



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Controle e Fiscalização das Eleições sob a Ótica do Associativismo

Elisabeth Ribeiro Tiburcio

Rio de Janeiro
2009

ELISABETH RIBEIRO TIBURCIO

Controle e Fiscalização das Eleições sob a Ótica do Associativismo

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof^a. Néli Fetzner
Prof. Marcelo Pereira

Rio de Janeiro
2009

CONTROLE E FISCALIZAÇÃO DAS ELEIÇÕES SOB A ÓTICA DO ASSOCIATIVISMO

Elisabeth Ribeiro Tiburcio
Graduada pela Universidade
Veiga de Almeida.

Resumo: Este artigo tem como propósito colocar em relevo a concepção de democracia, pelo princípio participativo, para os fins de controle e fiscalização do processo eleitoral, tudo pela via do associativismo, aproximando-o de modalidade de desenvolvimento da democracia moderna. Analisados os instrumentos judiciais eleitorais existentes, passa-se a análise de seus objetivos e legitimação, tornando lógica a necessidade, por esta demonstração, da participação da sociedade civil organizada, pelo método de empoderamento, para o adequado exercício da cidadania.

Palavras-Chave: Direito Eleitoral, Democracia, Cidadania, Associativismo.

Sumário: Introdução. 1. Democracia e Eleições. 2. Ações Eleitorais sob Legitimação Coletiva. 3. Legitimação das Associações. 4. Tutela Coletiva e Democracia. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Este artigo tem como propósito colocar em relevo a concepção de democracia, guiada pelo princípio participativo, alicerce de todo o sistema político. Assim, desde que se tornaram patentes os desajustes estruturais dos sistemas políticos assentados apenas sobre o princípio representativo, as reivindicações em prol da criação de instrumentos e vias concretas de participação política na gestão de assuntos de interesse público têm tomado lugar de destaque na literatura jurídico-política.

Daí o desafio, propor a criação de canais participativos que apresentassem alternativas viáveis à utopia da plena democracia direta, com a audaciosa reconfiguração conceitual da noção de esfera pública, demonstrando que o *locus* da política ultrapassa as

instâncias de representação ordinária, prestigiando a legitimação coletiva como instrumento da principiologia da democracia.

Nesse viés, a oportunidade de analisar o surgimento de novos atores políticos no horizonte social – como as associações civis - realçando o associativismo como um elemento inafastável da democracia contemporânea, vitalizando o metabolismo democrático, de modo a assegurar a própria estabilidade do sistema como um todo.

Objetiva-se, portanto, expandir a legitimação como forma de fomento à disseminação de espaços políticos alternativos por meio da sensibilização da opinião pública e de criação de mecanismos de pressão sobre as esferas decisórias. Em consonância, busca-se facilitar uma oportunidade viável e de baixo custo para todos aqueles que pretendem romper a esfera da intimidade e agir em prol do interesse público, através da agregação de interesses e da capitalização coletiva de recursos, motivações e estratégias de atuação além do ordinário.

No desenvolvimento do artigo aproximar-se-ão estas idéias de vanguarda da tentativa de se traçar linhas de competência que definam de maneira coerente o *modus operandi* dos institutos de participação popular direta e dos foros representativos. A começar pela ampliação da noção de participação eleitoral, em que esta deixaria de se reportar exclusivamente ao ato de votar, incluindo-se, também, a implicação pessoal em procedimentos de controle, seja individualmente, seja coletivamente.

Posta em pauta a discussão, não se almeja diminuir ou mesmo substituir o momento representativo por técnicas e foros participativos, mas de robustecê-los, a partir de um tipo especial de participação: a atuação no controle da adequação constitucional da formação da própria representação. Em contrapartida, o movimento inverso também se verifica, já que o processo de legitimação dos mandatos políticos instaura um momento habilitador da implicação coletiva direta na averiguação da correta constituição das instâncias representativas – preenchimento dos pressupostos para elegibilidade.

Resta consignar que a concessão às associações do direito de agir em prol da regularidade eleitoral representa, enfim, um excelente exemplo da triangularização entre associação, participação e direito, já que permite a gestão direta de tema de interesse público, por meio das vias jurisdicionais e por meio da atuação de entidades coletivas. Não deixa de ser uma oportunidade inédita para o aprofundamento e para a difusão da experiência democrática, um caminho alternativo de estímulo aos indivíduos a serem co-responsáveis pela adequação constitucional de oportunidades para o bom desenrolar da vida em comum.

1. DEMOCRACIA E ELEIÇÕES

A legitimação coletiva no direito eleitoral encontra suas bases no próprio princípio democrático, afinal, com a distribuição do exercício do poder aos cidadãos, que, por meio de seus representantes o exercem, nada mais lógico que o povo possa ingressar em juízo contra a má atuação dos eleitos. Em suma, negar a legitimidade processual ao povo é verdadeiro contra-senso à significância de democracia representativa.

Contudo, tal questão perpassa o próprio conceito do que vem a ser esse exercício do governo, das decisões que dirigem o país e, em nosso modelo, da delegação daqueles eleitos com esse interesse. Não é mistério que nossa formatação de democracia, apesar de derivar da criação grega, já altamente criticada e maculada pelos próprios filósofos da época, na atualidade e no Brasil, apesar de apregoar igualdade, à brasileira – segundo a divisão de Rui Barbosa -, coloca, frequentemente, os cidadãos divididos no exercício de seus interesses.

Nunca é demais salientar que a política sempre foi reconhecida como nobre ofício e seu sistema como o menos gravoso, valendo revisitar as lições de Aristóteles, que apontava

uma escala entre as formas de governo: a tirania, a mais nociva; a oligarquia, temível; e a democracia, "a pior das formas boas, mas a melhor entre as variedades más".

Assim, devido à multiplicidade de formas políticas, à sociedade humana muito diversificada, num país como o nosso, em que as diferenças nos definem, é claríssima a necessidade de se exercer a democracia num formato participativo – art. 14 da CRFB.

Todavia, essa disparidade não pode se aproximar, de forma alguma, da impunidade, autoritarismo e hierarquização, como que customizando o regime oligárquico, entregando aos agentes políticos a prerrogativa de se tornarem inquestionáveis por seus eleitores.

