

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP
PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM DIREITO CONSTITUCIONAL

BRUNO DA ROCHA ANTONY DE MORAIS

**A COMPRA DE VOTOS À LUZ DA INTERPRETAÇÃO DADA AO ART.
41-A DA LEI Nº 9.504/97 PELO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL**

Brasília – DF

2014

BRUNO DA ROCHA ANTONY DE MORAIS

**A COMPRA DE VOTOS À LUZ DA INTERPRETAÇÃO DADA AO ART.
41-A DA LEI Nº 9.504/97 PELO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL**

Dissertação apresentada à banca
examinadora da pós-graduação *lato
sensu* em Direito Constitucional do
Instituto Brasiliense de Direito Público -
IDP
Orientador(a):

Brasília – DF

2014

BRUNO DA ROCHA ANTONY DE MORAIS

**A COMPRA DE VOTOS À LUZ DA INTERPRETAÇÃO DADA AO ART. 41-
A DA LEI Nº 9.504/97 PELO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL**

Dissertação apresentada à banca
examinadora da pós-graduação *lato sensu* em
Direito Constitucional do Instituto
Brasiliense de Direito Público - IDP
Orientador(a):

Brasília-DF, _____ de _____ de 2014.

Banca Examinadora

Prof^(a). Orientador(a)

Prof^(a).
Examinador(a)

Prof^(a).
Examinador(a)

RESUMO

O presente trabalho trata da análise das problemáticas que envolvem a correta aplicação do art. 41-A da Lei nº 9.504/97, que é o dispositivo atual responsável pela capitulação legal da compra de votos. A pesquisa se atém, inicialmente, a verificar o que os doutrinadores têm a dizer sobre a captação ilícita de sufrágio. Conceituado e afirmado o instituto, examina-se a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral que, por meio de sua atividade de hermenêutica jurisdicional, vem integrando o dispositivo à legislação vigente, para dar-lhe a melhor aplicação prática, buscando a manutenção da coerência e da unidade do ordenamento eleitoral. Esta monografia objetiva apresentar um novo panorama sobre a temática, no qual se abrange o maior número de peculiaridades problemáticas possíveis que podem vir a ser cogitadas quando o assunto envolvido for a compra de votos, sempre em sua acepção jurídica, sobretudo, nas conseqüências do ilícito em determinado pleito eleitoral. É resultado, portanto, de uma investigação bibliográfica e documental dos estudos jurídicos até hoje desenvolvidos no sentido de se dar a fiel interpretação ao art. 41-A da Lei nº 9.504/97.

Palavras-chave: Compra de votos. Captação ilícita de sufrágio. Art. 41-A.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	5
1 CONCEITO DE CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO.....	6
1.1 Definição de Captação Ilícita de Sufrágio.....	6
1.2 Natureza Jurídica do instituto.....	16
1.3 Captação ilícita de sufrágio e a contratação de pessoas.....	17
1.4 Captação ilícita de sufrágio e o crime de corrupção eleitoral.....	18
1.5 Captação ilícita de sufrágio e o crime eleitoral de boca de urna.....	20
2 HISTÓRICO DO ART. 41-A DA LEI Nº 9.504/97.....	22
2.1 Breves apontamentos sobre o advento da Lei nº 9.840/99.....	22
3 CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 41-A DA LEI Nº 9.504/97.....	30
3.1 Da Constitucionalidade do art. 41-A da Lei 9.504/97.....	30
4 APLICABILIDADE DO ART. 41-A DA LEI Nº 9.504/97.....	38
4.1 Da aplicação do art. 41-A.....	38
4.1.2 <i>Sujeitos ativo e passivo da conduta.....</i>	38
4.1.3 <i>Da necessidade de provas robustas da efetiva ocorrência ilícito.....</i>	41
4.1.4 <i>Do dolo específico e da desnecessidade do pedido expresso de voto.....</i>	44
4.1.5 <i>Da inexigência de influência no resultado das eleições.....</i>	46
4.1.6 <i>Período de caracterização.....</i>	47
4.1.7 <i>Sanções legais.....</i>	49
4.1.8 <i>Da competência, dos veículos e dos prazos processuais.....</i>	51
4.1.9 <i>Dos efeitos da condenação.....</i>	62
4.1.10 <i>Da execução imediata do julgado.....</i>	66
CONCLUSÃO.....	73
REFERÊNCIAS.....	74

INTRODUÇÃO

Diante da constatação de que o art. 41-A, da Lei nº 9.504/97, é o dispositivo da legislação eleitoral responsável por afastar o maior número de candidatos corruptos do jogo político e que o Direito Eleitoral ainda é um ramo do ordenamento jurídico que padece de flagrante subjetivismo, em que o ativismo judicial é muito forte - seja pela falta de normatização, seja pela inadequação das normas postas ante outro contexto histórico -, optou-se pela realização de um estudo no qual a aplicabilidade judicial de referido dispositivo resta amplamente investigada, tanto segundo o entendimento da doutrina, como também de acordo com o pronunciamento da jurisprudência eleitoral.

A elaboração deste trabalho monográfico, então, se iniciou por meio de pesquisas preliminares a respeito do que a doutrina entende por compra de votos, no que foi possível se analisar, desde artigos jurídicos extraídos de revistas especializadas e obras doutrinárias de Direito Eleitoral, dois livros voltados ao exame do instituto da compra de votos, de autoria de Marlon Jacinto Reis e de Francisco de Assis Vieira Sanseverino.

Embora nos estudos analisados tenha-se abordado amplamente o conceito da captação ilícita de sufrágio e algumas de suas variáveis problemáticas, entendeu-se pela necessidade de dirimir, de forma complementar, várias das situações peculiares, que na prática, a compra de votos demanda o pronunciamento dos tribunais eleitorais.

Assim, o presente estudo foi organizado em etapas, que incluíram: i) uma longa conceituação do instituto da compra de votos; ii) um breve histórico do significativo projeto de iniciativa popular que teve por consequência a inclusão do art. 41-A no ordenamento vigente; iii) a afirmação da constitucionalidade do art. 41-A; iv) um extenso esboço sobre a aplicação prática do dispositivo, notadamente segundo o entendimento atual do Tribunal Superior Eleitoral.

No primeiro capítulo busca-se definir e elucidar a natureza jurídica da captação ilícita de sufrágio, diferenciando-a dos demais institutos também previstos na legislação eleitoral que eventualmente pudessem ser com ela confundidos.

Sucessivamente, com o intuito de se frisar a importância do dispositivo, é analisado, no segundo capítulo, o trâmite do relevante Projeto de Lei, encabeçado pelo Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral, que resultou na normatização da compra de votos no contexto jurídico-eleitoral brasileiro.

Já no terceiro capítulo, após a exposição de múltiplos posicionamentos doutrinários divergentes, é afirmada a constitucionalidade do art. 41-A, onde fica derrubado o entendimento de que o dispositivo estaria a prever nova hipótese de inelegibilidade via Lei Ordinária, o que, de acordo com a Constituição Federal de 1988, só poderia ser feito mediante a edição de Lei Complementar.

