

ABUSOS E REFLEXOS ELEITORAIS

*Carlos Eduardo Cauduro Padin**

“Em ritmo eleitoral” – diz a memória e atestam os funcionários mais antigos do Tribunal de São Paulo – era a resposta de um contínuo sempre que chamado para uma tarefa urgente durante as eleições.

Em razão desse compasso eleitoral é que desde já me escuso pela abordagem direta do tema, ficando devendo maiores referências bibliográficas e outras citações.

O tema se insere na disciplina jurídica do processo eleitoral e das campanhas eleitorais, ou seja, na regulamentação, vale dizer, nas regras do jogo destinadas a garantir igualdade de chances e possibilidades a todos os concorrentes; igualdade esta jurídica, e não de fato, porque neste campo não são eles iguais e muitas são as diferenças desde aspectos pessoais, passando pela forma de organização, de gerenciamento e de arrecadação de recursos.

Em tempos de Olimpíadas, e por falar em regras do jogo, lembro das noções populares de campeão moral, campeão ilegítimo e campeão legítimo.

Este último, como aquele que venceu e demonstrou ser o melhor, agindo segundo o regulamento; o primeiro, como aquele que reunia as melhores condições e os melhores predicados, mas que, por acidente ou outro infortúnio, não conseguiu lograr o lugar que merecia, sem, contudo, perder o respeito e a consideração de que, de fato, foi o vencedor; o segundo, justamente, como aquele que logrou um resultado positivo, todavia, não por méritos ou predicados pessoais, mas em decorrência do uso de recursos indevidos ou de abuso dos direitos ou das condutas permitidas.

A Constituição Federal diz que o Brasil é uma República Federativa.

Somos um Estado Federal porque não somos unitário; somos uma República porque já fomos uma Monarquia e vivemos a temporariedade das investiduras políticas; somos uma Democracia porque já abandonamos o estado de exceção e do autoritarismo, adotando como sistema de governo a separação de poderes.

A Constituição, por outro lado, define aspectos fundamentais da organização brasileira e tem por base, ou melhor, fundamentos: a soberania que exprime a unidade nacional e a dimensão externa e interna da autodeterminação; a cidadania, como atributo político que qualifica o indivíduo a participar, ativa ou passivamente, de suas responsabilidades na coletividade.

*Desembargador - TJ/SP. Ex-Juiz Titular - TRE-SP. Professor Titular da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo.

de; a dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político.

A soberania (estatal ou popular), está última, pelo sufrágio universal, é direito potencial subjetivo, cujo exercício se dá pelo voto direto e secreto.

Este, o voto direto e secreto, é uma das garantias conquistadas no curso da história ao lado da própria Justiça Eleitoral, permanente, eclética porque composta temporariamente por membros de origens distintas e com mandatos certos, viabilizada apenas uma recondução.

Ao lado das liberdades públicas, do pluralismo político e do pluralismo partidário, inaugura a Constituição disciplina que tem por objeto estabelecer limites ou a isonomia ou, ainda, o equilíbrio sobre as desigualdades, relativos à atuação político-partidária, à competição e regras para os pleitos eleitorais.

Este equilíbrio visa alcançar uma teórica igualdade e a garantia de idênticas chances e oportunidades para persuasão do universo de eleitores.

Esta igualdade de chances se traduz na igualdade jurídica, sem eliminar as desigualdades de fato.

Procura-se substituir a liberdade ilimitada de competição pelo exercício disciplinado da disputa, fixando-se as regras pelas quais deve se dar, destinadas a garantir a sua lisura e normalidade.

Desta disciplina, iniciada na Constituição, decorre o processo eleitoral, cujas matrizes maiores estão no Código Eleitoral, na Lei dos Partidos Políticos, na Lei das Inelegibilidades e na Lei das Eleições (de nº 9.504/97), que se constitui atualmente no conjunto de normas permanentes destinadas a disciplinar os pleitos.

A noção de abuso de direito decorre antes da noção de que não há direito absoluto, mas só direitos relativos.

O exercício regular de um direito se dá pelo desempenho na forma prevista ou não proibida na Lei.

