

Conduta Vedada e Abuso de Poder: como lidar com o nexo de causalidade em ato praticado por terceiro

Sealed Conduct and Abuse of Power: how to deal with the causal link in a third party act

Marilda de Paula Silveira

Resumo: Investiga-se se o Tribunal Superior Eleitoral pode dispensar o nexo de causalidade ao entender desnecessária qualquer participação ou ciência do beneficiário para cassação de seu mandato, em casos de abuso e condutas vedadas graves. E, estendendo a análise, busca-se avaliar em que medida a Justiça Eleitoral tem adotado alguma das teorias do risco para cassar os mandatos dos beneficiários, e se esse caminho seria adequado ao sistema eleitoral de proteção da legitimidade do pleito.

Palavras-chave: Ilícito Eleitoral. Conduta Vedada. Abuso. Responsável. Beneficiário. Nexos de causalidade. Elemento subjetivo. Teoria do risco integral.

Abstract: It is investigated whether the Higher Electoral Court can dispense with the causal nexus by understanding that any participation or knowledge of the beneficiary is not necessary to repeal of his mandate, in cases of abuse and serious forbidden conduct. And, extending the analysis, it seeks to assess to what extent the Electoral Justice has adopted some of the theories of risk to repeal the mandates of the beneficiaries and if this path would be appropriate to the electoral system to protect the legitimacy of the lawsuit.

Keywords: Electoral Illicit. Conducted Forbidden. Abuse. Responsible. Recipient. Causal link. Subjective element. Theory of integral risk.

1 Introdução: o contexto e a posição do TSE

Há algum tempo escrevi (SILVEIRA, 2013) sobre condenações que levam à cassação de mandato em razão de condutas vedadas (arts. 73 a 78, da Lei nº 9.504/97) e/ou abuso de poder (art. 22, da LC nº 64/90) praticados por terceiros. Trata-se da hipótese em que cabos eleitorais, filiados, amigos, parentes ou simpatizantes são os responsáveis pela prática de um ilícito que não era do conhecimento do candidato, o qual acaba qualificado como beneficiário e sofre as consequências dessa imputação (§§4º e 5º do art. 73 da Lei nº 9.504/97, e art. 22, XIV, da Lei Complementar nº 64/90) ¹. Naquela oportunidade, apontava que o Tribunal Superior Eleitoral havia se posicionado ² entendendo que, independentemente da participação, anuência ou prévio conhecimento dos candidatos, estes deveriam perder seus mandatos, caso houvesse gravidade suficiente na prática do abuso de poder e/ou das condutas vedadas para macular a legitimidade do pleito.

Para formar esse posicionamento, a Justiça Eleitoral fundamentou-se no pressuposto de que muito embora o candidato não participe do ato ilícito e não atue com culpa, dolo ou prévio conhecimento, a supressão do mandato seria a única forma de restabelecer a legitimidade do pleito viciado pelo ato de terceiro.

¹ Conforme estabelece o §4º do art. 73 da Lei nº 9.504/97, aqueles que forem considerados responsáveis pela prática de conduta vedada ficam sujeitos à multa no valor de 5 a 100 mil UFIR, fixada conforme a proporcionalidade. Já o candidato beneficiado, nos termos do art. 73, §5º, da Lei nº 9.504/97, está sujeito à cassação do registro ou do diploma, sem prejuízo da multa prevista no §4º. No caso daquele que se identifica como responsável pela prática da conduta vedada, a ciência ou prévio conhecimento são inerentes à sua condição, afinal, só pode ser considerado responsável aquele que está vinculado à prática do ato. Sendo ele unicamente responsável, incidirá o §4º do art. 73 da Lei nº 9.504/97, além da cassação.

Situação semelhante ocorre quando se identifica a prática do abuso de poder. Nos termos do art. 22, XIV, da Lei Complementar nº 64/90 “julgada procedente a representação, ainda que após a proclamação dos eleitos, o Tribunal declarará a inelegibilidade do representado e de quantos hajam contribuído para a prática do ato, cominando-lhes sanção de inelegibilidade para as eleições a se realizarem nos 8 (oito) anos subsequentes à eleição em que se verificou, além da cassação do registro ou diploma do candidato diretamente beneficiado pela interferência do poder econômico ou pelo desvio ou abuso do poder de autoridade ou dos meios de comunicação”. Nota-se que definição do beneficiário não se relaciona aos mesmos elementos daquele que se qualifica como responsável. É comum se deparar com hipóteses em que o beneficiário, embora afafra vantagens decorrentes da prática do ilícito, não possui ciência/prévio conhecimento da conduta vedada ou do abuso praticados.