Por último, em razão de ter-se evidenciado a inexistência de critérios objetivos legais para a aplicação da norma estudada, tenta-se estabelecer uma correlação entre o texto do dispositivo e a interpretação que a ele é dada segundo o pronunciamento do Tribunal Superior Eleitoral, o que é feito através de uma minuciosa análise de julgados e resoluções selecionadas pela mencionada Corte, que diante das diversas lacunas legais verificadas sobre a matéria, viu-se – e vê-se até os dias de hoje – provocada a prescrever a correta aplicação da norma, objetivando o oferecimento de maior segurança jurídica aos candidatos concorrentes aos diversos cargos públicos eletivos.

1 CONCEITO DE CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO

1.1 Definição de Captação Ilícita de Sufrágio

Processo eleitoral é o nome que se dá ao procedimento por meio do qual os candidatos aos diversos cargos públicos eletivos buscam alcançar representatividade junto à máquina pública. Para alcançar tal fim, o candidato devidamente registrado perante a Justiça Eleitoral deve angariar o voto do eleitorado, realizando a divulgação de suas principais idéias através de debates nos diversos veículos de comunicação social, comícios, propaganda eleitoral, etc.¹

É mediante o exercício do voto que o eleitor tem a oportunidade de participar do processo democrático, exteriorizando suas inclinações políticas, aprovando ou reprovando as atitudes e ideologias de certos candidatos no momento em que comparecem às urnas.²

Verifica-se, então, que a obtenção do voto do eleitorado é o fim último de toda campanha eleitoral, sendo que à ação por parte do candidato com vistas a atrair, granjear, conquistar o voto do eleitorado, atividade necessária ao processo eleitoral, dá-se o nome de captação de sufrágio.³

Antes de adentrar na questão da ilicitude da captação de sufrágio, é importante esclarecer que há diversas maneiras de se buscar o convencimento do eleitor, de modo que, a depender da forma a qual ele seja realizado, o voto conferido ao candidato refletirá a vontade real do eleitor ou não.

Nesse sentido, levando-se em conta o motivo determinante para que o indivíduo emita seu voto em favor de alguém, Marlon Jacinto Reis ensina que o voto se divide em três categorias: i) voto imposto; ii) voto negociado; iii) voto como expressão de confiança ou censura.⁴

¹ COSTA, Adriano Soares da. *Captação ilícita de sufrágio e inelegibilidade*: Novas Reflexões em Decalque. Disponível em: <www.paranaeleitoral.gov.br>. Acesso em: 05 de maio de 2010. p. 1.

² REIS, Marlon Jacinto. *Uso eleitoral da máquina administrativa e captação ilícita de sufrágio*. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 22-23.

³ SANSEVERINO, Francisco de Assis Vieira. “*Compra de votos*”: Análise à luz dos princípios democráticos. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. p. 247.

⁴ REIS, Marlon Jacinto. *Uso eleitoral da máquina administrativa e captação ilícita de sufrágio*. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 25.

O voto será lícito quando resultar da confiança conquistada legitimamente pelo candidato em face do eleitor⁵, sendo definido por Marlon Jacinto Reis como:

Aqui o eleitor não é motivado por violência, ameaça ou suborno, senão por suas convicções no que atine ao grau de merecimento do candidato. O voto é concedido por questões filosóficas, interesses abstratos ou genéricos, ou por alternativas programáticas, e dirige-se à escolha consciente entre posições políticas que gerarão efeitos para toda a sociedade.

Esta é a expressão de voto ideal buscada pela Justiça Eleitoral, não havendo, obviamente, que se falar em vicissitude de tal conduta.

Por outro lado, o voto pode ser reflexo da expressão desvirtuada do eleitor, quando realizado através de uma imposição irresistível por parte do candidato ou, ainda, mediante a sua negociação, definições estas a que abaixo transcreve-se:

Voto imposto é o derivado de situações extremas de ameaça ou da submissão do eleitor a um patrono ou chefe local. O voto assim emitido tem por objetivo evitar represálias ou atos de vingança, ou ainda preservar vínculos cuja ruptura poderia provocar conseqüências imprevisíveis e indesejadas.[...] Em tais hipóteses a liberdade do eleitor é inexistente. Ele se move sob forças externas invencíveis, atuando em razão de uma coação (física, econômica, moral) irresistível.

[...]

No voto negociado o eleitor já dispõe de uma certa liberdade de opção, mas está disposto a aliená-la em troca de bens ou vantagens materiais, ou imateriais potenciais ou imediatas. O eleitor não está compelido diretamente a votar de uma ou outra forma, mas concebe o voto como um possível meio para a satisfação de carências e por isso opta por tratá-lo como objeto de negócio.

Assim, considerando que o processo de obtenção de votos deve atender às regras impostas pela Justiça Eleitoral, as quais objetivam, principalmente, coibir a ocorrência de práticas que possam viciar a liberdade de expressão do voto dos cidadãos, o convencimento do eleitor não pode ser realizado sob a influência de qualquer coação ou tão-pouco através da comercialização de seu poder de voto.⁶

⁵ BRANDÃO, Marcus Vinícius Mascarenhas. *O art. 41-A da Lei 9.504/97 e sua importância como um dos mecanismos de busca do fortalecimento da democracia*. Disponível em: <www.paranaeleitoral.com.br>. Acesso em: 03 de maio de 2010. p. 4.

⁶ COSTA, Adriano Soares da. *Captação ilícita de sufrágio e inelegibilidade: Novas Reflexões em Decalque*. Disponível em: <www.paranaeleitoral.gov.br>. Acesso em: 05 de maio de 2010. p. 1.

A captação de sufrágio, então, quando realizada através do voto imposto ou negociado, é proibida, eis que revestida de ilegalidade⁷, o que enseja a imediata repressão ao seu autor por parte da legislação eleitoral vigente, nos termos do art. 41-A, da Lei nº 9.504/97:

*Art. 41-A. 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 nº 64, de 18 de maio de 1990.*⁸

§ 1º Para a caracterização da conduta ilícita, é desnecessário o pedido explícito de votos, bastando a evidência do dolo, consistente no especial fim de agir.

§ 2º As sanções previstas no caput aplicam-se contra quem praticar atos de violência ou grave ameaça a pessoa, com o fim de obter-lhe o voto.

§ 3º A representação contra as condutas vedadas no caput poderá ser ajuizada até a data da diplomação.

§ 4º O prazo de recurso contra decisões proferidas com base neste artigo será de 3 (três) dias, a contar da data da publicação do julgamento no Diário Oficial.

Quanto ao voto imposto, não há dúvidas em relação à sua aferição. Isto porque, segundo o § 2º do dispositivo acima transcrito, sempre que provado que o candidato ou pessoa interposta pratique qualquer ato de violência ou grave ameaça em face de um indivíduo, com o fim de obter-lhe o voto, restará configurado o ilícito, restando-nos delimitar, então, no que consiste a alienação do voto por meio da compra.

Em sua acepção ampla, segundo Frederic Charles Schaffer, pode-se dizer que:

A compra de votos, em seu sentido literal, é uma simples atividade de troca econômica. Os candidatos "compram" e os cidadãos "vendem" votos, assim como compram e vendem maçãs, sapatos, ou stands de televisão. O ato de comprar votos, sob este ponto de vista, é um contrato, ou talvez um leilão, em que os eleitores vendem seus votos para o maior lance. Este modelo de mercado encontra sua expressão em nossa linguagem cotidiana. Assim como no Inglês existe o vote buying, no Espanhol existe a compra de votos, para os franceses achat de voix, ou Stimmenkauf no alemão. Se afigura também como um fenômeno proeminente nos estudos acadêmicos.

