

O REQUISITO DA POTENCIALIDADE DA CONDUTA PARA INFLUIR NO PLEITO ELEITORAL NA AÇÃO POR CONDUTA VEDADA A AGENTES PÚBLICOS

Flávio Henrique de Oliveira Nóbrega*

1 INTRODUÇÃO

Com o fito de salvaguardar a isonomia de oportunidades entre os candidatos em determinado pleito eleitoral, a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, tipificou, em seus artigos 73 a 78, as condutas vedadas aos agentes públicos em campanha.

A *ratio essendi* dessa regulamentação, de nítido caráter moralizante, consiste em obstar a utilização da máquina administrativa pelo agente público em benefício de partido, coligação ou candidato.

A sua aplicação concreta suscitou no ímo da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral proverbial polêmica sobre a necessidade ou não de se comprovar a potencialidade dessas condutas para desequilibrar o prélio eleitoral, *id est*, para comprometer a normalidade e a legitimidade das eleições.

A doutrina, em paralelo, na sua profícua função de engendrar modelos dogmáticos, debruçou-se sobre a relevante questão, profligando qualquer interpretação tendente a exigir essa comprovação.

No presente estudo, pretende-se tecer breves considerações sobre essa controvérsia, revelando os contrastantes entendimentos e a interpretação atual que tem predominado no âmbito doutrinário e jurisprudencial.

2 CARACTERIZAÇÃO DAS CONDUTAS VEDADAS: DA DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA SUA APTIDÃO PARA INFLUIR NO PLEITO ELEITORAL

O art. 73 da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, inaugura a rubrica “Das Condutas Vedadas aos Agentes Públicos em Campanhas Eleitorais”, estatuinto que:

Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais:

[...]

§ 4º O descumprimento do disposto neste artigo acarretará a suspensão imediata da conduta vedada, quando for o caso, e sujeitará os responsáveis a multa no valor de cinco a cem mil UFIR.

§ 5º Nos casos de descumprimento do disposto nos incisos do caput e no § 10, sem prejuízo do disposto no § 4º, o candidato beneficiado, agente público ou não, ficará sujeito à cassação do registro ou do diploma (Redação dada pela Lei nº 12.034, de 2009).

* Promotor de Justiça. Especialista em Direito Processual Civil. Pós-Graduando em Direito Eleitoral. E-mail: fholiver2000@yahoo.com.br.

Consoante a textualidade normativa, constituem condutas vedadas aos agentes públicos em campanha aquelas expressamente enumeradas que tendam a “afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais”.

Ao interpretar tal dispositivo, o Tribunal Superior Eleitoral, inicialmente, firmou compreensão no sentido de que a caracterização do tipo legal prescinde da prova da potencialidade da conduta para desequilibrar o prélio eleitoral, tendo em vista que o bem jurídico protegido pela norma é a igualdade de oportunidades entre candidatos e não a normalidade do pleito.

Ulteriormente, a Corte perfilhou tese diametralmente oposta, exigindo a prova dessa aptidão para influir na corrida eleitoral, tendo, no início do ano de 2009, cooptado a maioria dos seus integrantes.

A doutrina, doutro giro, de modo torrencial, conjurou com denodo essa linha de orientação, obtemperando que a aludida prova constitui requisito de outro ilícito, qual seja, o abuso de poder, tratado pelo art. 14, § 9º, da Constituição Federal, e pelo art. 19, § 1º, I, “d”, da Lei Complementar nº 64, de 1990.

Nesse sentido, por todos, Thales Cerqueira (2006, p. 803), para quem:

O art. 73 se aplica aos agentes públicos (gênero – não importa a gradação do cargo), servidores ou não, que pratiquem determinadas condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidade entre candidatos nos pleitos eleitorais.

Os arts. 73 a 77 da Lei nº 9.504, de 1997 são espécies de ‘abuso de poder de autoridade’, tipificadas em nome e em defesa do princípio da igualdade e como tal não estão sujeitos à tese da ‘potencialidade do dano’, pois esta é apenas AIJE (artigo 22 da LC nº 64, de 1990) ou AIME ou RCD que protegem as eleições. Portanto, se adotássemos a tese de ‘potencialidade do dano’ no art. 73, teríamos que concluir pela total inutilidade do próprio artigo, em face do art. 22 da LC nº 64, de 1990, que é gênero. As espécies dos arts. 73 a 77 foram criadas, justamente, para diferenciarem do gênero que exige potencialidade do dano. Os arts. 73 a 77, portanto, são anteparo ao instituto da reeleição e uso da máquina.

A atual jurisprudência da Corte Superior Eleitoral, atenta a essa distinção, firmou-se no sentido de que a potencialidade não constitui requisito para configuração da conduta vedada, tendo, contudo, propugnado pela aplicação do princípio da proporcionalidade na aplicação das sanções correspondentes.

