

**ASSENTO CONSTITUCIONAL DO ROL DE CONDUTAS VEDADAS,
TAXATIVIDADE DE SUAS DISPOSIÇÕES E PLASTICIDADE DO ABUSO DO
PODER POLÍTICO NO ORDENAMENTO JURÍDICO¹**

**SEAT OF THE CONSTITUTIONAL ROLE OF CONDUITS SEALED,
TAXATIVIDADE OF ITS PROVISIONS AND PLASTICITY OF THE ABUSE
OF POLITICAL POWER IN THE LEGAL SYSTEM**

HELIO DEIVID AMORIM MALDONADO²

RESUMO

Haja vista a introdução no ordenamento jurídico do instituto da reeleição pela Emenda Constitucional nº 16, sobreveio, na Lei nº 9.504, como reação legislativa contra aquilo que é intuitivo – o uso da máquina pública em favor do titular do poder –, a criação do rol de condutas vedadas aos agentes públicos em campanha, estabelecendo restrições às atividades tipicamente administrativas do Poder Público no período eleitoral. Entrementes, para compreensão de sua extensão, necessária é a compreensão de que as condutas vedadas são espécies do gênero abuso do poder político, que tem como finalidade subjacente a realização da isonomia entre os candidatos concorrentes no pleito eleitoral.

Palavras-chave: Instituto reeleição. Condutas vedadas. Rol taxativo. Completude. Ordenamento. Ativismo judicial.

Summary

Since the introduction in the legal system of the Institute of re-election by constitutional amendment 16, as legislative reaction against what is intuitive, that is the use of the

¹ Artigo recebido em 8 de setembro de 2015 e aprovado para publicação em 24 de novembro de 2015.

² Advogado. Membro da Comissão de Direito Eleitoral da OAB/ES. Especialista em Direito Público. Especialista em Fazenda Pública em Juízo. Mestrando em Direitos e Garantias Fundamentais. Professor Palestrante. Autor de livro e artigos jurídicos.

public machine in favor of the holder of the power, behold, in law No. 9,504 the creation of list of prohibited conducts public officials in the campaign, establishing restrictions on activities in Public administration typically election period. Meanwhile, for understanding of its extent, required is the understanding that the ducts sealed are species of the genus abuse of political power, which has as purpose underlying the achievement of equality among the candidates competing in the election constituency.

Keywords: Office Re-election. Conduct prohibited. List is exhaustive. Completeness Land. Judicial activism.

1 Introdução

Justificando formar corpos administrativos estáveis, o então Deputado Federal Mendonça Filho propôs nova redação ao § 5º, do artigo 14, da Constituição Federal de 1988, estabelecendo o instituto da reeleição no ordenamento jurídico eleitoral pátrio.

Permitia-se, assim, em última análise, o exercício do poder soberano do povo, preconizado pelo parágrafo único, do art. 1º, da Carta Magna, por meio do sufrágio, para manutenção da administração bem sucedida³ no poder.

Impulsionada pela adesão do chefe do Poder Executivo Federal, em 4 de junho de 1997, na data limite para vigência e eficácia nas eleições de 1998⁴, foi publicada a Emenda Constitucional nº 16, trazendo a seguinte novel redação para o objeto de sua reforma: “[...] § 5º O Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido, ou substituído no curso dos mandatos poderão ser reeleitos para um único período subsequente.”

³ Nada obstante a praxe política tenha demonstrado que o instituto da reeleição acarreta a personificação do candidato, tornando problemática a consolidação da partiocracia decorrente da exigência de filiação partidária como requisito de elegibilidade, *ex vi* do artigo 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal.

⁴ Nos termos do art. 1º da Lei nº 9.504/1997, as eleições, quer sejam gerais (presidente, governador, senador, deputado federal e estadual), quer sejam municipais (prefeito e vereador), sempre ocorrerão na data do primeiro domingo de outubro do ano da Eleição. E, segundo o princípio da anualidade da lei eleitoral, previsto no art. 16 da Constituição Federal, a lei que alterar o processo eleitoral somente tem eficácia um ano após sua vigência.

Destarte, doravante, ficou estabelecido, no cenário jurídico eleitoral, o instituto da reeleição, permitindo-se ao chefe do Poder Executivo de todas as esferas do poder a continuidade do exercício da governança durante o período eleitoral para a disputa subsequente do mesmo mandato.

Em verdade, a inovação trazida pelo poder constituinte reformador é parcial. Isso porque, em sua redação original o § 9º, do artigo 14, da Lei Fundamental, determinava que competisse a lei complementar estabelecer outros casos de inelegibilidade (e os prazos de sua cessação) que não previstos na Constituição. Sendo a norma tratada de eficácia limitada⁵, competiu à Lei Complementar nº 64/1990 sua regulamentação. Logo, na leitura a *contrario sensu* da Lei de Inelegibilidades, sempre foi cedida a possibilidade de reeleição daqueles mandatários de cargos políticos do Poder Legislativo (sem necessidade de desincompatibilização⁶), desde que para a disputa da mesma função exercida.

Em todo caso, foi a partir da Emenda Constitucional nº 16/1997 que ficou permitido o uso do instituto da reeleição para todos os cargos mandatários dos poderes Executivo e Legislativo.

Diante desse panorama, houve uma imediata reação legislativa contra aquilo que é intuitivo, ou seja, o uso da máquina pública em favor de campanha eleitoral do seu titular.

Nesse diapasão, em 30 de setembro de 1997 foi publicada a Lei nº 9.504/1997, trazendo em seu bojo os arts. 73 *usque* 79, no capítulo específico Das condutas vedadas aos agentes públicos em campanha eleitoral.

A partir de então, a legislação eleitoral impõe uma série de restrições, durante o período da campanha, às atividades do agente público.

⁵ Conclusão exposta pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 144/2008.

⁶ Mecanismo de superação de hipótese de inelegibilidade inata; isto é, decorrente do exercício de cargo/função pública.

A introdução das condutas vedadas no ordenamento jurídico eleitoral como contraponto ao instituto da reeleição cumpre a missão do Estado em estabelecer garantias ao cidadão “voltadas a permitir que a opção eleitoral seja alcançada de forma livre de coações morais ou materiais e que seu exercício se dê sem a intercorrência de quaisquer modalidades de fraude” (REIS, 2012, p. 78-79).

Pela formatação de proposições prescritivas que veiculam imperativos hipotéticos negativos, nas condutas vedadas durante a campanha eleitoral, por parte de agente público, buscou-se evitar o emprego da máquina pública como elemento de desequilíbrio na disputa eleitoral, mantendo-se, de todo o modo, a igualdade formal almejada pela cabeça do art. 5º da Constituição Federal.

A *mens legis* indicada alhures está cristalizada na própria dicção do art. 73 da Lei nº 9.504/1997, que diz que as condutas lá descritas são todas “tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais”.

E somente pela salvaguarda da igualdade de condições entre os concorrentes é que estará guarnecida a legitimidade da representação popular, pois se é certo que o poder soberano emana do povo, tal exercício de soberania somente é realizável indiretamente, nos termos do art. 14 da Carta Magna, pela eleição de seus representantes, por meio do sufrágio universal e pelo voto direto e secreto.

Em contrapartida, em atenção ao princípio da estrita legalidade administrativa, cujo assento encontra-se no art. 37 da Lei Magna, deve ser observado que o rol de condutas vedadas traz uma gama de limitações às atividades tipicamente administrativas do poder público, de modo que se pretende, no presente trabalho, a partir da construção de alicerces juridicamente razoáveis: (1) a investigação da taxatividade ou não do rol de condutas vedadas disciplinadas na Lei nº 9.504/1997, bem como a investigação subsequente (2) a investigação da presença de lacuna no ordenamento jurídico, quanto ao regramento de condutas outras passíveis de configuração, como abuso do poder político e sua possível solução de incompletude.

2 Das fontes às normas: inevitável trajetória

A norma jurídica, na concepção de Bobbio (2005, p. 69-102), no seu aspecto formal, é uma proposição⁷ prescritiva⁸ que tem em seu núcleo um hiperativo hipotético⁹, composta de um sujeito e um predicado¹⁰, que reúne um conjunto de palavras que lhe dão sentido a partir de sua unidade, diferenciando-se, em substância, de seu enunciado veiculador, que é sua forma gramatical e linguística.

Em outras palavras, “prescritivo não é o enunciado (se não, talvez, por metonímia), mas antes o modo de usá-lo, ou o ato da linguagem executado mediante o seu proferimento” (GUASTINI, p. 2005, p. 56).