² Min. Joaquim Barbosa, AG nº 7209 - Filadélfia/BA, DJe 17.9.2008, em que cita, no mesmo sentido, decisão proferida pelo Min. Sepúlveda Pertence (Ac. nº 1.230), pelo Min. Barros Monteiro (Ac. nº 21.308) e pelo Min. Fernando Neves (Ac. nº 2.987).

A partir dessa constatação, a análise de duas questões foi proposta no artigo (SILVEIRA, 2013): i) cassar o mandato do beneficiário de conduta(s) vedada(s) ou abuso de poder praticado por terceiro, independentemente de sua participação, prévio conhecimento, dolo ou culpa seria compatível com o regime jurídico de responsabilidade?; ii) mesmo nos casos nos quais não há perda de mandato, o beneficiário que não teve qualquer participação, prévio conhecimento, dolo ou culpa deve sofrer a imposição de uma multa e/ou a incidência de uma hipótese de inelegibilidade?

Analisando a doutrina a respeito do nexo de causalidade, conclui que para impor penalidades ou “consequências” aos candidatos beneficiários de condutas vedadas ou abuso de poder, não se poderia ter em conta apenas suposta objetivação da responsabilidade eleitoral que afastaria o elemento subjetivo (dolo ou culpa). Seria indispensável considerar que nem mesmo a responsabilidade objetiva afasta a necessidade de se apontar o nexo de causalidade existente entre o indivíduo sancionado e a conduta ilícita.

Assim, defendi que o regime jurídico eleitoral não alberga a teoria do risco integral, de modo que os candidatos que não se relacionam, em nenhuma medida, com a prática do ato ilícito não podem sofrer sanções ou “consequências” em virtude de sua apuração. Além disso, nos casos nos quais a conduta vedada ou abuso de poder não acarretam a perda de mandato, não falta apenas o elemento subjetivo (dolo ou culpa) para imposição de “consequências” ao candidato beneficiário, mas falta a mínima razão jurídica que justifique a adoção da teoria do risco integral, com a dispensa do nexo de causalidade; assim porque não há sequer legitimidade do pleito a ser restabelecida (SILVEIRA, 2013).

Passados mais de quatro anos, duas posições importantes relacionadas aos beneficiários de atos ilícitos praticados por terceiros foram sedimentadas na Corte: i) o art. 73, §§4º e 8º, da Lei nº 9.504/97 prevê responsabilização subjetiva (exige dolo ou culpa), no que se refere às multas³; e, ii) a declaração de inelegibilidade que decorre da condenação pela prática de conduta vedada ou abuso (art. 1º, I, alíneas “d”, “h” e “j”, da LC nº 64/90) está restrita apenas àqueles que forem considerados responsáveis e, portanto, não atinge aos beneficiários (art. 22, XIV, da LC nº 64/90).

Diga-se que nada mudou, no entanto, com relação à cassação do mandato em hipótese de abuso ou conduta vedada, praticados por terceiros, reafirmando o Tribunal em suas decisões que, nos termos do art. 22, XIV,

³TSE, RP 81770 - BRASÍLIA – DF, Acórdão de 01/10/2014, Relator(a) Min. Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin.

da LC nº 64/90, “a condenação do candidato pela prática de abuso de poder prescinde da demonstração de sua responsabilidade ou anuência em relação à conduta abusiva, sendo suficiente a comprovação de que ele tenha auferido benefícios em razão da prática do ilícito”⁴. E insiste no mesmo pressuposto, sem analisar a doutrina crítica que se formou a respeito do tema.

Interessante notar que quando se pretende impor a cassação de mandato em razão de captação ilícita de sufrágio praticada por quem não seja o próprio candidato (art. 41-A, da Lei nº 9.504/97), o Tribunal adota posição diametralmente oposta: “na hipótese de captação ilícita realizada por terceiro, é essencial a demonstração do vínculo do terceiro com o candidato e a anuência deste com a prática”⁵. Para tanto, afirma que haveria diferença no bem jurídico tutelado: “enquanto a ação de investigação judicial eleitoral visa a proteger a lisura do pleito, a representação para apurar a conduta prevista no art. 41-A tem o objetivo de resguardar um bem jurídico específico: a vontade do eleitor”⁶.

