

Captação ilícita de sufrágio: o comprometimento da democracia

DENILSON BELEGANTE

Promotor de Justiça e Especialista em Direito Constitucional pela ULBRA/Carazinho

Resumo: A democracia representativa, adotada em nosso sistema constitucional, tem no sufrágio universal a sua viga mestra. O voto popular, portanto, tem capital importância, pois é por meio dele que os representantes eleitos irão comandar os destinos do País. Diante disso, é imprescindível que tal voto seja dado de forma livre e consciente, de acordo com o entendimento de cada um dos eleitores e sem qualquer interferência. A captação ilícita de sufrágio é uma forma de viciar a liberdade de escolha do eleitor, sendo prática vedada pela legislação eleitoral, necessitando, então, que seja aplicada de forma efetiva pelos operadores jurídicos e responsáveis pela lisura dos pleitos eleitorais.

Palavras chaves: Direito Constitucional e Eleitoral. Democracia. Liberdade de voto. Captação ilícita de sufrágio.

1 – INTRODUÇÃO

A cada eleição, embora o enorme arcabouço normativo que busca vedar e punir, observa-se ainda uma série de práticas e condutas nocivas, patrocinadas por partidos políticos, candidatos, terceiros e até eleitores, comprometendo, em última análise, a própria democracia brasileira e violando-se, via de consequência, a Constituição Federal.

O presente trabalho teve o intuito de registrar tal fato, que é uma verdadeira mazela em nosso sistema eleitoral, buscando, na análise que se fará do disposto no art. 41-A da Lei 9.504/97, colaborar para que se possa estancar condutas nefastas e que afetam e comprometem a liberdade do eleitor e, via de consequência, o próprio resultado dos pleitos eleitorais.

Buscou-se abordar o sentido e o objetivo almejado pela norma introduzida na legislação eleitoral, que teve iniciativa popular, registrando a interpretação que tem se dado a ele, com uma abordagem da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral.

Registrou-se, por fim, a importância de que seja dada uma compreensão exata da norma referida, contribuindo, assim, para que de forma efetiva se consiga pelo menos diminuir as inúmeras tentativas de burlar a liberdade de voto do eleitor.

2 – O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E O SUFRÁGIO UNIVERSAL

A Constituição Federal de 1988, ao instituir que o Brasil é um Estado Democrático de Direito¹, eleva o princípio democrático à condição de princípio vetor do Estado Brasileiro.

A democracia, conforme fórmula conhecida de Lincoln, é o ‘governo do povo, pelo povo e para o povo’. Silva² nos dá o significado de tal fórmula:

Governo do povo significa que este é fonte e titular do poder (*todo poder emana do povo*), de conformidade com o princípio da soberania popular que é, pelo visto, o princípio fundamental do regime democrático. *Governo pelo povo* quer dizer governo que se fundamenta na vontade popular, que se apóia no *consentimento popular*; governo democrático é o que se baseia na adesão livre e voluntária do povo à autoridade, como base de legitimidade do exercício do poder, que se efetiva pela técnica da *representação política* (*o poder é exercido em nome do povo*). *Governo para o povo* há de ser aquele que procure liberar o homem de toda a imposição autoritária e garantir o máximo de segurança e bem-estar.

A democracia representativa, vigente no Brasil, onde o povo exerce seu poder, por meio de representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único, da CF), tem no voto universal a mola mestra e o fundamental suporte.

O mestre português Canotilho³ faz brilhante vinculação do princípio democrático e o direito de voto:

O sufrágio universal é um instrumento fundamental na realização do princípio democrático: através dele, legitima-se democraticamente a conversão da vontade

¹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, **constitui-se em Estado Democrático de Direito...**

² SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 11ª ed., Malheiros, São Paulo, 1996, p. 135.

³ CANOTILHO, J. J. Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 1998, p. 294.

política em posição de poder e domínio, estabelece a organização legitimamente de distribuição de poder, procede-se à criação do 'pessoal político' e marca-se o ritmo da vida política de um país. Daí a importância do **direito de voto** como direito estruturante do próprio princípio democrático e a relevância do procedimento eleitoral justo para a garantia da autenticidade do sufrágio.

O princípio democrático (democracia) enseja o nascimento dos direitos políticos, que se constituem no "conjunto de regras que disciplina as formas de atuação da soberania popular"⁴, e abrangem "o poder que qualquer cidadão tem na condução dos destinos de sua coletividade, de uma forma direta ou indireta, vale dizer, sendo eleito ou elegendo representantes próprios junto aos poderes públicos."⁵

O sufrágio universal, garantido constitucionalmente (art. 14 da CF), constitui-se em direito subjetivo público de natureza política, que permite ao cidadão o direito de votar e de ser votado, bem como de participar da organização e da atividade do poder estatal. Ou seja, o voto é o instrumento que liga o votante ao votado e viabiliza o sistema da democracia representativa.

O livre exercício do voto, portanto, é um dos pilares da democracia representativa, porquanto, conforme lição de Bobbio⁶, "as deliberações que dizem respeito à coletividade inteira, são tomadas não diretamente por aqueles que dela fazem parte mas por pessoas eleitas para esta finalidade." É preciso, então, que a vontade do eleitor, manifestada pelo voto, ocorra de acordo com sua consciência e concepção ideológica e política. Além de se garantir o voto universal, é necessário que a manifestação dele aconteça sem qualquer influência nefasta, mas somente com base na sua livre e espontânea vontade de escolha.

Como forma de garantir tal liberdade, a própria Constituição estabelece que o voto dever ser direto, secreto e igualitário (art. 14, *caput*). Por voto direto compreende-se não ser possível que ele seja dado por meio de intermediários, de interpostas pessoas, exigindo-se que o eleitor exerça, por si, a sua escolha. É garantido também que esta escolha seja feita de forma secreta, livrando o eleitor de qualquer pressão quando da votação. Por fim, a igualdade do voto, ou seja, o atendimento do princípio norte americano, um homem, um voto – *one man, one vote*, garante o mesmo valor ao eleitor e a mesma importância política.

⁴ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional, 9ª ed., Atlas, São Paulo, 2001, p. 222.

⁵ Bastos, Celso Ribeiro Bastos, Curso de Direito Constitucional, 16ª ed., Saraiva, São Paulo, 1995.

⁶ BOBBIO, Norberto, O Futuro da Democracia, Ed. Paz e Terra, 9. São Paulo, 2004, p. 56.

Ao abordar os princípios materiais do sufrágio, Canotilho⁷ ensina que o ‘princípio da liberdade do voto significa garantir ao eleitor um voto formulado sem qualquer coação física ou psicológica exterior de entidades públicas ou entidades privadas’. A liberdade de voto também não é garantida quando há a famigerada compra de votos, e isto também se constitui em coação, que se poderia dizer de natureza econômica.

Francisco de Assis Vieira Sanseverino⁸, valendo-se de lições de Assis Brasil, dá o significado exato do que seja voto secreto:

De forma mais geral, o voto secreto tem a finalidade de garantir o eleitor contra qualquer influência que lhe suprima ou reduza a integridade de sua opção, e de precaver a sociedade contra todo gênero de alienação, por parte do eleitor, do seu direito de escolha, seja por compra e venda, seja por usurpação, ameaça, perseguição ou qualquer gênero de solidariedade forçada que importe eliminação virtual da liberdade do eleitor.

Para se chegar à escolha, que deve ser livre, secreta e igualitária, os eleitores são, no período eleitoral, persuadidos por meio da campanha eleitoral, que tem o intuito de convencer o eleitor a eleger determinado candidato. É por meio do lançamento de idéias, de propostas e até de promessas que os pretendentes aos cargos eletivos buscam persuadir/convencer a população apta a votar para fazerem a escolha. Esta forma de captação de sufrágio é conduta plenamente lícita de que lançam mãos os candidatos para angariar os votos dos eleitores.