Atualmente, há parca atividade dos cidadãos na cobrança de uma atuação de acordo com os princípios da Administração Pública, restringindo-se alguma iniciativa à propositura de ações de improbidade administrativa ou de ação popular na tutela da moralidade administrativa e dos próprios interesses públicos entregues ao administrador, como aos bens de interesse histórico, turístico e paisagístico e etc. (art. 5º, LXXIII da CRFB e art. 1º, Lei nº 4.717/65).

Daí se extrai ser falacioso o discurso de imputa ao cidadão a característica da omissão e negligência em se tratando da cobrança da condução de políticas públicas do País, negando-se a atuação do cidadão também no contencioso eleitoral. Questiona-se: se ao eleitor é atribuído o sufrágio e a cidadania, por quê lhe oprimir a voz no momento da atuação de seu “ilustre” representante, quando lhe falta educação, saúde, enfim, dignidade, subtraindo-lhe a esperança, que se perde a cada cédula lançada em escrutínio secreto pelos milhares de nacionais cidadãos em sufrágio universal.

Todas essas premissas, o princípio democrático e suas bases, igualdade entre os cidadãos no exercício do poder; princípio representativo; conceitos de vontade geral e bem-comum apóiam a participação do povo no processo eleitoral. Afinal, negar ao eleitor esse controle é tornar as eleições um instrumento contrário ao constitucionalmente previsto e capaz de travestir o próprio regime democrático.

Tal afirmação repousa na própria formação do Estado, porque não é possível que um grupo que vem a se chamar povo, assentado sobre um território, submetendo-se a regras de convivência básica, partes no contrato social, não possa oferecer impugnação ao processo eleitoral, estando apenas submetido ao votar e ser votado.

Afrontando o significado histórico dado à democracia por Aristóteles, para quem, “se originou do fato dos homens, por ser igual em certos aspectos, julgarem sê-lo em tudo; sendo todos igualmente livres, imaginam que, entre eles, existe uma igualdade absoluta”.

No entanto, subsiste a mesma dúvida, no tocante à participação no processo eleitoral: são os verdadeiros cidadãos os que são admitidos nas funções públicas, ou esta qualidade pode, também, convir aos operários? Vale lembrar que, na ótica grega, o serviço público era delegado por eleição, àqueles políticos, cujas regras se legitimavam pela aceitação popular, submissa ao exercício da arte política. Abrangendo, assim, em cada cidade, todo o povo, escravos ou homens livres, estreitando-os todos na sua trama e governo, dirigindo, assegurando à cidade, sem falta ou desfalecimento, toda a felicidade de que se pode desfrutar.

Partindo dos ensinamentos de grandes mestres e pelo raciocínio religioso de Santo Agostinho (2008), em sua obra *A Cidade de Deus*, ensina: “Se, por conseguinte, se rende culto ao Deus verdadeiro, servindo com sacrifícios sinceros e bons costumes, é útil que os bons reinem por muito tempo e onde quer que seja.”.

Logo, o verdadeiro fim da política é a persecução do bem comum, para tanto o processo eletivo e a impugnação pela preservação de sua lisura é tarefa do eleitor cidadão. Como verdadeiro detentor do Poder, nada mais justo que se manifeste nas impugnações ao processo eleitoral, ao invés de aguardar, apenas, que as promessas de campanha sejam cumpridas e tentar perseguir o desenvolvimento do mandato de seu representante.

Há que se analisar a legitimação às ações eleitorais sob a ótica da principiologia do Direito Eleitoral, mormente do ideário Constitucional, levando-se em alta conta o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Melo (2009), para quem os princípios seriam o

mandamento nuclear de um sistema, verdadeira disposição fundamental a fim de servir como critério a exata compreensão e inteligência, conferindo racionalidade ao sistema normativo e lhe dando sentido harmônico. Afinal, é do conhecimento dos princípios e da inteligência das diferentes partes do Direito posto como um todo unitário que surgiria o sistema jurídico positivo.

Portanto se passa a análise dos princípios informativos, colocando-se em destaque os princípios da dignidade do eleitor e da cidadania, bases do direito eleitoral, ao assegurar ao eleitor a garantia de exercício do voto, seja ativa ou passivamente, tudo de molde que sejam observadas as garantias constitucionais do eleitor.

Sequencialmente, vale destacar o princípio da lisura das eleições, que, aliado ao princípio da moralidade eleitoral, autorizam as impugnações no processo eletivo, os quais, segundo o doutrinariamente ensinado, são expressos, respectivamente, nos artigos 1º, parágrafo único, e art. 14, §9º, ambos da Constituição da República Federativa do Brasil.

Sabe-se que a lisura das eleições encontra suas bases nos próprios direitos fundamentais do eleitor, que não deve ser visto como servo, mas senhor desse processo, afinal, todo poder emana do povo, fato que é enublado por sua supressão da capacidade jurídica, artificialmente destituída por produção legislativa da época em que vigorava regime de exceção (Lei nº 4.737/65).

Já a moralidade eleitoral seria um dos pontos basilares que tem falhado. É que não raro os desvios comportamentais dos gestores do patrimônio público, especificamente daqueles que ascenderam ao poder por meio de mandato político, são meros desdobramentos de alianças que precederam a própria investidura do agente.

O dinheiro público, muitas vezes, é injetado em atividades político-partidária com a utilização dos expedientes de liberação de verbas orçamentárias, de celebração de convênios às vésperas do pleito, fazendo com que o administrador favorecido afigure maior popularidade,

que reverterá para si, caso seja candidato à reeleição, ou para a legenda partidária a que pertença, alcançando os candidatos por ela apoiados.

Frise-se que, o próprio regime democrático, possui vertentes que propiciam, ou mesmo estimulam, a prática de atos de corrupção; em que pese a pureza de seus ideais, a democracia, muitas vezes, tende a ser deturpada por agentes que pretendem se perpetuar no poder.