Diante da relevância do tema e da evolução jurisprudencial no que toca à imposição de multa e de inelegibilidade (casos nos quais se passou a exigir dolo, culpa, anuência ou prévio conhecimento), parece-nos que a matéria merece atenção renovada, especialmente no que se refere ao nexso de causalidade e à teoria do risco quando a consequência imposta é de cassação de mandato.

2 A Responsabilidade por Ato de Terceiro, Nexso de Causalidade e Teoria do Risco

Como tive a oportunidade de expor⁷ (SILVEIRA, 2013), a sistemática adotada pela jurisprudência na cassação de mandatos que decorre

⁴ TSE. RESPE nº 958 - SABINO – SP, DJe 2.12.2016, Relator(a) Min. Luciana Christina Guimarães Lóssio. No mesmo sentido: “Conquanto o mero benefício seja suficiente para cassar o registro ou o diploma do candidato beneficiário do abuso de poder econômico, nos termos do art. 22, inciso XIV, da LC nº 64/90 [...]”

⁵ TSE. RESPE nº 53152 - BELTERRA – PA, Acórdão de 07/04/2016, Relator(a) Min. Henrique Neves Da Silva.

⁶ ADI 3592-4, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 26.10.2016.

⁷ Contudo, diferentemente do Código Penal e do Código Civil, no âmbito da responsabilidade eleitoral, não há nenhuma regra expressa sobre o nexso causal. Não há, portanto, norma jurídica que estabeleça parâmetros para definir causalidade, assim como também não há regra que exclua preventivamente sua investigação.

Equivocadamente, como forma de solucionar a questão, tem-se afirmado que as “consequências” imputadas ao candidato beneficiário de um ato ilícito encontra fundamento na responsabilidade objetiva. Ora, é preciso estar claro que a responsabilidade objetiva não pres-

de ato praticado por terceiro e que caracteriza conduta vedada ou abuso de poder, não tem sido cautelosa ao analisar o nexo de causalidade.

A jurisprudência tem tratado a cassação de mandato como consequência inerente à prática do ilícito eleitoral, sem discutir a posição de cada parte afetada. Como visto, o único requisito que o Tribunal Superior Eleitoral tem exigido do beneficiário para impor a cassação de seu mandato por ato de terceiro é ter se lançado candidato. E assim o faz, ao argumento de que essa seria a única forma de resgatar a “legitimidade da eleição por vícios de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude”⁸. O mandatário beneficiário sofreria uma espécie de *efeito colateral* imposto pela exigência de se restabelecer a legitimidade do pleito.

Ao assim proceder, os tribunais não têm enfrentado as críticas que apontam o problema da causalidade, desconsideram que essa discussão não é nova na doutrina, e que ostenta complexidade que não é nada irrelevante.

Propõe-se, assim, a confirmar se, de fato, ao entender desnecessária qualquer participação ou ciência do beneficiário para cassação de seu mandato em casos de abuso e condutas vedadas graves, o Tribunal acaba por dispensar o nexo de causalidade. E, estendendo a análise, busca-se ava-

cinde do nexo de causalidade, mas apenas do animus (dolo ou culpa) que direciona a atuação do responsável.

No caso sempre citado da responsabilidade objetiva do Estado (art. 37, §4º, da CR/88), note-se que estamos diante de um ente abstrato, “pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos”, cujos “agentes, nessa qualidade”, mantêm vínculo que se sustenta na teoria do órgão. Dessa forma, é inegável o nexo de causalidade que se estabelece entre o ato ilícito e o Estado quando este é praticado por um agente público que “presenta” a pessoa jurídica estatal.

Essa hipótese não se equipara, em nenhuma medida, com a condição do candidato beneficiário, pessoa natural, que sem qualquer participação acaba beneficiado por um ato ilícito praticado por terceiro.