Entretanto, não raras vezes, várias práticas ilícitas são utilizadas para o *convencimento* dos eleitores, extorquindo a vontade destes, que acabam votando não por idéias, mas sim mediante o escambo de bens e valores dos mais variados, situação que compromete a democracia.

Esta advertência, aliás, é de Bobbio⁹, ao afirmar que existem boas razões para se acreditar que, nos regimes democráticos, esteja diminuindo o voto de opinião e aumentando o voto de permuta (*voto di scambio*), transformando a política num ‘pequeno mercado’, o chamado ‘mercado político’, no qual o voto é negociado como qualquer outra mercadoria ou produto, numa relação de natureza privada, de clientela entre vendedor e comprador.

⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 1998, p. 296.

⁸ SANSEVERINO, Francisco de Assis Vieira. “COMPRA DE VOTOS” Análise à luz dos princípios democráticos. Ed. Verbo Jurídico, Porto Alegre, 2007, p. 181-2.

⁹ BOBBIO, Norberto, O Futuro da Democracia, Ed. Paz e Terra, 9. São Paulo, 2004, p. 45 e 153.

Embora a repetição de tais condutas, a cada eleição, os mecanismos existentes não conseguiram dar conta e amainar tal estado de coisa. Ou seja, mesmo existente legislação, na esfera civil e penal, que punia várias práticas ilícitas no período eleitoral, não estava ela obtendo efetividade, seja pela dificuldade de punir os culpados, seja pela demora na solução dos mecanismos existentes, fazendo com que, via incontáveis recursos, o imputado acabava cumprindo o mandado antes mesmo de terminar o processo pelo qual se buscava a sua punição.

O art. 41-A da Lei 9.504/97, introduzido pela Lei 9.840/99, prevendo a captação ilícita de sufrágio é, por certo, mais uma tentativa de moralizar o processo eleitoral, sendo que o presente trabalho tem o objetivo de trazer algumas observações para a correta aplicação do mecanismo.

3 – CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. ASPECTOS GERAIS

Na tentativa de conter qualquer tipo de influência indevida e nefasta nas eleições, a legislação eleitoral tem buscado cada vez mais estabelecer vedações no sentido de evitar que o voto seja utilizado como moeda de troca entre candidato e eleitor. Com este intuito, por exemplo, é que se proibiu, na propaganda eleitoral, a distribuição de camisetas, bonés, canetas e outros objetos que sejam úteis às pessoas, a fim de evitar que seja o voto escambado por tais objetos (art. 39, § 6º, da Lei 9.504/97).

Se não é permitida a entrega dos bens que possam ser úteis (proporcionar vantagens) aos eleitores, como propaganda, é evidente que não é possível que tal prática se dê com o fim específico de obtenção do voto.

O art. 41-A da Lei 9.504/97¹⁰, introduzido pela Lei 9.840/99, surgiu por meio de projeto de lei de iniciativa popular visando, como se disse, à moralização do processo eleitoral, pretendendo punir a famosa *compra de votos*, levada a cabo das mais variadas formas e que se torna mais nítida nos pleitos municipais.

Tal prática ilícita, infelizmente, desenha-se a cada eleição, ofendendo de forma substancial a democracia, uma vez que o voto – que deveria ser livre – é *comprado* por políticos inescrupulosos, que se aproveitam, na maioria

¹⁰ Ressalvado o disposto no art. 26 e seus incisos, constitui captação de sufrágio, vedada por esta Lei, o candidato 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, inclusive, sob pena de multa de mil a cinqüenta mil Ufir, e cassação do registro ou do diploma, observado o procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar n.º 64, de 18 de maio de 1990.

das vezes, das condições de miserabilidade e de exclusão de uma grande massa de eleitores.

Com o intuito de no mínimo minorar tal estado de coisas, que outras normas até então existentes não estavam conseguindo evitar, é que surgiu, com forte apoio popular¹¹, a norma do art. 41-A da Lei 9.504/97. Combater a corrupção eleitoral sob o ponto de vista de se garantir o prevalecimento da vontade do eleitor quando do voto, foi o escopo da norma.

A conduta vedada no art. 41-A é semelhante a que se encontra prevista no art. 299 do Código Eleitoral¹². Entretanto, a captação ilícita do sufrágio se processa mediante representação com conteúdo cível-eleitoral que objetiva a cassação do registro ou do diploma, em procedimento célere, enquanto que o crime observa o rito processual de praxe, e tem como conseqüência uma condenação criminal, cujo trânsito em julgado ensejará perda do mandato (art. 92, I, do Código Penal) e também acarretará inelegibilidade (art. 1º, I, 'e', da Lei n.º 64/90).

O procedimento célere da investigação judicial eleitoral para apurar a conduta de captação de sufrágio e a possibilidade de execução imediata da decisão, como se verá logo mais, dão efetividade à norma em questão, permitindo, em tempo hábil, ou a cassação do registro ou do diploma do candidato. Tal situação dificilmente ocorreria no processo criminal, diante da demora natural do processamento, aliado à necessidade de trânsito em julgado da decisão criminal.

É importante registrar que os mesmos fatos podem configurar tanto o ilícito do art. 41-A como o crime do art. 299 do Código Eleitoral, permitindo o ajuizamento de ambos os processos, sem que um seja prejudicial ao outro, tendo em conta a independência das esferas civil-eleitoral e criminal. Assim, a absolvição na representação do art. 41-A da Lei 9.504/97 não impede a persecução e a condenação na seara criminal pelo crime de corrupção eleitoral.¹³ O contrário, ou seja, a absolvição no crime, dependendo da motivação, poderá interferir na seara civil/eleitoral por força do art. 66 do Código de Processo Penal.

¹¹ O projeto de lei teve iniciativa popular, encabeçada pela Comissão Brasileira de Justiça e Paz, com a colaboração da CNBB e mais 60 entidades (SANSEVERIANO, Francisco de Assis Vieira. "COMPRA DE VOTOS" Análise à luz dos princípios democráticos. Ed. Verbo Jurídico, Porto Alegre, 2007, p. 232).

¹² Art. 299. Dar, oferecer, prometer, solicitar ou receber, para si ou para outrem, dinheiro, dádiva ou qualquer outra vantagem, para obter ou dar voto e para conseguir ou prometer abstenção, ainda que a oferta não seja aceita.

¹³ Neste sentido, **AG-6563** – ACÓRDÃO SÃO PAULO - SP 27/11/2007 Relator(a) ANTONIO CEZAR PELUSO e **AG-8905** – ACÓRDÃO UBERABA - MG 27/11/2007 Relator(a) ARNALDO VERSIANI LEITE SOARES.

Ainda, convém ressaltar que a captação de sufrágio pune tão-somente o corruptor e não o corrompido, ou seja, somente o candidato que praticar algumas das condutas vedadas, deixando impune o eleitor beneficiário. Tal anomalia já não ocorre com o crime do art. 299 do Código Eleitoral, que também considera criminosa a conduta daquele que solicita ou recebe a vantagem em troca de voto.

A prática ditada pelo artigo em questão não se confunde, igualmente, com a conduta que configura o abuso do poder econômico, previsto no art. 22 da Lei Complementar 64/90, que também traz conseqüências ao candidato.

