De propósito, cumpre pontuar por oportuno que estamos excluindo da análise do trabalho o recurso contra expedição de diploma (RCED), regulamentado pelo art. 262 e seguintes do Código Eleitoral, por entendermos que, com o advento do novel art. 22, inciso XIV, da Lei de Inelegibilidades, ele cairá em desuso nas situações de seu inciso IV, não

servindo as demais hipóteses lá descritas ao combate implacável contra transgressão a normas proibitivas de Direito Eleitoral.

2. Fases do processo eleitoral e momento da prática do abuso de poder

Na conceituação de Cândido (1996, p. 20),

[...] o Direito Eleitoral é *ramo do direito público* que trata dos institutos relacionados com os *direitos políticos* e das normas regentes do *processo eleitoral*, em todas as suas fases e desdobramentos, como forma de *legitimar a escolha política* dos titulares dos *mandatos eletivos*, feita através do *sufrágio*. (Grifos nossos)

Pela lição supratranscrita, deduz-se que é objeto de *incidência do Direito Eleitoral* (material e processual) o *processo eleitoral* em sua acepção *lato sensu* (suas fases e desdobramentos).

Há que se ressaltar que o processo eleitoral tem vida própria a cada eleição. Isso porque as fases do processo eleitoral, conforme nos noticia Ramayana (2009, p. 84) se desdobram nas seguintes etapas:

1. Alistamento eleitoral (art. 42 e seguintes do Código Eleitoral).
2. Convenções nacionais, estaduais ou municipais para a escolha de pré-candidatos (art. 8º e seguintes da Lei nº 9.504/1997).
3. Pedido de registro de candidatos (art. 11 e seguintes da Lei nº 9.504/1997).
4. Propaganda política eleitoral (art. 36 e seguintes da Lei nº 9.504/1997).
5. Votação (art. 135 e seguintes do Código Eleitoral).
6. Apuração (art. 135 e seguintes do Código Eleitoral).

7. Proclamação dos eleitos.

8. Prestação de contas das campanhas eleitorais (art. 28 e seguintes da Lei nº 9.504/1997).

9. Diplomação (art. 215 e seguintes do Código Eleitoral).

Assim, a competência da Justiça Eleitoral está cingida dentro das fases elencadas acima, indo do alistamento eleitoral até a diplomação dos eleitos.

Mas não é somente de função jurisdicional que está incumbida a Justiça Eleitoral, dentre outras funções (normativa e consultiva), dotada de competência tipicamente administrativa, voltada para a preparação, organização e administração de todo o processo eleitoral.

Podemos dizer com toda a segurança que em todas as fases do processo eleitoral a Justiça Eleitoral exerce função administrativa.

Mesmo sendo todas as etapas do processo eleitoral realizadas no âmbito da atribuição administrativa da Justiça Eleitoral, havendo transgressão das normas proibitivas ou mesmo prescritivas eleitorais, poderá a especializada assumir função jurisdicional em todas as etapas do processo eleitoral, ficando responsável pela solução dos litígios que lhe são postos.

Ordinariamente, com a formalização do pedido de registro da candidatura, é que a Justiça Eleitoral, atenta a todo o ordenamento jurídico de Direito Eleitoral, passa a guarnecer o princípio da legitimidade e normalidade das eleições, princípio expressamente esculpido no art. 14, § 9º, da Lei Fundamental, de modo a garantir a concretude do princípio da igualdade de condições entre todos os candidatos, segundo a exegese extensiva da cabeça do art. 5º da Carta Fundamental, legitimando, em última análise, o sufrágio popular para que verdadeiramente sejam eleitos aqueles que refletem os ideais da maioria.

Do período da formalização do pedido de registro de candidatura, passando-se pela fase mais extensa do processo eleitoral, que é o tempo

da propaganda política, findada esta última nas vésperas da votação, é que, infelizmente, como sói acontecer, realiza-se a prática de ilícitos eleitorais de toda sorte, perfeitamente enquadrados todos no gênero de abuso de poder.

