

BREVES CONSIDERAÇÕES SOB A FRAUDE AO DIREITO ELEITORAL

José Antonio Dias Toffoli,

Advogado. Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Especialista em Direito Eleitoral. Advogado Geral da União desde 2007).

1. Introdução

O tema da fraude à lei ou ao direito, sobretudo ao direito eleitoral, é um tema sempre instigante, seja pelo passado histórico das eleições no país, antes permeadas de casos pitorescos - em grande parte já superados devido a evolução da legislação, da jurisprudência, da tecnologia - seja pela tão decantada criatividade dos políticos brasileiros. Tudo a desafiar os operadores do direito.

A legislação eleitoral não prevê expressamente os casos de fraude. Entretanto, a atualidade do tema inspirou o constituinte originário a estabelecer a fraude como um dos motivos que viabilizam o ingresso do mais importante instrumento da processualística eleitoral: a Ação de Impugnação de Mandato Eletivo.

2. Conceito

O Direito Civil conceitua a fraude a partir de dois elementos, um de ordem objetiva (*eventus damni*) e outro subjetivo (*consilium fraudis*). No entanto, já se tem desconsiderado, em muitos casos, o elemento subjetivo, principalmente quando está em confronto o interesse público.

No direito eleitoral, poderíamos afirmar que toda legislação é prescrita para salvaguardar três princípios essenciais ao sistema representativo: a

soberania popular, a liberdade de voto do eleitor e a igualdade entre os candidatos no certame eleitoral.

Dessa forma, considerando a carga de inegável interesse público desses princípios, a fraude no direito eleitoral independe da má-fé ou do elemento subjetivo, perfazendo-se no elemento objetivo, que é o desvirtuamento das finalidades do próprio sistema eleitoral.

O Ministro Cezar Peluso, em voto proferido no RCED 698, define com precisão a hipótese de fraude à lei, onde também desconsidera o elemento de vontade:

*“A ilicitude, ou contrariedade ao Direito, pode dar-se de dois modos. Um é a ofensa direta à lei, isto é, faz-se aquilo que a norma proíbe ou se deixa de fazer aquilo que a norma impõe. Nesse caso, diz-se que a violação é direta. Há casos, porém, em que a violação não é direta. É o caso típico da chamada fraude à lei, **em que a palavra fraude, evidentemente, não tem nenhum sentido pejorativo de intencionalidade, mas significa, pura e simplesmente, a frustração do objetivo normativo.** Nela há comportamento que frustra, fraudando o alcance da norma.*

E como é que se configura a fraude à lei? (...) quando o agente recorre a uma categoria lícita, permitida por outra norma jurídica, para obter fim proibido pela norma que ele quer fraudar, cuidando, diz Pontes de Miranda, que, com esse recurso a uma categoria lícita, o juiz se engane na hora de aplicar a lei que incidiu mas não foi aplicada, aplicando a que não incidiu”.

(Recurso contra Expedição de Diploma nº 698, Relator Ministro José Delgado).

Por fim, importante distinção que se impõe é a decorrente entre a fraude à lei e a fraude ao direito, *i.e.*, aos princípios e fontes que orientam o sistema jurídico eleitoral, pois a fraude, em um número significativo de casos, não se efetiva pela contrariedade direta à letra da lei, mas através da lei.

3. A Legislação Eleitoral e a Lei de Introdução ao Código Civil

Para registro, observamos que o termo “fraude” não se faz tão presente quanto deveria nos códigos e leis que dizem respeito ao direito eleitoral. Assim, o termo é referido apenas em 8 (oito) oportunidades no Código Eleitoral e em 1 (uma) oportunidade na Lei nº 9.504/97 (Lei das Eleições). Não há sequer menção do termo na Lei Complementar nº 64/90 (Lei das Inelegibilidades) e na Lei nº 9.096/95 (Lei dos Partidos Políticos).

E as poucas referências ao tema demonstram que o legislador não quis - e nem poderia - esgotar em *numerus clausus* as hipóteses de fraude. Mas, por outro lado, sabe-se que o legislador não está obrigado a prever todas as hipóteses possíveis de ocorrência no mundo fenomênico.

E, caso uma determinada hipótese ocorra, sem que tenha a correspondente previsão legislativa, e se mostre antijurídica, a questão há de ser resolvida pela Lei de Introdução ao Código Civil, cujo artigo 4º prevê que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Ou seja, o ordenamento jurídico brasileiro concedeu poder ao Poder Judiciário para solucionar questões não previstas pelo Poder Legislativo e que se afiguram contrárias aos seus princípios basilares.

Desta forma, decidirá a Justiça Eleitoral de acordo com os princípios da soberania popular, da liberdade do voto do eleitor e da igualdade entre os candidatos onde e quando se verificar, no caso concreto, a ocorrência de fraude.