Nesse diapasão, não há correspondência biunívoca entre enunciado e norma, pois a lei afigura-se como fonte primária do Direito, e a norma, como extração do significado do enunciado linguístico, a partir da reformulação feita pelo intérprete.

Destarte, interpretar é decidir o significado de um texto legislativo, produzindo a norma. Ou seja, a norma jurídica é produto da atividade interpretativa do intérprete¹¹.

Ocorre que a interpretação não toma como ponto de partida um significado previamente dado pelo enunciado normativo, exigindo do exegeta a reconstrução dos sentidos do texto normativo¹².

⁷ Conjunto de palavras que possuem um significado em sua unidade. Já o enunciado é a forma gramatical e linguística pela qual um determinado significado é expresso. Desse modo, uma mesma proposição pode ter enunciados diversos, e o mesmo enunciado pode exprimir proposições diversas.

⁸ Prescreve comandos/conselhos/advertências para influir no comportamento de outrem. A influência no comportamento alheio é direta. Seu destinatário consente quando executa o comando da prescrição.

⁹ Imperativos hipotéticos são aqueles que prescrevem uma ação boa para atingir um fim, isto é, uma ação que não é boa em sentido absoluto, mas boa somente quando se deseja ou se deve atingir um fim determinado e, assim, é cumprida condicionalmente para obtenção do fim.

¹⁰ No âmbito da relação jurídica existe uma interdependência entre comando e sanção, de modo que o comando põe frente à frente dois sujeitos, atribuindo a um uma faculdade/pretensão e impondo a outro um dever ou uma obrigação correspondente.

¹¹ A orientação também é colhida em Ricardo Guastini (2005, p. 133).

¹² Abandona-se a ideia de que a aplicação do direito envolve uma atividade de subsunção entre conceitos prontos antes mesmo do processo de aplicação.

E, para ser realizada tal reconstrução de significado, deve ser levada em consideração a interligação umbilical entre interpretação e aplicação, pois “não se busca um sentido para uma norma senão com o objetivo de conformar a vida social” (MENDES; BRANCO, 2012, p. 90).

Sobre a titularidade do estado-juiz encontrar os sentidos da norma, escreve José Rodrigo Rodriguez (2002, p. 285):

A interpretação jurídico-científica não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica. Como conhecimento do seu objecto, ela não pode tomar qualquer decisão entre as possibilidades por si mesma reveladas, mas tem de deixar tal decisão ao órgão que, segundo a ordem jurídica, é competente para aplicar o direito.

Logo, sendo o Estado o destinatário da norma jurídica¹³, no exercício da jurisdição¹⁴, a interpretação judicial da fonte primária¹⁵ é orientada para os fatos, “já que o raciocínio judicial é sempre impulsionado por um preciso caso particular concreto” (GUASTINI, 2005, p. 73).

Nessa trilha, na atividade interpretativa judicial, são colocados em paralelo o fato condicionante (hipótese normativa) e a consequência oriunda de sua verificação, sendo que no processo silogístico de subsunção¹⁶ do fato à norma, a premissa maior é o enunciado prescritivo geral, a premissa menor é o enunciado descritivo (sobre o qual incidirá o juízo de verificação empírica), para que se faça, em arremate, a conclusão final pela formação de um enunciado prescritivo individual, apto a instituir as consequências normativas previstas no caso concreto.

Entrementes, nessa atividade interpretativa, o intérprete deve fazer controle da profusão de sentidos que emergem do seu subjetivismo.

¹³ O caráter da norma jurídica está no fato de sua eficácia ser reforçada pela heterotutela.

¹⁴ O surgimento do direito de ação ocorre quando, na relação jurídica, o sujeito ativo quer exigir uma ação positiva/negativa do sujeito passivo, ou mesmo criar/modificar/alterar uma dada relação jurídica, sendo a pretensão resistida por esse último.

¹⁵ Suplantada pelas fontes secundárias de integração da norma jurídica, em que se destaca o papel da doutrina, que extrai o significado do texto normativo em caráter abstrato.

¹⁶ Inclusão de um caso particular concreto no caso particular abstrato previsto por uma norma.

Dado o monopólio estatal do exercício da jurisdição, o direito de ação é exercido sob o enfoque de previsibilidade da execução das normas jurídicas (ideário de segurança jurídica, axiologicamente embutido na cabeça do art. 5º da Constituição Federal). Desse modo, a fim de se garantirem esses valores, necessário é que o julgador respeite os limites traçados pelo ordenamento jurídico para o exercício de sua atividade.

Obviamente, então, a legislação serve como primeira barreira de contenção ao arbítrio da atividade interpretativa. “Daí se dizer que interpretar é construir a partir de algo, por isso significa reconstruir: a uma, porque utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção de sentidos” (ÁVILA, 2007, p. 30).

Ao seu lado, serve de balança interpretativa do enunciado linguístico a realização do seu núcleo de sentido, de modo que o intérprete deve compreender o dispositivo legal realizando suas versões de significado correspondentes com os fins e os valores que consagram a fonte da onde emanou¹⁷.

Tal busca de realização do estado de coisas preconizado pela norma jurídica, quando da atividade de sua interpretação, está positivada no art. 5º do Decreto-Lei nº 4.657/1942, que diz: “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Assim, a atividade do juiz-intérprete é concebida como modalidade de razão prática (dever de coerência e justificação pela fundamentação, nos moldes exigidos pelo art. 93, inciso IX, da Lei Maior), sujeita a método científico e passível de controle¹⁸. Isto é, na interpretação “a ideia de racionalidade jurídica aproxima-se da ideia do

¹⁷ Similar é o pensamento desenvolvido por Humberto Ávila (2007, p. 35).

¹⁸ Internamente, pelo princípio do duplo grau de jurisdição, como corolário lógico do art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, pelo manejo de recurso, prolongando a relação jurídica processual, submetendo à análise da interpretação/execução à uma instância *ad quem*.

razoável e deixa de se identificar à lógica formal das ciências exatas” (SARMENTO, 2009, p. 16-17)¹⁹.

3 Constituição e seu eixo gravitacional no ordenamento jurídico

No pós-guerra, como fenômeno do mundo ocidental, as constituições passaram a ir além do estabelecimento de estruturas orgânicas de funcionamento do Estado, para estabelecerem estruturas dogmáticas de direitos fundamentais, realizando uma gama sem fim de estado de coisas, como elementos estruturantes de uma sociedade fundada nos valores da liberdade, justiça e solidariedade^{20 21}.

No Direito brasileiro, o neoconstitucionalismo ganhou forma e corpo a partir do advento da Constituição Federal de 1988, sendo que a Constituição Cidadã preconizou uma gama invejável²² de direitos fundamentais.

A partir do paradigma do neoconstitucionalismo, a Constituição Federal passa a ser o eixo gravitacional de todo o ordenamento jurídico, pelo que as demais normas do sistema retiram seu fundamento de validade diretamente da Lei Fundamental, devendo-lhe compatibilidade formal e material.

Emerge da função periférica da Constituição o conceito de lei em sentido material, conforme explicita o português Jorge Miranda (2011, p. 422-423):

Lei em sentido material não é apenas a lei enquanto dotada de generalidade. É a lei, repetimos, como ato da função política e sujeita imediatamente à Constituição. Sem essa localização, sem a ponderação prospectiva do interesse geral, sem a visão ampla da comunidade política, sem a discricionariedade que lhe é inerente, não existe lei.

¹⁹ Pela defesa da legislação e realização dos fins sociais da norma como mecanismo de controle da profusão de sentidos do intérprete, registra, no âmbito da hermenêutica eleitoral, José Jairo Gomes (2010, p. 23).

²⁰ Modelo adotado na Constituição Federal de 1988, em que no preâmbulo do art. 3º, inciso I, repetiu esses objetivos fundamentais, sobre os quais a Constituição pauta seu projeto político.

²¹ Essa evolução do constitucionalismo é assim historiada por Jorge Miranda (2011, p. 418).

²² Mas empiricamente pouco realizáveis, dada a variedade de problemas sociais, políticos e culturais que assolam o país, motivo pelo qual o Estado brasileiro não alcançou todas as promessas da modernidade.

Em suma, a lei é o meio de ação essencial do poder sobre a vida social. Com a Lei trata-se de legitimar e normalizar, juridicamente, uma política global do Estado. Conteúdo adequado ou apropriado à forma de lei há-de-ter, em princípio, especial relevância para os particulares e/ou para a comunidade (MIRANDA, 2011, p. 422-423).

Em arremate, pode ser dito que o neoconstitucionalismo no país impôs a releitura de toda a ordem jurídica a partir dos ditames da Constituição (filtragem constitucional do Direito).