3. Ações eleitorais e o seu bem jurídico tutelado, qualificado a partir do Direito Processual

Na competência jurisdicional da Justiça Eleitoral, adentrando-se sobre os instrumentos jurídicos processuais aptos a perquirirem, combaterem e sancionarem as transgressões eleitorais de Direito material, é que, antes de qualquer coisa, em que pese a inspiração inicial de a representação eleitoral servir para todas as transgressões à Lei das Eleições (estatuto de maior relevo hoje no Direito Eleitoral), conforme escrito no seu art. 96, hodiernamente perdeu sua aplicabilidade, servindo ao combate da propaganda eleitoral irregular (art. 36 e seguintes da Lei nº 9.504/1997) e como procedimento para apuração e punição de outras transgressões à Lei das Eleições.

Então, pela ressalva contida no próprio art. 96³, que estabelece que, diante de disposição contrária, o procedimento da representação eleitoral cederá espaço para procedimento outro, como no caso da ocorrência dos ilícitos eleitorais dispostos nos arts. 30-A, 41-A e 73 da LE, pela indicação expressa, respectivamente, de seu § 1º, cabeça, e § 12, para sancionamento dessas ilicitudes eleitorais, deve ser eleita a via da ação de investigação judicial eleitoral (AIJE), prevista no art. 22 da Lei Complementar nº 64/1990.

Vejamos sua redação:

Art. 22. Qualquer partido político, coligação, candidato ou Ministério Público Eleitoral poderá representar à Justiça Eleitoral, diretamente ao corregedor-geral ou regional, relatando fatos e indicando provas, indícios e circunstâncias e pedir abertura de investigação judicial para *apurar uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade*,

³ Art. 96. Salvo disposições específicas em contrário desta lei, as reclamações ou representações relativas ao seu descumprimento podem ser feitas por qualquer partido político, coligação ou candidato e devem dirigir-se: [...]

ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político, obedecido o seguinte rito: [...] (Grifos nossos)

Há que se dizer que o instrumento jurídico em comento veio dar disciplina normativa ao § 9º, do art. 14, da Constituição Federal, ao justamente criar no ordenamento jurídico eleitoral mecanismo de garantia da “*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”.

Então, na tradicional classificação de Silva (apud CUNHA, 2012, p. 171-177), como o comando constitucional acima tratado é norma de eficácia limitada, reconhecimento que o Supremo Tribunal Federal fez no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 144, ficou criado no ordenamento jurídico eleitoral ação apta a garantir a normalidade e legitimidade do pleito pelo combate implacável ao abuso de poder em sua acepção de gênero.

Veja-se que, ao escrever o art. 22 da Lei de Inelegibilidades, que se destina ao combate do abuso do poder econômico, abuso de poder político e abuso dos meios de comunicação, é claro que a norma está a se referir ao objeto material de seu campo de atuação.

Em linha de sintonia, como ação derradeira do processo eleitoral, agora imposta por norma constitucional de eficácia ilimitada, também a Lei Fundamental trouxe, em seu art. 14, § 10, a ação de impugnação de mandato eletivo (AIME), assim descrita:

§ 10. O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a *ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude*. (Grifos nossos)

Veja-se que o objeto material da AIME fica adstrito à coibição e sanção de *abuso de poder econômico, corrupção e fraude eleitoral*.

Como visto, a AIME também tutela o processo eleitoral contra o abuso de poder *latu senso*, primando, por essência, pela legitimidade e normalidade do resultado do pleito manifestado nas urnas.

Dessas premissas até então apresentadas, podemos extrair duas conclusões que vão nos servir: a) que tanto a AIJE quanto a AIME tutelam a legitimidade e normalidade do pleito; b) que é objeto delas o combate e sancionamento do abuso de poder (*latu sensu*) no processo eleitoral.

Diga-se, *en passant*, que, por boa técnica legislativa, todas as espécies de abuso de poder tratadas pelas ações eleitorais comentadas são conceitos jurídicos indeterminados, isto é, se qualificam à luz do caso concreto.