Com esse desiderato, torna-se lugar comum o uso de determinados instrumentos, tais como o ilegítimo repasse de recursos financeiros aos partidos políticos ou àqueles que prestigiem a “postura ideológica” por eles sustentada. Esses artifícios podem se dar de múltiplas formas: repasses de verbas às vésperas da eleição, realização de obras com a nítida intenção de promoção político-partidária e admissão de correligionários do partido em cargos em comissão, com a legítima permissão de que busquem sua promoção pessoal no exercício da função, entre outros.

A corrupção é a via mais rápida de acesso ao poder, no entanto traz consigo o deletério efeito de promover a instabilidade política, já que as instituições não mais estarão alicerçadas em concepções ideológicas, mas sim nas cifras que as custearam.

Portanto, para evitar tais efeitos, é imprescindível seja conferida maior efetividade aos mecanismos de proteção à moralidade previstos na legislação eleitora, os quais, infelizmente, são cuidadosamente preparados para que poucos efeitos possam gerar. Citando-se apenas um exemplo, pode-se mencionar o lapso de três anos de inelegibilidade previsto na Lei Complementar nº 64/1990, a que estão sujeitos aqueles que incorrerem em abuso de poder político ou econômico praticado em detrimento do procedimento eletivo.

Levando-se em conta que as eleições são quadrienais, não são necessárias maiores divagações para se concluir que, caso o agente concorra sempre a determinado cargo, a sanção de inelegibilidade nunca será aplicada, pois os três anos começam a fluir a contar da eleição em que o abuso fora praticado, o que torna a aplicação da sanção restrita às situações,

em que o agente pretenda concorrer a cargo diverso, cuja eleição seja realizada no triênio. Esse quadro de desrespeito à moralidade política foi acentuado com a edição da Lei nº 9.840/1999, que inseriu o artigo 41-A na Lei nº 9.504/1997, que trata da captação ilícita de votos, permitindo o afastamento imediato do agente na hipótese de condenação.

2. AÇÕES ELETORAIS SOB A LEGITIMAÇÃO COLETIVA

2.1. AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO AO PEDIDO DE REGISTRO DE CANDIDATURA

Constitui-se o mencionado instrumento, conforme o procedimento constante dos arts. 3º ao 17 da LC 64/90 – Lei das Inelegibilidades, meio sanatório do procedimento eleitoral por se destinar ao afastamento dos candidatos que estejam na condição de inelegibilidade, que se caracteriza pelas hipóteses previstas no art. 1º da LC nº 64/90, ou na perda ou suspensão dos direitos políticos, na forma do art. 15 da CRFB.

Importante destacar que a legitimação para a propositura dessa ação se encerra no rol do art. 3º da LC nº 64/90, conforme aponta a doutrina e ratifica o TSE, que se trataria de rol exaustivo, uma vez que apenas o próprio candidato, o partido político, a coligação e o Ministério Público poderiam ajuizar a impugnação ao pedido de registro da candidatura.

Ressalvada a legitimação Ministerial, cujo respeito à instituição impede que se questione sua atuação, parece pouco crível que o candidato ou seus correligionários venham suscitar suas inelegibilidades, destaca-se a importância da tutela coletiva no controle das eleições fazendo, então, do eleitor verdadeiro detentor do poder no processo de escolha de seu representantes.

Vale lembrar que, há pouco, reflexo bem sucedido dessa atuação coletiva, sob a legitimação das associações civis, que mesmo de forma indireta, proporcionou e demonstrou o grande fervor do brasileiro quando o tema é política, trazendo à mesa do bar discussão que só se limitava a corrupção e futebol, o tema do controle do processo eleitoral. Tal situação foi clara durante o julgamento no STF da ADPF 144, até então pendente de publicação, quando se tentou afastar das eleições de 2008 os “candidatos com ficha suja”. No entanto, fixou-se entendimento que apenas a condenação definitiva pode impedir o cidadão de se candidatar a qualquer cargo eletivo.

Os argumentos para tanto, já por vezes afirmados no Supremo Tribunal Federal, ainda que não receptivos ao argumento da defesa da moralidade como atributo a configurar inelegibilidade, seguiram a linha de que a regra inscrita no § 9º do art. 14 da Constituição, nos moldes da redação conferida pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4/94, não é auto-aplicável, pois a definição de novos casos de inelegibilidade e a estipulação dos prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, dependem, exclusivamente, da edição de lei complementar, cuja ausência não pode ser suprida mediante interpretação judicial.

Em dissenso com a visão progressista e sem atentar, todavia, para o mero aspecto positivo da norma, o Supremo Tribunal Federal afirmou que a mera existência de inquéritos policiais em curso ou de processos judiciais em andamento ou de sentença penal condenatória, ainda não transitada em julgado, além de não configurar, só por si, hipótese de inelegibilidade, também não impede o registro de candidatura de qualquer cidadão.

Muito embora desperte crítica, a decisão foi grande conquista da sociedade, ainda que remanesça a exigência de coisa julgada a que se referem às alíneas 'd', 'e' e 'h' do inciso I do art. 1º e o art. 15 da Lei Complementar nº 64/90, desde que esta exigência não transgrida ou descumpra os preceitos fundamentais de probidade administrativa e moralidade ao exercício de mandato eletivo.

Frise-se que está alinhado aos precedentes do Tribunal Superior Eleitoral o argumento de que a restrição à capacidade eleitoral passiva do cidadão pressupõe o trânsito em julgado de decisões condenatórias, como se extrai do entendimento veiculado no JTSE 8/97/283, quando já se orientava esta jurisprudência por antigo precedente do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o art. 14, § 9º, da CF não cria hipótese de inelegibilidade por falta de probidade e moralidade administrativa - transparência no tocante à vida pregressa do candidato - mas determina que lei complementar assim o faça, integrando o regime de inelegibilidades da ordem constitucional. Há muito, já apontava o Min. Ilmar Galvão, quando do julgamento do Recurso Especial Eleitoral n. 13.882, no sentido de que enquanto não for editada lei complementar que disponha o contrário, a vida pregressa do candidato não pode ser considerada causa de inelegibilidade (JTSE 09/98/175).