No entanto, o simples modelo de mercado de compra de votos precisa ser temperado. Partidos e candidatos que oferecem vantagens materiais particulares aos eleitores, em geral, aspiram à compra de apoio político na

⁷ SANSEVERINO, Francisco de Assis Vieira. "Compra de votos": Análise à luz dos princípios democráticos. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. p. 247.

⁸ BRASIL. Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. *Estabelece normas para as eleições*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>

urnas, seguindo a idéia de troca de mercado. Suas aspirações comerciais, no entanto, podem se confrontar tanto com barreiras objetivas, como com barreiras intersubjetivas. Do lado objetivo, a complascência de quem vende é incerta, visto que, sendo a compra de votos um negócio ilícito, como tal, não pode ocorrer dentro de um mercado "normal" protegido por normas sociais e legais. No lado intersubjetivo, relatos empíricos das perspectivas dos participantes revelam que essas práticas eleitorais que descrevemos como "compra de votos" pode ter diferentes significados em diferentes contextos culturais.⁹

Ao seu turno, o professor Marlon Jacinto Reis, restringindo o instituto enquanto na sua condição de infração eleitoral, define a captação ilícita de sufrágio como “[...] a expressão jurídica que designa o fenômeno da ‘compra de votos’, ou seja, a alienação ou tentativa de alienação do direito de opção eleitoral em troca de um valor manifestado sob a forma de bem ou vantagem de qualquer natureza.”¹⁰

Por outro lado, o dispositivo em exame expõe claramente não constituir captação ilícita de sufrágio os gastos eleitorais lícitos elencados no art. 26 da Lei nº 9.504/97, que são:

- I - confecção de material impresso de qualquer natureza e tamanho;*
- II - propaganda e publicidade direta ou indireta, por qualquer meio de divulgação, destinada a conquistar votos;*
- III - aluguel de locais para a promoção de atos de campanha eleitoral;*
- IV - despesas com transporte ou deslocamento de candidato e de pessoal a serviço das candidaturas;*
- V - correspondência e despesas postais;*
- VI - despesas de instalação, organização e funcionamento de Comitês e serviços necessários às eleições;*
- VII - remuneração ou gratificação de qualquer espécie a pessoal que preste serviços às candidaturas ou aos comitês eleitorais;*
- VIII - montagem e operação de carros de som, de propaganda e assemelhados;*
- IX - a realização de comícios ou eventos destinados à promoção de candidatura;*
- X - produção de programas de rádio, televisão ou vídeo, inclusive os destinados à propaganda gratuita;*
- XII - realização de pesquisas ou testes pré-eleitorais;*
- XIV - aluguel de bens particulares para veiculação, por qualquer meio, de propaganda eleitoral;*
- XV - custos com a criação e inclusão de sítios na Internet;*
- XVI - multas aplicadas aos partidos ou candidatos por infração do disposto na legislação eleitoral;*
- XVII - produção de jingles, vinhetas e slogans para propaganda eleitoral.*

⁹ SCHAFFER, Frederic Charles. *Elections for Sale: The Causes and Consequences of Vote Buying*. Londres, Inglaterra: [s. n.], 2007. p.17. (tradução nossa)

¹⁰ REIS, Marlon Jacinto. *Uso eleitoral da máquina administrativa e captação ilícita de sufrágio*. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 22-23.

Em casos concretos, inclusive, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) já teve a oportunidade de ratificar a disposição legal supra colacionada ao afirmar que “[...] a utilização de uniforme por cabos eleitorais não implica nas condutas descritas no art. 39, § 6º, e no art. 41-A, da Lei 9.504/1997 [...]”¹¹, e que “[...] não configura captação ilícita de sufrágio a distribuição de combustível para cabos eleitorais participarem de ato lícito de campanha. Precedentes.”¹², ressaltando, em outras oportunidades, que tais condutas, quando praticadas de modo desvirtuado, como, por exemplo, em caso de “[...] cooptação de apoio de liderança política. Oferecimento de cargo no governo e entrega de dinheiro para compra de votos [...]”, podem vir a caracterizar a captação ilícita de sufrágio.¹³

Evidencia-se, portanto, que o art. 41-A, aparentemente, define como ilícita a captação de sufrágio nas situações em que o candidato se dirija ao eleitor com o intuito de convencê-lo a praticar uma ação positiva no sentido de efetivamente conferir-lhe o voto, em troca de alguma vantagem.

Ocorre que, muito embora o dispositivo não trate do assunto expressamente, o TSE vem se pronunciando no sentido de se ter configurada a captação ilícita de sufrágio também na atitude do candidato que objetiva a adoção de uma conduta omissiva do eleitor, no sentido de abster-se de votar em outro candidato.¹⁴

Portanto, incorre nas penas do 41-A o candidato que visa à alienação da vontade do eleitor tanto por meio de sua ação – conferir-lhe o voto –, quanto por meio de sua omissão – abster-se de votar em determinado candidato.

Feitas essas considerações iniciais, verifica-se que para que ocorra a captação ilícita de sufrágio, mister se faz a presença conjunta dos seguintes requisitos: doação, oferta,

¹¹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO CONTRA EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA (ARCED) nº 695/GO*, Relator Min. Ricardo Lewandowski, DJE de 30/11/2009, p. 22-23.

¹² BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *ARCED nº 726/GO*, Relator Min. Ricardo Lewandowski, DJE de 03/11/2009, p. 32.

¹³ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *RECURSO CONTRA EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA (RCED) nº 671/MA*, Relator Min. Eros Grau, de 03/03/2009, p. 35.

¹⁴ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *RECURSO ESPECIAL ELEITORAL (RESPE) nº 26.118/MG*. Relator Min. Gerardo Grossi. Publicação no DJ de 28/03/2007 p. 115.

promessa ou entrega; de um bem ou vantagem de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública; por parte de um candidato; com o fim de obter o voto de algum eleitor.¹⁵

A doação é a ação por meio da qual o candidato transfere ao patrimônio do eleitor um bem, móvel ou imóvel, de seu patrimônio. Nesta hipótese de captação ilícita de sufrágio é essencial que ocorra a efetiva tradição de um bem do candidato em favor do eleitor.¹⁶

Diferentemente da doação, na entrega, independentemente de que o bem ou vantagem, objeto da compra de votos, faça parte ou não do acervo patrimonial do candidato, se este chega à posse do eleitor, com a participação ou anuência do candidato, se prestando a desvirtuar sua vontade, restará configurada a infração. Na entrega, basta que o eleitor possa tirar proveito de determinado bem passado ao seu domínio, ainda que temporariamente. Marlon Jacinto Reis exemplifica que “[...] a venda ou aluguel de um bem por preço irrisório podem ser meios para se proceder uma entrega de bens, com a finalidade de gerar o compromisso do voto.”¹⁷

Por outro lado, para que se configure a oferta, não é necessária a transmissão da propriedade ou posse do bem para outrem. Nessa modalidade de compra de votos, portanto, sequer se afigura imprescindível a manifestação de vontade do eleitor no sentido da aceitação ou não do bem colocado à sua disposição. O ilícito se exaure pela simples manifestação do candidato de dispor de determinado bem em favor de um eleitor. Ressalte-se que não necessariamente deva ser ofertado um bem ao eleitor, na medida em que configura esta hipótese de captação ilícita de sufrágio o oferecimento de qualquer tipo de vantagem com vistas a tolher a liberdade de escolha do eleitorado.¹⁸

Tratando-se da promessa, o candidato se dirige ao eleitor com o intuito de satisfazer-lhe uma necessidade futura, através do oferecimento de um bem ou uma vantagem. A ação capaz de seduzir o eleitor no sentido de obter-lhe o voto somente é anunciada, de

¹⁵ MENDONÇA JÚNIOR, Delosmar. *Manual de Direito Eleitoral*. Salvador: JusPODIVM, 2006. p. 170-171.