Com efeito, conforme já pacificado, a captação de sufrágio não exige que a ação do candidato tenha influenciado no resultado das eleições, o que é exigido para a configuração do abuso do poder econômico. Basta, em tese, para configurar o ilícito do art. 41-A da Lei 9.504/97, uma única prática (prometer, doar, ofertar e entregar), a determinada pessoa algum bem ou vantagem pessoal, com o objetivo de obter o voto. É que, como se disse, o objetivo da norma proteger a liberdade de escolha do candidato.

4 – CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. ASPECTOS MATERIAIS

A conduta apta a caracterizar o ilícito do art. 41-A da Lei 9.504/97 deve ser praticada dentro do que chamou o TSE de período crítico eleitoral, que vai do registro da candidatura até o dia da eleição.

Fora de tal período é possível a punição com base no art. 299 do Código Eleitoral, que não limita a prática em um espaço temporal. Ainda, é viável a investigação sob o ponto de se configurar abuso do poder econômico¹⁴, que exige comprovação, como referido, de que ocorreu influência no pleito.

É possível, também, fora do período referido, configurar-se a conduta vedada no art. 73, IV, e § 10 da Lei 9.504/97, em se tratando de candidato que também seja agente público, cuja vedação se estende a todo ano eleitoral., que também tem representação específica para a apuração (art. 96 da Lei Eleitoral)

Uma vez que conduta vedada é a do candidato, é preciso se estabelecer a partir de quando a pessoa pode ser considerada como tal. O TSE, de acordo com a doutrina de um modo geral, tem entendido ser a data do pedido de registro feito pelo candidato, independentemente de ter sido ele deferido¹⁵,

¹⁴ Ver nota 8.

¹⁵ Neste sentido, **RESPE 19566** ACÓRDÃO MATOZINHOS - MG 18/12/2001 Relator(a) SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA e **RESPE-19229** - ACÓRDÃO SÃO LOURENÇO - MG 15/02/2001 Relator(a) FERNANDO NEVES DA SILVA.

até porque uma decisão definitiva, em havendo impugnação, poderia demorar muito, inclusive ocorrer somente depois da eleição, tornando o dispositivo legal letra morta.

O artigo em questão, literalmente considerado, pune somente o candidato que incidir na prática vedada, não alcançando o terceiro que o tenha auxiliado e colaborado para a prática, o que é plausível de acontecer. Ao usar a expressão ato do candidato não restou excluída a possibilidade deste ato ser praticado indiretamente, ou seja, por terceiro, com a anuência e o conhecimento do candidato, situação que o coloca como infrator da norma¹⁶. Dito de outro modo, as condutas vedadas podem ser praticadas diretamente pelo candidato, quando p. ex., ele oferece dinheiro em troca do voto, ou ainda indiretamente, quando p. ex., um terceiro, a pedido do candidato, ou com o conhecimento e a anuência deste, fizer o pedido do voto em troca de vantagem. Aliás, esta última forma de captação, com a utilização de interposta pessoa, é o que normalmente ocorre, até para evitar a exposição do candidato. Numa situação dessas seria irracional deixar-se de punir o candidato que estava ciente e anuiu com a ilegalidade praticada pelo terceiro, impondo que seja dada uma interpretação correta do que o legislador chamou de ato do candidato, sob pena de se contrariar o escopo buscado pela norma em questão¹⁷.

E mais, embora não esteja expresso no artigo em comento, não é desarrazoado entender-se que também poderia ser punido o terceiro que tenha atuado em co-autoria/participação com o candidato, aplicando-lhe por certo somente a pena de multa, única compatível com sua condição. É que, como se disse acima, não raras vezes, são os terceiros que fazem tal ‘trabalho’, ou seja, procuram os eleitores para a compra dos votos, sendo inconcebível que restem impunes pela norma em questão, que tem o escopo de preservar a vontade do eleitor. É um contra-senso, por certo, punir-se o candidato que indiretamente praticou a conduta e deixar livre o terceiro que praticou o ato diretamente, situação que acarretaria um absurdo jurídico e contrariaria o objetivo trazido pela norma de garantir a liberdade do voto.

Quanto ao tema, é de rigor seja transcrita lição de Rodrigo López Zilio¹⁸:

¹⁶ Nesse sentido, RESPE 25.886 ACÓRDÃO URUGUAINA RS, Ministro Rel. Francisco Cesar Asfor Eocha, 27/04/2007.

¹⁷ Neste sentido, **RESPE-21264** – ACÓRDÃO MACAPÁ - AP 02/09/2004 Relator(a) CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO e **RESPE-21264** ACÓRDÃO MACAPÁ - AP 27/04/2004 Relator(a) CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO.

¹⁸ ZÍLIO, Rodrigo López. Do terceiro não-candidato e da aplicação das sanções pela captação ilícita de sufrágio, in <http://www.tre-sc.gov.br/site/fileadmin/arquivos/biblioteca/doutrinas/rodrigo.htm>, acessado em 29.5.08.

Ora, ao se admitir – além da participação direta – a forma indireta de participação do candidato na conduta reprovável, estar-se-á admitindo, de modo implícito, que a conduta principal foi praticada por outrem. E, em sendo punível a participação indireta do candidato, é de ser admitida, também como punível, a conduta do agente principal que não é candidato. Implausível, raciocínio diverso. No julgado mencionado, foi punido o candidato que somente anuiu explicitamente à conduta vedada de terceiro. No entanto, para que o candidato seja punido – e no caso concreto o foi –, é necessário, como um antecedente lógico, que o praticante da conduta principal, à qual o candidato aderiu, também receba as sanções do mesmo artigo de lei. Somente essa interpretação pode manter uma coerência lógica sobre o tema, de modo a não subverter o sistema jurídico. Não se trata, aqui, de dar uma interpretação extensiva a normas proibitivas ou sancionatórias; trata-se, apenas, de – por uma interpretação sistemática – restabelecer critérios de logicidade e de preservar conceitos básicos e norteadores do direito de punir do Estado na seara extrapenal.

É a mesma posição adotada por Sanseverino¹⁹, ao afirmar a possibilidade de aplicar a punição também ao terceiro que concorrer, de qualquer modo, para a prática vedada.

Ainda, para a configuração da prática vedada, não é necessário que haja pedido expresso de voto²⁰, até porque, por ser proibido, é natural que se busque camuflar o pleito, que se use de subterfúgios, que se faça tal na clandestinidade, sem a presença de testemunhas. Ou seja, não há anúncio de compra de votos em jornais, rádios, panfletos, etc. O normal é que referidas condutas sejam feitas às escondidas, em conversas reservadas, com a tomadas de todos os cuidados, pois todos sabem que são ilícitas. É necessário, então, que se dê a devida valorização diante do contexto probatório, muitas vezes formado por prova indiciária.

Veja que as condutas de *oferecer e prometer*, por certo, têm maior dificuldade de comprovação, a menos que, p. ex., tal oferta/promessa conste em algum documento ou gravação, o que não é descabido imaginar, considerando que muitos eleitores procuram registrar tais práticas, gravando, p. ex., a conversa com o ofertante/promitente. Esta gravação existente é prova lícita e que pode ser utilizada para subsidiar a ação de investigação judicial eleitoral (AIJE)²¹.

¹⁹ SANSEVERINO. Francisco de Assis Vieira. “COMPRA DE VOTOS” Análise à luz dos princípios democráticos. Ed. Verbo Jurídico, Porto Alegre, 2007, p. 268.

²⁰ Nesse sentido, **RESPE-25851** – ACÓRDÃO JAÚ - SP 27/11/2007 Relator(a) ANTONIO CEZAR PELUSO.

²¹ Nesse sentido, **RESPE-25867** – ACÓRDÃO BRASÍLIA - DF 31/10/2006 Relator(a) CARLOS EDUARDO CAPUTO BASTOS e **RESPE-25822** – ACÓRDÃO FRANCISCO AYRES - PI 25/05/2006 Relator(a) FRANCISCO CESAR ASFOR ROCHA.