No entanto, toda essa discussão só faz demonstrar a pujança dessa viabilidade, que é a legitimação coletiva e sua importância ao progresso da Justiça Eleitoral, na mais ampla acepção desta expressão, e trazendo a realidade à importância da discussão, que exalta e impõe a alteração do quadro de legitimados.

Espelho dessa abertura à discussão de antigos posicionamentos foi o resultado da ADPF 144, haja vista a divergência de dois ministros quando do julgamento — Min. Carlos Britto, ao confirmar sua posição no Tribunal Superior Eleitoral, quanto à possibilidade de rejeição de candidatura por entender se tratar de ofensa à moralidade, valorizando a importância de um mínimo ético do representante do povo, em outro ponto, o Min. Joaquim Barbosa, atendo-se à adequada interpretação do postulado da não-culpabilidade, salientou que o candidato condenado em segunda instância, mesmo sem trânsito em julgado, terá sua candidatura rejeitada.

2.2. INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL POR ABUSO DE PODER ECONÔMICO E/OU POLÍTICO:

A Ação de Investigação Judicial Eleitoral por Abuso de Poder Econômico e/ou Político encontra base legal para o seu procedimento no art. 22 da LC nº 64/90, comando que aponta como causa de pedir à ação a apuração de 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, tornando clara a compreensão de que se trata de mero ato de investigação judicial, só produzindo efeitos com a procedência e, mesmo assim, após o trânsito em julgado.

Com isso, chega-se à conclusão de que se trata de procedimento instrumental, que poderá, então, ver reconhecida inelegibilidade, conforme o previsto no artigo 1º, I, nas alíneas “d” e “h” da LC nº 64/90, com importante ressalva de que tais práticas limitavam-se às derivações da prática de ilícito eleitoral, consoante os artigos 73 a 83 da Lei nº 9504/97.

Contudo, como importante exemplo da atuação da sociedade organizada no controle eleitoral e seu sucesso, mesmo que alheia ao procedimento eleitoral, conquistou, indiretamente, a inclusão de nova fórmula de ilícito eleitoral, até então estranhamente ignorado pelo Legislador Ordinário, a hipótese do art. 41-A da Lei nº 9504/97, a captação de sufrágio.

Fruto do único exemplo de iniciativa popular no país, a Lei 9.840/90 introduziu na Lei das Eleições nº 9.504/97 o artigo 41-A, motivada por Campanha da Fraternidade, promovida pelos religiosos católicos em parceria com o projeto “Combatendo a Corrupção Eleitoral” da OAB. De crucial importância o engajamento de movimentos religiosos, em que pese a constante crítica na formação de bancadas desses representantes, que na ocasião motivaram a formação de uma consciência pela cidadania em conjunto com a sociedade civil, refletindo a necessária participação da sociedade como um todo à adequada manifestação de sua opinião política.

Vale deixar claro que, por meio deste dispositivo, faz-se referência à captação de sufrágio, fórmula legal que pela moralização do procedimento eleitoral, torna possível que

uma vez feita a promessa de campanha, com fim de obter voto, prescinde da concretização do resultado desta promessa, pois basta a incontestada demonstração da consciência e vontade de influir por meios ilícitos no resultado da eleição, captando votos em troca de recompensas de cunho econômico direto ou indireto, isto é, vantagens em sentido amplo.

Deste esforço do que se constitui a pretensão da investigação judicial, fica fácil identificá-la como o mais relevante instrumento da ação da Justiça Eleitoral no país, do qual a coletividade não poderá ser alijada, como só confirmam o próprio princípio democrático, assim como as experiências bem sucedidas dessa ação da sociedade no controle, ainda que por via reflexa, do processo eleitoral brasileiro.

Diante do exposto, sabe-se que, a depender do momento do julgamento, poderá resultar efeito diverso, porquanto o reconhecimento da inelegibilidade ao protrair no tempo, pode viabilizar ações diversas. Com o fim de clarear a importância da ação e sua relevância no efetivo exercício da cidadania, vale considerar, brevemente, tais efeitos, diante dos seguintes momentos lógicos: julgamento anterior à eleição e julgamento após à eleição, nessa hipótese, considerando se foi o candidato eleito ou não.

As soluções lógicas a tais circunstâncias temporais ao resultado do julgamento serão: cassação do registro – art. 22, XIV da LC nº 64/90 - se reconhecida a inelegibilidade anteriormente à eleição; a mera declaração de inelegibilidade e seus efeitos, não tendo sido eleito, e mesmo poderá resultar, na hipótese de se eleito for, a impugnação do mandato eletivo ou recurso contra a diplomação.

Tudo isso, sem prejuízo da promoção da Ação Civil de Improbidade, que proporcionará efeitos mais relevantes do que a mera inelegibilidade pelo prazo de três anos, conforme sugere o Enunciado da Súmula nº 19 do TSE.

O prazo de inelegibilidade de três anos, por abuso de poder econômico ou político, é contado a partir da data da eleição em que se verificou (art. 22, XIV, da LC 64, de 18/5/90).

Mas poderá significar, a suspensão dos direitos políticos, perda de bens ou valores, indisponibilidade dos bens e perda da função pública, efeitos bem mais gravosos.

Daí, a relevância do inquérito judicial eleitoral, que se caso tenha chegado à conclusão quanto à existência do abuso de poder por parte da autoridade, torna evidente a via da Ação Civil de Improbidade. Considerando que, em verdade, o abuso de poder constitui-se como gênero, que segundo alguns doutrinadores aproximar-se-ia do signo “uso anormal do poder”, em relação às espécies, excesso e desvio de poder, as quais se distinguiriam, respectivamente, pela capacidade de comprometimento de legalidade ao ato de forma parcial ou total.

Ora, a relevância da via da Ação Civil de Improbidade assume importância cabal quando analisada sob o prisma da legitimidade, ainda que pela literalidade da Lei nº 8429/92, em seu art. 17, não faça referência à legitimação coletiva é fundamental que se compreenda pela aplicação da norma em consonância ao rito processual a que se submete a causa, o da Lei nº 7347/85, a qual em seu art. 5º viabiliza essa legitimidade, por meio das Associações.