Ao particular é dado fazer tudo que não for proibido na legislação; à administração só é permitido aquilo que é deferido pela Lei.

Segundo Henri de Page o uso anormal de um direito consiste no seu emprego com fins diversos daqueles previstos na lei.

A intenção seria o divisor.

Josserand acentua que basta a atuação em desacordo com a finalidade do instituto, mesmo sem a intenção de prejudicar.

Já Demogue (teoria subjetiva) assevera no sentido de que o exercício de um direito é ilícito se ele se deve ou se a sua realização visa prejudicar terceiro, com proveito ou não para si.

Henri de Page (teoria mista) pugna ser suficiente a análise objetiva da voluntariedade, ao lado do procedimento normal do tipo, e a conclusão pela anormalidade, ou seja, fora da medida padrão ou normal, a justificar a caracterização de desvio e a intenção de prejudicar.

Enfim, exige a teoria subjetiva a presença da intenção e a mista apenas a análise comportamental objetiva frente ao padrão do preceito considerado e que permita a conclusão da anormalidade, dando-se maior relevo à idéia da voluntariedade e atuação do que propriamente à intenção.

Estas são as noções expostas por José Olímpio de Castro Filho, na sua obra *Abuso do Direito no Processo Civil*, Forense, 2ª ed., 1969.

A anormalidade traria em si o dolo e a imprudência, mais a ausência de interesse legítimo, em contradição ao condicionamento ético-jurídico, ou a finalidade social do tipo considerado.

Segundo Diógenes Gasparini, abuso de poder, excesso de poder e desvio de finalidade expressam realidades distintas.

A ilegalidade diria respeito ao ato em si; àquele que não se conforma com a Lei que o autoriza, estabelecendo descompasso.

O abuso de poder diz respeito à execução do ato, esta é que é viciada ou irregular.

Por outro lado, o desvio de finalidade e o excesso de poder seriam defeitos do ato, em face da legalidade, que se submetem a regimes diferentes.

Desvio de finalidade se verifica quando o agente exerce a sua competência para alcançar fim diverso, ou seja, quando a autoridade vale-se de um instrumental destinado por lei a alcançar um certo fim para obter outro.

O excesso de poder se verifica quando o próprio conteúdo vai além dos limites fixados, ou seja, o excesso ampliaria o conteúdo, ou melhor, o disposto pelo ato excederia o estabelecido pela Lei.

São noções constantes do seu livro de *Direito Administrativo*, 4ª ed., Saraiva, 1995, pp. 55 e 56.

O abuso de poder político é o uso indevido deste mesmo poder e o abuso de autoridade é o uso impróprio do cargo ou da função.

O abuso do poder, em síntese, é a execução além da medida.

Por sua vez, o abuso econômico é o excesso no uso desse meio ou na utilização irregular de recursos, afrontando a disciplina pertinente; da mesma forma o abuso dos meios de comunicação, excedendo-se às regras da disciplina a propósito.

Não é ilícita a utilização do poder econômico nas eleições; o que é vedado é a sua utilização visando desequilibrar a disputa eleitoral.

É oportuna, também, a distinção entre abuso de poder econômico e captação ilícita de sufrágio.

“Captação ilícita de sufrágio tipifica-se pela conduta isolada daquele que vem a outorgar ou a prometer vantagem ao eleitor com o fim de obter-lhe o voto e visa a resguardar a vontade do próprio eleitor.

O abuso do poder econômico, por sua vez, se caracteriza pela utilização do poder econômico com a intenção de desequilibrar a disputa eleitoral, no mais das vezes de forma oculta ou dissimulada e exigiria potencialidade tendente a afetar o resultado de todo o pleito” (TSE-Agrg-Resp nº 21.312, rel. Min. Carlos Veloso, citando o Ac. nº 4.410, rel. Min. Fernando Neves).

“A distinção entre os institutos reside exatamente na extensão da prática; enquanto o abuso de poder pressupõe a disseminação da conduta proibida de modo a influenciar na lisura do pleito, a compra de votos satisfaz-se com a entrega, ou até simples promessa, de qualquer vantagem, desde que de forma individualizada” (REsp nº 21.045, rela. Min. Ellen Gracie).