No que diz respeito às condutas de *doar e entregar*, que se constituem em um *plus* em relação às outras duas, a apreensão dos bens ou valores entregues pode facilitar a demonstração da ilicitude. A contratação temporária, o emprego público, em caráter precário, no período vedado, é indicativo seguro da prática ilícita. É importante registrar que, sendo cometida a ação (doação, oferta, promessa e entrega) no período crítico, ou seja desde o pedido de registro da candidatura até o dia da eleição, é de se presumir o intuito de obtenção de voto, porquanto não é razoável se concluir que tal conduta não tenha tal fim²². Ou seja, uma vez comprovada a prática vedada, a presunção é que ela foi feita para a obtenção do voto, pois não é possível imaginar que o candidato fosse, p. ex., entregar uma cesta básica por pura benevolência na véspera da eleição.

Não há necessidade, outrossim, para a configuração da captação ilícita de sufrágio, que a conduta seja reiterada²³, bastando que o pedido seja feito a uma única pessoa, pois a norma visa a proteger a vontade do eleitor e não a lisura do pleito.²⁴ Neste aspecto é que se verifica a principal diferença entre a regra do art. 41-A e a prevista no art. 22 da Lei Complementar n.º 64/01, referente ao abuso do poder econômico. Com efeito, naquela não há necessidade que a conduta vedada tenha influenciado o resultado na eleição, nesta, por outro lado, somente haverá abuso de poder econômico, a ensejar as sanções legais, se restar demonstrado o comprometimento da lisura do pleito²⁵.

Registre-se, ainda, que, de forma correta, não tem se exigido a identificação do eleitor beneficiado com a vantagem em troca do voto, bastando a demonstração de uma das condutas vedadas por parte do candidato.²⁶

Também deve ser configurada prática vedada quando há uma pluralidade de beneficiados, como p. ex., membros de uma família. Com efeito, muitas vezes – e isto não é raro de acontecer – o candidato promete um bem ou uma vantagem, como um emprego a um dos membros, buscando a obtenção dos votos de todos os integrantes, situação que, embora a

²² Neste sentido, **RESPE-25146** – ACÓRDÃO SEROPÉDICA - RJ 07/03/2006 Relator(a) GILMAR FERREIRA MENDES, Relator(a) designado(a) MARCO AURÉLIO MENDES DE FARIAS MELLO.

²³ Neste sentido a ementa do TSE: **AG-8857** – ACÓRDÃO REGINÓPOLIS - SP 21/02/2008 Relator(a) JOSÉ AUGUSTO DELGADO.

²⁴ RIBEIRO, Renato Ventura, Lei eleitoral Comentada, Quartier Latin, São Paulo, 2006, p. 292

²⁵ Nesse sentido, **RESPE-27737** – ACÓRDÃO CAXINGÓ - PI 04/12/2007 Relator(a) JOSÉ AUGUSTO DELGADO e ACÓRDÃO 21264 – MACAPÁ - AP 27/04/2004 Relator(a) CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO.

²⁶ Neste sentido, **RESPE-28441** ACÓRDÃO POMPÉIA - SP 06/03/2008 Relator(a) JOSÉ AUGUSTO DELGADO Relator(a) designado(a) MARCELO HENRIQUES RIBEIRO DE OLIVEIRA e RESPE 25256 – ACÓRDÃO SAPUCAIA DO SUL - RS 16/02/2006 Relator(a) FRANCISCO CESAR ASFOR ROCHA.

pluralidade, não poderia escapar do comando proibitivo, sob pena de se concretizar um contra-senso. De fato, se a oferta tivesse sido feita a apenas a um dos membros, em troca do seu voto, estaria caracterizado o ilícito, não tendo lógica que tal não ocorresse se pela oferta o candidato angariasse o voto de todos os membros desta família. Acaso assim não se considere teria que se demonstrar a ocorrência do abuso do poder econômico, exigindo-se demonstração de influência no resultado do pleito, fato que poderia nem ter ocorrido, escapando o candidato de qualquer punição.

A mesma vedação deve acontecer quando a oferta seja endereçada a membros de uma igreja ou de uma comunidade, bairro ou vila, uma vez que, conforme já assentado pelo próprio TSE, a pluralidade de beneficiários não desfigura a ilicitude.²⁷ É preciso, no entanto, que a promessa seja direcionada a beneficiar individualmente os membros dessa comunidade, como p. ex., promessa de entrega de lotes aos moradores, não se constituindo em prática vedada a promessa feita por candidato no sentido de fazer melhorias no bairro/comunidade, nem mesmo quando há o compromisso, p. ex., de construir um posto de saúde, uma escola, uma praça, uma vez que estes bens serão fruídos coletivamente, não havendo a mera satisfação de interesses privados²⁸.

Francisco Assis Vieira Sanseverino²⁹ traz a distinção entre promessa ilícita e promessa de campanha, que é oportuno transcrever:

Com efeito, para o enquadramento da conduta no art. 41-A, deve haver a 'compra' ou 'negociação' do voto do eleitor, com promessas de vantagens mais específicas, de forma a 'corromper' o eleitor. Já as promessas de campanha eleitoral, embora também dirigidas aos eleitores e com a nítida finalidade de obter os seus votos, têm caráter mais genéricos. Por exemplo, as promessas, formuladas através de planos de governo, para construção de hospital, escola, igreja, ponte, ruas, obras públicas; a criação ou manutenção de benefícios, e outras. Entretanto, impõe-se ressaltar que a promessa pode ser formulada desde que NÃO condicionadas à obtenção do voto do eleitor, de modo a corromper o eleitor.

Questão interessante é a do candidato que dê a outro determinada vantagem para que desista do pleito, obtendo êxito em tal intento. Tal situação parece não encontrar vedação no art. 41-A, uma vez que esta norma tem o

²⁷ Neste sentido, RESPE-21120 – ACÓRDÃO 21120 VITÓRIA - ES 17/06/2003 Relator(a) LUIZ CARLOS LOPES MADEIRA.

²⁸ Neste sentido, RESPE-19176 – ACÓRDÃO 19176 ARACRUZ - ES 16/10/2001 Relator(a) JOSÉ PAULO SEPÚLVEDA PERTENCE.

²⁹ SANSEVERINO. Francisco Assis Vieira. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO, Revista do Ministério Público n.º 52, Promotor de Justiça.179-80.

escopo de vedar promessa, doação, etc. ao eleitor, em troca do voto dele³⁰. A vantagem, no caso, não é endereçada ao eleitor.

Tal quadro, no entanto, pode encontrar vedação no art. 22 da LC 64/90, uma vez que o afastamento de outro candidato, mediante paga, é revelador de abuso de poder econômico e, por certo, compromete a lisura do pleito, sendo fato de desequilíbrio evidente no processo eleitoral, ainda mais em situações em que um candidato, mediante pagamento, afaste o outro que tem incidência na mesma zona eleitoral, objetivando que os votos migrem para ele. Com isso, usando de seu poderio econômico, estará angariando votos, comprometendo a lisura do pleito.

São incontáveis, por certo, os bens e as vantagens que podem ser objeto de oferta, promessa, doação e entrega. Além do dinheiro, é muito comum a entrega de cestas básicas (sacolões), materiais de construção (tijolo, cimento, vidros, aberturas, telhas, areia, etc), vestuário, calçados, entre outros. É bastante ocorrente a prática de entrega de vales aos eleitores, permitindo a compra em supermercados, postos de combustíveis e revendas de gás³¹.