E também não se pode olvidar nesta missão o artigo 5º, da LICC, que dispõe que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

O histórico das fraudes, do nosso passado político e do atual cenário, aliado à criatividade dos políticos, demonstram o acerto do legislador da Lei de Introdução ao Código Civil de dotar o Poder Judiciário do instrumental necessário para detectar, abordar e combater as inúmeras possibilidades de fraudes.

Será sobre algumas das possibilidades de fraude ao direito eleitoral, já detectadas e que poderão vir a ser detectadas pela Justiça Eleitoral, que discorreremos nessas breves linhas, não sem antes fazermos um pequeno histórico sobre o nosso passado eleitoral.

4. Do Império à República: uma pequena perspectiva histórica da fraude eleitoral

A fraude eleitoral sempre esteve presente no nosso direito eleitoral, do Império à República. Mudam-se as leis, mas com essas, mudam-se também os métodos fraudulentos.

Entretanto, o marco que se pode fazer na tentativa de combate à fraude eleitoral é a criação da Justiça Eleitoral em 1932, seguramente um passo significativo naquele sentido, seja porque se instaurou, a partir de então, uma permanente e vigilante atuação das disputas eleitorais, seja porque seu modelo – marcado por uma forte dinâmica jurisprudencial – acompanha a própria dinâmica dos fatos correntes no campo eleitoral e, assim, mostra-se bastante eficaz no combate aos quadros antijurídicos.

Descreve-se a seguir uma pequena coletânea de fraudes eleitorais que acabaram sendo detectadas e afastadas pela Justiça Eleitoral, de seu passado remoto aos dias atuais.

4.1. Da Fraude na Apuração dos Resultados

Uma das fraudes mais comuns e antigas no processo eleitoral era aquela que se efetivava quando da apuração dos resultados.

O Ministro Walter Costa Porto, em “Dicionário do Voto”, obra de valor histórico inestimável, citando o Deputado Ulysses Lins, relembra a eleição “A Bico de Pena”:

“Em 1899, tinha eu 10 anos, o Coronel Ingá me fazia treinar nas tricas políticas locais e, pegando-me pelo braço delicadamente disse: “Você vai me ajudar na eleição...”. Espantei-me, sem saber o que aquilo significava, e ele levou-me para uma mesa, na sala de jantar, em redor da qual tomava assento, bem assim os mesários Passou a ler umas “instruções eleitorais” e a ditar a ata da instalação que o secretário ia lavrado num livro, enquanto outras pessoas escreviam ao mesmo tempo, em folhas de papel almaço as cópias daquela ata ... Lavrada a ata, teve lugar a votação numa lista em que, realmente, assinaram apenas os membros da mesa, porque as demais assinaturas, de quase uma centena de eleitores, foram rabiscadas por mim e alguns dos mesários, bem por diversos curiosos que por ali apareceram ... Vi como eram eleitos senadores e deputados com a maior facilidade deste mundo” (Ulysses Lins, “Um Sertanejo e o Sertão”).

O método era simples: terminada a votação, havia um acréscimo do número de votantes, sempre no intuito de fraudar o resultado da votação.

Mas, em 1959, a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral já enquadrava a prática como fraude:

FRAUDE PRATICADA SUPERVENIENTEMENTE À APURAÇÃO. É DE TODO INADMISSIVEL QUE FIGURE, COMO PROVA DO NÚMERO REAL DE VOTANTES, A SIMPLES APRECIAÇÃO DE ESCRIVÃO QUANTO ÀS IRREGULARES INFORMAÇÕES VERBAIS. CONHECIMENTO E PROVIMENTO DO RECURSO, EM PARTE, PARA ANULAR TÃO SOMENTE AS 25 SEÇÕES ELEITORAIS CUJAS ATAS FORAM ENCONTRADAS DOCUMENTANDO O FALSEAMENTO DOS MAPAS DE APURAÇÃO NO QUE A ELAS SE REFEREM.

(Recurso Especial Eleitoral nº 1563, Classe IV, Maranhão, Relator Ministro Djalma Tavares da Cunha Neto e Relator designado, Ministro Nelson Hungria).

O Acórdão recorrido deste Recurso Especial Eleitoral noticiava qual o fato em julgamento:

“No cômputo feito pela Comissão Apuradora dêste Tribunal, nas 25 seções eleitorais da 9ª Zona Eleitoral, votaram 4.420 (quatro mil quatrocentos e vinte) eleitores, enquanto, nos mapas totalizadores enviados pela junta apuradora de Rosário, votaram 5.616 (cinco mil seiscentos e dezesseis) notando-se, claramente um acréscimo de 1.196 (um mil cento e noventa e seis).”