Desse modo, a par do critério de justificação formal da norma jurídica, a justificação material, no sentido de análise da justiça da norma, toma, como ponto de partida, a realização dos direitos fundamentais preconizados pela Norma Fundamental²³.

Entretanto, “para o constitucionalismo da efetividade, a incidência direta da Constituição sobre a realidade social independe de qualquer mediação legislativa” (SARMENTO, 2009, p. 24). Isto é, pelo constitucionalismo moderno é difundida a ideia de que a Constituição é norma com eficácia cogente, independentemente de seu permeio de realização por meio da legislação ordinária.

A partir de tal constatação desenvolveu-se a corrente de interpretação substancialista do direito, reconhecendo “a legitimidade da atuação jurisdicional em favor da garantia e promoção de valores substantivos presentes na Constituição” (SARMENTO, 2009, p. 28).

Isto é, a atividade judicial, imbuída pela realização do estado ideal de coisas preconizado pela Constituição, passa a substituir o papel do legislador na produção da fonte primária do direito.

Entretanto, pela reconhecida força normativa da Constituição²⁴, necessário é se perscrutar sobre a diferenciação entre os valores perseguidos pela ordem política constitucional e sua realização nos princípios e regras constitucionais, para se definir a extensão da eficácia cogente das normas constitucionais.

²³ Nessa senda é a posição de Pérez Luño, apud Margarida Maria Lacombe Camargo (2002, p. 373).

²⁴ Inerente à sua condição de norma jurídica, pois não se compreendem normas jurídicas que não estejam predispostas para a conformação de fatos e situações ou para a produção de certos efeitos.

Isso, mormente, porque o movimento do neoconstitucionalismo, na realização dos princípios constitucionais, suscita problematizações tais como:

[...] os riscos para a democracia de uma judicialização excessiva da vida social, os perigos de uma jurisprudência calcada numa metodologia muito aberta, sobretudo no contexto de uma civilização que tem no 'jeitinho' uma das suas marcas distintivas, e os problemas que podem advir de um possível excesso na constitucionalização do direito para a autonomia pública do cidadão e para a autonomia privada do indivíduo” (SARMENTO, 2009, p. 11).

Logo, na delimitação do papel do intérprete na construção dos sentidos normativos, não se pode renegar o papel da lei, sob pena do excesso de discricionariedade judicial na interpretação do direito resultar num decionismo.

4 Dos princípios e das regras

De partida, destaca Jorge Miranda (2011, p. 293-294) que, sendo o Direito ordenamento/conjunto significativo, o mesmo “projeta-se ou traduz-se em princípios logicamente anteriores aos preceitos”, de modo que os princípios constituem-se em “direta expressão desse regulativo diálogo normativo com a realidade histórico-social”.

Por via de consequência, na Constituição, eixo central da ordem jurídica, ficam arraigados os valores jurídicos fundamentais dominantes da comunidade, traduzidos nos princípios, que refletem justamente esse axioma político²⁵.

Insta salientar que os princípios não estão acima do direito positivo. Em verdade, as normas jurídicas se dividem em normas-princípios e normas-regras.

Sobre tal diferenciação, diz Humberto Ávila:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com a pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre

²⁵ Sobre a importância dos princípios no arcabouço jurídico constitucional é a observação de Camargo (2002, p. 378).

centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente subjacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente retrospectivas e com a pretensão de completamentariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção (ÁVILA, 2007, p. 78-79).

Em apertada síntese, os princípios descrevem um estado ideal de coisas²⁶ (bens jurídicos) que devem ser preservados/promovidos, com função pragmática de servir de ponto de partida para a procura dos meios aptos para se alcançar o fim de seu conteúdo desejado, sendo que sua positivação implica na obrigatoriedade de comportamentos necessários à sua realização, influenciando no comportamento alheio por via indireta. Isto é, os princípios se situam no plano deontológico, com força cogente de impor a adoção de comportamentos para sua realização.

Nesse caminho, quanto ao âmbito de sua eficácia, os princípios, por serem finalísticos (visam preservar/realizar um estado ideal de coisas), primariamente, na sua função normogênica de construção da norma jurídica²⁷, servem à interpretação dos próprios fatos, selecionando os eventos que se situam no centro dos interesses protegidos pelas normas, quer por sua intermediação num subprincípio ou interposição em uma regra, bloqueando, nesse último caso, elementos expressamente previstos que sejam incompatíveis com a tutela do bem jurídico albergado pela norma-regra.

Ainda nessa compreensão da eficácia dos princípios, para o processo hermenêutico, eles possuem função argumentativa direta, quando finalisticamente definem a proteção/concretização do estado ideal de coisas, sem explicitar a conduta preordenada para tal, e indireta, quando se incluem no processo da argumentação jurídica para solução de conflitos.

²⁶ Situação qualificada por determinadas qualidades.

²⁷ Norma aqui especificadamente entendida como produto da atividade legiferante.

E, por fim, subjetivamente, na eficácia integrativa, os princípios funcionam como direitos subjetivos²⁸ com aplicabilidade cogente, quando brecam a atuação do Estado, bem como quando exigem medidas para a sua preservação/realização^{29 30}.

Já as regras, quando comportamentais³¹, prescrevem ações específicas de conteúdo obrigatório/proibido/permitido, exigindo de seu destinatário a adoção de comportamentos aprioristicamente determinados, ensejando, na sua aplicação, a correspondência linear entre fato e norma (processo de subsunção).

No que toca à extensão de sua eficácia, internamente, de maneira direta, as regras oferecem solução provisória para determinado conflito de interesses³² e, de forma indireta, têm função de concretização, pois definem comportamentos para viabilizar finalidades estabelecidas pelos princípios. Exatamente por esta última característica é que, externamente, as regras são voltadas ao estabelecimento de normas de conduta e de competência, com função argumentativa direta – pela retirada do arbítrio do intérprete na eleição de meios para alcance do estado ideal de coisas – e indireta – servem como razão própria para agir ou decidir.

5 Função tridimensional dos princípios e sua utilização na construção, interpretação e aplicação das condutas vedadas

Vimos nas linhas acima que os princípios têm, dentre outras, função normogenética, ao servirem de arrimo na produção da norma jurídica, pois justamente esta preserva/realiza os valores preconizados pelos princípios (tal como no caso de sua eficácia interna indireta). Nessa hipótese, pelo permeio da regra, está positivado axiologicamente o princípio, havendo pelo legislador eleição prévia do meio necessário ao alcance de sua finalidade.

²⁸ Direito subjetivo é uma situação de vantagem conferida a um sujeito, por uma norma, diante de um outro sujeito, ao qual é imposto um dever correspondente, sendo público quando conferido a um indivíduo perante o Estado.

²⁹ Como no caso do rotineiro processo de judicialização da saúde pública.

³⁰ Sobre essa função tridimensional dos princípios assevera Dirley da Cunha Jr. (2012, p. 158-159).

³¹ Ficando ao seu lado as regras constitutivas que atribuem efeitos jurídicos a determinados atos, fatos ou situações, reconstruídas a partir de dispositivos relativos à atribuição, exercício, delimitação material, reserva, e delimitação substancial de competência.

³² Haja vista a atuação legislativa do Estado.

Como não poderia deixar de ser, o Direito Eleitoral, ramo autônomo do direito público, tem, na raiz de seu microssistema, a preservação/realização de vários princípios consagrados na Constituição Federal, como bem mencionam Marcelo Abelha Rodrigues e Flávio Cheim Jorge (2014, p. 131).

O que nos interessa no presente trabalho é destacar que o rol de condutas vedadas em campanha eleitoral por agente público, estabelecido nos arts. 73 a 78 da Lei nº 9.504/1997, retira seu fundamento de existência diretamente do princípio da isonomia, entabulado na cabeça do art. 5º da Norma Fundamental, transmudado para o Direito Eleitoral como princípio da igualdade de condições entre os concorrentes ao pleito (formalmente preservado) (REIS, 2012, p. 86).

Na sua função hermenêutica, os princípios, na sua eficácia interna de conteúdo, servem para interpretar as regras, restringindo ou ampliando seu sentido.

Transportando essa função dos princípios para a interpretação da norma jurídica eleitoral, com acerto indica Francisco de Assis Vieira Sanseverino (2012, p. 43):

Aqui, como se disse, em decorrência dos Princípios Democrático e Republicano, com a finalidade de preservar de forma preponderante a igualdade, está a diretriz para a interpretação e aplicação de cada uma daquelas hipóteses: a lei proíbe condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais. Com efeito, a cláusula legal da “igualdade de oportunidades”, não obstante esteja prevista apenas no *caput* do art. 73 da Lei nº 9.504/97, deve servir de diretriz para a interpretar e aplicar as demais regras sobre as condutas vedadas aos agentes públicos.