Por oportuno, sobre a importância do conceito jurídico indeterminado como técnica legislativa, registra Vilanova (2000, p. 141):

As normas são postas para permanecer como estruturas de linguagem, ou estruturas de enunciado, bastantes em si mesmas, mas reingressam nos fatos, de onde provieram, passando do nível conceptual e abstrato para a concrecência das relações sociais, onde as condutas são pontos ou pespontos do tecido social.

Logo, genericamente, a expressão *abuso de poder* deve ser entendida como a prática de condutas vedadas ou mesmo permitidas em lei, sendo que, no último caso, o agente atua na margem da legalidade, mas transbordando sutilmente seus limites, mediante desvio de finalidade de seu comportamento.

De todo modo, para que ocorra o *abuso de poder na seara eleitoral*, necessário é que se tenha em mira processo eleitoral futuro ou que já se encontre em marcha.

Diante da presença da imputação das formas indeterminadas de abuso de poder veiculadas nas ações tratadas, para procedência tanto da AIJE quanto para sucesso na AIME, necessária é a *presença de potencialidade lesiva da conduta*:

A potencialidade lesiva da conduta, necessária em sede de AIME, não foi aferida pelo tribunal de origem, não obstante a oposição de embargos de declaração.

(Recurso Especial Eleitoral nº 958285418, Acórdão de 4.10.2011, rel. Min. RIBEIRO, Marcelo Henrique. Publicação:

Diário da Justiça Eletrônico (DJE), Tomo 208, Data 3.11.2011, p. 70)

1. Consoante o art. 22 da LC nº 64/1990, a propositura de AIJE objetiva a apuração de abuso do poder econômico ou político e de uso indevido dos meios de comunicação social, em benefício de candidato ou partido político.

[...]

3. A conduta, apesar de irregular, não possui potencialidade lesiva para comprometer a normalidade e a legitimidade do pleito, visto que: a) a entrevista também exalta o próprio recorrente, que na época exercia o mandato de deputado federal e não era candidato a cargo eletivo; b) o candidato não participou do evento; c) a propaganda ocorreu de modo subliminar; d) não há dados concretos quanto ao alcance do sinal da TV Descalvados na área do município; e) a entrevista foi transmitida em uma única oportunidade.

(Recurso Especial Eleitoral nº 433079, Acórdão de 2.8.2011, rel. Min. ANDRIGHI, Fátima Nancy, Publicação: *Diário da Justiça Eletrônico (DJE)*, Data 30.8.2011, p. 88)

4. Ações eleitorais e o seu bem jurídico tutelado, segundo o Direito material posto

No plano estritamente processual, as ações cotejadas têm objetos semelhantes, ontologicamente considerados, sendo suas marcas diferenciadoras o prazo de seu ajuizamento⁴ e o procedimento a ser seguido no seu processamento⁵.

A par disso, o que há de principal diferença entre ambas as ações é a tutela do Direito material que lhe é posta.

Melhor explico.

Como dito, as fases do processo eleitoral em seu sentido amplo vão desde o alistamento até a diplomação dos eleitos, quando se exaure

⁴ A AIJE tem como prazo-limite para ajuizamento a data da diplomação. A AIME tem como prazo-limite para ajuizamento 15 dias após a diplomação.

⁵ A AIJE segue o rito do art. 22 da Lei Complementar nº 64/1990. A AIME segue o rito do art. 3º e seguintes da Lei Complementar nº 64/1990.

a competência administrativa da Justiça Eleitoral, que, uma vez provocada, em todas essas etapas, passa a exercer atividade jurisdicional.

Nesse viés, fora destacado que, naturalmente, a prática de ilícitos eleitorais vai, via de regra, desde o registro da candidatura⁶ até a data do pleito.

É justamente nesse interregno que a AIJE tem cabimento, podendo, conforme entendimento jurisprudencial fixado, ser a mesma proposta até a data da diplomação⁷.