Por outro lado, a figura da culpa *in eligendo* também não fundamenta a dispensa do nexo de causalidade como requisito da responsabilidade. Como o próprio nome denota, essa figura que encontrava previsão no Código Civil de 1916 albergava a culpa presumida nos casos em que caracterizada a “má escolha do preposto”. Embora flexibilize a culpa com a presunção da má escolha, não dispensa o nexo de causalidade. Significa dizer que a prova de que o responsável pela prática do ato ilícito foi escolhido pelo candidato, de alguma forma, é indispensável. Nesses termos, o candidato deixa de ocupar a posição de mero beneficiário e passa a ocupar a posição de responsável que elegeu aquele que praticou o ato ilícito.

⁸ Min. Joaquim Barbosa, AG nº 7209 - Filadélfia/BA, DJe 17.9.2008, em que cita, no mesmo sentido, decisão proferida pelo Min. Sepúlveda Pertence (Ac. nº 1.230), pelo Min. Barros Monteiro (Ac. nº 21.308) e pelo Min. Fernando Neves (Ac. nº 2.987).

liar em que medida a Justiça Eleitoral tem adotado ⁹ alguma das teorias do risco, e se esse caminho seria adequado ao sistema eleitoral de proteção da legitimidade do pleito.

Nesse cenário, o primeiro desafio é investigar se há nexco de causalidade entre o resultado (= quebra da legitimidade do pleito), o abuso ou conduta vedada grave e o beneficiário que tem seu mandato cassado. O segundo desafio é investigar se o risco que se assume quando do registro de candidatura/realização de uma campanha é suficiente para impor a cassação de um mandato, quando terceiros praticam condutas vedadas ou abusos graves sem dolo, culpa, anuência ou prévio conhecimento do beneficiário.

2.1 O Beneficiário que é Cassado e os Terceiros: resultado danoso com a quebra de legitimidade do pleito e o nexco de causalidade

Vamos ao primeiro desafio: investigar como se posiciona o nexco de causalidade quando o mandato de um beneficiário é cassado por abuso ou conduta vedada praticada por ato de terceiro, sem anuência ou prévio conhecimento daquele. Em situações tais, temos:

- ato ilícito: conduta vedada ou abuso;
- responsável: terceiro;
- elemento subjetivo do terceiro responsável: dolo ou culpa;
- resultado danoso: ruptura da legitimidade das eleições;
- elemento subjetivo do beneficiário: desconhecimento do fato; e
- consequência imposta: cassação do mandato do beneficiário eleito, independentemente do elemento subjetivo desse.

Nesse quadro, o resultado danoso estabelece nexco de causalidade com o quê?

A resposta a essa pergunta não é nada simples, pois não há consenso sobre a teoria causal adotada no sistema brasileiro. Jurisprudência e doutrina referem-se a teorias distintas. Como regra geral, afirma-se, sob o prisma estritamente da Lógica, que a causalidade consiste na explicação de quando um resultado foi consequência de uma ação. Ocorre que nem sempre a produção do resultado tem caráter necessário, pois podem ser enunciados pressupostos nos quais a relação entre ação e resultado não se explica de modo puramente causal, ao estilo dos delitos de omissão imprópria.

⁹ Mesmo sem afirmar expressamente e sem grande aprofundamento teórico.

De fato, a realidade, revela-se muito mais complexa que essa lógica direta. Perguntas que habitam o cotidiano da Justiça Eleitoral são capazes de demonstrar a complexidade do tema: há nexos de causalidade entre um candidato a governador e a prática ilícita e abusiva de um prefeito do interior que realiza um showmício, em apoio à chapa, sem conhecimento ou anuência do candidato beneficiário?; O candidato que registra candidatura e lança campanha eleitoral está obrigado a fiscalizar todos os atos praticados por todas aquelas que, indistintamente, realizam ações em seu benefício?; Essa omissão no suposto dever de fiscalizar seria suficiente para estabelecer o nexo de causalidade?

Buscando responder à intrincada trama de questões que a realidade impõe ao nexo de causalidade, os doutrinadores civilistas se inclinam a aceitar a teoria intitulada nexo direto (SILVA, 1974; ALVIM, 1980).

Ao que parece, a doutrina majoritária tem compreendido que o legislador pátrio consagrou, por meio do art. 403, do CC (reproduzindo a redação do artigo 1.060, do Código Civil de 1916), a teoria da causalidade direta e imediata: “ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”. Apesar do termo “inexecução”, entende-se que a incidência do artigo alcança também a responsabilidade extracontratual.