Como dito alhures, o rol de condutas vedadas em campanha eleitoral toma como assento primário a realização formal do princípio da isonomia ao compasso de que, de maneira cumulativa, em caráter secundário, tem como agregada às suas disposições a manutenção da incolumidade dos princípios constitucionais da administração pública, mormente os discriminados no art. 37 da Constituição Federal, com especial relevo aos princípios da estrita legalidade administrativa e impessoalidade (SANSEVERINO, 2012, p. 41).

Tanto é que, pela expressão do § 7º do art. 73 da Lei nº 9.504/1997, pela concomitância das esferas cível eleitoral e cível administrativa, a incidência na conduta vedada configura a um só tempo também ato danoso de improbidade administrativa (na modalidade de infringência aos princípios constitucionais da administração pública).

6 Do ordenamento jurídico

Em sua *Teoria geral do Direito*, ao tratar da teoria do ordenamento jurídico, Norberto Bobbio (2007, p. 173-183) procura transferir a problemática de qualificação do direito a partir da norma jurídica para a realização do conceito de direito no ordenamento jurídico. Isso porque, ao estabelecer, no critério para identificação da norma jurídica, importância para o sujeito de sua expedição³³ e destinatário³⁴, verifica-se que, umbilicalmente, a definição da norma jurídica está atrelada ao ordenamento jurídico.

Em princípio, como no ordenamento é tomado como ponto de referência o poder originário – donde emana a fonte das fontes, pelo que, a fim de atender ao anseio de constante tradução da realidade social em Direito –, tal poder cria mecanismos próprios de produção jurídica.

Por via de consequência, emerge como ponto de partida do ordenamento jurídico a Norma Fundamental, que dá unidade a todas as demais normas do sistema (de onde as demais normas extraem seu fundamento de validade)³⁵.

É aqui que jaz, no constitucionalismo contemporâneo (neoconstitucionalismo), a centralização da Constituição no eixo gravitacional do ordenamento jurídico.

³³ Se norma jurídica é aquela expedida pelo Poder Soberano, por meio de seus órgãos competentes, deve-se pressupor que esse mesmo critério é suficiente para caracterização do ordenamento jurídico.

³⁴ Sendo marca própria da norma jurídica a sanção, e por estar seu consequente normativo dirigido ao Estado-Juiz, necessariamente, para o exercício da jurisdição, há um retorno ao ordenamento, pela adoção de regras de competência de norma adjetivas para tal exercício.

³⁵ E, na produção jurídica, é utilizada a Teoria da Construção Gradual do Ordenamento Jurídico de Kelsen, em que em seu núcleo de conhecimento é fixada a premissa de que no ordenamento não estão todas as normas num mesmo plano. Há uma relação de normas superiores e inferiores, estas derivando daquelas, em processo sequencial de produção/execução jurídica.

Destarte, na construção gradual do ordenamento jurídico, em cotejo com o parâmetro da Constituição, devem ser obedecidos limites relativos ao conteúdo material da norma e à forma do procedimento de sua emissão, sob pena de sua invalidade/ilegitimidade e de sua extinção do ordenamento jurídico.

Segundo, além do ordenamento jurídico constituir-se como uma unidade que gravita em torno da norma fundamental, tal unidade é sistemática, havendo ligação das normas jurídicas tanto em relação à sua forma (sob o prisma da autoridade que a estabeleceu), como em relação ao seu conteúdo (preservação/realização de um estado ideal de coisas). E, por sistema, pode-se entender que as normas de um ordenamento jurídico têm relação de compatibilidade entre si.

De mais a mais, a coerência do ordenamento jurídico incide sobre suas partes singularmente consideradas, sendo que, havendo incompatibilidade entre normas, a consequência é de colapso de uma das duas normas conflitantes.

Tal situação de conflito entre normas é visualizada a partir do fenômeno da antinomia, em que “são criadas duas normas, sendo que uma obriga e a outra proíbe, ou uma obriga e a outra permite, ou uma proíbe e a outra permite o mesmo comportamento” (BOBBIO, 2007, p. 219/254), devendo as normas, para tal cotejamento, pertencer ao mesmo ordenamento jurídico, e ter o mesmo âmbito de validade (temporal, espacial, pessoal e material).

Cumprir registrar que o dever de coerência do ordenamento jurídico tem estreita relação com a justiça do ordenamento jurídico, de modo que a antinomia gera incerteza, a incerteza gera insegurança, e a insegurança gera injustiça.

Terceiro, a completude, última característica do ordenamento jurídico, é entendida como a propriedade pela qual um ordenamento tem uma norma para regular cada caso, sendo, em outra via, incompleto o ordenamento, quando inexistente a norma específica (do direito legislativo) para regulamentar uma dada situação concreta.

A tal incompletude dá-se o nome de lacuna, que designa a existência de fato do mundo fenomênico a que o direito não oferece, em princípio, uma solução.

Maria Helena Diniz muito bem explicita o conceito de lacuna no ordenamento jurídico:

Quando, ao solucionar um caso, o magistrado não encontra norma que lhe seja aplicável, não podendo subsumir o fato a nenhum preceito, porque há falta de conhecimento sobre um *status* jurídico de certo comportamento, devido a um defeito do sistema que pode consistir numa ausência de norma, na presença de disposição legal injusta, ineficaz socialmente, ou seja, em desuso, estamos diante do problema das lacunas (DINIZ, 2009, p. 97).

Há relação umbilical entre unidade e completude do ordenamento, pelo que, de todo modo, ideal é a manutenção de unidade, seja negativa com a eliminação de antinomias, seja positiva pelo preenchimento de lacunas do Direito. Por derradeiro, a completude é condição necessária ao bom funcionamento do sistema.

Para Maria Helena Diniz, as espécies de lacuna são:

1ª) normativa, quando se tiver ausência de norma sobre determinado caso; 2ª) ontológica, se houver norma, mas ela não corresponder aos fatos sociais, p. ex, o grande desenvolvimento das relações sociais e o progresso técnico acarretam o anciloseamento da norma positiva; 3ª) axiológica, ausência de norma justa, isto é, existe um preceito normativo, mas, se for aplicado, sua solução será insatisfatória (DINIZ, 2009, p. 105).

Aqui, pelos limites do objetivo do presente trabalho, não nos interessa ingressar na seara da lacuna normativa³⁶, muito menos na abordagem da espécie de lacuna axiológica³⁷. Somente nos importa a abordagem sobre a espécie de lacuna ontológica, relacionada à existência do pressuposto normativo, mas inexistente descrição do pressuposto fático, sobre o qual se possa fazer o juízo de interdependência da

³⁶ Solvida na forma positivada no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

³⁷ Sobre o qual é necessário fazer a submissão da norma ao critério de justiça.

subsunção. Tal é a situação típica do conceito jurídico indeterminado³⁸, técnica usual legislativa empregada na produção da lei.

O registro de Norberto Bobbio (2007) sobre o reconhecimento do conceito jurídico indeterminado e sobre sua implicância na lacuna ontológica do Direito é digno de nota:

Quanto aos motivos que as provocaram, as lacunas se distinguem em subjetivas e objetivas. Subjetivas são aquelas que dependem de algum motivo imputável ao legislador; objetivas são aquelas que dependem do desenvolvimento das relações sociais, das novas invenções, de todas aquelas causas que provocam um envelhecimento dos textos normativos e que, portanto, são independentes da vontade do legislador. As lacunas subjetivas, por sua vez, podem distinguir-se em voluntárias e involuntárias. Involuntárias são aquelas que dependem de alguma distração do legislador, que leva a crer que um caso que não o é, ou faz com que se negligencie um caso que talvez se considere pouco frequente etc.; voluntárias são aquelas em que o próprio legislador deixa de propósito, porque a matéria é bastante complexa e não pode ser regulamentada com muitas minúcias, e é melhor confiá-la à interpretação, caso a caso, do juiz (BOBBIO, 2007, p. 297).

A técnica legislativa de inclusão na lei de conceitos jurídicos indeterminados é extremamente saudável, pois, como já mostrado, não há como o legislador antever todas as possíveis ocorrências do cotidiano, aptas a ingressarem no correspondente normativo trazido pela regra, de modo que, para acompanhamento da constante mudança da realidade social, o conceito jurídico indeterminado entra em ação como mecanismo de atualização e modulação da norma, para incidência diante de casos concretos.