Ainda, constitui vantagem de caráter pessoal, a promessa de emprego ou função pública ou a própria contratação no período crítico, o que não é raro de acontecer, máxime quando se tratar de candidato-empresário, cuja empresa poderá abarcar os empregos prometidos. Igualmente deve haver especial atenção para a contratação temporária feita pela administração municipal no período eleitoral, porquanto evidente o propósito de obtenção do voto, salvo, p. ex., para atender a calamidades públicas.

Não há vedação, no entanto, na contratação de cabos eleitorais, conforme disciplina a própria Lei Eleitoral (art. 100 da Lei 9.504/97), cujo o objetivo é a prestação de serviços inerentes à campanha, o que difere, por certo, da prática vedada no art. 41-A.

Convém registrar, ainda, que a captação ilícita de sufrágio também pode constituir conduta vedada prevista no art. 73, IV e V, da Lei 9.504/97, que também permite, por força do § 5º do referido artigo, a cassação do registro ou do diploma, além da multa. Ou seja, se o candidato, que for agente público, distribuir de forma gratuita bens e serviços após o registro da candidatura ou contratar servidor nos três meses que antecedem ao pleito, com o intuito de obter o voto, incorrerá nas vedações dos incisos IV e V,

³⁰ Neste sentido, RESPE-19399 – ACÓRDÃO 19399 CACHOEIRINHA - TO 23/10/2001 Relator(a) JOSÉ PAULO SEPÚLVEDA PERTENCE.

³¹ Vários exemplos são trazidos por CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes da Luz de Pádua, *Direito Eleitoral Brasileiro: o Ministério Público Eleitoral, as eleições em face da Lei 9.504/97*, ed. Del Rey, 2ª ed., Belo Horizonte, 2002, p. 1030-1.

respectivamente, do art. 73 da Lei 9.504/97, e também no art. 41-A da mesma Lei, ficando sujeito a ambas as sanções, sem que isso se considere *bis in idem*.³²

Ressalte-se, no entanto, a posição razoável de Francisco Assis Vieira Sanseverino³³, no sentido de que o candidato que incorrer nas duas vedações (do art. 41-A e do art. 73, IV e V, da lei 9.504/97) ficaria sujeito, pelo princípio da especialidade, às sanções deste último dispositivo, que são mais específicas em relação às condutas vedadas no primeiro, trazendo um argumento de peso no sentido de que, se aplicável o art. 73, o candidato beneficiado será atingido pelas sanções, independentemente de prova de ter praticado a conduta ou ter participado, o que seria exigido para a responsabilização pelo art. 41-A.

Não é demasiado lembrar que as condutas do art. 73, IV e V, da Lei 9.504/97 poderão configurar abuso de poder econômico e político, viabilizando a AIJE, na qual é possível a aplicação da sanção de inelegibilidade.

5 – CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. ASPECTOS PROCESSUAIS.

A apuração das condutas que configurem captação ilícita de sufrágio, nos termos do art. 41-A da Lei 9.504/97, dá-se por meio de representação, com rito previsto no art. 22, I a XIII, da Lei das Inelegibilidades (LC 64/90), a ser ajuizada, em se tratando de pleito municipal, perante o juiz eleitoral da respectiva zona eleitoral.

Tal artigo, como se sabe, prevê a Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE), sendo que Adriano Soares da Costa³⁴ sustenta que sequer houve a criação de uma nova ação e que a ser interposta contra a captação de sufrágio é a AIJE, sem a aplicação do inc. XIV, do art. 22 da LC 64/90.

Eis a lição do referido autor:

Há quem diga que o art. 41-A teria criado uma *representação*, que seria processada pelo rito da ação de investigação judicial eleitoral (AIJE), mas que com ela não se confundiria, razão pela qual não seria aplicável os incisos XIV e XV do art. 22 da LC 64/90. É evidente, sem embargo, o equívoco dessa construção teórica. Em verdade,

³² Neste sentido, AG-7294 – ACÓRDÃO BRAGANÇA - PA 06/03/2007 Relator(a) CARLOS EDUARDO APUTO BASTOS.

³³ SANSEVERINO. Francisco de Assis Vieira. “COMPRA DE VOTOS” Análise à luz dos princípios democráticos. Ed. Verbo Jurídico, Porto Alegre, 2007, p. 225-7.

³⁴ COSTA, Adriano Soares da. Captação de sufrágio e inelegibilidade: análise crítica do art. 41-a da Lei nº 9.504/97. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2909>>. Acesso em: 30 maio 2008.

a ação de direito material cabível contra a captação de sufrágio deve ser manejada através da ação processual própria, que é a ação de investigação judicial eleitoral.

Tal conclusão, *venia* ao ilustrado doutrinador, está equivocada. De fato, o que o legislador previu foi somente a adoção do procedimento da AIJE, sendo que a apuração se dá por meio de representação específica, conforme deixou claro o art. 23 da Res. do TSE n.22.624/2007³⁵.

É o mesmo o que ocorre, ademais, com a representação por infração ao art. 30-A da Lei 9.504/97, que também se utilizou do procedimento do art. 22 da LC 64/90. Neste sentido, a precisa lição de Rodrigo López Zílio³⁶:

É de fundamental importância a distinção entre a figura prevista no art. 30-A, § 2º, da Lei n. 9.504/97 e a investigação judicial eleitoral (art. 22 da Lei Complementar n. 64/90), sob pena de esvaziamento completo e irreversível da novidade legislativa criada pela minirreforma eleitoral (Lei n. 11.300/06).

(...)

Reconhecida a incidência de nova ação de direito material, na figura normativa prevista no art. 30-A, § 2º, da Lei n. 9.504/97, cumpre consignar, de pronto, que o rito procedimental aplicável à representação por captação e gastos ilícitos de recursos, para fins eleitorais, é, por força do disposto no § 1º do art. 30-A da Lei das Eleições, o estabelecido no art. 22 da Lei Complementar n. 64/90. Portanto, a única relação existente entre a representação por captação e gastos ilícitos de recursos, para fins eleitorais (art. 30-A, § 2º, da Lei n. 9.504/97), e a investigação judicial eleitoral (prevista na Lei Complementar n. 64/90) é a aplicação do rito procedimental previsto no art. 22 da lei complementar referida. Se a própria Lei n. 11.300/06 prevê, de modo expresso, no § 1º do art. 30-A, que, na apuração da qual trata, aplica-se o procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar n. 64/90, forçoso convir que não pretendeu, o legislador pátrio, resumir – sob o ponto de vista do direito material – a representação por captação e gastos ilícitos de recursos, para fins eleitorais, à mesma hipótese material de cabimento da investigação judicial eleitoral. Cabe reiterar, neste diapasão, que a vinculação entre a Lei Complementar n. 64/90 e o art. 30-A da Lei n. 9.504/97 é exclusivamente adjetiva e processual, ainda que mitigada.

Convém ressaltar que é salutar não se fazer confusão a respeito do tema, uma vez que a AIJE, para a sua procedência, exige comprovação de que houve, em razão de abuso de poder econômico, comprometimento da lisura do pleito, o que não ocorre em relação à representação por captação

³⁵ Art. 23 da Res. 22.624/07: As representações que visarem à apuração das condutas vedadas pelos arts. 30-A e 41-A da Lei 9.504/97 seguirão o rito previsto nos incisos I a XIII do art. 22 da Lei Complementar n.º 64/90.

³⁶ ZÍLIO, Rodrigo López. Rev. do TRE/168 RS, Porto Alegre, v.12, n.25, jul./dez. 2007

ilícita de sufrágio, que protege, como já se disse, a vontade do eleitor e independe de demonstração que houve desequilíbrio na eleição.