Referência doutrinária nesse sentido é o posicionamento de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2008), em obra a respeito da Improbidade Administrativa, que remetem a melhor compreensão da matéria ao Decreto 5687/06, que fez ingressar na ordem interna a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, em seu art. 5º, item 1 e art. 13. Bem como a diretriz traçada no Decreto nº 4410/02, norma internalizadora da Convenção Interamericana de Combate à Corrupção, em seu art. 3º, item 11, dispõe, expressamente, que os países signatários deverão estabelecer mecanismos ao estímulo à participação da sociedade civil e de organizações não-governamentais nos esforços para prevenção da corrupção. Por oportuno mencionar que a Ação Civil de Improbidade tem representado o principal elemento de resistência à cultura da corrupção no país, logo nada mais prático e evidente que se utilizar desse mecanismo já existente, conforme assegura a norma processual utilizada.

De todo o exposto, chega-se a conclusão de que a prática de condutas vedadas relacionadas à promoção de determinada candidatura, promovendo desequilíbrio entre o acesso ao cargo eletivo pela configuração de abuso do poder econômico ou político, é uma das principais ameaças à adequada representatividade do poder que emana do povo, assim, nada mais legítimo do que conferir, também, à população a possibilidade de exercício do controle.

Importante mencionar que são legitimados à propositura de Investigação Judicial Eleitoral por Abuso de Poder Econômico e/ou Político o candidato, o partido político, a coligação e o Ministério Público, rol exaustivo, segundo uma interpretação literal da norma. Contudo, a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral admite que partido político que não tenha indicado candidatos às eleições que se pretende impugnar (Ac.-TSE, de 29.6.2006, no REspe nº 26.012).

Por conseguinte, muito embora a jurisprudência não faça referência a qualquer vedação à participação da sociedade civil, por meio de associações ou organizações não-governamentais, parece ser de fundamental relevância o reconhecimento de sua legitimidade, em nome dos valores fundamentais que visam a tutelar. O que não se admite que o cidadão não possa ser considerado capaz de defender e controlar o acesso ao poder representativo, do qual é o povo é titular.

2.3. AÇÃO DE CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO

Como já mencionado anteriormente, a Ação de Captação Ilícita de Sufrágio encontra origem na Lei de Iniciativa Popular – Lei nº 9840/99 – instrumento que torna crível vigorar no país uma Democracia Participativa, verdadeiro estímulo à legitimação coletiva nas causas submetidas à justiça eleitoral.

Assim, a Lei nº 9840/99, denominada “Lei dos Bispos” encontra respaldo na defesa da moralidade, desta vez no âmbito eleitoral, definindo-a, conforme os ensinamentos de Carmem Lúcia Antunes Rocha (1994), em sua obra *Princípios Constitucionais da Administração Pública*, na diferenciação entre o público e o privado e na prevalência daquele sobre este, tudo orientado pela aplicação das bases normativas. De especial relevância o posicionamento da Ministra, a partir do momento em que relaciona a existência da imoralidade administrativa com a presença dos lendários favorecidos, fruto da falta de probidade, o que possibilita a manutenção dos privilégios.

Ainda conforme o entendimento por ela sustentado, nada frustraria mais o princípio republicano do que a imoralidade, porque nela estariam contidos todos os vícios que se estandartizam e se multiplicam na lesão aos demais princípios e normas que embasam o ideário republicano normativizado.

A partir dessas premissas, fica claro que a inserção do art. 41-A à Lei nº 9504/97 alargou da mera interpretação do favorecimento, dentro do tipo penal inserto no art. 299 do Código Eleitoral – crime de corrupção eleitoral. Vale consignar que o Tribunal Superior Eleitoral já pacificou divergência quanto à possível revogação tácita do art. 299 do CE/65, já tendo afirmado que este artigo não alterou a disciplina do art. 299 do Código Eleitoral e não implicou abolição do crime de corrupção eleitoral nele tipificado (Ac.-TSE nº 81/2005).

Dessa forma, doar, oferecer, prometer, ou entregar, ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto, bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública, desde o registro da candidatura até o dia da eleição, aplica-se, segundo a orientação jurisprudencial dominante no Tribunal Superior Eleitoral, também às doações em troca de abstenção, por analogia ao disposto no artigo 299 do Código Eleitoral (Ac.-TSE, de 1º .3.2007, no REspe nº 26.118), procedimento que deverá seguir rito previsto no art. 22 e seguintes da LC nº 64/90.

Importante considerar que à primeira vista tratar-se-ia de nova via ao reconhecimento de inelegibilidade, que poderia até mesmo se configurar em abuso de poder econômico, político, fraude ou corrupção corroborando a perda do mandato eletivo sem observar o procedimento já existente, argumento já afastado pelo TSE ao considerar que a providência disposta no inciso XV do art. 22 da LC nº 64/90 não se estende às decisões que aplicam a sanção cominada no art. 41-A da Lei nº 9.504/97 (Ac.-TSE, de 9.11.2006, no REspe nº 25.919, e de 21.3.2006, no REspe nº 25.596).

Com isso, observando-se a norma de uma perspectiva ingênua, poder-se-ia até criticá-la por não ter trazido qualquer alteração substancial aos antigos meios de representação, ou mesmo considerar que criaria ao alvedrio do disposto no art. 14, § 9º da CRFB, nova inelegibilidade. Foi esse olhar menos malicioso que motivou o ajuizamento da ADI nº 3592, que julgou, à unanimidade, improcedente a arguição de inconstitucionalidade da expressão “cassação do registro ou do diploma” contida neste artigo, refutando os argumentos apontados para tal.

Todavia, o dispositivo é mais inteligente do que aparenta, já que poderá se amoldar em diversas situações apontadas na Lei das Inelegibilidades, quando do seu trânsito em julgado, não permanecendo no limbo da falta de previsão legal, pelo menos a partir desse momento. Assim, visa o pedido de captação ilícita resguardar a vontade do eleitor, dada a sua ilegitimidade para defendê-la em sede eleitoral.