Por a incompletude de o ordenamento ser verificada apenas de maneira pragmática, a lacuna do Direito deve ser encarada como problema da jurisdição (DINIZ, 2009, p. 105-111). E, por o monopólio direcionado da interpretação da norma recair sobre o Estado-Juiz, fica a cargo deste moldar, diante do caso concreto, o fato à norma, fazendo, pela reconstrução de sentidos da lei, a produção da norma jurídica³⁹.

³⁸ Conceitos legais indeterminados são palavras ou expressões indicadas na lei, de conteúdo e extensão altamente vagos, imprecisos e genéricos, e por isso mesmo esse conceito é abstrato e lacunoso.

³⁹ Cabe ao juiz, no momento de fazer a subsunção do fato à norma, preencher os claros e dizer se a norma atua ou não no caso concreto. Preenchido o conceito legal indeterminado, a solução já está

7 Condutas vedadas em campanha eleitoral e sua correlação com o abuso do poder político

Como explicitado no introito do presente trabalho, a inclusão, pelo legislador eleitoral, do rol de condutas vedadas em campanha por agente público nos arts. 73 *usque* 78 da Lei das Eleições ocorreu como reação à edição da Emenda Constitucional nº 16/1997, que, por sua vez, institui no § 5º do art. 14 da Constituição Federal, o instituto da reeleição, o qual permite que o Chefe do Executivo⁴⁰ (em todas as esferas de poder) possa disputar reeleição para um único mandato subsequente sem necessidade de desincompatibilização.⁴¹

Pela própria dicção contida no art. 73 da Lei nº 9.504/97 a realização daqueles imperativos hipotéticos de conteúdo proibitivo são “tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais”.

A toda evidência, proíbe-se a prática de abuso de poder, consistente no emprego da máquina pública em favor da campanha eleitoral de determinado candidato.

Para compreender melhor o instituto das condutas vedadas, necessário é retornar ao conceito de abuso de poder⁴², confrontando seus efeitos danosos no processo eleitoral⁴³.

Para José Jairo Gomes:

preestabelecida na própria norma legal, competindo ao juiz apenas aplicar a norma, sem exercer nenhuma outra função criadora.

⁴⁰ Na leitura a *contrario sensu* da Lei Complementar nº 64/1990, sempre foi cedida a possibilidade de reeleição daqueles mandatários de cargos políticos do Poder Legislativo (sem necessidade de desincompatibilização), desde que para a disputa da mesma função exercida.

⁴¹ A esse respeito pontuam Thales Tácito Cerqueira e Camila Albuquerque Cerqueira (2011, p. 547).

⁴² Exercício de um direito pelo seu titular fora dos limites intrínsecos e em desacordo com a sua própria finalidade social.

⁴³ Na exegese do art. 16 da Constituição Federal, que positiva o princípio da anualidade da lei eleitoral, o STF, em referência às Eleições de 2010, ano de edição da Lei Complementar nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), entendeu, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 633703, que a expressão *processo eleitoral* é encarada em sentido jurídico material, relaciona ao conjunto de atos jurídicos eleitorais que se sucedem no tempo e no espaço numa cadeia sucessivamente dependente.

O abuso de poder constitui conceito jurídico indeterminado, fluido e aberto, cuja delimitação semântica só pode ser feita na prática, diante das circunstâncias que o evento apresentar. Portanto, em geral, somente as peculiaridades do caso concreto é que permitirão ao intérprete afirmar se esta ou aquela situação real configura ou não abuso (GOMES, 2010, p. 253-254).

Quanto a isso, observa-se que é requisito mínimo para verificação do abuso de poder por parte de agente público que a utilização da máquina pública seja empregada na campanha eleitoral em curso ou vindoura. “Ausente qualquer matiz eleitoral no evento considerado, não há como caracterizá-lo” (GOMES, 2010, p. 255) como abuso de poder com repercussão específica na seara eleitoral.

Dessa feita, o abuso de poder, no âmbito de sua incidência no Direito Eleitoral, é conceito jurídico indeterminado, verificado caso a caso, para que, de todo modo, as ações ilícitas estejam tencionadas ao processo eleitoral, e em favor de candidato/partido⁴⁴/coligação⁴⁵ (intervenientes diretos do processo eleitoral).

Dentre as formas de abuso de poder, cumpre revelar a existência do abuso do poder político, cuja centralidade de sua verificação se circunscreve à atuação do agente público, discriminado em rol ampliado no § 1º do art. 73 da Lei nº 9.504/1997⁴⁶, albergando os servidores públicos⁴⁷, empregados públicos⁴⁸, agentes políticos⁴⁹, bem como todos aqueles que mantiverem vínculo jurídico com a administração pública⁵⁰, ainda que transitório ou sem remuneração.

⁴⁴ Agremiação Política a quem pertence o mandato, conforme esboço da Resolução nº 22.610/2007 do Tribunal Superior Eleitoral (toma como razão de entendimento a filiação partidária ser condição de elegibilidade, nos termos do artigo 14, §3º, inciso V, da Constituição).

⁴⁵ Ente despersonalizado, de duração fixada no tempo, decorrente da reunião de partidos para disputa eleitoral, na forma disciplinada pelo artigo 8º da Lei nº 9.504/1997.

⁴⁶ Art. 73, § 1º Reputa-se agente público, para os efeitos deste artigo, quem exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nos órgãos ou entidades da administração pública direta, indireta, ou fundacional.

⁴⁷ Que mantém vínculo jurídico com os órgãos da administração direta e indireta.

⁴⁸ Que mantém vínculo jurídico com empresa pública ou sociedade de economia mista.

⁴⁹ Que extraem sua atribuição diretamente da Constituição, podendo ser nomeados os parlamentares de um modo geral, o chefe do Executivo em todas as esferas de poder, ministros de Estado e secretários, magistrados, promotores, membros do Tribunal de Contas, e defensores públicos.

⁵⁰ Permissionárias e concessionárias de serviço público.

Por justamente o Estado se personificar nos seus agentes públicos, representando esses a ficção jurídica estatal, é que a averiguação do abuso do poder político fica centrada na figura do agente público, mormente porque, para o abuso do poder político, é correlato que o sujeito esteja investido em função pública, sendo, a rigor, o ilícito qualificado como próprio, pois demanda de seu agente uma qualidade especial.

Ademais, pela diretriz que irradia do art. 37 da Constituição Federal, os agentes públicos, no exercício de seu mister, devem guardar obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, vigas mestras do regime jurídico administrativo.

Nesse diapasão, é inquestionável que a máquina pública não pode ser posta a serviço de candidato/partido/coligação, pois desvirtua-se a realização do interesse público primário, correspondente àqueles valores constitucionalmente estabelecidos para implementação de políticas públicas e realização de ações administrativas, colocando-se em evidência o interesse secundário (pessoal) do agente ímprobo.

Sergio de Souza e Luciano Tadau Yamaguti Sato (2008) muito bem qualificam o conceito jurídico de abuso do poder político:

O “abuso de poder político” pode ser então compreendido como a extrapolação do uso legítimo das prerrogativas conferidas aos agentes públicos para o regular desempenho de seus deveres institucionais em favor do interesse coletivo e em consonância com os princípios que regem a administração pública, agregando-se sobremaneira ao conceito de “abuso” a necessária concorrência de motivos particulares em auferir vantagem em benefício próprio ou de outrem envolvido na disputa eleitoral. Destaca-se que não é toda e qual que decisão tomada por agente público que configura o “abuso” vedado pela legislação eleitoral, mas somente aquelas condutas que, mascaradas por uma pretensa finalidade pública, revelam ao fundo um interesse eminentemente eleitoral de modo que o ato ou conduta praticada passa a ser não só desamparada pelo ordenamento jurídico pátrio como, também a figurar ilícito eleitoral (SATO e SOUZA, 2008, p. 62).

É nesse prisma que surgem as condutas vedadas como espécie do gênero abuso do poder político, pois “de maneira mais geral, pode-se afirmar que as condutas vedadas aos agentes públicos, previstas na Lei nº 9.504/1997, são espécies do gênero abuso do poder político, em sentido amplo” (SANSEVERINO, 2012, p. 43).

No seu conteúdo primário, as condutas vedadas tutelam o princípio da igualdade de condições entre os candidatos (bem jurídico entabulado no art. 5º da Lei Maior), conforme anota José Jairo Gomes (2010, p. 47-48).

Realizada a conduta vedada, há presunção diretamente colocada na Lei de afetação à igualdade de condições entre os candidatos (*in re ipsa*), sendo sua finalidade eleitoral também presumida (REIS, 2012, p. 385)⁵¹.