A representação, conforme já assentado pelo TSE, pode ser interposta até a diplomação³⁷ e não no prazo de 5 dias. Registre-se que, após a diplomação, não resta impedida a instauração de ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME) tendo por base em fatos tipificadores de captação ilícita de sufrágio, os quais, por certo, caracterizam corrupção (art. 14, § 10, da CF). Igualmente, afigura-se viável a Ação contra a Diplomação (ACD), tendo por base o fundamento previsto no art. 262, IV, do Código Eleitoral.³⁸ Em ambas, porém, deve-se comprovar que a conduta ilícita foi potencialmente lesiva para desequilibrar o pleito eleitoral, consequência esta não exigida na representação pelo art. 41-A da Lei 9.504/97.

A petição inicial deve observar os requisitos previstos para a AIJE, ocasião em que poderão ser arroladas até no máximo 06 testemunhas, bem como juntados os documentos, fotografias e gravações de áudio e vídeo, meios estes importantes para a demonstração da conduta ilícita. A mesma produção de provas, como garantia de contraditório e ampla defesa, é facultada ao réu quando apresentar a contestação da representação.

A legitimidade ativa para ação é dos partidos políticos, coligações candidatas e do Ministério Público Eleitoral, que, não sendo autor, deve atuar no processo sob pena de nulidade absoluta. Ainda, os partidos políticos, embora coligados, podem ajuizar a ação de forma isolada.³⁹

A parte passiva, não há dúvida, é o candidato. Igualmente, conforme já mencionamos acima, se a prática do candidato se der de forma indireta, por intermédio de terceiro, numa interpretação sistêmica, impõe-se que este também integre o pólo passivo, sob pena de se violar o escopo do artigo em questão, que é o de garantir a vontade do eleitor.

Se a conduta for de candidato à majoritária, embora haja quem sustente a necessidade de o vice integrar o pólo passivo como listisconsorte necessário, uma vez que também sofre as consequências da cassação, o entendimento do TSE é pacífico, no entanto, de que não há necessidade de tal formação. Registre-se que, embora o vice prefeito sofra as consequências da decisão que cassa o prefeito, com base no art. 41-A da Lei 9.504/97, ele não é litisconsorte passivo

³⁷ Neste sentido, **AG-6893** – ACÓRDÃO CORINTO - MG 06/03/2007 Relator(a) JOSÉ GERARDO GROSSI.

³⁸ RIBEIRO, Renato Ventura, *Lei eleitoral Comentada*, Quartier Latin, São Paulo, 2006, p. 298.

³⁹ Neste sentido, **RESPE-25269** – ACÓRDÃO GUZOLÂNDIA - SP 31/10/2006 Relator(a) CARLOS EDUARDO CAPUTO BASTOS.

necessário, pois o processo visa a apurar ilícito exclusivo do prefeito⁴⁰. A contaminação decorre do fato de que se trata de uma única candidatura, havendo subordinação entre o cargo de vice-prefeito com o do prefeito.⁴¹

Não tendo sido o Ministério Público Eleitoral o autor da representação, é evidente que deve o promotor atuar no feito na condição de *custos legis*, porquanto, como ensina Vera Maria Nunes Michels⁴², a matéria eleitoral é de ordem pública, sendo indispensável a intervenção ministerial a fim de que cumpra seu mister de representação da sociedade e de defensor da ordem jurídica.

O art. 23 da lei 64/90 estabelece os meios de prova para o juiz chegar ao convencimento, podendo atentar para circunstâncias ou fatos que sequer foram indicados pelas partes, tendo o magistrado, então, uma função ativa no processo eleitoral, superior inclusive ao que dispõe no processo cível.

A tomada da decisão, por certo, exige valoração de provas, o que, diante da natureza da conduta vedada, tem capital importância, ainda mais por se tratar de demanda eleitoral, onde as disputas políticas muitas vezes extrapolam o razoável.

Convém ressaltar que as condutas incriminadoras, de regra, são feitas na clandestinidade, longe dos olhos de testemunhas, com o que a valoração da prova indiciária é extremamente necessária, sob pena de reinar a impunidade.

No ponto, é de rigor trazer à lume a advertência precisa de C.J.A. Mittermaier,⁴³ ao discorrer sobre o valor da prova circunstancial:

“Na maior parte dos casos falecem os meios, que, segundo o pensar comum, produzem o que se chama a prova natural; ou, se o entenderem melhor, não existem na causa a inspeção do juiz, a confissão, as testemunhas do fato. Porém o espírito investigador do magistrado deve saber achar uma mina fecunda para o descobrimento da verdade no raciocínio apoiado pela experiência, nos processos que aplicar ao exame dos fatos e circunstâncias, que se encadeiam e fazem o cotejo do delito. Estas circunstâncias são outras tantas testemunhas mudas, que a providência parece ter colocado em torno ao crime para fazer brotar a luz da sombra em que o agente se esforça por sepultar o fato principal; são como um fanal que aclara o espírito do juiz, e o dirige para vestígios certos, que basta seguir para atingir a verdade”.

⁴⁰ Convém registrar, no entanto, que em decisão recente, no caso do Gov. Luiz Henrique de Santa Catarina, o TSE, em julgamento do RECD 703 (Recurso contra a Expedição do Diploma) entendeu existir litisconsórcio passivo necessário entre governador e vice, podendo daí surgir uma tendência de se passar a exigir também na representação pela captação ilícita de sufrágio.

⁴¹ Neste sentido, RESPE-19782 – ACÓRDÃO 19782 CAJAMAR - SP 27/06/2002 Relator(a) FERNANDO NEVES DA SILVA.

⁴² MICHELS, Vera Maria Nunes. *Direito Eleitoral: análise panorâmica de acordo com a Lei nº 9.504/97*, Ed. Livraria do Advogado, 2ª ed., Porto Alegre, 2002, p.65.

⁴³ MITTERMAIER, C.J.A. *Tratado da Prova em Matéria Criminal*, Ed. Bookseller, 3ª. Ed., 1996, p. 315 e 319.

(...)

“A administração da prova pela impossibilidade do contrário, a pintura surpreendente e dramática dos incidentes, que estabelecem a probabilidade das alegações produzidas, tudo tem aí uma importância capital; e, **como o juiz nesse sistema não tem de modo algum por missão direta provocar a confissão, como freqüentemente falta quem deponha sobre o crime mesmo, segue-se que, de ordinário, é a prova circunstancial que decide qualquer processo.**”

Por isso, em havendo prova de que houve promessa/oferta/doação/entrega de bens ou vantagens ou de que foi concedido emprego no período crítico eleitoral, que ocorre, segundo o TSE entre o pedido de registro da candidatura até a eleição, é de se presumir que tal se deu com o intuito de obter o voto do eleitor, pois, como diz o Ministro Marco Aurélio, ‘presume-se o que normalmente ocorre, sendo excepcional a solidariedade no campo econômico, a filantropia.’⁴⁴

Consoante se depreende, a decisão que julgar procedente a representação pelo art. 41-A da Lei 9.504/97 comina sanções de duas ordens: multa e cassação de registro ou diploma, dependendo do estágio da eleição em que a decisão for proferida.

Quanto à multa não há maiores questionamentos, devendo a fixação observar os requisitos do art. 367 do Código Eleitoral, levando-se em conta a capacidade econômica do infrator.

A grande discussão concentra-se no fato de a cassação do diploma importar ou não em inelegibilidade, sendo que, se a resposta for positiva, a norma eleitoral conteria vício de inconstitucionalidade, uma vez que produzida por lei ordinária, em desrespeito à exigência de lei complementar, nos termos do § 9º do art. 14 da Constituição Federal.

Joel José Cândido⁴⁵ sustenta que a cassação do diploma importa em inelegibilidade, sendo a norma, então, inconstitucional.