Assim, em voto divergente proferido pelo Ministro Nelson Hungria, foram anuladas 25 seções eleitorais do Município de Pedreiras, no Estado do Maranhão. Eis um trecho de seu voto:

“As cédulas não foram guardadas com as cautelas legais – como manda a lei, mesmo porque, até então, não havia recurso. Assim, ainda mais se agravou a situação. O que resta, então, para se rastrear a fraude? Os únicos documentos especificamente probantes, para cotejar com os mapas argüidos de falsos, são as atas das seções eleitorais. Nestas, está consignado o número de votantes, de modo que, se com elas não coincidam os mapas da apuração, a fraude se evidencia. Das 63 atas, entretanto, que foram presentes à Junta Apuradora, somente 25 foram encontradas, de modo que fora do limite destas nenhum julgamento seguro pode ser feito.

... e como destas, em número de 63, somente foram achadas 25, demonstrando um acréscimo de 1.196 votos nos mapas de apuração, a anulação não pode ir além dessas 25 seções. Objeta-se contra tal

solução que, se os fraudadores tivessem conseguido consumir tôdas as atas, a fraude não poderia ser provada. Outra, porém, não poderia ser a solução, que não ofereceria maior perigo que a d de deixar a sorte de uma eleição à mercê do testemunho de um escrivão, arvorado em árbitro soberano”.

Em precedente das eleições de 1998, ainda se observava a ocorrência de modalidade semelhante de fraude, consoante documentado no RO nº 31, da Relatoria do Ministro Edson Vidigal:

“Daí, verificou-se, por exemplo, que na Seção 307, da 24ª Zona Eleitoral, apesar de existirem apenas 7 votos para a recorrente, constava do boletim o número 27, indicando que alguém teria colocado o nº 2 na trena do nº 7.”

Nesse precedente, valiosa a contribuição do Ministro Neri da Silveira, distinguindo os efeitos da fraude para o processo penal e para o direito eleitoral, tornando para este desnecessária a prova da participação do candidato, sendo suficiente o mero benefício advindo da fraude para glosar o mandato eletivo:

“O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA: Senhor Presidente, o que há de fundamental, a meu ver, na compreensão da decisão da Corte a quo, notadamente em confronto com o parecer da Procuradoria-Geral Eleitoral, é a distinção que cumpre se estabelecer entre a fraude eleitoral criminal e não criminal.

Penso que se se cuidasse, aqui, de crime decorrente de fraude praticada ou imputada à recorrente e co-réus, far-se-ia efetivamente necessária a prova da sua co-participação. Mas para os efeitos não criminais, concernentes estritamente ao âmbito da subsistência do mandato, entendo que importa verificar se, ocorrente a fraude, esta, de fato, comprometeu a lisura do pleito, beneficiando a candidata. Parece-me que a questão se põe nesses termos e há provas, segundo apurou o

acórdão. Assim, consoante o voto do Senhor Ministro Relator, a fraude parece estar devidamente confirmada e comprovada nos autos”.

A atuação da Justiça Eleitoral no campo administrativo, a despeito das relevantes decisões jurisdicionais, foi determinante para o fim dessa modalidade de fraude, sobretudo com o advento da urna eletrônica e da emissão imediata dos boletins de urna após o encerramento da votação, detalhando com precisão os resultados da votação e garantindo – à margem de fraudes – a vontade popular soberana.

4.2. Da fraude na identificação do eleitor

A identificação do eleitor sempre foi um dos graves problemas relacionados à fraude.

O historiador Manuel Rodrigues Ferreira, em sua obra “A Evolução do Sistema Eleitoral Brasileiro”, expõe as agruras do sistema eleitoral de identificação do eleitor nos tempos do Segundo Reinado:

“ Não havia títulos de eleitor ou qualquer outro meio de identificação. O eleitor de 1º Grau era identificado, no momento de votar, pela mesa e pelos presentes. A propósito, Belisário Soares de Souza descreve como eram feitas as identificações:

‘Pedro está qualificado; mas é realmente o Pedro qualificado o indivíduo desconhecido que ali está presente com uma cédula na mão? Os mesários o desconhecem, bem como a maior parte dos circunstantes. Entretanto, o cabalista que lhe deu a cédula declara que é o próprio; os mesários seus partidários esposam-lhe a causa.’”

Mário Palmério, romancista, também citado pelo Ministro Costa Porto em sua obra referenciada, para explicitar a figura popular do “fósforo” (falso eleitor que vota por outro), retrata a existência dos “profissionais do voto”:

“Votou na primeira vez barbudo, representando o velho Didico, morto havia mais de ano; fez a barba, deixando o bigode, e foi para outra seção votar em nome de um tal de Carmelita, sumido desde meses; tirou o bigode e, com a cara mais limpa e lavada desse mundo, preencheu a falta de outro eleitor; e dizem ainda que votou mais uma vez, de cabelo oxigenado e cortado à escovinha, substituindo um rapazinho alemoado que viera trabalhar por uns tempos, na montagem da usina elétrica”. (Mário Palmério, “Vila dos Confins”).