Ao lado da preservação do princípio da igualdade, secundariamente, o rol de condutas vedadas visa dar obediência aos princípios constitucionais da administração pública, especialmente o da estrita legalidade administrativa, que, nas palavras de Carvalho Filho (2010, p. 21), afigura-se como “diretriz básica da conduta dos agentes da administração. Significa que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Não o sendo, a atividade é ilícita”; e ao princípio da impessoalidade, reconhecido por Carvalho Filho (2010, p. 23) como “a Administração há de ser impessoal, sem ter em mira este ou aquele indivíduo de forma especial”.

Dá sustentação à afirmação alhures o fato de que o próprio § 7º do art. 73 da Lei nº 9.504/1997 indica que:

As condutas enumeradas no *caput* caracterizam, ainda, atos de improbidade administrativa, a que se refere o art. 11, inciso I, da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, e sujeitam-se às disposições daquele diploma legal, em especial às cominações do art. 12, inciso III.

⁵¹ Nesse sentido, elucidativo é o aresto do Tribunal Superior Eleitoral: Recurso Especial Eleitoral nº 45060, Acórdão de 26.9.2013, Relator(a) Min. Laurita Hilário Vaz, Publicação: *Diário de Justiça Eletrônico*, Tomo 203, Data 22.10.2013, p. 55-56.

E, ainda que não fosse assim, pela análise sistemática do rol de condutas vedadas em campanha eleitoral por parte de agente público⁵², salta aos olhos a inspiração da produção da norma jurídica na realização desse estado de coisas aqui tratado.

Isso porque, na produção das normas jurídicas atinentes às condutas vedadas em campanha eleitoral, pelo comportamento proibitivo pré-determinado, ficaram realizados, concomitantemente, no seu núcleo de conteúdo, pela eficácia interna indireta dos princípios, a garantia de isonomia formal (por atuação do legislador eleitoral), e a preservação dos princípios constitucionais da administração pública, pelo breque de ações tipicamente administrativas, que, por abuso e desvio de forma/finalidade de seu uso, acabam por colocar a máquina estatal em favor de determinada campanha eleitoral.

Destarte, somente a obediência à legislação eleitoral (em especial nas suas regras proibitivas) confere legitimação ao sufrágio⁵³, tornando autênticos o mandato e a representação popular⁵⁴.

8 Taxatividade do rol de condutas vedadas em campanha eleitoral (colisão entre regras e princípios)

Como se percebe de vários dispositivos que estampam as condutas vedadas em campanha eleitoral por agente público, há marco temporal de incidência dessas regras proibitivas (remissão do período de três meses antes das eleições, nas hipóteses dos incisos V, VI e VII, do art. 73 e arts. 75 e 77, todos da Lei nº 9.504/1997, e menção genérica de marco de incidência em ano eleitoral, nas hipóteses do inciso VI e § 10 do art. 73 da Lei nº 9.504/1997).

Consequentemente, num período delimitado de tempo, a prescrição de comportamentos de conteúdo imperativo hipotético negativo traz limitações próprias às

⁵² Artigos 73 *usque* 78 da Lei nº 9.504/1997.

⁵³ Em conceito, sufrágio é direito público subjetivo, pelo qual o povo é admitido a participar da vida política da sociedade, conduzindo a *res publica*.

⁵⁴ Existe umbilical relação entre regularidade do sufrágio e legitimidade da representação popular.

atividades ordinárias do destinatário da norma primária (no caso específico, o agente público).

Para essa compreensão, imperiosa é a necessidade de tomarmos em relevo o conteúdo jurídico da legalidade administrativa, princípio basilar do regime jurídico administrativo.

De antemão, dizemos que não pode ser conformada a visão tradicionalista de Celso Antônio Bandeira de Mello (2005, p. 89-92), para quem, em fórmula sintética, “a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei”. Ou seja, “A Administração somente pode atuar *secundum legem*”, já que “a função do ato administrativo só poderá ser a de agregar à lei nível de concreção; nunca lhe assistirá originariamente qualquer cerceio a direitos de terceiros”.

Essa afirmação parte da equivocada ideia de que a lei é apenas e tão somente a vontade do legislador, eleito soberanamente pelo sufrágio, poder único que pode preservar/realizar os interesses preconizados pela Constituição.

A crítica lançada pauta-se na compreensão de que, pelo paradigma do neoconstitucionalismo, as normas constitucionais passam a ter força normativa e eficácia congente, não mais se limitando à inspiração programática da atuação legislativa.

Nessa linha de entendimento está a concepção da moderna doutrina administrativista, representada aqui por Lúcia Valle Figueiredo (2004, p. 42):

Ora, assim como o princípio da legalidade é bem mais amplo do que a mera sujeição do administrador à lei, pois aquele, necessariamente, deve estar submetido também ao Direito, ao ordenamento jurídico, às normas e aos princípios constitucionais, assim também há de procurar solver a hipótese de a norma ser omissa ou, eventualmente, faltante.

A partir dessas razões, é razoável dizer que o princípio da estrita legalidade administrativa pode ser buscado no contexto sistemático do ordenamento jurídico.

É justamente nesse prisma de atuação administrativa – voltada não somente à execução da lei mas também por meio de ações voltadas à realização daquele estado ideal de coisas pré-definido na Constituição – que o rol de condutas vedadas em campanha por parte agente público cerceia a liberdade temperada (pela lei, e extraída do ordenamento) de atuação da administração.

Há, nessa hipótese, evidente colisão de normas (antinomia), que, pela necessidade de coerência do ordenamento, deve ser resolvida.

Se de um lado têm-se regras que predeterminam a ação administrativa (como no caso da norma-regra do art. 37, § 1º, da Constituição, que determina a realização de propaganda institucional pelo poder público) e, do outro lado, regras que proíbem a atuação administrativa (como do dispositivo contido no art. 73, inciso VI, alínea *b*, da Lei nº 9.504/1997, que proíbe a veiculação de propaganda institucional antes de três meses da data das eleições), obviamente, o conflito aparente entre normas não é resolvido pelos critérios de antinomia solúvel e insolúvel, de modo que, fica na liberdade do intérprete-juiz, diante do caso concreto, dar efetiva coerência ao sistema.

Como as proibições de ações rotineiramente administrativas ocorrem durante um curto espaço de tempo (do processo eleitoral), e, visam, precipuamente, resguardar a igualdade de condições entre os candidatos, ao mesmo tempo, na unidade do ordenamento, nesse mesmo rol de condutas vedadas, são pré-definidas uma série de exceções juridicamente razoáveis e justificáveis de superação da aplicação das regras. Por exemplo, o art. 73, inciso VI, alínea *b*, da Lei nº 9.504/1997, proíbe a veiculação de propaganda institucional antes de três meses da data das eleições; fica permitido, entretanto, a continuidade de propaganda para as empresas públicas e sociedades de economia mista, criadas no alicerce do art. 173 da Constituição Federal, para excepcionalmente atuarem no mercado concorrencial.

Além do mais, na função de eficácia externa de conteúdo, o princípio da igualdade entre os candidatos já serviu de norte ao recorte do pressuposto fático de elaboração do rol de condutas vedadas, sendo consideradas proibidas aquelas ações administrativas extraídas da regra de experiência comum que induzam à utilização da máquina pública em benefício de campanha.

Assim é que, nesse cotejamento, dar-se-á preponderância ao respeito às regras atinentes à proibição de prática de condutas durante o período eleitoral, que preserva, na individualidade do ordenamento eleitoral, o princípio da isonomia formal entre candidatos.

Entretanto, pela limitação de direitos subjetivos, a doutrina e a jurisprudência eleitoral⁵⁵, de maneira majoritária, se inclinaram a especificar que o rol de condutas vedadas em campanha eleitoral é taxativo. Isto é, sua interpretação é restritiva, não permitindo o enquadramento como condutas vedadas de ações outras que não estejam prescritas nos arts. 73 a 78 da Lei das Eleições.

Nesse processo interpretativo, na eficácia externa argumentativa indireta imanente aos princípios, incluímos na argumentação jurídica a invocação do princípio da legalidade (previsto no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal), que predetermina que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, de modo que a previsibilidade do quadro normativo possibilita grande estabilidade ao processo democrático (evitando-se manejos de influências no exercício de poder).

Isso, no seu “pano de fundo”, quer dizer que, diante de um determinado fato, veiculado em uma demanda judicial, fica antecipada eleição da aplicação da norma jurídica, pela pré-definição do comportamento embutido na regra, que, indiretamente, realiza os fins a que ela é dirigida.