Dito isso, repisa-se que são seus objetos materiais os abusos de poder econômico, político e dos meios de comunicação.

Mesmo a hipótese de cabimento da norma trazendo consigo conceitos jurídicos indeterminados, no plano de Direito material, a hipótese de incidência ganha contorno e forma.

E a depender do Direito material posto, há mudança do bem jurídico tutelado, com reflexos diretos na forma do reconhecimento judicial da ilicitude. Leia-se, necessidade de avaliação ou não de potencialidade lesiva.

Colhe-se, nesse sentido, o ilícito eleitoral descrito no art. 41-A da Lei nº 9.504/1997, referente a *corrupção eleitoral*, entendida como *abuso de poder* qualificado pela interferência sobre a vontade individual do eleitor.

⁶ Conforme decisão acertada no Recurso Ordinário nº 2.365/MS, de relatoria do Ministro Arnaldo Versiani, julgado em 12.2.2010, admite-se, excepcionalmente, como causa de pedir na AIJE a narrativa de fatos ocorridos anteriormente ao registro da candidatura, desde que projetem sua influência no resultado do pleito.

⁷ O rito previsto no art. 22 da Lei Complementar nº 64/1990 não estabelece prazo decadencial para o ajuizamento da AIJE. Por construção jurisprudencial, no âmbito desta Corte superior, entende-se que as ações de investigação judicial eleitoral que tratam de abuso de poder econômico e político podem ser propostas até a data da diplomação porque, após essa data, restaria, ainda, o ajuizamento da AIME e do recurso contra expedição do diploma (RCED). (REspe nº 12.531/SP, rel. Min. GALVAO, Limar, DJ de 1º.9.1995, RO nº 401/ES, rel. Min. NEVES, Fernando, DJ de 1º.9.2000, RP nº 628/DF, rel. Min. FIGUEREDO, Sálvio de, DJ de 17.12.2002).

Como hodiernamente a delineação da corrupção eleitoral encontra-se com descrição positivada, tanto na AIJE (conforme expressão feita diretamente pelo artigo 41-A, § 1º, da Lei das Eleições) quanto na AIME (que traz em seu *caput* o objeto material da correção), o contorno jurídico em torno da caracterização da corrupção eleitoral, tanto na AIJE quanto na AIME, segue a descrição estabelecida no art. 41-A da Lei nº 9.504/1997.

É exatamente este o pensamento reiterado do TSE, *in verbis*:

A captação ilícita de sufrágio, espécie do gênero corrupção eleitoral, enquadra-se nas hipóteses de cabimento da AIME, previstas no art. 14, § 10, da CF. Precedentes. (Recurso Ordinário nº 1522, Acórdão de 18.3.2010, rel. Min. OLIVEIRA, Marcelo Henrique Ribeiro. Publicação: *Diário da Justiça Eletrônico* (DJE), Data 10.5.2010, p. 15)

Todavia, sendo promovida a AIJE, por prática da corrupção eleitoral, como, especificadamente, o Direito material posto tem por escopo salvaguardar a vontade popular individual, relacionada com o exercício do sufrágio, para sua caracterização, desnecessária é a ocorrência de prova de potencialidade lesiva.

Nessa toada é o voto condutor do Ministro Jobim quando do julgamento do Recurso Especial Eleitoral nº 19.553, julgado em 21 de março de 2002, ao explicitar que “no art. 41-A, o bem protegido não é o resultado da eleição. O bem protegido é a vontade do eleitor. Então, há um bem protegido distinto, o que não autoriza, com isso, falar-se em potencialidade”.

Entretanto, se veiculada a corrupção eleitoral no bojo da AIME, imprescindível é, para sua caracterização, a presença de potencialidade lesiva do fato (Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 39.974, Acórdão de 28.10.2010, rel. Min. OLIVEIRA, Marcelo Henrique Ribeiro de. Publicação: *Diário da Justiça Eletrônico* (DJE), Volume -, Tomo 220, Data 17.11.2010, p. 13-14).