O tema, presente nas eleições do Império e da República Velha, também se mostra contemporâneo à última eleição municipal realizada no país. O Tribunal Superior Eleitoral tem adotado medidas acautelatórias, determinando em algumas localidades a obrigatoriedade do eleitor apresentar documentos com fotografia:

PROCESSO DE VOTAÇÃO. IDENTIFICAÇÃO DO ELEITOR. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO FRAUDULENTA DE TÍTULOS ELEITORAIS. MEDIDAS ASSECURATÓRIAS DA LISURA E LEGITIMIDADE DA VOTAÇÃO. AMPLA DIVULGAÇÃO. DEFERIMENTO.

Ante a existência de circunstâncias direcionadas à adoção de práticas fraudulentas para o uso de títulos eleitorais por pessoas que não seus legítimos detentores, fatos que poderão comprometer a regularidade do processo, de votação e, o resultado das eleições no município, determina-se, excepcionalmente, seja exigida, antes da admissão do eleitor ao exercício do voto, apresentação, além do título, quando dele dispuser, de documento oficial com fotografia que comprove sua identidade.

Medida cuja divulgação incumbirá ao juízo da zona eleitoral com jurisdição sobre, o município, a ser promovida ‘da forma mais ampla possível, de modo a não causar prejuízo ao regular exercício do voto.’

(PA nº 20.059, Relator Ministro Felix Fischer).

A possibilidade de fraude sob essa modalidade é de extrema gravidade, pois atinge o próprio exercício do sufrágio, comprometendo a segurança do voto.

E esta é uma das razões porque o Tribunal Superior Eleitoral já vem desenvolvendo as urnas biométricas para processar o voto a partir da identificação biométrica do eleitor.

A nova tecnologia já foi testada em 3 (três) Municípios nas últimas eleições (Colorado do Oeste-RO, Fátima do Sul-MS e São João Batista-SC) e, para as eleições de 2010, já se projeta um acréscimo da identificação biométrica para mais 4 (quatro) milhões de eleitores.

O Tribunal Superior Eleitoral, assim, “risca o fósforo” de uma indesejável história política do país.

4.3. Da Fraude na dissolução do casamento civil e sua regulamentação pelo Tribunal Superior Eleitoral.

A alternância na chefia dos executivos é um dos princípios tutelados pela legislação eleitoral, de tal forma que a perpetuação de membros de uma mesma família no poder é expressamente vedada pela Constituição Federal:

Art. 14 (...).

§ 7º. São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consangüíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição.

Não tardaram a surgir, no cenário eleitoral, a dissolução de casamentos com o claro e único propósito de fraudar a regra constitucional e, mais uma vez, o Tribunal Superior Eleitoral, em sua constante diligência e acurado senso

de necessário dinamismo de sua jurisprudência, ainda sob o regime constitucional anterior, se mostrou atento:

Recurso de Diplomação. Inelegibilidade. Art. 151, § 19, alínea “d” da Constituição. Fraude à lei.

1. É suscetível de argüição a inelegibilidade, de ordem constitucional, no momento da diplomação, se não foi apreciada em sentença de mérito, na fase de impugnação do registro, de modo a constituir coisa julgada material.

2. A separação judicial dos cônjuges não elide a inelegibilidade constante do art. 151, § 19, d da Constituição, se admitido, pela prova indiciária, tratar-se de situação criada com o intento de fraude à lei eleitoral, assimilável à contrariedade à mesma norma proibitiva que se quis esquivar.

3. Recurso Especial não conhecido.

(Recurso Especial Eleitoral nº 5724, Relator Ministro Rafael Mayer).

O voto do Relator, Ministro Rafael Mayer, demonstra com precisão a fraude à lei. Diz sua Excelência:

“Ora, a partir desses pressupostos, a decisão recorrida tem juridicidade irrefutável. A fraude à lei consiste, precisamente, na utilização de meios jurídicos, em si mesmos válidos, mas que somente visam a eludir a incidência de norma cogente ou proibitiva, para alcançar o objetivo por ela vedado. Trata-se, portanto, da criação de uma situação aparente, intencionalmente forjada no sentido de lograr o resultado proibido, a qual, no sentido clássico do conceito, cumpre a letra da lei, mas viola o seu sentido e propósito, sendo portanto assimilável a contrariedade à lei mesma. Atente-se em que a fraude é ao preceito eleitoral, em esquiva à proibição constitucional, contaminando o ato do processo eleitoral cuja nulificação está na alçada da Justiça Eleitoral.”