Essa teoria, em sua formulação mais simples, considera como causa jurídica apenas o evento que se vincula diretamente ao dano, sem a interferência de outra condição sucessiva. Tal teoria restringe a relevância do comportamento humano aos acontecimentos mais próximos do prejuízo.

Já na jurisprudência são diversas as referências a teorias distintas. Ainda assim, parece adotar a mesma linha central.

O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o tema sob a vigência do Código Civil de 1916 (art. 1.060), indicou que “a teoria adotada quanto ao nexo de causalidade é a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexo causal”. Destacou-se que (BRASIL, 1992):

não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito à impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se ele também à responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva, até por ser aquela que, sem quaisquer considerações de ordem subjetiva, afasta os inconvenientes das outras duas teorias existentes: a da equivalência das condições e a da causalidade adequada.

Para bem ilustrar esse estado de coisas, pode-se fazer referência ao Recurso Extraordinário nº 130.764, da lavra do Min. Moreira Alves, julgado pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, em 12.5.1992. Naquela ocasião, a Suprema Corte analisava a responsabilidade civil do Estado, pois dois presos, foragidos há vários meses, teriam se integrado a uma quadrilha para a prática de crimes. Mais especificamente, o bando invadiu hostilmente a casa de uma família em Curitiba e conduziu a esposa até estabelecimento comercial da família, de onde subtraíram diversas joias. O marido foi agredido. Embora o TJPR tenha considerado que houve “defeito do sistema penitenciário estadual, configurado pela conduta negligente dos respectivos funcionários encarregados da guarda do preso” e que “o prejuízo sofrido pelos lesados apresenta consequência direta da conduta desses funcionários”, a posição do STF, contudo, foi diferente. A Suprema Corte afastou a presença de nexco causal, no caso, considerando ser “inequívoco que o nexco de causalidade inexistente”, pois:

o dano decorrente do assalto por uma quadrilha de que participava um dos evadidos da prisão não foi o efeito necessário da omissão da autoridade pública que o acórdão recorrido teve como causa da fuga dele, mas resultou de concausas, como a formação da quadrilha, e o assalto ocorrido cerca de vinte e um meses após a evasão.

Em caso mais recente, o mesmo Supremo Tribunal Federal debruçou-se sobre fatos análogos ¹⁰.

De acordo com a teoria da causalidade que vem sendo aplicada como regra, no Brasil seria necessário que a atuação do candidato tivesse relevância nos acontecimentos mais próximos que levam à ruptura de legitimidade do pleito. Se o candidato não tem prévio conhecimento e nem anui com as práticas que caracterizam o ato ilícito, não há nexco de causalidade entre a atuação do candidato beneficiário e o prejuízo (DIREITO; CAVALLIERI FILHO, 2014).

É fato, portanto, que a imputação de responsabilidade ao beneficiário, nos moldes em que aplicada pelo TSE, vem desprezando a causalidade. E essa posição visa restaurar a legitimidade do pleito, mesmo que a consequência se imponha sobre quem não foi responsável pelo resultado (ORGAZ, 1952).

¹⁰ RE 409203, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 07/03/2006, DJ 20-04-2007 PP-00102 EMENT VOL-02272-03 PP-00480 RTJ VOL-00200-02 PP-00982 LEXSTF v. 29, n. 342, 2007, p. 268-298 RMP n. 34, 2009, p. 281-302

Não se trata de adotar a responsabilidade objetiva ou de esforçar-se para elasticar o alcance da causalidade, mas de dispensar o nexo de causalidade. Basta saber, portanto, se esse é um modelo válido no regime jurídico eleitoral brasileiro. Nesse ponto, impõe-se o segundo desafio.

2.2 Dispensando o Nexo de Causalidade e a Teoria do Risco Integral

Ao analisar a evolução da jurisprudência do TSE, verifica-se que a cassação de mandato dos beneficiários de condutas vedadas e/ou abuso de poder tem dispensado a identificação de qualquer elemento subjetivo e, também, do nexo de causalidade. Significa dizer que, mesmo sem possuir relação alguma com a prática do ato ilícito, os julgados sujeitam o beneficiário à cassação de seus mandatos.