⁵⁵ No papel de fonte de integração.

Então, exclui-se a indeterminabilidade de eleição de meios para se resguardar a finalidade da introdução das condutas vedadas no ordenamento jurídico eleitoral, não havendo espaço para sobreposição de princípios sobre possíveis ações administrativas que afetem a igualdade de condições entre os candidatos concorrentes ao pleito.

Sobre a tensão entre o valor da segurança jurídica trazida pelas regras e a indeterminabilidade valorativa sugerida pelos princípios, assevera Camargo (2002, p. 383):

Para o Direito, a questão hermenêutico-valorativa repercute praticamente na tensão existente entre segurança e justiça, concentrada que está no problema da aplicação dos princípios, e que nos leva ao desafio de conjugarmos aqueles dois valores indispensáveis. Se, por um lado, a evidência garantida pelos desdobramentos lógicos da norma posta nos proporciona certeza, e, portanto, segurança, não há como nos descurarmos das sendas valorativas que comandam a interpretação do caso concreto, quando privilegiamos determinados aspectos e elegemos direções, a culminar com a escolha do juiz pela melhor decisão (dentro outras possíveis, convém lembrar). Esse tipo de conduta é determinada pela razão prática, sustentada que é na justificativa das posições tomadas como corretas, no sentido de bem agir. Talvez por isso nos reste buscar nas regras do diálogo, que orientam o processo argumentativo, a segurança que o Direito quer. Logo, procura-se reconhecer uma nova racionalidade jurídica, capaz de lidar com os valores, normativamente corporificados sob a forma de princípios.

E, no entrelhecho entre princípios e regras, Humberto Ávila (2007, p. 113-114) destaca a importância da preponderância das normas-regras:

Em primeiro lugar, como as regras têm a função de pré-decidir o meio de exercício do poder, elas afastam a incerteza que surgiria não tivesse sido feita essa escolha.

[...]

Em segundo lugar, além de afastar a controvérsia e a incerteza, a opção pelas regras tem a finalidade de eliminar ou reduzir a arbitrariedade que pode potencialmente surgir no caso de aplicação direta de valores morais.

[...]

Em terceiro lugar, a opção pelas regras tem a finalidade de evitar problemas de coordenação, deliberação e conhecimento.

É consabido que o legislador não possui condições, de antemão, na produção da norma jurídica, de prever todas as possibilidades de ocorrência de fatos no mundo fenomênico passíveis de qualificação de abuso do poder político.

A par disso, pela característica da unidade do ordenamento, é nítida a concepção de que a criação da norma jurídica não é atividade privativa do estado-legislador, sendo delegada parcela do poder soberano ao estado-juiz, por meio da jurisdição, para o exercício da interpretação-execução, permitindo-se a produção normativa individual (concreta).

Logo, a problemática converte-se na avaliação em torno de existência de lacuna no ordenamento jurídico; e a possibilidade de produção da norma jurídica, pelo exercício da jurisdição.

9 Da plasticidade do ordenamento jurídico como campo fértil para o ativismo judicial

Em capítulo anterior, indicamos que o rol de condutas vedadas em campanha eleitoral é taxativo, atraindo para o campo de incidência de seu consequente normativo (§§4º e 5º, do art. 73 da Lei nº 9.504/1997) apenas e tão somente a verificação empírica dos antecedentes normativos verificados nos arts. 73 a 78 da Lei das Eleições.

Destarte, diante de ações praticadas pelo agente público (que não discriminadas como condutas vedadas), valendo-se da máquina pública em favor de determinada campanha eleitoral (inclusive a sua), necessário é que, pela completude do ordenamento, a situação posta tenha solução, não se permitindo, a toda evidência, a prática de abuso do poder político no processo eleitoral.

O caminho está, pela sua completude, no próprio ordenamento, autossuficiente em si mesmo para o preenchimento da possível lacuna apontada.

A Constituição Federal de 1988, na redação do art. 14, § 9º, assim dispõe:

§ 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.

Determinou expressamente a Constituição Cidadã que competirá a lei complementar definir hipóteses de inelegibilidade, tencionadas a defesa da normalidade e a legitimidade do pleito, contra o abuso de poder no processo eleitoral⁵⁶. Erigiu-se assim, ao menos no campo axiológico, os princípios da normalidade e da legitimidade⁵⁷ do pleito no âmbito do microsistema do Direito Eleitoral⁵⁸.

Sendo norma constitucional de eficácia limitada, cumpriu à Lei Complementar nº 64/1990 disciplinar, nesse primeiro momento⁵⁹, a parte final do § 9º, do art. 14, da Norma Fundamental.

No que toca à coibição do abuso do poder político, a Lei de Inelegibilidades assim dispôs em seu art. 19:

Art. 19. As transgressões pertinentes à origem de valores pecuniários, abuso do poder econômico ou político, em detrimento da liberdade de voto, serão apuradas mediante investigações jurisdicionais realizadas pelo Corregedor-Geral e Corregedores Regionais Eleitorais.

Parágrafo único. A apuração e a punição das transgressões mencionadas no caput deste artigo terão o objetivo de proteger a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou do abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta, indireta e fundacional da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

É evidente que a norma alhures embute em seu conteúdo conceito jurídico indeterminado sobre a especificação do abuso do poder político⁶⁰.

⁵⁶ Nesse caso, a inelegibilidade, como restrição à capacidade eleitoral passiva, é erigida em sua modalidade sanção, reacionária contra o abuso de poder no processo eleitoral.

⁵⁷ Legítimo é o que está de acordo com a verdade, com a ideia de justiça predominante, é o que observou o procedimento legal adrede traçado, enfim, é o que resulta da soberania popular.

⁵⁸ Que inclui o Código Eleitoral, a Lei das Eleições, a Lei de Inelegibilidades e a Lei Orgânica dos Partidos Políticos.

⁵⁹ Veio depois a Lei Complementar nº 135/2010 disciplinar sua primeira parte.

Assim, por atividade interpretativa, quando do exercício da jurisdição, diante de situações fenomênicas em que pelo agente público for empregada a máquina estatal em favor de campanha eleitoral estará caracterizado o abuso do poder político⁶¹.

Desse modo, caso o fato não seja enquadrável no rol de condutas vedadas em campanha eleitoral (espécie), pode, por relação de subsidiariedade, ser incursionado o fato no gênero do abuso do poder político.

Entretanto, as condutas vedadas (arts. 73 a 78 da Lei nº 9.504/1997) e o abuso do poder político (art. 19 da Lei Complementar nº 64/1990), em seu conteúdo finalístico, tutelam bens jurídicos diversos, consoante Sato e Souza (2008, p. 81), sendo que, na primeira hipótese, é a igualdade de condições entre os concorrentes e, na segunda hipótese, é a normalidade e legitimidade do pleito.

Por isso, por a avaliação concreta do comportamento ter lesionado o estado de coisas preconizado pela norma, é que, no caso das condutas vedadas, a infringência à lei *de per se* atinge o princípio da igualdade, sujeitando o transgressor às suas consequências. E, no caso do abuso do poder político, necessária é a potencialidade lesiva da ação, conforme indicativo hoje positivado no art. 22, inciso XVI, da Lei de Inelegibilidades (“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”)⁶².

De todo o modo, ao proceder à completude do ordenamento pela densificação concreta do abuso do poder político elegendo meios para isso, o Estado-Juiz cria norma jurídica, a partir do caso posto, pelo processo interpretativo, e preserva, em realidade, na sua eficácia interna de conteúdo, os princípios regentes da administração pública, pois

⁶⁰ Essa é a lição de Sergio de Souza e Luciano Tadau Yamaguti (2008, p. 59).

⁶¹ Nessa senda é a orientação do Tribunal Superior Eleitoral: Recurso Especial Eleitoral nº 46822, Acórdão de 27.5.2014, rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, *Diário de Justiça Eletrônico*, Tomo 111, data 16.6.2014, p. 70-71.

⁶² Essa orientação é jurisprudencialmente encampada pelo Tribunal Superior Eleitoral: Recurso Especial Eleitoral nº 433079, Acórdão de 2.8.2011, rel. Min. FÁTIMA NANCY ANDRIGHI, publicação: *Diário da Justiça Eletrônico*, data 30.8.2011, p. 88.

“os princípios dão-nos critérios para tomar posições frente a situações *a priori* indeterminadas” (MIRANDA, 2011, p. 297).

Em arremate, pela produção da norma jurídica, em busca do preenchimento da lacuna do ordenamento, está o intérprete-juiz a praticar ativismo judicial. E questionamento algum pode sobrevir dessa afirmação.