Por isto, é que se sustenta que o abuso deve ser qualificado, ou seja, aquele que tem potencialidade de desequilibrar, de afrontar a legitimidade, de comprometer a lisura ou de reverter a normalidade do pleito.

É uma distinção semelhante à da simulação inocente que não tem potencial de ineficácia ou de nulidade porque não traz prejuízo apesar da inobservância da disciplina.

O abuso, com isto, há de trazer em si a potência que o qualifica e o coloca em condições de atrair os efeitos das normas inibidoras ou nulificadoras.

Não configurariam, assim, atos ou fatos isolados, de nenhuma potencialidade danosa.

Este o princípio, que poderíamos dizer, da potencialidade, ou seja, aquele que não exige um cálculo matemático ou um nexo causal efetivo entre o ato e o bem protegido, mas a

probabilidade de que possa prejudicar, isto é, comprometer a lisura ou a normalidade do pleito, mesmo porque a disciplina legal permite a sua avaliação e o seu julgamento, antes da ocorrência das eleições.

Nesse sentido:

“Hipótese na qual não houve prova de ter a doação de uma Kombi a forte probabilidade ou a isolada potencialidade de influir no resultado das eleições. Recurso provido” (REsp nº 16.242 – rel. Min. Fernando Neves, com voto vista do Min. Nelson Jobim).

“Na aferição da potencialidade dos atos de propaganda eleitoral ilícita, distinguem-se os praticados na imprensa escrita daqueles realizados no rádio e na televisão” (REsp nº 19.438, rel. Min. Fernando Neves).

A desigualdade, como se sustenta, não está no resultado propriamente, mas na possibilidade concreta de influência nefasta no processo eleitoral.

Por outro lado, há também o princípio da impessoalidade.

O abuso alcança não só os responsáveis, mas o candidato beneficiado, exceto na hipótese de, como lembram os doutrinadores, ter origem na induvidosa ação proposital do inimigo, a fim de provocar o resultado positivo, e depois vir a pretender anulá-lo tendo como causa a sua própria torpeza.

Há que se considerar ainda se é viável a tentativa, ou seja, se é possível a forma tentada de abuso; vale dizer, poderia resultar de atos preparatórios.

Na verdade, o que se exige na doutrina é a potencialidade e com esta a qualificação do fato.

Antes disso, não é possível considerar-se o fato como abuso, ou seja, inviável a tentativa.

Aliás, como por exemplo, na apreensão, de depósito fechado, e distante, do que poderia vir a ser distribuído.

Com isto, os fatos comportam evidente graduação e assim devem ser considerados.

É preciso esclarecer também que o abuso é ato poliforme, ou seja, se apresenta das mais diversas maneiras e via de regra a sua disciplina não traz *numerus clausus*; são normas genéricas a exigir comprovação fática.

Por vezes, o legislador é mais incisivo e aí poder-se-ia dizer que haveria uma presunção de direito.

É o que teria estabelecido o legislador por ocasião das eleições municipais de 1996, através da Lei nº 9.100/95, quando no artigo 69 estabeleceu: “O descumprimento das regras relativas ao financiamento de campanha, **caracteriza** abuso do poder econômico”, ou então, nas instruções destas mesmas eleições, na Resolução nº 19.512, do Colendo Tribunal Superior Eleitoral, artigo 58, quando diz: “**Constituiu** uso indevido, desvio ou abuso de poder econômico, ou do poder de autoridade na propaganda eleitoral, dentre outras hipóteses” (CF, arts. 14, § 9º e 37, § 1º; LC nº 64/90, art. 22; LC nº 9.100/95, arts. 40, 69, 82 e 89): (...) “X - O descumprimento das regras relativas ao financiamento de campanha eleitoral”, entre outros onze incisos.

Hoje, a Lei nº 9.504/97, a respeito, contém as seguintes regras: artigo 25: “O partido que descumprir as normas referentes à arrecadação e aplicação de recursos fixadas nesta Lei perderá o direito ao recebimento da quota do Fundo Partidário do ano seguinte, sem prejuízo de responderem os candidatos beneficiados por abuso do poder econômico”; e no artigo 73, *caput*: “São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais: (...) II – usar materiais ou serviços, custeados pelos Governos ou Casas legislativas, que excedam as prerrogativas consignadas nos regimentos e normas dos órgãos que integram; (...) VII – realizar, em ano de eleição, antes do prazo fixado no inciso anterior, despesas com publicidade dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, que excedam a média dos gastos nos três últimos anos que antecedem o pleito ou do último ano imediatamente à anterior a eleição”.