Desde então, reiterados são os pronunciamentos do Tribunal Superior Eleitoral impedindo a fraude em casos de dissolução do matrimônio. Cumpre

destacar um aspecto de relevância, pois a atuação da Justiça Eleitoral, além de ocorrer para cada caso concreto submetido à sua apreciação, projeta-se como verdadeiro efeito didático, seja através de resposta às inúmeras consultas formuladas ao Tribunal Superior Eleitoral, seja através do poder normativo, deferido ao TSE, nos termos do artigo 23, IX, do Código Eleitoral e artigo 105, da Lei nº 9.504/97.

E assim, a fraude detectada mediante a simulação do término da relação conjugal já se encontra normatizada pelas Resoluções do TSE:

§ 5º. A dissolução da sociedade conjugal no curso do mandato não afasta a inelegibilidade (Resolução nº21.495, de 9.9.2003).

A consolidação da jurisprudência corrobora o que afirmado linhas atrás, no sentido de que a caracterização da fraude no direito eleitoral não depende tanto do caráter volitivo, externado pela má-fé, mas pela ocorrência objetiva da finalidade de violar o arcabouço da legislação eleitoral.

De fato, pela atual interpretação do Tribunal Superior Eleitoral, a caracterização da inelegibilidade por parentesco conjugal independe da demonstração da fraude na dissolução do casamento, sendo suficiente o seu termo – fato objetivo - durante o mandato.

4.5. Da fraude na transferência do domicílio eleitoral para viabilizar um “terceiro” mandato eletivo.

As eleições de 2008 demonstraram que o tema referente à fraude ao processo eleitoral permanece atual e, como já dito, se evidencia a partir da enorme criatividade dos políticos.

Desta forma, não foi incomum o Tribunal Superior Eleitoral ter se deparado com a transferência de domicílios eleitorais de então exercente de mandato eletivo em um município para município vizinho quando, no primeiro município, já se encontrava no exercício de seu segundo mandato consecutivo.

A fraude foi detectada a partir da ocorrência de um fato normal e regular – a transferência do domicílio – mas com finalidade evidente de burlar a impossibilidade de continuidade de um administrador em cargo público por mais de dois mandatos. O caso foi assim resumido pelo Ministro Eros Grau, no Recurso Especial Eleitoral nº 32.507:

Quem interpreta a Constituição – e não simplesmente a lê – sabe que a regra do § 5º do seu artigo 14 veda a perpetuação de ocupante de cargo de Chefe de Poder Executivo nesse cargo. Qualquer Chefe de Poder Executivo – Presidente da República, Governador de Estado e Prefeito Municipal – somente pode, no Brasil, exercer dois mandatos consecutivos no cargo de Chefe de Poder Executivo.

A ementa do Acórdão bem sintetiza a relevante posição do Tribunal Superior Eleitoral:

RECURSO ESPECIAL. ELEIÇÕES 2008. REGISTRO CANDIDATURA. PREFEITO. CANDIDATO À REELEIÇÃO. TRANSFERÊNCIA DE DOMICÍLIO PARA OUTRO MUNICÍPIO. FRAUDE CONFIGURADA. VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NO § 5º DO ART. 14 DA CB. IMPROVIMENTO.

- 1. Fraude consumada mediante o desvirtuamento da faculdade de transferir-se domicílio eleitoral de um para outro Município, de modo a ilidir-se a incidência do preceito legal disposto no § 5º do artigo 14 da CB.*
- 2. Evidente desvio da finalidade do direito à fixação do domicílio eleitoral.*
- 3. Recurso a que se nega provimento.*

O Ministro Eros Grau acentuou a gravidade da fraude à lei e a sua inaceitabilidade se essa fraude for perpetrada contra a Constituição Federal:

A fraude à lei importa, fundamentalmente, frustração da lei. Mais grave se é à Constituição, frustração da Constituição. (...)

Cumpre-nos o afastamento do erro. A fraude é aqui consumada mediante o desvirtuamento da faculdade de transferir-se domicílio

eleitoral de um para outro Município, de modo a ilidir-se a incidência do preceito.

Em que pese o relevante fundamento de que se trata de jurisdição distinta e, portanto, de cargos distintos, ainda que Chefe do Executivo, a decisão debelou um quadro não repellido pela Constituição e legislação eleitoral: a perpetuidade no poder ante a elegibilidade sucessiva para os cargos do executivo.

4.6. Da Fraude à Lei das Inelegibilidades pela revogação de decretos legislativos

Outro caso colhido das eleições de 2008 e que merece registro foi o ocorrido no julgamento do Recurso Especial Eleitoral nº 29.684. Desenhou-se um quadro jurídico de inelegibilidade decorrente da incidência da alínea “g” do inciso I do artigo 1º da Lei Complementar nº 64/90.