A sanção da cassação do diploma é absolutamente inviável e inaplicável na via do artigo 41-A, pois a medida se erigiria em ineligibilidade, mesmo que só para uma eleição, restrição aos direitos políticos insuscetível de constar em sede de lei ordinária como o é a Lei n.º 9.840, de 28.9.1999. Cabe, aqui, aprofundar um pouco mais a questão dada a sua relevância. A cassação do registro será possível – sem contradição com a impossibilidade da cassação do diploma – porque isso não é inelegibilidade. O partido ou a coligação poderão substituir os cassados, na forma da lei, e continuar

⁴⁴ Nesse sentido, **RESPE-25146** – ACÓRDÃO SEROPÉDICA - RJ 07/03/2006 Relator(a) GILMAR FERREIRA MENDES Relator(a) designado(a) MARCO AURÉLIO MENDES DE FARIAS MELLO.

⁴⁵ CÂNDIDO, Joel José. DIREITO ELEITORAL BRASILEIRO, Ed. Edipro, 10ª Edição, págs. 453/4

disputando o pleito. A natureza do indeferimento ou cassação do registro, neste caso, é idêntica àquelas ocorridas quando, por exemplo, o candidato não tem uma condição de elegibilidade ou não completa o rol de documentos necessários ao deferimento de seu pedido de registro. Sanada irregularidade, o registro pode, tranqüilamente, ser deferido para o mesmo pleito; ou ser deferido a candidato substituto, se for o caso. Já na cassação do diploma, a situação não é processual e é totalmente diversa. Se se fala em diploma, fala-se em diplomação e, por conseguinte, fala-se em eleição já ocorrida validamente. Se assim é, já ocorreu a manifestação da soberania – o que nada mais é do que a vontade popular explicitada livremente nas urnas – e, daí, a questão não é só processual. Neste caso, estar-se-ia a cassar não só os interesses de um candidato ou partido político, mas a vontade de milhares de eleitores, mesmo que só para aquele pleito.

No mesmo sentido é a posição de Adriano Soares da Costa:⁴⁶

A inelegibilidade é efeito jurídico e não fato jurídico. Ao fato jurídico ilícito absoluto do poder econômico, por exemplo, se aplica a sanção de inelegibilidade. Logo, buscar estabelecer a separação entre a inelegibilidade e a captação ilícita de sufrágio é o mesmo que buscar a separação entre o negócio jurídico e o dever de prestar a obrigação pactuada. É separar categorias que, por si mesmas, já estão separadas. O fato jurídico ilícito da captação de sufrágio enseja, como efeito, o cancelamento do registro da candidatura. A pergunta que nos cabe então fazer é a seguinte: em que medida o efeito do cancelamento de registro difere da inelegibilidade? A resposta é evidente: em nada. Perda do registro é perda da possibilidade de concorrer naquela eleição específica; é inelegibilidade para essa eleição; é inelegibilidade cominada simples.

Tais posições, no entanto, não foram sufragadas pelo TSE, que vem entendendo que, em que pese a representação por captação de sufrágio adote o rito do art. 22 da Lei das Inelegibilidades, não tem o poder de impor a sanção de inelegibilidade, não sendo aplicável, então, o art. 15 da LC 64/90, limitando-se à cassação do registro ou do diploma, não contendo, assim, vício de constitucionalidade.⁴⁷ Tal questão, ademais, já restou analisada pelo STF por meio de ADIN, oportunidade em que se concluiu não haver inconstitucionalidade no art. 41-A da Lei 9.504/97⁴⁸. Assim, mesmo que a decisão tenha se dado após a eleição, é possível a cassação do diploma, sem que haja

⁴⁶ COSTA, Adriano Soares da. CAPTAÇÃO DE SUFRÁGIO E INELEGIBILIDADE: Análise Crítica do art. 41-A da lei n.º 9.504/97, in: Revista Paraná Eleitoral, nº 44, abril/junho de 2002.

⁴⁷ Neste sentido, **RESPE-25790** – ACÓRDÃO BOA HORA – PI 08/08/2006 Relator(a) CARLOS EDUARDO CAPUTO BASTOS.

⁴⁸ Nesse sentido, **ADI 3592/DF** – DISTRITO FEDERAL – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator(a): Min. GILMAR MENDES.

necessidade das providências do inc. XV do art. 22 da LC 64/90, ou seja, de encaminhamento de peças ao Ministério Público para que ofereça Ação de Impugnação de Mandado Eletivo (AIME) ou Ação contra a Diplomação (ACD)⁴⁹. Tal matéria está regulamentada, atualmente, pelo art. 23 da Res. do TSE n.º 22.624/2007, que excluiu a aplicação dos incisos XIV e XV do art. 22 da LC 64/90 quando se trata de representação por captação ilícita de sufrágio.

O entendimento do TSE para afastar a inelegibilidade, como bem registra Rodrigo López Zílio⁵⁰, assenta-se em dois fundamentos: primeiro, o desvalor da conduta do candidato que, ao se apresentar para a disputa, deve se portar com probidade e moralidade, e, segundo, a coginição sumária em razão da matéria, que não permite a discussão acerca da inelegibilidade na representação pelo art. 41-A da Lei 9.504/97.

Da mesma forma, Francisco Assis Vieira Sanseverino⁵¹ contesta os que sustentam a inconstitucionalidade da norma em questão, registrando que a consequência jurídica prevista é a exclusão do candidato do pleito, seja pela cassação do registro, seja pela cassação do diploma, não havendo previsão de inelegibilidade, mencionando, ainda, que há outras hipóteses na própria Lei 9.504/97 que também estabelecem como sanção a cassação do registro ou do diploma, sem importar em inelegibilidade (art. 73, § 5).

Em razão de tal conclusão, a decisão proferida deve ser executada imediatamente, tendo em conta que o escopo da norma é afastar o candidato que, durante a campanha, incidiu em uma das práticas vedadas.

Assim, o recurso contra a decisão, que deve ser apresentado no prazo de 24 horas, nos termos § 8º do art. 96 da Lei 9.504/07, conforme entendimento do TSE⁵², e não no prazo de 3 dias, como inicialmente se sustentou⁵³, somente é recebido no efeito devolutivo, conforme é a regra no sistema eleitoral (art. 257 do CE), permitindo a execução antes do trânsito em julgado.

Registre-se que, segundo decisão do TSE, entendeu-se que o prazo seria de 3 dias se a captação ilícita estiver cumulada com abuso de poder

⁴⁹ Neste sentido, **AG-7056** – ACÓRDÃO BRASÍLIA - DF 08/02/2007 Relator(a) CARLOS EDUARDO CAPUTO BASTOS e **RESPE 25859** – ACÓRDÃO ALTO ALEGRE - RR 21/03/2006 Relator(a) HUMBERTO GOMES DE BARROS.

⁵⁰ ZÍLIO, Rodrigo López. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO, Art. 41-A da Lei 9.504/97, Revista do Ministério Público n.º 48, p. 194.

⁵¹ SANSEVERINO, Francisco Assis Vieira. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO, Revista do Ministério Público n.º 52, Promotor de Justiça. 173.

⁵² Neste sentido, **RESPE 25622** - ARDIM - CE 02/02/2006 Relator(a) CARLOS EDUARDO CAPUTO BASTOS.

⁵³ SANSEVERINO, Francisco Assis Vieira. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO, Revista do Ministério Público n.º 52, p. 190.

econômico⁵⁴. É melhor se evitar tal cumulação, uma vez que, como já dito, o art. 41-A visa à proteção da liberdade de voto e não necessita que a conduta desequilibre a eleição, o que é necessário na ação de investigação por abuso de poder econômico. Essa mistura poderá prejudicar o êxito na demanda, sendo de melhor alvitre o ajuizamento, se for o caso, de duas ações, tendo em conta que a condenação por captação ilícita de sufrágio não acarreta a inelegibilidade.