¹⁶ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Brasília, 2002. Art. 538. Disponível em: <www.planalto.gov.br>.

¹⁷ REIS, Marlon Jacinto. *Uso eleitoral da máquina administrativa e captação ilícita de sufrágio*. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p 27.

¹⁸ *Ibidem*. p. 28.

maneira que o candidato ou pessoa interposta vinculam-se a cumpri-la em momento posterior.¹⁹

Neste contexto, pelo fato do art. 41-A reprimir a simples promessa do candidato, parte da doutrina entende que este tipo legal não admite tentativa. A efetiva entrega do bem ou vantagem ao eleitor tem o condão apenas de qualificar a conduta, de forma que possivelmente facilitará a produção de provas do ilícito ocorrido durante a instrução processual.²⁰

Muito embora efetivamente a modalidade tentada do ilícito sob exame seja de difícil configuração, entende-se ser ela possível em certas ocasiões. Admitindo que determinado candidato envie uma carta ao eleitor, prometendo-lhe futura benesse em troca de seu voto, e que esta carta não chegue ao seu destino única e exclusivamente por circunstâncias alheias às vontades das partes, como, por exemplo, em virtude do extravio do documento pelo carteiro, não há porque afastar a incidência da norma.

Outrossim, nessa modalidade de compra de votos é fundamental diferenciar as promessas de campanha lícitas das ilícitas. Será ilícita a promessa que objetiva conferir ao eleitor, ou a grupo determinado de eleitores, benefícios específicos e individualizados. As promessas de concretização de ações governamentais de caráter genérico não têm força de conferir à captação de sufrágio o caráter da ilicitude. O candidato que promete desenvolver o sistema público de transporte de determinada região, por exemplo, não infringe a legislação eleitoral.²¹

Sobre a questão, em forte argumentação, ensina Francisco Sanseverino:

De forma mais geral, é lícito dizer que, para o enquadramento da conduta do art. 41-A, deve haver a compra, a negociação do voto do eleitor, com promessas de vantagens mais concretas e específicas de forma a corromper a consciência do eleitor. Já as promessas de campanha eleitoral, normalmente apresentadas pelos candidatos, embora também dirigidas aos eleitores e com finalidade de obter os seus votos, têm caráter mais genérico. Por exemplo, as promessas formuladas através de planos ou programas de

¹⁹ REIS, Marlon Jacinto. *Uso eleitoral da máquina administrativa e captação ilícita de sufrágio*. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 28.

²⁰ COSTA, Adriano Soares da. *Captação ilícita de sufrágio e inelegibilidade: Novas Reflexões em Decalque*. Disponível em: <www.paranaeleitoral.gov.br>. Acesso em: 05 de maio de 2010. p. 2-3.

²¹ *Ibidem*. p. 3.

*governo sobre segurança, saúde, habitação, transportes – como promessas para construção de hospital, posto de saúde, posto policial, escola, igreja, ponte, ruas, obras públicas -, a criação ou manutenção de benefícios, entre outras.*²²

Ainda no mesmo sentido, é válido transcrever as considerações de Marcos Ramayana:

*Não são alvos da captação ilícita de sufrágio promessas de melhorias em educação, cultura, lazer, etc. O que a lei pune é a artimanha, o “toma lá dá cá”, a vantagem pessoal de obter voto. O pedido certo, determinado e específico faz parte da petição inicial e deve ser cotejado sob a ótica da pessoalidade, do clientelismo e do amesquinamento.*²³

Aqui é importante frisar que promessas anunciadas perante eleitores indeterminados, de forma genérica, excepcionalmente, podem configurar a captação ilícita de sufrágio. Imagine que um candidato, através da rádio local, ofereça genérica e indeterminadamente aos seus ouvintes uma quantia de dinheiro em troca de voto. Obviamente restará configurada a captação ilícita de sufrágio, uma vez que presentes os requisitos de incidência do dispositivo.²⁴

Nota-se, então, que a compra de votos pode abranger um imenso leque de situações fáticas distintas, tendo em comum a presença de um candidato que se dirige ao eleitor, ofertando-lhe algum proveito com a intenção de obter-lhe o voto²⁵. Por isto, em determinadas circunstâncias, pode não restar de maneira definitivamente clara se o pedido de voto fora genérico ou específico, caso em que será necessário analisar de forma profunda as circunstâncias específicas de determinado caso concreto.²⁶

O que não se pode perder de vista é que o legislador pátrio impôs a incidência do 41-A sempre e tão somente nas hipóteses em que o candidato ou pessoa interposta se dirija

²² SANSEVERINO, Francisco de Assis Vieira. “*Compra de votos*”: Análise à luz dos princípios democráticos. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. p. 264.

²³ RAMAYANA, Marcos. *Direito Eleitoral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005. p. 326.

²⁴ SANSEVERINO, op. cit., p. 264.

²⁵ REIS, Marlon Jacinto. *Uso eleitoral da máquina administrativa e captação ilícita de sufrágio*. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 22.

²⁶ COSTA, Adriano Soares da. *Captação ilícita de sufrágio e inelegibilidade: Novas Reflexões em Disponível em: <www.paranaeleitoral.gov.br>*. Acesso em: 05 de maio de 2010. p. 4.

ao eleitor com o intuito específico de obter-lhe o voto, independentemente de qual conduta venha a ser praticada pelo candidato (doação, oferta, entrega ou promessa).²⁷

A propósito, levando-se em conta que o candidato usará dos mais ardilosos meios para realizar a compra de votos com o intuito de que tal conduta não seja descoberta, impõe-se salientar que o legislador, através do § 1º da norma estudada, se preocupou em reprimir o pedido de voto implícito, desde que presente o dolo específico dirigido à obtenção do voto do eleitor²⁸.

Ademais, é de se assinalar que o legislador estabelece explicitamente dois tipos de benesses capazes de desvirtuar a vontade do eleitor. São elas: um bem ou uma vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública. Assim, tem-se que não só a doação; entrega; promessa; oferta de bens materiais, tais como: dinheiro, caixa d'água, roupas, convites, cestas básicas, é reprimida pelo art. 41-A. Vantagens imateriais de qualquer natureza, assim como a conduta que confere ao eleitor algum cargo ou emprego público, também são combatidas pela norma.²⁹

É o que ensina Reis:

Não somente bens concretos, mas também vantagens imateriais podem gerar o compromisso de votar. Chamo de vantagens imateriais aqueles benefícios não passíveis de mensuração econômica, porém que possuem valor suficiente para que se tornem atrativos. É o caso do candidato que oferece, em troca dos votos de uma determinada família, seu serviço futuro como parlamentar para a aprovação de uma lei que dê a um logradouro público o nome de um antepassado querido.³⁰

Em pesquisa realizada no ano de 1997 pela Comissão Brasileira de Justiça e Paz, revelou-se uma extensa lista de maneiras de se proceder o oferecimento de uma benesse em face do eleitor. Se prestam à prática do ilícito: cestas básicas, alimentos básicos como açúcar, óleo, sal, tíquetes de leite, bebidas; dentaduras; óculos; sapatos; roupas; ajuda para obter documentos; pagamento de fiança de presos; cimento, areia, pedra, tijolos e outros

²⁷ BRANDÃO, Marcus Vinícius Mascarenhas. *O art. 41-A da Lei 9.504/97 e sua importância como um dos mecanismos de busca do fortalecimento da democracia*. Disponível em: <www.paranaeleitoral.com.br>. Acesso em: 03 de maio de 2010. p. 4.