Não pode causar espanto a disparidade das conclusões apresentadas, mormente porque, no campo temporal, a AIJE pode ser manejada

ao curso de todo o processo eleitoral, visando sancionar o agente corruptor com a cassação de seu registro, se procedente a ação antes do pleito, ou cassação de seu diploma, se julgada após as eleições (inteligência do art. 22, inciso XIV, da Lei das Inelegibilidades).

Visa-se, com o instrumento jurídico declinado acima, alijar do processo eleitoral o candidato que tenha corrompido a liberdade de opção individual do eleitor, bastando, para sua cassação, que seja comprovada a compra de apenas e tão somente um voto.

Na outra ponta, sendo a AIME ato derradeiro do processo eleitoral, pressupondo a existência prévia de divulgação do resultado da disputa eleitoral, proclamação dos resultados e diplomação dos vencedores, válida é a adoção de critério adicional na AIME para se cassar mandato político posto que, pela máxima efetividade da Constituição, sua finalidade mantém-se inerte.

Justificando a posição tomada, Ramayana (2009, p. 490) afirma que:

O bem jurídico tutelado, portanto, mediante a ação constitucional, é a normalidade e legitimidade das eleições (CF, art. 14, §9º) e o interesse de lisura eleitoral (LC nº 64/1990, art. 23, *in fine*), enquanto pressupostos de legitimidade política e validade jurídica do mandato democrático representativo.

Da mesma forma, a prescrição do art. 30-A da Lei nº 9.504/1997, especificadamente, tem em vista a manutenção da transparência da campanha individual do candidato, do modo como sua prestação de contas deve exatamente retratar todas as arrecadações e gastos feitos.

Sobre o tema é o magistério de Gomes (2010, p. 483), *verbis*:

É explícito o desiderato se sancionar a conduta de captar ou gastar ilicitamente recursos durante a campanha. O objetivo central dessa regra é fazer com que as campanhas políticas se desenvolvam e sejam financiadas de forma escorreita e transparente, dentro dos parâmetros legais. Só assim poderá haver disputa saudável entre os concorrentes. [...] O bem jurídico protegido é a lisura da campanha eleitoral.

Se o bem jurídico tutelado pelo Direito material aqui posto é a transparência da campanha política, na AIJE, pela violação ao art. 30-A da Lei das Eleições, *dispensável é a demonstração de potencialidade lesiva*, de modo que a *sanção* negativa de outorga de diploma ou de sua cassação deve ser *proporcional à gravidade da conduta* e à lesão perpetrada ao bem jurídico tutelado (Recurso Ordinário nº 1.453, Acórdão de 25.2.2010, rel. Min. FISCHER, Felix. Publicação: *Diário da Justiça Eletrônico (DJE)*, Data 5.4.2010, p. 207-209).

Aqui, o princípio endoconstitucional da proporcionalidade serve de pedra de toque para a cassação do diploma, pelo que a gravidade da infração atinente às normas de arrecadação e gasto de campanha deve ser tão grave de modo a justificar a medida extrema tomada.

E tal como na corrupção eleitoral, a violação das normas sobre arrecadação e gasto de campanha amolda-se ao conceito indeterminado de abuso de poder econômico, podendo ser a ilicitude objeto da AIME.

Pensa da mesma maneira Decomain (2004, p. 163) ao expor que *configura abuso de poder econômico*:

[...] o emprego de recursos produtivos (bens e serviços de empresas particulares, ou recursos próprios do candidato que seja mais abastado), fora da moldura para tanto traçada pelas regras de financiamento de campanha constantes da Lei nº 9.504/1997, com objetivo de propiciar a eleição de determinado candidato.

Nesse caso, pelas razões já exaustivamente aduzidas em relação à compra de votos, sendo a prática de violação às regras de arrecadação e gasto de campanha objeto da AIME, para cassação de mandato, deve haver prova da potencialidade lesiva da irregularidade poder tisanar o resultado do pleito, pois nessa ação o bem jurídico tutelado sempre será a legitimidade e normalidade das eleições.