Causa espécie que qualquer um dos legitimados, cujo rol é exaustivo, como dito alhures, estejam, de fato, preocupados com o resguardo da liberdade de escolha do eleitor. Daí a importância da posição proferida pelo Supremo Tribunal Federal, ao consignar que a liberdade de escolha do eleitor é reflexo da igualdade de oportunidades ou chances dos partidos políticos. Diante disso, não parece crível que o eleitor fique a parte do exercício do controle da fiscalização das eleições, reconhecida a necessidade do resguardo do processo democrático, de toda sorte.

É de fundamental importância consignar que o artigo 41-A foi recentemente alargado, pela inclusão de quatro parágrafos, pela Lei nº 12.034/09. Uma das interessantes fórmulas descritas como captação ilícita de sufrágio é a que consigna à caracterização da conduta ilícita a desnecessidade do pedido explícito de votos, bastando a evidência do dolo, consistente no especial fim de agir. Bom, tal acréscimo ao texto original é de uma esperteza ímpar, uma vez que, se a conduta sequer se exteriorizou, a evidência do dolo se torna algo, por assim dizer, difícil; quanto mais quando este seria comprovado pelo especial fim de agir, qual seja, o fim de obter o voto.

Em uma análise mais atenta do texto legal, chega-se à conclusão de que se nada é factível quanto à conduta, como perquirir o dolo? Estar-se-á punindo a eventual idéia de se perseguir o resultado positivo no pálio? Afinal, como se perscrutar no íntimo do candidato o evidente objetivo de obter votos, será que houve intenção de persegui-los a todo custo? Nessa ótica, parece que o dolo, evidenciado pelo especial fim de agir, sempre estará presente em uma eleição, o que parece um tanto enublado é a real prática da conduta. Válido é fazer referência à inteligência da matéria pelo TSE, de que promessas genéricas, sem objetivo de satisfazer interesses individuais e privados, não atraem a incidência deste artigo (Ac.-TSE nº 4.422/2003 e 5.498/2005).

Outro aspecto relevante acrescido a espécie é o de as sanções previstas se aplicarem, inclusive, contra quem praticar atos de violência ou grave ameaça à pessoa, com o fim de obter-lhe o voto. Parece, então, que o candidato que tentar captar votos à moda antiga, ou seja, por intermédio dos chamados cabos-eleitorais, partidários e outros receosos de perderem seus cargos na próxima administração serão punidos, como já apontava a jurisprudência do TSE, quanto à inexigência de que o ato tenha sido praticado diretamente pelo candidato, sendo suficiente que haja participado ou com ele consentido (Ac.-TSE nº 19.566/2001, 1.229/2002, 696/2003, 21.264/2004, 21.792/2005 e 787/2005).

Aparentemente, por via dessa disposição, o chamado “voto de cabresto” trará conseqüências ao candidato que dele se utilizar. No entanto, a disposição é irremediavelmente inócua, sob a ótica do exame do rol de legitimados, afinal, não parece verossímil que promover-se-á o combate a essas práticas sem permitir ao eleitor, ou mesmo a sociedade civil organizada, a promoção da representação com o objetivo de proteger a liberdade de escolha do eleitor coagido sob violência ou grave ameaça.

Em resumo, acabar com velhas práticas como o “coronelismo” e o “voto de cabresto”, que sempre encontraram solução nos cadernos de escola pelo conceito sociológico do empoderamento, ou seja, por este conceito capaz de traduzir em uma única palavra, emprestada do inglês – *Empowerment*, a ação coletiva desenvolvida por indivíduos ao participar de espaços privilegiados de decisões, trazendo consciência social dos direitos sociais, possibilitaria, assim, a aquisição da emancipação individual, como reflexo de uma consciência coletiva à superação da “dependência social e dominação política”. O próprio conceito de cidadania deriva dessa noção, ao que parece, permanecer contando com a onipresença dos legitimados para exercê-la passa de largo dessas soluções.

2.4. AÇÃO DE RECLAMAÇÃO EM FACE DA PROPAGANDA POLÍTICA ELEITORAL IRREGULAR

A Ação de Reclamação em Face da Propaganda Política Eleitoral Irregular encontra sua base legal no art. 96 da Lei nº 9504/97 e tem como legitimados o candidato, o partido político, a coligação e o Ministério Público, rol exaustivo (Ac.-TSE nº 39/98, 15.805/99, 2.744/2001, 19.890/2002 e 5.856/2005). Destaque-se que o Tribunal Superior Eleitoral já afirmou a legitimidade do Ministério Público para a propositura de representação visando à apuração de irregularidades no tocante à pesquisa eleitoral (Ac.-TSE nº 4.654/2004).

Como já se manifestou o Tribunal Superior Eleitoral, a legitimação estende-se ao candidato ao cargo de vereador para representar contra candidato a prefeito por prática de condutas tendentes a afetar a lisura do pleito, assim como a igualdade de oportunidades entre os candidatos no pleito (Ac.-TSE, de 18.5.2006, no Ag nº 6.388, e de 1º 6.2006, no Ag nº 6.506); aos partidos políticos e as coligações, que consoante entendimento do TSE estas seriam partes legítimas para propor representação fundada na Lei nº 9.504/97, assim como as coligações que participam de eleições majoritárias, ainda que a representação se refira a pleito proporcional (Ac.-TSE, de 6.3.2007, no REspe nº 25.770).

Com a devida ressalva ao conteúdo do Enunciado da Súmula nº 18 do TSE, o qual afirma que “Conquanto investido de poder de polícia, não tem legitimidade o juiz eleitoral para, de ofício, instaurar procedimento com a finalidade de impor multa pela veiculação de propaganda eleitoral em desacordo com a Lei nº 9.504/97”, mantém-se o já conhecido rol, definido doutrinariamente, como exaustivo.

Nessa seara, é de fundamental importância a participação dos cidadãos, de forma organizada, ingressando como legitimados coletivos nesse procedimento, conquanto não haja maior oportunidade de se estabelecer um controle fiscalizatório do procedimento eleitoral do que em seu principal instrumento, a propaganda. Por óbvio, considera-se que ao se tentar impedir a propaganda irregular e/ou criminosa, por meio de decisão com cunho mandamental traz à figura do detentor do poder o real controle do procedimento que culminará com a escolha de seus representantes.