²⁸ REIS, Marlon Jacinto. *Uso eleitoral da máquina administrativa e captação ilícita de sufrágio*. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 33.

²⁹ COSTA, Adriano Soares da. *Captação ilícita de sufrágio e inelegibilidade: Novas Reflexões em Decalque*. Disponível em: <www.paranaeleitoral.gov.br>. Acesso em: 05 de maio de 2010. p. 3

³⁰ REIS, op. cit., p. 24.

materiais de construção; ferramentas, insumos agrícolas; uniformes para clubes esportivos, bolas e redes; enxovais, cobertores; berços, colchões e colchonetes; móveis; eletrodomésticos e utensílios domésticos; bujões de gás; fogões; redes para dormir; casas. Lotes de terreno; remédios, exames de laboratório, pagamento de consultas médicas e de atendimento hospitalar, de esterilizações e abortos, de cirurgias, tratamentos odontológicos e próteses; cadeiras de rodas; pagamento de contas atrasadas, de aluguéis, de promissórias, carros; passagens e transporte, viagens e passeio; caixões de defunto e transporte para enterros; remoções gratuitas em ambulâncias; som para festas; financiamento de festas de formatura, de aniversário, batismo ou casamento, de quermesses, de bancos ou torres da Igreja etc., numa lista infindável que expõe todas as dificuldades vividas pela população brasileira.³¹

Por fim, o dispositivo estabelece um período determinado para que a compra de votos possa ser combatida pelo art. 41-A, qual seja: desde o registro do candidato até o dia da eleição.³²

Pois bem. Devidamente examinada a norma, por último, passa-se a expor as diferentes formas que a compra de votos pode ser realizada.

Segundo Marlon Jacinto Reis, a compra de votos pode ser: a) direta; b) indireta; c) por atacado ou por intermediário; ou d) inversa. Nesse sentido, mais uma vez se torna fundamental transcrever as precisas definições estabelecidas por Reis:

Compra de votos direta – envolve o conteúdo típico do conceito de captação ilegal de sufrágio. Aqui o candidato, diretamente ou valendo-se do concurso de terceiros, dirige ao eleitor uma oferta deixando claro, ainda que implicitamente, seu desejo de, em retribuição, receber o seu voto.

Compra de votos indireta – materializa-se por meio da adoção de ações voltadas para obter a adesão psíquica do eleitor e, por derivação, o seu voto. Na maioria das vezes caracteriza-se pela manutenção de um vínculo inicialmente lícito, mas que é utilizado com o fim de atingir a conquista ilícita dos votos. A expressão típica dessa modalidade, segundo as normas atualmente em vigor, reside na contratação abusiva de agentes eleitorais, sob a chancela aparente do art. 26, inciso VII, da Lei das Eleições, que autoriza “a remuneração ou gratificação de qualquer espécie a pessoal que preste serviços às candidaturas ou aos comitês eleitorais.” Muitas vezes essas contratações constituem meras simulações para justificar a entrega de valores monetários a eleitores.

³¹ CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua et al. *Tratado de Direito Eleitoral*. São Paulo: Premier Máxima, 2008. p. 58-59.

³² *Ibidem*. p. 59.

Compra de votos através de intermediário ou por atacado, ou compra de apoio político – aqui o incentivo material ou imaterial é oferecido não ao eleitor diretamente, mas a líderes locais, comunitários, de classe ou de partido. São os denominados “cabos eleitorais”, cuja posição política permite supor a detenção do controle de um dado número de votos, estando dispostos a tirar dessa particular situação proveito pessoal imediato ou futuro, em troca da mobilização do eleitorado. A contratação dos cabos eleitorais já contém em si a compra de votos deles.

Compra de votos inversa – o eleitor é abordado com a ameaça de que, ao não dirigir seu voto a certo candidato, lhe será impedido o acesso a um bem ou vantagem a que de outro modo teria direito. O exemplo clássico dessa modalidade é o da ameaça, explícita ou velada, de demissão ou de exclusão de um programa de distribuição de benefícios.³³

Diante das considerações apresentadas, o que se percebe é a pretensão de conferir o maior alcance possível ao dispositivo em comento, objetivando a repressão todas as situações possíveis capazes de configurar a captação ilícita de sufrágio. Por isso é que o art. 41-A vem sendo utilizado largamente pelos tribunais e juízes eleitorais, eis que se traduz na forma mais eficaz de afastar dos pleitos eleitorais os candidatos que se socorrerem à ilegalidade para granjear o voto dos eleitores.³⁴

1.2 Natureza Jurídica do instituto

Para Thales Cerqueira, o art. 41-A prevê uma condição implícita de elegibilidade, na medida em que as conseqüências da violação às normas eleitorais quando na obtenção do voto, influirá diretamente na possibilidade do candidato poder exercer o seu direito de ser votado.³⁵

Segundo Reis, considerando que o dispositivo estudado tem como objetivo principal a manutenção da lisura na administração das eleições, a cassação do registro ou diploma do candidato com base nesta norma teria a natureza meramente de sanção administrativa.³⁶

³³ REIS, Marlon Jacinto. *Uso eleitoral da máquina administrativa e captação ilícita de sufrágio*. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 33-34.

³⁴ NOLETO, Mauro Almeida. *Terceiro Turno: Crônicas da Jurisdição Eleitoral*. 1. ed. Imperatriz: Ética, 2008. p. 111-112.

³⁵ CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua et al. *Tratado de Direito Eleitoral*. São Paulo: Premier Máxima, 2008. p. 46.

³⁶ REIS, op. cit., p. 49.

Mais detalhadamente, Francisco Sanseverino sustenta ter a captação ilícita de sufrágio natureza de infração eleitoral de caráter político administrativo, haja vista que:

Embora possa não ser a hipótese mais adequada, pode-se afirmar que se trata de infração político administrativa; político, pois tem como objetivos a proteção dos direitos políticos. De um lado, resguarda o direito de votar, a liberdade de escolha do eleitor, de forma consciente, de modo a não ser corrompida pela compra de votos; de outro, protege o direito de ser votado, assegurando a igualdade de oportunidade entre os candidatos. Diz-se também infração administrativa, mais para estabelecer o contraste e afirmar que não se trata de crime eleitoral, em face das sanções de cassação do registro ou do diploma e de multa (sem natureza criminal).³⁷

Nota-se que os posicionamentos acerca da natureza jurídica do dispositivo apresentam fundamentação sustentável, motivo pelo qual entende-se ser temerário delimitar precisamente a sua natureza jurídica. O que não se pode perder de vista é que este dispositivo não prevê hipótese de crime eleitoral, hipótese expressamente tipificada pelo art. 299 do Código Eleitoral.³⁸

1.3 Captação ilícita de sufrágio e a contratação de pessoas

Como já demonstrado, o art. 41-A reprime expressamente a conduta do candidato que, pessoalmente, ou através de terceiro, contrate ou nomeie eleitor a algum cargo – inclusive amigo ou familiar –, com o intuito de obter o seu voto, visto que tal prática se enquadra como oferecimento de vantagem pessoal ao eleitor.³⁹

Por outro lado, o art. 26 da Lei nº 9.504/97, em seu inciso VII assegura ao candidato a contratação remunerada de pessoal que preste serviços às candidaturas ou aos comitês eleitorais⁴⁰, sem que isto, inclusive, gere quaisquer ônus trabalhista ou previdenciário ao candidato, por força do disposto no art. 100 da Lei nº 9.504/97⁴¹.