Às vezes, duas podem ser as vertentes:

“Para a configuração das hipóteses enumeradas no citado artigo 73 não se exige a potencialidade da conduta, mas a mera prática dos atos proibidos. Não obstante, a conduta apurada pode vir a ser considerada abuso do poder de autoridade, apurável por meio de investigação judicial prevista no artigo 22 da Lei Complementar nº 64/90, quando então haverá de ser verificada a potencialidade de os fatos influenciarem o pleito” (REsp nº 21.151, rel. Min. Fernando Neves).

A Constituição Federal, no artigo 14, § 9º dispõe que: “Lei Complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a 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 e indireta”.

Por outro lado, o § 10 do mesmo artigo prevê: “O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a justiça eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude”.

Por sua vez, a Lei Complementar nº 64/90, em seu artigo 22, dispõe sobre a possibilidade de representação à Justiça Eleitoral, com relato de fatos e indicação de provas, bem como indícios e circunstâncias, para solicitar abertura de investigação judicial destinada a

apurar o uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social em benefício de candidato ou de partido político, cuja procedência (inciso XIV) poderá provocar a inelegibilidade dos responsáveis, além da cassação do registro do candidato beneficiado, sem prejuízo de eventual processo disciplinar ou criminal.

A doutrina não vê antinomia entre a cláusula constitucional e a regra da lei infraconstitucional, mais ampla, porque na tradução daquilo que estaria na Carta Magna na compreensão maior do que seja poder econômico ou do abuso no exercício do poder político ou de autoridade.

Deve também ser lembrado, o artigo 41-A da Lei das Eleições, de nº 9.504/97, introduzido mediante iniciativa popular, patrocinada pelos meios católicos, que reprime a compra do voto, ou seja, estabelece o tipo da captação de sufrágio, consistente na permuta ou na promessa de qualquer vantagem pelo voto, acarretando multa e cassação do registro, sem prejuízo de outras sanções inclusive de ordem criminal.

Sobre o aspecto temporal e da autoria, já se decidiu:

“Resta caracterizada a captação de sufrágio prevista no artigo 41-A da Lei nº 9.504/97, quando o candidato praticar, participar ou mesmo anuir explicitamente às condutas abusivas ou ilícitas capituladas naquele artigo. Para a configuração do ilícito previsto no artigo 22 da Lei Complementar nº 64/90, as condutas vedadas podem ter sido praticadas antes ou após o registro da candidatura. Quanto à aferição do ilícito previsto no artigo 41-A, esta Corte já decidiu que o termo inicial é o pedido do registro da candidatura” (REsp nº 19.566, rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira).

Há quem sustente, por outro lado, a inconstitucionalidade deste artigo porque conteria regra de inelegibilidade, quando outros afirmam o contrário, e esta é a orientação jurisprudencial de que se trata de pena tópica, isolada, sem interferência naquele campo, com previsão na Constituição e remessa à Lei Complementar, sendo que a Lei das Eleições não possui esta natureza.

Reprime-se o abuso, não só com a investigação judicial do artigo 22 da Lei Complementar nº 64/90, mas também com a ação de impugnação de mandato eletivo, de previsão constitucional, além do recurso contra a expedição do diploma, regido pelo Código Eleitoral, mais o crime de corrupção, do artigo 299 do mesmo Código e, ainda, as representações que, direta e indiretamente, dizem respeito a uma série de descumprimento ou ao cometimento de infrações relacionadas com as condutas vedadas e aos limites impostos ao exercício da propaganda eleitoral e utilização dos meios e veículos de comunicação.

O abuso, finalizando, turva a isonomia, a liberdade de voto e mácula a legitimidade da representação popular, vale dizer, compromete a democracia, regime estruturado na igualdade e na supremacia da vontade de seus membros.