Neste precedente, o candidato obteve a reprovação de 4 (quatro) contas anuais pela Câmara Municipal. No entanto, todos esses 4 (quatro) decretos foram revogados, sem nenhuma motivação, por um único decreto e, ato contínuo, as contas foram aprovadas, tudo a menos de três meses do prazo para registro de candidatura, na clara e inequívoca tentativa de esvaziar o sentido e o propósito da Lei das Inelegibilidades:

Nesta assentada, o Ministro Eros Grau, mais uma vez, foi preciso ao expor a fraude verificada na espécie:

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: Eu direi duas situações que me impressionam bastante. Uma delas é o que Vossa Excelência mencionou: seria uma hipótese paralela à da coisa julgada; a outra é que, além disso, observo que, embora tenha sido uma decisão política — aliás, não foi uma, foram quatro —, estamos nitidamente diante de fraude à lei, no sentido de que fraudar é frustrar.

Eu procurei rapidamente em minhas anotações e verifiquei que Giovanni Rotondi, em 1911, já dizia que a fraude à lei importa, fundamentalmente, frustração da lei. Depois o Alvíno Lima, meu colega e do professor Lewandowski, no Largo São Francisco, numa monografia preciosa, A fraude no Direito Civil, diz assim: ‘Agem em fraude in legis os que frustram a sua aplicação, procurando atingir por via indireta o mesmo resultado material contido no preceito legal proibitivo’. Ou seja, é exatamente o que houve nesse caso: tentou-se ladear a alínea g. Eu diria que o ato em fraude à lei é nulo de pleno direito, de modo que peço vênias para dar provimento”.

Como já pincelado linhas atrás, mostra-se sempre importante e relevante a construção jurisprudencial diária da Justiça Eleitoral, sempre muito próxima aos fatos concretos, já que a ausência de regulamentação legal das fraudes eleitorais, como muitas das ora exemplificadas, faz com que a necessária caracterização de sua antijuridicidade advenha exclusivamente desta atuação e interpretação diuturna que se faz do sistema constitucional-legal eleitoral.

De fato, em eleições anteriores, a revogação de decretos legislativos e a transferência de domicílio para concorrer a um terceiro mandato eletivo não eram caracterizados como fraude ao direito eleitoral e, na prática, eram bem toleradas e admitidas pela Justiça Eleitoral. Mas, a percepção dos operadores do direito, em especial os julgadores, para sorte de todos, evoluiu com a própria evolução das práticas eleitorais pouco ortodoxas.

5. Temas para reflexão em matéria de fraude

Pelos exemplos explicitados e, apelando para o comportamento atento da Justiça Eleitoral propõe-se, para reflexão, três temas importantes na tutela dos valores e princípios eleitorais e no combate à fraude: **(a)** a abrangência da ação de impugnação de mandato eletivo para apurar a fraude; **(b)** a substituição de candidatos às vésperas do processo eleitoral e **(c)** eventual ocorrência de fraude na validação de votos nulos no sistema proporcional.

5.1. A abrangência da ação de impugnação de mandato eletivo para apurar a fraude.

A jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral é no sentido de que a fraude a ser apurada na ação constitucional de impugnação de mandato eletivo refere-se àquela verificada tão somente no processo de votação:

“(...) 2. Não é possível examinar a fraude em transferência de domicílio eleitoral em sede de ação de impugnação de mandato eletivo, porque o conceito de fraude, para fins desse remédio processual, é aquele relativo à votação, tendente a comprometer a legitimidade do pleito, operando-se, pois, a preclusão. (...)”

(Recurso Ordinário nº 888, Relator Ministro Caputo Bastos).

Ocorre, como demonstrado, que os vícios no processo de votação em grande parte foram corrigidos com o advento da urna eletrônica e serão, mais ainda, com a total implementação da identificação biométrica.

Dessa forma, a ação de impugnação de mandato eletivo por fraude, atualmente, é quase que exclusiva para a apuração da compra de votos, ilícito previsto no artigo 41-A, da Lei nº 9.504/97.

Por outro lado, o Código Eleitoral permite que as inelegibilidades constitucionais sejam apuradas em recurso contra expedição de diploma, sem que se opere a preclusão.

Assim, seria apropriado – e esse é o ponto para reflexão - que as fraudes pertinentes às inelegibilidades, e também às elegibilidades constitucionais – excluídas de apuração no RCED - pudessem ser apuradas via ação de impugnação de mandato eletivo, sob pena de se dar prevalência a uma ação prevista em legislação infraconstitucional em detrimento da ação constitucional de impugnação ao mandato eletivo.

De outra sorte, a natureza de ação ordinária dada à ação de impugnação de mandato eletivo tem feito com que sejam utilizados outros instrumentos processuais mais céleres para a tentativa de apejar do poder aquele que tenha vencido o pleito eleitoral com algum vício.

É necessário um novo olhar para esta nobre ação, de previsão constitucional, a fim de que ela não seja escanteada como um instrumento ineficaz de combate à fraude eleitoral.