No entanto, tal permissivo legal muitas vezes é utilizado de forma abusiva pelos candidatos, que se utilizam deste dispositivo para efetuar a contratação de um número

³⁷ SANSEVERINO, Francisco de Assis Vieira. “Compra de votos”: Análise à luz dos princípios democráticos. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. p. 249-250.

³⁸ Idem. *Direito Eleitoral*. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 206.

³⁹ SANSEVERINO, op. cit., p. 257.

⁴⁰ MENDONÇA JÚNIOR, Delosmar. *Manual de Direito Eleitoral*. Salvador: JusPODIVM, 2006. p. 163.

⁴¹ CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua et al. *Tratado de Direito Eleitoral*. São Paulo: Premier Máxima, 2008. p. 59.

absurdo e desproporcional de pessoas, na maioria das vezes pobres e desempregadas, as quais, obviamente, lhe conferirão o voto, sendo que esta conduta se subsumirá à hipótese prevista no art. 41-A.⁴²

1.4 Captação ilícita de sufrágio e o crime de corrupção eleitoral

O art. 299 do Código Eleitoral estabelece como crime de corrupção eleitoral a conduta do candidato consistente em “[...] 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 [...]” impondo como sanção ao infrator “Pena - reclusão até quatro anos e pagamento de cinco a quinze dias-multa.”

Embora o art. 41-A tenha sua origem nas condutas do crime de corrupção eleitoral⁴³, e os dispositivos ora confrontados sejam notadamente semelhantes, impõe-se explicar algumas considerações a respeito do tema.

Inicialmente, deve-se observar que o crime de corrupção eleitoral, consignado no art. 299 do Código Eleitoral, não consiste em norma penal em branco, haja vista que, se assim o fosse, necessitaria de outra norma complementar para efetivamente surtir seus efeitos, o que ensejaria na cogitação da edição do art. 41-A para o cumprimento de tal tarefa.⁴⁴

O fato é que não há de se falar em confusão entre o crime de corrupção eleitoral e a captação ilícita de sufrágio. Na hipótese da conduta do candidato se enquadrar em ambos dispositivos, o que o correrá é a configuração de um fato ilícito com reflexos tanto na esfera penal como na esfera administrativo-eleitoral⁴⁵.

Sobre o tema, o TSE já decidiu, inclusive, que não há conexão entre as ações propostas na esfera eleitoral e penal, de modo que a “[...] absolvição na representação por

⁴² MENDONÇA JÚNIOR, Delosmar. *Manual de Direito Eleitoral*. Salvador: JusPODIVM, 2006. p. 163.

⁴³ SANSEVERINO, Francisco de Assis Vieira. “*Compra de votos*”: Análise à luz dos princípios democráticos. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. p. 258.

⁴⁴ RAMAYANA, Marcos. *Direito Eleitoral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005. p. 325-326.

⁴⁵ DELGADO, José Augusto. *Reflexões doutrinárias e jurisprudenciais sobre o art. 41-A da Lei n. 9.504/97*. Disponível em: <http://www.tse.gov.br/eje/arquivos/download/reflexoes_art41_lei9504.pdf>. Acesso em 12 de maio de 2010. p.4.

captação ilícita de sufrágio, na esfera cível-eleitoral, ainda que acobertada pelo manto da coisa julgada, não obsta a persecutio criminis pela prática do tipo penal descrito no art. 299, do Código Eleitoral.”⁴⁶

Neste particular, conveniente destacar que esta Corte Superior já adotou posicionamento contrário, em 2002, em julgado cuja ementa passa-se a transcrever o trecho que interessa:

*O delito do art. 41-A da Lei nº 9.504/97 é exclusivo de candidato. Tendo este já respondido em autos de representação, que fora julgada improcedente e transitara em julgado, considera-se constrangimento ilegal o prosseguimento de ação penal para apurar os mesmos fatos. Ordem concedida para trancar a ação penal em curso.*⁴⁷

Conclui-se, então, que os tipos em referência têm natureza jurídica distintas. Enquanto o art. 299 estabelece um crime eleitoral, prevendo as sanções típicas de qualquer ilícito penal, o art. 41-A estabelece uma sanção administrativa ao candidato infrator.⁴⁸

Ademais, a captação ilícita de sufrágio só pode ser praticada pelo candidato – ou por interposta pessoa que atue ao seu mando ou com sua anuência –. Ou seja, somente o candidato às eleições devidamente registrado perante a Justiça Eleitoral pode ser sujeito ativo desse ilícito.

Distintamente, o crime de corrupção eleitoral pode ser praticado por qualquer indivíduo, que, inclusive, pode estar agindo independentemente de solicitação de candidato. Nesta hipótese, o candidato sequer responderá por crime algum em virtude do princípio da responsabilidade penal objetiva. O candidato, contudo, poderá ser responsabilizado penalmente, na qualidade de partícipe ou co-autor, no caso de ter ciência do fato e dele se beneficiar dolosamente.⁴⁹

⁴⁶ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO (AAG) nº 6553/SP*, Relator Min. Antonio Cezar Peluzo, DJ de 12/12/2007, p. 191-192.

⁴⁷ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *RECURSO EM HABEAS CORPUS (RHC) nº 46/SP*, Relatora Min. Ellen Gracie Northfleet, DJ de 11/10/2002, p. 147.

⁴⁸ SANSEVERINO, Francisco de Assis Vieira. “*Compra de votos*”: Análise à luz dos princípios democráticos. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. p. 258.

⁴⁹ CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua et al. *Tratado de Direito Eleitoral*. São Paulo: Premier Máxima, 2008. p. 68.

Importante ressaltar, também, que distintamente do art. 299 do Código Eleitoral, que visa punir tanto quem compra o voto, quanto quem vende, o art. 41-A somente prevê como conduta ilícita aquela praticada pelo candidato, eximindo de responsabilização quem receba ou solicite benesse em troca de seu voto.⁵⁰

Ao isentar de culpa o eleitor que solicita ou aceita uma benesse em troca de voto, quando do momento de estabelecer a redação do art. 41-A da Lei 9.504/97, o legislador buscou facilitar a produção de prova da ocorrência do ilícito. Isso porque, pelo o art. 299 enquadrar como sujeito corruptor também o cidadão que aliena seu voto, muitas vezes o sujeito apto a provar que o candidato efetivamente praticou a compra de votos não o fazia, com receio de também ser punido.⁵¹

Por fim, diferenciam-se os dispositivos estudados no que concerne aos seus períodos de incidência. A captação ilícita de sufrágio tem período determinado para que seja configurada – desde o registro de candidatura até o dia das eleições, inclusive –, enquanto o crime de corrupção eleitoral pode ser praticado a qualquer tempo.⁵²

1.5 Captação ilícita de sufrágio e o crime eleitoral de boca de urna

O crime eleitoral de boca de urna, com previsão expressa no inciso II, do § 5º, do art. 39, da Lei nº 9.504/97, vige atualmente no ordenamento jurídico pátrio com a seguinte redação:

*Art. 39. A realização de qualquer ato de propaganda partidária ou eleitoral, em recinto aberto ou fechado, não depende de licença da polícia.
§ 5º Constituem crimes, no dia da eleição, puníveis com detenção, de seis meses a um ano, com a alternativa de prestação de serviços à comunidade pelo mesmo período, e multa no valor de cinco mil a quinze mil UFIR:
II - a arregimentação de eleitor ou a propaganda de boca de urna;*

Assim como o crime de corrupção eleitoral, a boca de urna se difere da captação ilícita de sufrágio naquilo que diz respeito à sua natureza jurídica de crime eleitoral,

⁵⁰ SANSEVERINO, Francisco de Assis Vieira. “Compra de votos”: Análise à luz dos princípios democráticos. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. p. 258.