Como dispensa o elemento subjetivo e o nexo de causalidade, pode-se afirmar que a jurisprudência tem adotado a responsabilidade eleitoral fundada no risco: a partir do momento no qual lança sua candidatura, o candidato assume a responsabilidade por todos os atos praticados, seja por quem for, em sua campanha eleitoral. Independentemente de seu prévio conhecimento, de sua participação ou do elemento subjetivo com que atue, ele assumiria as consequências de todos os atos praticados ao longo de sua campanha eleitoral. Havendo gravidade em ato praticado, seja por quem for, que configure conduta vedada ou abuso de poder, estaria o candidato sujeito à perda do mandato.

Esse sistema de imputação de responsabilidade por ato de terceiro não é novidade entre os civilistas, ambientalistas e administrativistas. Embora muito criticado doutrinariamente, a proteção ambiental e consumerista já assentou essa possibilidade a partir de previsões legais expressas. Seu acolhimento pressupõe a adoção da chamada teoria do risco integral.

Como sustentavam os irmãos Mazeaud (apud SILVA PEREIRA, 2001, p. 266), principais críticos da doutrina do risco, embora a equidade requeira que aqueles que retiram os proveitos suportem os riscos, ela requer também que “aquele cuja conduta é irreprochável não possa ser inquietado”. Como esclarece Cavalieri Filho (1999, p. 157), voltado para a responsabilidade civil, “a teoria do risco integral é uma modalidade extremada da doutrina do risco destinada a justificar o dever de indenizar até nos casos de inexistência de nexo causal”.

No mesmo sentido, Meirelles afirma que a (1999, p. 586):

teoria do risco integral é a modalidade extremada da doutrina do risco administrativo, abandonada na prática, por conduzir ao abuso e à iniquidade social. Para essa fórmula radical, a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima.

Basta saber, assim, se a teoria do risco integral seria cabível e/ou a mais adequada para tutelar o processo eleitoral, objetivando preservar a legitimidade dos pleitos eleitorais.

A teoria do risco integral, ou responsabilidade objetiva absoluta, acolhe o que se intitula causalidade pura. Trata-se de construção a ser aplicada em casos excepcionalíssimos, porquanto a sua adoção representará a imposição de responsabilização objetiva, mesmo que as circunstâncias evidenciem a existência de uma excludente do nexso causal.

Isso significa que o candidato terá que responder por danos injustos que não causou, pelo simples fato deles ocorrerem no transcurso de sua campanha. Todo o risco conexo à campanha será internalizado no processo produtivo. Simplesmente “não há no direito brasileiro uma norma geral que defira contornos precisos a esse modelo jurídico ou sequer um dispositivo – seja no Código Civil ou em lei especial – que responsabilize alguém, suprimindo a possibilidade desta pessoa se eximir ao fundamento da força maior ou do fato de terceiro.” (ROSEVALD, 2015).

Porém, no perímetro que aparta a teoria do risco criado (FACCHINI NETO, 2010)¹¹ e a teoria do risco proveito (NADER, 2009)¹², surge a teoria do risco integral ou risco agravado¹³, a qual se materializa nas

¹¹ Dentro da teoria do risco-criado, destarte, a responsabilidade não é mais a contrapartida de um proveito ou lucro particular, mas sim a consequência inafastável da atividade em geral. A ideia de risco perde seu aspecto econômico, profissional. Sua aplicação não mais supõe uma atividade empresarial, a exploração de uma indústria ou de um comércio, ligando-se, ao contrário, a qualquer ato do homem que seja potencialmente danoso à esfera jurídica de seus semelhantes. Concretizando-se tal potencialidade, surgiria a obrigação de indenizar. FACCHINI NETO, 2010, p. 17-63.

¹² “[...] pela teoria do risco-proveito, responsável pelos prejuízos individuais ou transindividuais é quem se beneficia das atividades de risco. Natural que o agente, a favor de quem todo um mecanismo é acionado e lhe traz resultados favoráveis, repare os danos causados a outrem.” (NADER, 2009, p. 207).