Para chegar a essa conclusão, basta examinar o desiderato desse procedimento, que se constitui em verdadeira via para a aplicação de multa aos candidatos e aos partidos, que em sua propaganda tenham descumprido as regras previamente fixadas à propaganda política eleitoral, ou melhor, fique claro por meio das provas que deverão acompanhar a representação em que houve irregularidade na propaganda, traduzindo-se, como se pode facilmente depreender, em instrumento das disputas partidárias. Principalmente quando se observa que

tais penalidades pecuniárias são de especial relevância ao Fundo Partidário – art. 38, I c/c art. 44, ambos da Lei nº 9096/95 – Lei dos Partidos Políticos.

Acentue-se que a reclamação contra a propaganda eleitoral irregular, não se destina a apontar inelegibilidades ou captação ilícita de sufrágio, nem mesmo a prática de abuso de poder político e/ou econômico, que deverão seguir os procedimentos já apontados – art. 22 da LC nº 64/90; todavia poderá associar-se a esses ou precedê-los diante da celeridade do rito. Assim, não se admite que a realização da mais pura expressão da democracia se torne em disputa de interesses, de forma que aquele que seria o detentor do poder passe a ser objeto de claro maniqueísmo político, demonizando um ao outro, enquanto a sociedade civil organizada fica alheia ao plano de governo a ser implementado.

2.5 AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO AO MANDATO ELETIVO

A Ação de Impugnação ao Mandato Eletivo encontra fundamento no art. 14, §§ 10 e 11 da Constituição da República Federativa do Brasil, inexistindo disciplina legal específica, no entanto da norma Constitucional se extrai o desiderato da causa, qual seja, a desconstituição do mandato eletivo adquirido por meio de práticas que alberguem atos de corrupção, fraude, abuso de poder econômico e/ou político, fatos que poderão decorrer das hipóteses da perda do mandato – art. 55 da CRFB - tudo de molde a promover a anulação do diploma, fato que ensejará os seguintes efeitos: a perda do mandato eletivo e a inelegibilidade por três anos – art. 22, XIV da LC nº 64/90 e Súmula nº 19 do TSE.

De suma importância traçar panorama acerca da possibilidade, inclusive, da perda do mandato por infidelidade partidária, como ditou o TSE por meio das Resoluções nº 22610/07 e 22733/08, com constitucionalidade confirmada pelo Supremo na ADI 3999/DF e

4086/DF, ocasião em que não obstante se reconhecer a titularidade do poder político ao povo, considerou a titularidade do mandato ao partido político. Vale referendar o voto do relator que apontou a questão como verdadeira quebra da legitimidade e soberania do eleitor em um sistema democrático autêntico, entregando-a ao que chamou de “entidade de arregimentação exclusiva da vontade popular em matéria política”, o que demonstrou verdadeiro esvaziamento da própria cidadania.

Contudo, a conclusão do Supremo Tribunal Federal foi no sentido da existência do dever constitucional de observância do princípio da fidelidade partidária, com a devida ressalva do ministro-relator, mas persistiu afirmando pela ausência de sentido em reconhecer direito constitucional sem instrumento que o assegurasse. Daí, com a observação de que as resoluções seriam excepcionais e transitórias, serviriam, apenas, à salvaguarda da fidelidade partidária enquanto o Legislativo, não se pronunciar.

Falar da legitimidade dessa ação é recair em lugar comum, visto que permanece o rol dos legitimados já conhecidos. Muito embora não haja norma que assim oriente, o TSE tem considerado a legitimidade desses e, infelizmente, afastado a atuação do eleitor. No mínimo curiosa tal posição, que mesmo na inexistência de norma que discipline a ação se possa negar aplicação a valores superiores constitucionais e todo o discurso da aplicação moderna do direito constitucional, voltando à visão positiva da norma jurídica.

3. LEGITIMAÇÃO DAS ASSOCIAÇÕES

Em poucas palavras poderá se aproximar essa visão de tutela coletiva ao próprio conceito sociológico de empoderamento, assemelhando-a ao controle social, tudo por meio do acesso à capacidade fiscalizatória e postulatória das associações civis no exercício do controle de regularidade no processo eleitoral. Interessante ponderar que o STF, principalmente, ao

decidir acerca da liberdade partidária, não reconheceu às associações civis chamadas partidos políticos esse caráter, resguardando a visão de que o eleitor é o titular do poder político, não estando suas manifestações submetidas ao controle partidário, isso porque pensar o contrário seria negar o próprio regime democrático.

Todavia, o TSE, por vezes, tem se afastado dessa concepção, especialmente quando veda ao contencioso eleitoral o acesso do cidadão organizado pelo fator associativo como reflexo da própria democracia. Sem falar que a participação das associações traz dinamicidade ao procedimento eleitoral, com novas estratégias, recursos e motivações, esvaziando inclusive a inevitável proliferação de partidos minúsculos, que seriam bem mais proveitosos sob o formato de organizações não-governamentais e outros movimentos sociais.

Vale lembrar que toda novidade, a princípio, é vista como crítica, enquanto na verdade a visão em uma democracia recente como a nossa tende a adotar, no futuro próximo, essa via alternativa, que só demonstrará a solidificação do processo de democratização no país. Logo, como o associativismo, reflexo da democracia contemporânea, só se demonstrará a legitimação do poder conferido aos representantes, conferindo-lhes a credibilidade necessária e trazendo lisura ao procedimento e soluções criativas aos problemas do país, como já demonstra, ainda que de forma indireta, a atuação da sociedade nos exemplos já mencionados.

Portanto, urge que o sistema eleitoral brasileiro atribua, como inegavelmente sugere a própria força normativa da constituição, ao detentor do poder político, o eleitor, organizado sob os moldes do associativismo, a legitimidade aos procedimentos eleitorais, como evidente reflexo do regime democrático. É preciso trazer às regras eleitorais fundamento de validade, não submetendo o cidadão à condição de refém dos que legislam em causa própria, ou mera massa de manobra dos poderosos, mas tornando-o, de fato, cidadão.