5.2. A substituição de candidato às vésperas do pleito eleitoral.

Outro tema de relevo envolve o artigo 13, da Lei nº 9.504/97, que prevê a possibilidade de substituição de candidatos que forem considerados inelegíveis, renunciarem, falecerem após o termo final do prazo do registro ou, ainda, que tiverem seu registro indeferido ou cancelado.

A simples leitura do dispositivo legal autoriza as seguintes conclusões: **(i)** que a substituição de candidato poderá ocorrer em virtude de sua inelegibilidade superveniente, renúncia, falecimento após o prazo final do registro ou indeferimento, perante a justiça eleitoral, de seu registro; **(ii)** que a escolha do substituto far-se-á de acordo com as normas estatutárias do partido político a que pertencer o candidato substituído; **(iii)** que o requerimento do registro do substituto (e o conseqüente pedido de substituição) deverá ser em até 10 (dez) dias do fato ou decisão judicial que deu origem à substituição; **(iv)** caso se trate de substituição de candidato a cargo majoritário e coligado, a substituição deverá observar decisão da maioria absoluta dos órgãos executivos de direção dos partidos coligados, podendo o substituto ser filiado a qualquer partido dela integrante, desde que o partido ao qual pertencia o substituído renuncie ao direito de preferência e **(v)** caso se trate de substituição de candidato a cargo proporcional, esta só poderá ocorrer até sessenta dias antes do pleito.

A princípio, como se observa, naquele dispositivo há um prazo máximo em que esta substituição deva ocorrer – dez dias após o fato que lhe deu ensejo – mas não há um prazo máximo antes das eleições para se efetivar. Por outro lado, como decidiu o Tribunal Superior Eleitoral em ocasiões passadas, pode esta substituição ocorrer “a qualquer tempo antes do pleito”, remontando a 1988 uma das primeiras decisões neste sentido, na Consulta nº 9.398, da relatoria do Ministro Aldir Passarinho:

(...) APROVADA A COLIGAÇÃO E PROCEDIDA A ESCOLHA DOS CANDIDATOS, NA HIPÓTESE DE OCORRER, DEPOIS DO REGISTRO, A MORTE, RENÚNCIA OU INDEFERIMENTO, A SUBSTITUIÇÃO FAR-SE-Á POR INDICAÇÃO DA MAIORIA ABSOLUTA DA COMISSÃO EXECUTIVA MUNICIPAL DO PARTIDO A QUE PERTENCER O SUBSTITUÍDO, PROVIDENCIANDO-SE NOVO REGISTRO POR INTERMÉDIO DA COLIGAÇÃO (ARTS. 59 E 60 DA RES. 14.384/88), NO PRAZO DE DEZ DIAS, EM SE TRATANDO DE ELEIÇÕES PROPORCIONAIS, ATÉ SESSENTA DIAS ANTES DO PLEITO E, NO CASO DE ELEIÇÕES MAJORITÁRIAS, TAMBÉM NO PRAZO DE DEZ DIAS DA VACÂNCIA, A QUALQUER TEMPO ANTES DO PLEITO.

(Resolução nº 14.389, de 14.7.1988).

Ocorre que a substituição de candidatos – sobretudo aquelas ocorridas às vésperas do pleito - confronta-se com princípios caros à nossa democracia, como o princípio da representatividade; o princípio da soberania do voto livre e consciente; o princípio da publicidade e o princípio da igualdade, dentre outros e pode, desta forma, se afigurar em fraude.

Assim, tal como nos exemplos anteriormente citados, observa-se uma norma aparentemente regular (artigo 13, da Lei 9.504/97), que pode fraudar o sentido e o propósito de princípios maiores. Afinal, não foi interesse do legislador constitucional que os eleitores votassem sem conhecer seus

candidatos e que os candidatos não se submetessem às críticas próprias a uma campanha eleitoral.

De fato, o princípio do voto soberano, livre e consciente, exige do eleitor o máximo de lucidez possível na hora de exercer a cidadania, investigando e vasculhando sobre o passado político de seu candidato, sobre sua integridade moral e política.

O princípio da igualdade, por fim, intenciona que sejam distribuídos, por igual, os holofotes e as críticas a todos os candidatos, sendo certo que ao mesmo tempo que todos os que concorrem no pleito podem se autopropagandar, devem também ser expostos igualmente ao crivo e às críticas da população e de seus adversários políticos.

A fraude à lei, explicitada no sentido de se valer de um ato aparentemente lícito para se burlar o sistema jurídico, pode ficar ainda mais caracterizada se os partidos ou coligações escolherem em convenção partidária alguém que, mesmo sabendo-se inelegível, seja um excelente “puxador de votos” e, após, resolva substituí-lo, às vésperas, por outrem.

A relação de precedência condicionada ou a ponderação entre princípios constitucionais conduz a uma nítida prevalência dos princípios ora enumerados em prol do direito de substituição dos candidatos infraconstitucionalmente regulamentado.