¹³ Há possibilidade de exclusão do nexso causal quando o fato é praticado por terceiro. Tem como exemplo o art. 735 CC, que se refere ao transporte de passageiro. A Lei ambiental

hipóteses nas quais a responsabilidade suplanta o risco intrínseco a certa atividade, a ponto de determinar reparações objetivas de danos injustos mesmo que a causa adequada para a efetivação da lesão não seja o risco propriamente criado pelo agente.

A teoria do risco integral prescinde do nexo causal já o risco agravado o flexibiliza, criando presunções de causalidade para atribuir ao candidato a pena de cassação de seu mandato, naquelas ocorrências em que o dano acaba por se ligar à organização inerente à atividade, internalizando-se em seu processo econômico.

A partir do momento em que a ordem jurídica persegue o objetivo de maior proteção à vítima, e intervém para reduzir o espaço deferido à marginalidade de certos eventos, a causalidade adquire novo viés, não mais uma causalidade física ou natural, mas jurídica, fundada no princípio da solidariedade e em regra de equidade que objetiva compensar a vítima que se coloca em posição assimétrica em relação ao autor da atividade potencialmente lesiva. (ROSEVALD, 2015).

Considero, contudo, que a restauração da legitimidade das eleições em caso de abuso ou conduta vedada, não se coaduna com o risco integral, mas indubitavelmente projeta um risco agravado. Tanto o art. 73, §5º, da Lei nº 9.504/97, quanto o art. 22, da LC nº 64/90 não exigem ou dispensam, expressamente, o nexo de causalidade ou o elemento subjetivo para responsabilização do beneficiário do ato ilícito, limitando-se a dizer que aos beneficiários dos atos ilícitos será imposta a perda de seus mandatos.

Funda-se aí o regime da responsabilidade objetiva pelos danos causados ao processo eleitoral. Assim sendo, é suficiente a existência da ação lesiva, do dano e do nexo com a fonte poluidora ou degradadora para atribuição do dever de reparação, todavia, o agente se eximirá caso não se comprove que o ato ilícito provém de fato vinculado à sua atividade.

De fato, imputar ao candidato a condição de segurador universal de toda a sua campanha significa ofender aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, sem base normativa específica. O mais grave é que a teoria do risco integral é excepcionalíssima no sistema, e o TSE possui o ônus argumentativo de justificar as razões de sua aplicação.

nº 6.938/81, art. 14, também aplica essa teoria. O mesmo ocorre na Lei nº 6.453/77, art. 8º, quando exclui o nexo causal quando o dano é praticado por terceiro. Para a Lei nº 10.744/03, que trata de ataques terroristas, ar. 1º, haverá responsabilidade civil pela teoria do risco integral.

Contudo, não o faz. Apenas reitera o *slogan* “a cassação busca restabelecer a legitimidade do processo eleitoral, ainda que o ilícito tenha sido praticado por terceiro”¹⁴, como se houvesse relação de condicionalidade entre uma afirmação e outra. O paradoxal é que o Tribunal se retroalimenta das decisões anteriores e continua formando a base jurisprudência sem ampliação e enfrentamento dos argumentos.

Parece salutar, contudo, que quaisquer atualizações em seu conteúdo e exercício demandam a existência de norma revestida de adequação, necessidade e razoabilidade, sob pena de lesão ao seu núcleo essencial. É o que no direito alemão se denomina Princípio da Reserva Legal Proporcional.

Com o devido acatamento à posição do Tribunal, o simples voluntarismo não pode definir a teoria do risco integral como modelo de imputação objetiva na responsabilidade eleitoral. (ROSEVALD, 2015). De fato, a excepcionalidade e o extremo dessa medida exigem previsão normativa específica. Para dispensar o nexso de causalidade seria necessário encontrar referência expressa a esse formato de responsabilidade no art. 73, da Lei nº 9.504/97, e no art. 22, da LC nº 64/90, o que não ocorre.

Com a devida vênia às opiniões contrárias, tais dispositivos não fornecem elementos sequer para sustentar a responsabilidade objetiva - que dispensa apenas o elemento subjetivo, repita-se. Note-se que o art. 37, §4º, da CR/88, ao tratar da responsabilidade do Estado, exige a presença do dolo ou da culpa para a responsabilização dos agentes públicos, o que permite a interpretação de que a norma não faz a mesma exigência para o Estado.