⁵¹ CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua et al. *Tratado de Direito Eleitoral*. São Paulo: Premier Máxima, 2008. p. 70.

⁵² SANSEVERINO, op. cit., p. 258.

porquanto as sanções impostas pelo art. 41-A, conforme anteriormente dito, têm natureza jurídica meramente de sanções administrativas eleitorais.⁵³

Diferem-se, ainda, quanto ao período em que as respectivas normas estão aptas a incidir. A captação vedada de sufrágio pode ocorrer no período compreendido entre o registro de candidatura até o dia das eleições, diferentemente do crime de boca de urna que somente pode ser praticado no dia das eleições.⁵⁴

Ressalte-se, também, que não obstante a captação ilícita de sufrágio seja realizada através de uma conduta de aliciamento do eleitor tendente a influir na sua vontade, ela se diferencia da boca de urna ao determinar que o convencimento do eleitor se realize exclusivamente mediante o oferecimento de alguma benesse ao eleitor.

No crime de boca de urna não se exige o oferecimento de qualquer vantagem por parte do infrator, mas simplesmente a realização de uma coação com vistas a inibir a livre escolha do eleitor especificamente no dia das eleições.⁵⁵

É de se notar, diante das considerações tecidas, que, no caso concreto, sempre será necessário analisar a conduta ilegal específica deflagrada pelo candidato, objetivando a sua melhor subsunção à norma regente, evitando-se a equivocada capitulação legal do fato, assim como a possível ocorrência de dupla punição do candidato pela mesma irregularidade.

Conceituada a captação ilícita de sufrágio, para que melhor se perceba a real importância do dispositivo ora estudado, convém examinar o histórico de sua entrada em vigor no ordenamento vigente.

⁵³ SANSEVERINO, Francisco de Assis Vieira. “*Compra de votos*”: Análise à luz dos princípios democráticos. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. p. 259.

⁵⁴ CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua et al. *Tratado de Direito Eleitoral*. São Paulo: Premier Máxima, 2008. p. 52.

⁵⁵ SANSEVERINO, op. cit., p. 259.

2 HISTÓRICO DO ART. 41-A DA LEI Nº 9.504/97

2.1 Breves apontamentos sobre o advento da Lei nº 9.840/99

O art. 41-A da Lei nº 9.504/97, com redação determinada pela Lei nº 9.840/99, foi inserido ao ordenamento vigente por meio do primeiro Projeto de Lei de Iniciativa Popular da história do Brasil.

Torna-se fundamental, para que melhor se entenda a importância do dispositivo em estudo, a realização de uma breve análise do trâmite do relevante Projeto de Lei que teve por consequência o advento do maior instrumento legal apto a afastar da máquina pública os candidatos insistentes em suprimir a livre expressão do voto e a igualdade de possibilidades nos pleitos eleitorais.

Muito embora o Código Eleitoral, em seu art. 299, já tipificasse como crime “*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*”, nas eleições de 1996, verificou-se a compra de votos como um dos maiores óbices ao pleno exercício da democracia no Brasil.⁵⁶

Os candidatos que reiteradamente praticavam as condutas capituladas no dispositivo mencionado permaneciam impunes ante o longo trâmite de um típico processo criminal, motivo pelo qual se viam motivados cada vez mais a praticar referidas condutas, compurscando, reiteradas vezes, a vontade do eleitor.⁵⁷

Acrescente-se que, pelo fato da maior parte da população brasileira viver em condições miseráveis, muitos eleitores se submetem à comercialização do voto com o objetivo de angariar alguma benesse. Assim, a consequência desta prática na contagem dos votos, muitas vezes, tinha o condão de ser decisiva no resultado de determinada eleição.⁵⁸

Diga-se, também, que a facilidade com que os candidatos podem ser eleitos por meio da comercialização do voto influi diretamente na utilidade de se manter parcela da

⁵⁶ MOVIMENTO DE COMBATE À CORRUPÇÃO ELEITORAL. *História da Conquista da Lei 9.840*. Disponível em: <<http://www.mcce.org.br/node/6>>. Acesso em 08 de maio de 2010.

⁵⁷ Ibidem.

⁵⁸ Ibidem.

população brasileira em situação de pobreza, na qual se sujeitam mais facilmente a alienar sua liberdade de expressão em troca de vantagens.⁵⁹

Além da conduta do candidato que realizava a “compra de votos” ser uma das maiores vilãs da democracia, ela tinha o condão de refletir diretamente sobre o plano constitucional, eis que infringia diversos de seus princípios, dentre os quais devemos mencionar principalmente o da dignidade da pessoa humana, considerado o princípio-matriz da ordem jurídica vigente.

Constatou-se, então, a enorme influência da compra de votos na cultura brasileira. Isso porque suprimia a liberdade de expressão de voto do eleitor, motivava os eleitos a manterem a população brasileira em situação de submissão e, da mesma forma, influenciava contrariamente à adoção de políticas públicas com vistas a melhoraria da qualidade de vida do cidadão brasileiro.⁶⁰

Contudo, ainda que verificada a situação apresentada, até 1997 não havia instrumento legal capaz de reprimir as condutas ilícitas que constantemente vinham sendo praticadas. Observe-se, neste ponto, a ressalva de Marlon Jacinto Reis:

Até o advento da Lei 9.840, de setembro de 1999, a Justiça Eleitoral era responsável por uma missão que não tinha como cumprir. Recebera a nobre tarefa de gerir ações voltadas à seleção dos mandatários, mas se lhe negou os mínimos instrumentos administrativos necessários para reprimir, no curso do processo de escolha de candidatos, aqueles que insistissem em afrontá-lo por meio da prática de atos de corrupção.”⁶¹

Frente a estas situações, tudo começou com a iniciativa da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil que, por meio de sua Comissão Brasileira de Justiça e Paz – CBJP, em fevereiro de 1997, lançou o Projeto “Combatendo a corrupção eleitoral”.

O objetivo principal da campanha era inserir na legislação brasileira, especificamente no âmbito eleitoral, alguma forma de reprimir com maior eficácia a compra

⁵⁹ MOVIMENTO DE COMBATE À CORRUPÇÃO ELEITORAL. *História da Conquista da Lei 9.840*. Disponível em: <<http://www.mcce.org.br/node/6>>. Acesso em 08 de maio de 2010.

⁶⁰ Ibidem.