Pois bem. Não havendo efeito suspensivo no recurso, a execução imediata da decisão é de rigor. Tal orientação é razoável tendo em conta a periodicidade dos mandatos eleitorais, havendo comprometimento da eficácia das decisões judiciais eleitorais, acaso fosse necessário, para executá-las, aguardar-se o trânsito em julgado.⁵⁵

Por esta razão é que não se concorda com a afirmação de Adriano Soares da Costa⁵⁶ no sentido de que a execução imediata da sentença que cassou o registro do candidato enfraquece a democracia, por se dar mais valor à decisão judicial do que ao resultado das urnas.

Ora, no momento em que a decisão judicial entendeu por cassar o registro ou diploma do candidato é porque o resultado das urnas é viciado, em decorrência de conduta ilícita do candidato, não representando a verdadeira vontade do eleitor. O que enfraquece a democracia é permitir que candidatos que obtenham a vitória com a violação flagrante do art. 41-A continuem no poder até o trânsito em julgado da decisão, que todos sabemos demora – e demora muito –, dados os incontáveis recursos disponibilizados em nosso sistema. Aliás, esta era a grande crítica que se tinha em relação aos demais mecanismos que procuravam combater tal prática, os quais, em razão da demora na solução, não obtinham qualquer efetividade, pois dificilmente terminavam antes do término do mandato do candidato que se buscava cassar.

Não se pode afastar, no entanto, que o candidato cassado se valha de medida cautelar para buscar a suspensão da decisão, o que certamente permitirá um controle, caso a caso, sobre eventual decisão teratológica, tomada com o nítido objetivo de prejudicar eventual candidatura.⁵⁶

⁵⁴ RESPE 27832 - ACÓRDÃO GALINHOS - RN 19/06/2007 Relator(a) CARLOS EDUARDO CAPUTO BASTOS.

⁵⁵ Neste sentido, **RMS-436** – ACÓRDÃO TRIUNFO - RS 25/05/2006 Relator(a) CARLOS EDUARDO CAPUTO BASTOS e **RESPE 25215** ACÓRDÃO 25215 LAGOA D'ANTA - RN 04/08/2005 Relator(a) CARLOS EDUARDO CAPUTO BASTOS.

⁵⁶ COSTA, Adriano Soares da. Captação de sufrágio e inelegibilidade: análise crítica do art. 41-a da Lei nº 9.504/97. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2909>>. Acesso em: 30 maio 2008.

Registre-se, ademais, que, embora a execução da decisão eleitoral seja imediata, o candidato com registro cassado é mantido na disputa, até o trânsito em julgado, a fim de evitar dano irreparável, acaso o recurso manejado por ele venha a ser provido. A manutenção, porém, se dá por conta e risco do candidato e de seu partido, conforme Res. 22.327/08 do TSE, pois, acaso não provido o recurso, terá o registro cassado e não será diplomado⁵⁸.

Uma vez comprovada a captção de sufrágio na conduta do prefeito, com a sua conseqüente cassação, tal contamina a chapa e se estende ao vice-prefeito, que não pode, então, assumir, mas sim o segundo colocado, a menos que o prefeito cassado tenha feito mais da metade dos votos, quando então deverá haver nova eleição para o tempo residual, conforme estabelece o art. 224 do Código Eleitoral.

É que, com a cassação por força do disposto no art. 41-A, os votos obtidos pelo candidato serão considerados nulos, aplicando-se o disposto no § 3º do art. 175 do Código Eleitoral. Então, se a nulidade, em razão da decisão, se der em mais da metade dos votos, é necessária nova eleição, por força do art. 224 do Código Eleitoral.

Registre-se que a nova eleição, no entanto, somente é necessária se tal ocorrer na majoritária, pois, se na proporcional, aplica-se o disposto no § 4º do art. 175 do Código Eleitoral, sendo os votos computados para a legenda do candidato cassado⁶⁰, conforme se depreende, aliás, do disposto na Res. 20.865/01.

Embora o entendimento doutrinário de que o candidato que deu causa à anulação da eleição, em razão de prática vedada, possa participar do novo pleito que deve ocorrer⁶¹, tal parece uma excrescência, podendo servir de incentivo para arriscar-se a se portar de forma ilícita. Melhor, então, vedar-se tal possibilidade para o mesmo pleito, com base no princípio geral de que a ninguém é dado se beneficiar da própria torpeza e também pela regra de que a nulidade não pode aproveitar que deu causa a ela, conforme expressamente estabelece o parágrafo único do art. 219 do Código Eleitoral.⁶¹

⁵⁷ Com isso estaria afastada a preocupação de Carlos Adriano da Costa, ao referir, no artigo mencionado na nota anterior, as hipótese em que determinado juiz estivesse vinculado a grupos políticos em um Município ou tivesse desestima pessoal com determinado candidato.

⁵⁸ Neste sentido, Res. 21087 BRASÍLIA - DF 02/05/2002 Relator(a) FERNANDO NEVES DA SILVA e MC 1672 RIO BRANCO - AC 08/06/2005 Relator(a) CARLOS EDUARDO CAPUTO BASTOS.

⁵⁹ Neste sentido, RESPE-19759 - PAIÇANDU - PR 10/12/2002 Relator(a) LUIZ CARLOS LOPES MADEIRA.

⁶⁰ RIBEIRO, Renato Ventura, Lei eleitoral Comentada, Quartier Latin, São Paulo, 2006, p. 299.

⁶¹ Art. 219: Na aplicação da lei eleitoral, o juiz atenderá sempre aos fins e resultados a que ela se dirige, abstendo-se de pronunciar nulidades sem demonstração de prejuízo. Parágrafo único: a declaração de nulidade não poderá ser requerida pela parte que lhe deu causa nem a ela aproveitar.

5 – CONCLUSÃO

Tendo em conta o abordado, pode se concluir que somente uma eleição livre no sentido de que o voto seja dado de acordo com a consciência do eleitor permite a concretização do princípio democrático.

Por isso, é preciso que a campanha eleitoral seja o espaço do lançamento de idéias e de proposições no sentido de captar de forma lícita o voto de cada eleitor.

Para que tal reste garantido é preciso, sem dúvida alguma, que se dê máxima efetividade ao disposto no art. 41-A da Lei 9.504/97, em homenagem à democracia, à moralidade e à probidade das eleições, todos princípios constitucionais.

Esta máxima efetividade é alcançada no momento que se garante que o voto dado ao candidato não se deu por meio de troca, exigindo atenção redobrada aos participantes do processo eleitoral, a fim de que se possa punir com rigor os maus candidatos que visam à eleição a qualquer preço, pois é sabido que, uma vez eleitos, não possuem compromisso com o eleitor.

Por proteger a vontade do eleitor, a captação ilícita de sufrágio permite a sanção ao candidato sem que seja necessária a comprovação de que houve desequilíbrio do pleito, prova esta que sempre foi muito difícil de se fazer e que, em razão disso, tornou os demais mecanismos de combate aos abusos eleitorais sem efetividade.

Da mesma forma, a possibilidade de execução imediata da sentença também dá respaldo ao mecanismo e cria credibilidade na decisão da Justiça Eleitoral.

Portanto, no momento em que se avizinha a mais acirrada das eleições, diante da proximidade entre eleitores e candidatos, é preciso redobrado empenho e esforço para se permitir que o voto seja respeitado e dado de acordo com liberdade de cada um.