3 Considerações Finais

Independentemente da vertente de responsabilidade que se adote (objetiva ou subjetiva) nenhuma delas prescinde do nexso de causalidade. A imputação de responsabilidade pressupõe, em qualquer hipótese, a identificação do nexso de causalidade entre o dano e o ato ou comportamento danoso. Não se pode desprezar a causalidade para impor uma “consequência” ou sanção, seja ao responsável, seja ao beneficiário do ato lesivo (LIMA,

¹⁴ Há algum tempo, e sobretudo a partir Recurso Ordinário 406.492/MT, Rel. Min. Laurita Vaz, o TSE entende que a anuência do candidato quanto ao ilícito eleitoral que configure abuso de poder político ou econômico “pode ser revelada por presunções ou indícios, sem necessidade de existência de prova robusta de sua participação direta ou indireta nem mesmo da mera ciência ou conhecimento do fato”.

1960), pois seria indevida a imposição de responsabilidade sobre aquele que não participou da produção do resultado (ORGAZ, 1952).

Assumir que o candidato participa do resultado simplesmente porque registrou candidatura, e se expôs ao risco de qualquer pessoa praticar atos ilícitos em favor de sua campanha, é elaterar demasiadamente a compreensão sobre a teoria da causalidade. Basta ter em vista as campanhas que se realizam nos Estados para Senador, Deputados Estaduais e Federais. Sem se exigir, ao menos, prévio conhecimento do candidato ou vínculo com o autor do ato ilícito (*v.g.* contratação para a campanha), não se pode afirmar que há proximidade, sequer remota, entre o beneficiário e o resultado danoso.

Para prescindir da causalidade, o único caminho seria acolher a teoria do risco integral na seara eleitoral. Opção equivalente àquela da seara ambiental: o fato de abrir empresa potencialmente poluente significa que foi assumido o risco de se tornar responsável por dano ao meio ambiente. Excludentes de responsabilidade como atos de terceiro não ilidem a responsabilidade, nesses casos; prescinde-se, portanto, do nexu causal. Contudo, além de não ser adequada ao sistema de proteção da legitimidade das eleições, a teoria do risco integral não encontra amparo legal ou constitucional.

Referências

- ALVIM, Agostinho. **Da Inexecução das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 1980, n. 226, p. 370.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BRASIL. **Código Civil e Constituição Federal**. 68. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão Primeira Turma. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 12 de maio de 1992. DJ 07-08-1992 PP-11782 EMENT VOL-01669-02 PP-00350 RTJ VOL-00143-01 PP-00270.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- DIAS, Aguiar. **Responsabilidade civil em debate**. São Paulo: Forense, 1983.
- DIREITO, Carlos Alberto Menezes; DIREITO, CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Comentários ao novo Código Civil: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios**. V. XIII. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDEZ, Tomás-Ramon. **Curso de derecho administrativo**. Tomo II, Madrid: Editorial Civitas, 1986.

FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo código. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Porto Alegre, RS, v. 76, n. 1, p. 17-63, jan./mar. 2010.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. V. I. Forense: Rio de Janeiro, 1958.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1999.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. volume VII. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ORGAZ, Alfredo. **El daño resarcible**. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1952.

ROSENVALD, Nelson. **A teoria do risco no direito ambiental**. 2015. Disponível em: < <https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2015/08/17/A-Teoria-do-Risco-no-Direito-Ambiental> >. Acesso em: 10 set 2017.

SILVA PEREIRA, Caio Mário da. **Responsabilidade civil**. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SILVA, Wilson de Melo da. **Responsabilidade Sem Culpa**. São Paulo: Saraiva, 1974.

SILVEIRA, Marilda de Paula. Os ilícitos eleitorais praticados por terceiros e o nexso de causalidade para responsabilização do candidato. **Os eleitoralistas**. Disponível em: <<http://www.oseleitoralistas.com.br/2013/03/18/os-ilicitos-eleitorais-praticados-por-terceiros-e-o-nexo-de-causalidade-para-responsabilizacao-do-candidato/>>.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005

Marilda de Paula Silveira - Doutora e Mestre em Direito Público pela UFMG. Assessora de Ministro do Tribunal Superior Eleitoral de 2008-2011. Vice-Presidente do Instituto de Direito Eleitoral do Distrito Federal – IDEDF. Professora do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Advogada.