Impossível falar da evolução da tutela coletiva no país sem pautá-lo pelo movimento associativo, que sempre fulgurou como instrumento, ao longo da história, no desenvolvimento

da sociedade, agregando interesses comuns, com visão global. Trata-se de verdadeiro instrumento à ação social, verdadeira expressão da vida democrática, conciliando coletivo e individual.

Exemplo disso foi o desenvolvimento da tutela coletiva no Brasil como reflexo do associativismo. Tudo começou com o antigo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil – Lei nº 4.215/62 que assegurava à OAB o direito de representação da classe em juízo; após a Lei nº 4.717/65, da ação popular, e, então, a Lei nº 6.938/81, sobre a Política Nacional do meio ambiente.

A Lei nº 7.347/85 é reflexo da continuidade desse movimento, representando marco na tutela coletiva, intimamente ligada ao conceito de associativismo, ao estabelecer o rito adotado em vários outros diplomas legais à proteção: às pessoas portadoras de deficiência, Lei nº 7.853/89; aos danos causados ao meio ambiente, por intermédio da Lei nº 7.913/89; às crianças e adolescentes, Lei nº 8.069/90; às diretrizes básicas da educação na Lei nº 9.394/96; dos consumidores, Lei nº 8.078/90; à probidade administrativa, por meio da Lei nº 8.429/92 e ao idoso, a Lei nº 10.741/03.

O objetivo do desenvolvimento do movimento associativo é reforçar a democracia e a participação dos cidadãos na vida social, ou melhor, aflorar o conceito de empoderamento. Sabe-se que, filosoficamente, Rousseau (2002) já apontava como elemento chave do pacto social, o abrir mão da justiça individual e delegar essa função ao Estado, soberano para dirimir qualquer lide, no entanto sem olvidar que o titular do poder político é o povo, os cidadão unidos, que mediante um todo harmônico, força associativa de todos, formam o Estado.

4. TUTELA COLETIVA E DEMOCRACIA

A partir das características do Estado Democrático de Direito – art. 1º da CRFB, conclui-se que as ações coletivas decorrem no Brasil do modelo de legitimação contemplado na Carta Magna, o associativismo. Consagrando-se, por meio desse instrumento à tutela coletiva, como via de participação da sociedade civil na vida pública. Portanto, como negar a participação da sociedade civil organizada no controle do procedimento eleitoral? Renegá-lo é ferir a democracia, mais que isso, é promover a quebra do Contrato Social.

Ademais, vale mencionar que Abi Ackel, autor do anteprojeto da lei da ação civil pública, do qual foi também relator, já revelava ter se inspirado na experiência do direito norte-americano, fundado na Regra nº 23 da *Federal Rules of Civil Procedure*, ao conferir legitimação às associações com representatividade para defenderem, em juízo, os interesses difusos; de modo que como as *class actions* têm dado excelentes resultados nos Estados Unidos, motivo pelo qual se entendeu deva ser aplicada a experiência no Brasil.

Relacionar isso tudo é lembrar que a representação democrática adotada no país não é a pautada sob a ótica do capitalismo, mas a democracia delimita a participação popular, que se resume ao sufrágio universal, considerando o processo democrático como apenas a escolha e legitimação do governante, não cabendo a este atuar em função da vontade das massas, segundo ele, emocionais e irracionais.

No entanto, o modelo brasileiro não é esse, logo a perspectiva weberiana de democracia em que parlamento seria o celeiro natural de lideranças políticas e o líder governamental, seria o condutor das aspirações nacionais, ao povo sendo-lhe remetida somente essa escolha pela manifestação de vontade do eleitor. Esta concepção não se assemelha aos moldes de nossa Constituição e, portanto, esse ideário não poderá servir de base para nortear o processo democrático por negar legitimação ao povo no controle eleitoral. Então, urge a representatividade da sociedade civil organizada para que o cidadão detenha, de fato, o poder político.

CONCLUSÃO

Portanto, examinados os instrumentos de atuação na justiça eleitoral, no controle do processo de escolha de seus representantes, um dos aspectos da cidadania, demonstrou-se a premente necessidade de se conferir à sociedade civil organizada, por meio do associativismo, a legitimidade para o exercício do controle fiscalizatório do procedimento eleitoral, junto à Justiça Eleitoral, como verdadeira expressão da democracia e, além, ao cidadão, como parte no Contrato Social.

Com isso, fez-se consignar que a concessão às associações do direito de agir em prol da regularidade eleitoral representa exemplo da triangularização entre associação, participação e direito, já que permite a gestão direta de tema de interesse público, por meio das vias jurisdicionais e por meio da atuação de entidades coletivas.

Constitui verdadeira oportunidade ao exercício da experiência democrática, empoderando os indivíduos, tornando-os responsáveis pela adequação constitucional de oportunidades para o bom desenrolar da vida em comum. Apenas com a manifestação dos detentores do poder político promover-se-á o alcance responsável dos objetivos traçados à formação responsável do elenco dos representantes.

REFERÊNCIAS:

AGOSTINHO, Bispo de Hipona. *A Cidade De Deus*, V. 2, 3. ed. São Paulo: Calouste Gulbenkian, 2008.

ARISTÓTELES. *A Política*. Rio de Janeiro: Edições de Ouro, 1965

BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia*. Trad. Miguel Serras Pereira. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1988.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

GARCIA, Gilberto. *Novo Direito Associativo*. São Paulo: Método, 2007.

HOBBS, Thomas. *O Leviatã*. São Paulo: Martin Claret, 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2002.

LÉVI-STRAUSS, Claude. *Tristes Trópicos*. São Paulo: Anhembi, 1957.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Tutela Coletiva no Direito Eleitoral. Controle Social e Fiscalização das Eleições*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PINTO, Júlio. *Liberalismo ético y democracia*. Argentina: Eudeba, 1996.

RAMAYANA, Marcos. *Direito Eleitoral*. 9. ed. Niterói: Impetus, 2009.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1994.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. São Paulo: Martin Claret, 2002.