Desta forma, não há outra forma de se interpretar o artigo 13, da Lei nº 9.504/97, senão segundo os princípios da representatividade; da soberania do voto livre e consciente; da publicidade e da igualdade. E uma solução prática para impedir eventual fraude seria impor um prazo razoável, antes das eleições, para que a substituição ocorra, prazo este em que se permita a obediência àqueles princípios.

Já que não se mostra razoável, perante nosso sistema eleitoral, admitir que alguém que sequer apareceu na propaganda eleitoral gratuita ou fez campanha política nas ruas seja candidato.

5.3. O valor dos votos nulos na eleição proporcional.

Segundo o Glossário Eleitoral Brasileiro, publicado pelo Tribunal Superior Eleitoral, o voto nulo é estéril e não produz efeitos jurídicos:

“O voto nulo é apenas registrado para fins de estatísticas e não é computado como voto válido, ou seja, não vai para nenhum candidato, partido político ou coligação”.

Ocorre que a legislação eleitoral permite o aproveitamento de votos anuláveis, como também aqueles definitivamente considerados nulos através de trânsito em julgado, conforme se verifica da redação do artigo 175, § 4º, do Código Eleitoral:

Art. 175 (...).

§ 2º. Serão nulos os votos, em cada eleição pelo sistema proporcional.

§ 3º. Serão nulos, para todos os efeitos, os votos dados a candidatos inelegíveis ou não registrados.

*§ 4º. O disposto no parágrafo anterior não se aplica quando a decisão de inelegibilidade ou de cancelamento de registro for proferida após a realização da eleição a que concorreu o candidato alcançado pela sentença, **caso em que os votos serão contados para o partido pelo qual tiver sido feito o seu registro.***

A jurisprudência também se manifesta no sentido da validade dos votos nulos para o partido ou para a coligação, quando a decisão que indeferir o registro for proferida após a realização das eleições:

Registro de candidatura – votos nulos - Art. 175, §§ 3º e 4º, do Código Eleitoral – aproveitamento para o partido político - Eleição proporcional.

1. Os votos recebidos por candidato que não tenha obtido deferimento do seu registro em nenhuma instância ou que tenha tido seu registro indeferido antes do pleito são nulos para todos os efeitos.

2. Se a decisão que negar o registro ou que o cancelar tiver sido proferida após a realização da eleição, os votos serão computados para o partido do candidato.

(Agravado de Instrumento nº 3319, Relator Ministro Fernando Neves).

A interpretação não se restringe às hipóteses de indeferimento do registro, mas também aos casos de cassação que podem decorrer dos mais diversos motivos, abuso de poder; condutas vedadas; captação ilícita de sufrágio:

“(...) 4. Considerando que a decisão de cassação do registro ocorreu após a diplomação e tendo em conta o disposto no art. 175, §§ 3º e 4º, do Código Eleitoral, é de ver-se que os votos atribuídos aos candidatos cassados, tidos como não registrados, são nulos para esses representados, mas válidos para a legenda. (...)”

(Recurso em Mandado de Segurança nº 436, Relator Ministro Caputo Bastos).

Dessa forma, a possibilidade de convalidação de votos nulos pode acarretar graves distorções ao resultado das eleições, sobretudo em casos de cassação de registro julgados em AIJE, AIME e RCED, pois os processos de indeferimento (AIRC) dificilmente são julgados após as eleições.

A relevância do tema – sem entrar nos motivos da cassação – é que há candidatos que obtêm um número expressivo de votos, atingindo para o pleito proporcional milhões de votos.

O caso que se propõe à reflexão é a possibilidade de ocorrer a cassação do registro supervenientemente às eleições e ter-se a obtenção de quociente eleitoral através de votos nulos de um único candidato. Haveria, nessa hipótese, fraude à soberania popular e a igualdade do voto pelo aproveitamento de votos nulos?

6. Conclusão

O processo eleitoral brasileiro tem evoluído sempre no sentido de proteger os valores citados da soberania popular, da liberdade do eleitor e da igualdade entre os candidatos no certame eleitoral.

Tal evolução não prescindiu inclusive de altos investimentos orçamentários, por meio do aporte de recursos públicos no desenvolvimento e aplicação de tecnologias das mais modernas por meio da Justiça Eleitoral.

Os temas acima tratados e os colocados para reflexão demonstram a mais não poder a sempre presente possibilidade de utilização de uma leitura da lei com os propósitos de atingir ou mesmo fraudar um daqueles valores tão caros ao Estado Democrático de Direito.

A Justiça Eleitoral cabe sempre estar atenta à realidade dos fatos que, sob uma roupagem de legalidade, na verdade buscam atingir a liberdade do voto, a soberania popular e, principalmente, criar alguma vantagem para um candidato ou grupo político em detrimento de outro.