Por fim, no que toca à prática de condutas vedadas, dispostas no art. 73 da Lei nº 9.504/1997, veiculada, por determinação legal, por meio da AIJE, há um elemento normativo explicitado na norma ao asseverar

que condutas irregulares são aquelas que “*afetam a igualdade de oportunidades* entre candidatos nos pleitos eleitorais”.

A prescrição proibitiva ganhou forma a partir da introdução da Emenda Constitucional nº 16/1997, que permitiu a reeleição do chefe do Executivo em todas as esferas de governo.

Assim, a vedação em torno dos comportamentos administrativos tem como fim, de todo jeito, assegurar a igualdade de condições entre todos os candidatos, não se permitindo a colocação da máquina pública em benefício de nenhum dos disputantes.

Antes de tudo, é bom se atentar para a correlação existente entre o abuso de poder político e as condutas vedadas aos agentes públicos, previstas no art. 73 da Lei Eleitoral, sendo estritamente linear que o descumprimento dos incisos dessa norma importa na caracterização daquele, sendo a premissa inversa com a consequente conclusão oposta.

Desse modo, à luz do Direito material, que traz proteção a bem jurídico diverso da missão inspiradora da AIJE para procedência da ação pautada na prática de conduta vedada, erigiu a jurisprudência eleitoral também o princípio da proporcionalidade como norte de julgamento:

Recurso especial. Conduta vedada. Aplicação de multa. Pena de cassação de registro ou diploma. Princípio da proporcionalidade. Precedentes. Agravo regimental improvido. A aplicação da pena de cassação de registro ou diploma é orientada pelo princípio constitucional da proporcionalidade. (AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 26.060, Acórdão de 11.12.2007, rel. Min. PELUSO, Antonio Cezar. Publicação: *Diário da justiça (DJ)*, Data 12.2.2008, p. 9)

De todo modo, a prática de abuso de poder político, que não qualificado como abuso de autoridade segundo a descrição do art. 73 da Lei Eleitoral, a ser perquirido por meio da AIJE, demanda, conforme a cláusula geral de seu *caput*, a presença de potencialidade lesiva do comportamento em relação ao pleito, pois a tutela primária será não a igualdade de condições, mas sim a lisura do pleito (alcance de seu resultado de maneira lícita).

Somente por argumentação, rifa-se a possibilidade de se perquirir a prática isolada de abuso de poder político no corpo da AIME, conforme a literalidade do § 10, do artigo 14, da Constituição Federal, e firme jurisprudência do TSE (evitando o denominado “armazenamento tático de fatos”).

Por todo esse exposto, a depender do Direito material debelado, diante da diversidade de bem jurídico tutelado, no caso dos arts. 30-A, 41-A e 73, todos da Lei nº 9.504/1997, justifica-se, se houver o manejo da ação durante o período eleitoral (de suas fases), a mitigação da regra geral, principalmente da AIJE.

De outra forma, se perquirida a irregularidade nas cláusulas indeterminadas contidas na AIME, ajuizada após o fim de todas as fases do processo eleitoral, pela máxima efetividade da disposição constitucional, justificada pela excepcionalidade da própria ação, como o bem a se tutelar sempre será o resultado do pleito, necessária será sempre a presença de potencialidade lesiva.

5. Justificativa da potencialidade lesiva nas ações eleitorais à luz da ponderação entre princípios constitucionais pela técnica de harmonização

Com o advento da Carta Fundamental de 1988, o *leading case* que apresentou o *conceito e a delimitação da potencialidade lesiva* fora o Recurso Especial Eleitoral nº 9.145/MG, julgado em 25 de junho de 1991, de relatoria do Ministro Guerreiros, sendo importante destacar trechos do voto do Ministro Pertence, *verbo ad verbum*:

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. O caso concreto, pelos problemas que aventa, demanda a imediata fixação de alguns deles, à guisa de premissas necessárias do julgamento. A perda do mandato, que pode decorrer da ação de impugnação, não é pena, cuja imposição devesse

resultar na apuração de crime eleitoral de responsabilidade do mandatário, mas, sim, consequência do comprometimento da legitimidade da eleição por vícios de abuso de poder econômico, corrupção ou fraude. O que importa é a existência objetiva dos fatos – abuso de poder econômico, corrupção e fraude – e a prova, ainda que indiciária, de sua influência no resultado do pleito.