Esse entendimento encontra-se bem sintetizado no acórdão cuja ementa restou assim redigida (BRASIL, 2010):

ELEIÇÕES 2010. CONDUTA VEDADA. USO DE BENS E SERVIÇOS. MULTA.

1. O exame das condutas vedadas previstas no art. 73 da Lei das Eleições deve ser feito em dois momentos. Primeiro, verifica-se se o fato se enquadra nas hipóteses previstas, que, por definição legal, são ‘tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais’. Nesse momento, não cabe indagar sobre a potencialidade do fato. 2. Caracterizada a infração às hipóteses do art. 73 da Lei 9.504/97, é necessário verificar, de acordo com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, qual a sanção que deve ser aplicada. Nesse exame, cabe ao Judiciário dosar a multa prevista no § 4º do mencionado art. 73, de acordo com a capacidade econômica do infrator, a gravidade da conduta e a repercussão que o fato atingiu. Em caso extremo, a sanção pode alcançar o registro

ou o diploma do candidato beneficiado, na forma do § 5º do referido artigo 3. Representação julgada procedente.

Dessarte, segundo o entendimento pretoriano atual, a inexistência da potencialidade não pré-exclui a incidência da norma, devendo, nada obstante, um juízo de proporcionalidade guiar, conforme a gravidade da conduta, o tipo e o *quantum* da sanção a ser aplicada.

Como corolário dessa assertiva tem-se que condutas leves implicam multas suaves, ao passo que, em outro extremo, condutas graves suscitam multas elevadas cumuladas com a cassação do registro ou do diploma.

Escoreito esse entendimento jurisprudencial. Isto porque o bem jurídico protegido pela norma, segundo a sua literalidade, constitui na salvaguarda da igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais e não na proteção da legitimidade das eleições, bem jurídico escudado pelas normas que vedam o abuso do poder econômico ou político.

Entendimento dispar desborda, a toda evidência, dos limites do texto normativo, constituindo ilegítimo exercício do poder legiferante, na medida em que “uma interpretação que se não situe já no âmbito do sentido literal possível, já não é interpretação, mas modificação de sentido” (LARENZ, p. 454).

Ora, a inclusão de outro requisito para caracterização do ilícito eleitoral ultrapassa, inequivocamente, o sentido literal possível, transmutando o próprio sentido da lei, não havendo, nem mesmo sob uma perspectiva da exegese sistemática ou teleológica, como se acrescer a potencialidade como uma condição implícita.

Tal raciocínio, doutra banda, não constitui óbice à incidência do postulado da proporcionalidade na aplicação das sanções cominadas, tendo em vista que esse postulado traduz um imperativo derivado da cláusula constitucional do devido processo legal substancial, devendo orientar todo o agir do Estado, como princípio básico de contenção do arbítrio e do excesso, essencial à racionalidade do Estado Democrático de Direito e imprescindível à tutela das liberdades fundamentais (STUMM, 1995, p. 159/170).

Por conseguinte, à guisa de remate, pode-se afirmar, como consectário prático dessa linha de orientação prevalecente, que para o ingresso de representação para apurar conduta vedada não há necessidade de se narrar, como causa de pedir, a configuração da sua potencialidade para influir no pleito, bastando alegar e provar a prática da conduta exprobrável, pugnando, ao final, pela aplicação das sanções cominadas, segundo um juízo de proporcionalidade.

3 CONCLUSÃO

A Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, tipificou, em seus artigos 73 a 78, condutas vedadas aos agentes públicos em campanha, colimando salvaguardar a igualdade de oportunidades entre os candidatos em determinado prélio eleitoral.

A sua concreção suscitou no âmbito da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral notável polêmica sobre a necessidade ou não de se comprovar a potencialidade dessas condutas para desequilibrar o pleito.

A *communis opinio doctorum* firmou-se no sentido da desnecessidade de comprovação dessa potencialidade, sob o argumento de que aludida prova constitui requisito de outro ilícito, a saber, o abuso de poder.

A Corte Superior Eleitoral, após pervagar posições díspares, perfilhou, recentemente, o entendimento no sentido da desnecessidade de comprovação desse requisito para que haja a incidência fático-normativa, alertando, nada obstante, para o fato de que um juízo de proporcionalidade deve guiar, conforme a gravidade da conduta, o tipo e o *quantum* da sanção a ser aplicada.

Essa linha de orientação pretoriana revela-se acertada, tendo em vista que corrige uma exegese que refoge à própria literalidade normativa e, a um só tempo, conspira para substantificação do princípio da proporcionalidade, como imperativo derivado da cláusula constitucional do *substantive due process of law*.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Tribunal Superior Eleitoral*. Representação nº 295986 /DF. Relator: Min. Henrique Neves da Silva. Julgamento: 21/10/2010. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br>>. Acesso em: 03 jun. 2011.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. *Preleções de Direito Eleitoral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 4. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2005.

STUMM, Raquel Denize. *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.