É consabido que, no neoconstitucionalismo, ao lado das regras constitucionais, os princípios ganharam força normativa, cabendo ao intérprete Estado-Juiz, na realização do estado de coisas preconizado pela norma-princípio, definir os meios necessários para sua realização, preenchendo o campo semântico de sua indeterminabilidade.

Por via de consequência, o ativismo judicial abre campo para uma postura proativa quando da interpretação da norma, de forma a expandir o seu sentido e alcance, participando o intérprete-juiz do processo de criação da norma.

Não se olvida que, pela menção do art. 2º da Constituição Federal, seja o princípio da separação de poderes um dos pilares do nosso Estado democrático de direito.

Entrementes, a compreensão do princípio da separação de poderes é realizada à luz da teoria política, segundo salienta Moraes Filho (2003, p. 154):

Por conseguinte, a compreensão do princípio da separação de poderes não pode limitar-se à sua configuração normativo-constitucional, fazendo-se necessária a integração de tal configuração com o processo político efetivo, em outras palavras, um diálogo permanente entre a teoria constitucional e a teoria política.

Ao se retomar a discussão em torno da tripartição de poderes, percebe-se que a teoria política é uma ficção jurídica. O poder estatal, oriundo do contratualismo, é único, havendo apenas e tão somente distribuição de funções, pela estrutura orgânica da Constituição.

A tripartição de poderes é mecanismo próprio, dentro do sistema político-constitucional, a se estabelecer controle recíproco entre os poderes, sendo permitido, pelo próprio ordenamento, afora as atuações típicas de cada instituição (Executivo⁶³, Legislativo⁶⁴ e Judiciário⁶⁵), a realização de funções atípicas entre eles.

Por ser o poder estatal único é que está o Judiciário, na realização da completude do ordenamento jurídico, criando, no seu papel interpretativo, normas jurídicas, pelo preenchimento de lacuna, legitimado à prática do ativismo, realizado entre as divisas da justificação formal e material da norma.

10 Conclusão

O conceito de Direito causa grande celeuma na teoria geral do Direito.

De maneira adequada, é importante tomar como norte para sua compreensão a *teoria normativa*, que centraliza no Estado o monopólio para expedição da norma jurídica.

Considere-se, também, que marca essencial da norma jurídica é a coatividade, por meio da heterotutela. Evita-se, por tal peculiaridade, que o direito sofra erosão na vida social, tornando-se norma sem sanção.

Transgredido o antecedente normativo, fica formalizada a relação de interdependência com o consequente normativo, a partir de quando se abre espaço ao Estado-Juiz para o exercício da jurisdição.

Todavia, na atividade judicante, como o juiz se defronta com um enunciado linguístico vetor da norma, compete ao intérprete fazer a reconstrução de significados da lei, para, na interpretação, produzir efetivamente a norma jurídica.

⁶³ Executa leis.

⁶⁴ Cria leis.

⁶⁵ Julga com base nas leis.

Na atividade interpretativa, por sua vez, a lei submete-se a um critério de validade formal, à luz das fontes primárias de execução e produção da norma jurídica, e material, relacionada à realização do estado ideal de coisas perquirido pela norma.

No critério de justificação material, entra em relevo o neoconstitucionalismo, instaurado no ordenamento jurídico constitucional pátrio a partir do da Constituição de 1988.

Nesse paradigma, a Constituição Federal passa a ser o eixo central do ordenamento jurídico, sendo suas disposições dotadas de força normativa.

Haja vista tal compreensão, pelo extenso conteúdo dogmático da Constituição Cidadã, que previu uma gama extensa de direitos fundamentais, há embutido na Norma Fundamental uma vastidão de preservação/concretização de um estado ideal de coisas.

Tais ideários são veiculados pelas normas-princípios e pelas normas-regras, cada qual com sua força de eficácia própria, havendo diferenciação de ordem pragmática de sua aplicação.

Por justamente os princípios terem função tridimensional, servindo de sustentáculo à produção da norma, base para sua interpretação, e, em última análise, revestidos de eficácia cogente para a integração do sistema, é que os princípios ganham especial contorno de atenção no neoconstitucionalismo.

No caso específico das condutas vedadas em campanha eleitoral, pela própria disposição da cabeça do art. 73 da Lei nº 9.504/1997, tais normas proibitivas realizam, precipuamente, o princípio da igualdade formal, afrontado *de per se* diante do ato ilícito.

Também em eficácia interna indireta, as condutas vedadas por parte de agente público, preservam os princípios constitucionais da administração pública, mormente os discriminados no art. 37 da Constituição Federal.

E fora justamente no âmbito da eficácia interna desse estado de coisas perquiridos pelas condutas vedadas que houve recorte dos fatos sociais de relevância capazes de quebrar a igualdade de condições entre os concorrentes do pleito. Logo, a partir do próprio cotejamento argumentativo com o princípio da legalidade estrita administrativa, conclui-se que o rol de condutas vedadas em campanha é taxativo.

De todo o modo, foi visto que as condutas vedadas são espécies do gênero *abuso do poder político*, fator que tangencia a normalidade e a legitimidade do pleito, conforme principiologia disposta no art. 14, § 9º, da Constituição Federal.

Nesse diapasão, a fim de conformar o comando constitucional veio a Lei Complementar nº 64/1990 a tipificar em seu art. 19 a ocorrência do abuso do poder político, servindo-se da técnica legislativa da inserção de conceito jurídico indeterminado na lei.

Possibilitou-se, dessa maneira, pela busca de completude do ordenamento, o preenchimento de possível solução de lacuna, diante da não antecipação de solução face uma situação concreta de utilização da máquina pública em favor de campanha.

No entanto, foi justamente pela conversão da proteção de bem jurídico tutelado (isonomia para normalidade e legitimidade do pleito) que se erigiu o conceito de potencialidade lesiva, devendo o ilícito decorrente do abuso do poder político ter o condão de macular a expressão da representação popular feita nas urnas.

No preenchimento concreto de tal conceito, a partir da atividade interpretativa, ao preencher lacuna ontológica, dentro das balizas de justificação formal e material da norma, o juiz passa a fazer legitimado ativismo.

Referências

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito*. 1. ed. Landy: São Paulo, 2006.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Presidência da República. Subchefia para Assuntos Jurídicos, Brasília, DF, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 25 abr. 2016.

_____. *Emenda Constitucional nº 16*. Brasília. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14737.htm>. Acesso em: 24 de janeiro de 2014. **O link não remete à EC n. 16.**

_____. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro*. Presidência da República. Subchefia para Assuntos Jurídicos, Brasília, DF, 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 25 abr. 2016.

_____. Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. *Estabelece normas para as eleições*. Presidência da República. Subchefia para Assuntos Jurídicos, Brasília, DF, 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14737.htm>. Acesso em: 24 jan. de 2014. Link não remete à Lei

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Consulta nº 69851*, rel. Min. Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, *DJE* de 2.9.2010. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Recurso Especial Eleitoral nº 45060*, rel. Min. Laurita Hilário Vaz, *DJE* de 22.10.2013. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Recurso Especial Eleitoral nº 46822*, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJE de 16.6.2014. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. 3. ed. Edipro: São Paulo, 2005.

_____. *Teoria Geral do Direito*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, Linguagem e Método*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2009.

CERQUEIRA, Thales Tácito; CERQUEIRA, Camila Albuquerque. *Direito Eleitoral Esquemático*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

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

GUASTINI, Ricardo. *Das Fontes às Normas*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19. ed. Malheiros: São Paulo, 2005.

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

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 3. ed. São Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MORAES FILHO, José Filomeno de. *Teoria da Constituição*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

REIS, Marlon. *Direito Eleitoral Brasileiro*. 1. ed. Brasília: Alumnus, 2012.

RODRIGUES, Marcelo Abelha; JORGE, Flávio Chein. *Manual de Direito Eleitoral*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

RODRIGUEZ, José Rodrigo; BOUCAULT, Carlos E. de Abreu (Orgs.). *Controlar a profusão de sentidos: a hermenêutica jurídica como negação do subjetivo*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Hermenêutica constitucional: direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SANSEVERINO, Francisco de Assis Vieira. *O Uso da Máquina Pública nas Campanhas Eleitorais*. 1. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.

SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. 1. ed. Quartier Latin: São Paulo, 2008.

SOUZA, Sergio de; SATO, Luciano Tadau Yamaguti. *O abuso de poder político: uma proposta de análise a partir de sua necessária correlação com as condutas vedadas aos agentes públicos*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.