Em primeira linha, reconheceu o TSE a previsão constitucional da coibição do abuso de poder, sendo que, à revelia de norma legal definidora do seu conceito, tal mister cabe ao intérprete da norma, em especial ao Estado-Juiz, que, a partir de cada hipótese, aplicando o direito ao caso concreto, cria norma secundária de orientação a respeito do enquadramento legal do conceito de abuso de poder.

E mais, dando interpretação conforme a Constituição, reconheceu o TSE que, por a coibição ao abuso de poder visar, em última análise, a legitimidade da eleição, sendo este o bem jurídico tutelado pela Constituição, aliou-se ao conceito de abuso a existência de potencial influência no resultado do pleito.

Sem tal pré-requisito, o bem jurídico tutelado constitucionalmente (lisura do processo eleitoral) não se qualifica, não restando violado.

Dessume-se, então, que a potencialidade lesiva está embutida no conceito de abuso de poder. No conflito entre direitos e garantias constitucionais, estando, de um lado, a coibição do abuso de poder nas eleições (art. 14, § 9º, da Carta Magna) e, do outro, a tutela da liberdade coletiva de escolha (art. 1º, parágrafo único, da Lei Fundamental), a *potencialidade lesiva*, pelo critério da *harmonização*, afigura-se como *elemento balizador da delimitação do conceito de abuso de poder*.

Sobre a boa técnica de harmonização entre princípios constitucionais, é a lição de Mendes (2012, p. 83):

Os princípios podem interferir uns nos outros e, nesse caso, deve-se resolver o conflito levando-se em consideração o peso de cada um. Isso, admitidamente, não se faz por meio de critérios de mensuração exatos, mas segundo a indagação sobre quão importante é um princípio ou qual seu peso numa dada situação. Não se resolvem os conflitos entre princípios,

tomando um como exceção ao outro. O que ocorre é um confronto de pesos entre as normas que se cotejam.

O que de fato ocorrera, com a introdução do inciso XVI, no art. 22, da Lei Complementar nº 64/1990, foi a reafirmação legal da jurisprudência eleitoral no sentido de que:

O nexo de causalidade quanto à influência das condutas no pleito eleitoral é tão somente indiciário; não é necessário demonstrar que os atos praticados foram determinantes do resultado da competição, basta ressair dos autos a probabilidade de que os fatos se revestiram de desproporcionalidade de meios.

(RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 28387, Acórdão de 19.12.2007, relator: BRITTO, Carlos Augusto de Freitas. Publicação: *Diário da Justiça (DJ)*, Volume I, Data 4.2.2008, p. 8).

Há muito o TSE vem afastando a adoção de critérios matemáticos para auferimento da potencialidade lesiva, aduzindo a sua jurisprudência que sua análise se dá de maneira abstrata, diante da verificação da gravidade da infração eleitoral, auferindo-se se efetivamente houve lesão capaz de descredenciar a legitimidade e normalidade do pleito.

Referências

CÂNDIDO, Joel José. *Direito Eleitoral brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Edpro, 1996.

CUNHA, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. Salvador: Jus Podvim, 2012.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Elegibilidade e inelegibilidade*. São Paulo: Dialética, 2004.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREIRA, Erick Wilson. *Direito Eleitoral* – Interpretação e aplicação das normas constitucionais eleitorais. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMAYANA, Marcos. *Direito Eleitoral*. 9. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no Direito*. 4. ed. São Paulo: RT, 2000.