⁶¹ REIS, Marlon Jacinto. *Uso eleitoral da máquina administrativa e captação ilícita de sufrágio*. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 49.

de votos, prática que vinha trazendo diversas conseqüências negativas para a legitimidade do processo eleitoral.⁶²

Sendo o assunto em questão de relevante interesse social, entendeu a Comissão Brasileira de Justiça e Paz por utilizar a Iniciativa Popular como instrumento de manifesto da vontade e indignação da sociedade.

Neste ponto, importante ressaltar a previsão constitucional sobre a Iniciativa popular:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

*III - iniciativa popular.*⁶³

Regulando este dispositivo, o art. 61 da Constituição Federal prescreve como deve se proceder o regular exercício desta forma de manifestação da soberania popular:

Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

*§ 2º - A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.*⁶⁴

Na forma como prescrita pela Constituição da República, incumbiu-se a Comissão Brasileira de Justiça e Paz, de arrecadar, no mínimo, a assinatura de 1% do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles, nos termos do § 2º do art. 61 da Constituição Federal.⁶⁵

⁶² MOVIMENTO DE COMBATE À CORRUPÇÃO ELEITORAL. *História da Conquista da Lei 9.840*. Disponível em: <<http://www.mcce.org.br/node/6>>. Acesso em 08 de maio de 2010.

⁶³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>.

⁶⁴ Ibidem.

⁶⁵ MOVIMENTO DE COMBATE À CORRUPÇÃO ELEITORAL. *História da Conquista da Lei 9.840*. Disponível em: <<http://www.mcce.org.br/node/6>>. Acesso em 08 de maio de 2010.

O objetivo era colher as assinaturas até o final do ano de 1998, o que possibilitaria a sua apresentação ao Congresso Nacional no início de 1999, já que sua aprovação deveria ocorrer até 1º de Outubro de 1999, ou seja, um ano antes das eleições realizadas no ano de 2000.⁶⁶

Isto porque o artigo 16, da Constituição da República de 1988⁶⁷, determina que a *“lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência.”*⁶⁸

Contudo, adversidades impediam que as assinaturas fossem devidamente colhidas. Até abril de 1999, sequer metade das assinaturas necessárias haviam sido angariadas. À época, constatou-se que as principais causas da dificuldade na coleta das assinaturas se deviam principalmente aos seguintes fatores: i) a necessidade de se verificar os dados eleitorais dos signatários; ii) os possíveis subscritores não acreditavam que um simples Projeto de Lei poderia resolver problemas dessas dimensões; iii) a coleta das assinaturas muitas vezes era confundida com campanha eleitoral, dada a iminência das eleições que se aproximavam.⁶⁹

Além dos fatores acima delineados, o temor pelas possíveis represálias feitas pelos políticos que freqüentemente adotavam a compra de votos nas eleições, bem como a sedução que a oferta de uma benesse gera sobre um cidadão que vive em extremas condições de miséria, contribuíam para o não colhimento das referidas assinaturas.⁷⁰

Por estas circunstâncias, o que o movimento pela aprovação do Projeto de Lei pretendia era, na realidade, uma mudança cultural da sociedade em relação à maneira de se encarar a política, haja vista que até então nada parecido havia sido feito para coibir práticas há muito realizadas, com as quais os brasileiros, de modo geral, lidavam como se fossem aceitáveis.⁷¹

⁶⁶ Ibidem.

⁶⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>.

⁶⁸ MOVIMENTO DE COMBATE À CORRUPÇÃO ELEITORAL, op. cit.

⁶⁹ Ibidem.

⁷⁰ Ibidem.

⁷¹ MOVIMENTO DE COMBATE À CORRUPÇÃO ELEITORAL. *História da Conquista da Lei 9.840*. Disponível em: <<http://www.mcce.org.br/node/6>>. Acesso em 08 de maio de 2010.

Frente a tal situação, a Rede Globo de Televisão, ao noticiar um fato de impunidade na apuração de um caso envolvendo o crime eleitoral tipificado no art. 299 do Código Eleitoral, aproveitou a oportunidade para convocar a população para demonstrar sua indignação mediante a assinatura do Projeto de Lei.⁷²

No caso citado, a ação em desfavor de um político que tinha praticado a compra de votos foi instaurada em 1992, tendo sido ele condenado somente no ano de 1999. A defesa, então, interpôs recurso no qual fora deferido o efeito suspensivo pleiteado, de forma que até a prolação da decisão não mais recorrível o réu permaneceria em liberdade.⁷³

Desse modo, considerando que parcela da população se encontrava indignada e motivada pela iniciativa da Rede Globo de Televisão, nos meses que se seguiram as assinaturas foram colhidas e, em agosto de 1999, o documento contendo o total de 1.039.175 de assinaturas foi entregue à Câmara dos Deputados.⁷⁴

Na ocasião, os representantes populares destacaram que, em verdade, foram colhidas cerca de 5 milhões de assinaturas, na medida em que a cada cinco pessoas dispostas a assinar o Projeto, apenas uma estava em posse de seu título de eleitor.⁷⁵

No entanto, mais uma dificuldade se apresentou: como validar 1 milhão de assinaturas de diferentes subscritores? Verificou-se, então, que seria impossível o trâmite de um Projeto de Lei de Iniciativa Popular nessas condições, porquanto não havia meio hábil a confirmar a autenticidade de todas as assinaturas colhidas, motivo pelo qual optaram os parlamentares por legislar a matéria por meio de projeto de iniciativa parlamentar.⁷⁶

Destaque-se, neste particular, a ressalva de Luis Roberto Barroso sobre a Iniciativa Popular:

Os § 1º e 2º do art. 13 da Lei 9.709, de 18.11.98, dispõem: § 1º O projeto de lei de iniciativa popular deverá circunscrever-se a um só assunto. § 2º O projeto de lei de iniciativa popular não poderá ser rejeitado por vício de forma, cabendo à Câmara dos Deputados, por seu órgão competente,

⁷² Ibidem.

⁷³ Ibidem.

⁷⁴ Ibidem.

⁷⁵ Ibidem.

⁷⁶ Ibidem.

*providenciar a correção de eventuais impropriedades de técnica legislativa ou de redação.*⁷⁷ (grifo nosso)

Assim, sob o número 1517/88, o Projeto de Lei se iniciou em 18 de agosto de 1999, quando houve sua apresentação definitiva à Mesa da Câmara. Durante o seu trâmite, duas alterações em seu texto original foram promovidas. A primeira no sentido de suprimir a expressão que previa como sujeito ativo não só o candidato, mas também “alguém por ele”. A segunda modificação previa que além de doar, oferecer, prometer, ou entregar bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, constitui captação ilícita a ação realizada em troca de “inclusive emprego ou função pública”.⁷⁸

Sancionada pelo Presidente da República em 28 de setembro de 1998, a Lei nº 9840, passou a vigor quando da sua publicação no Diário Oficial da União, em 29 de setembro de 1999, o que a possibilitou, desta forma, alcançar as eleições realizadas em 1º de outubro de 2000.⁷⁹

Frise-se o curtíssimo período entre a iniciação do Projeto de Lei na Câmara dos Deputados e a sanção presidencial. Em 40 dias após o seu encaminhamento à Câmara dos Deputados, a Lei nº 9.840/99 estaria vigendo no país, o que, diga-se, novamente, resultou no primeiro Projeto de Lei decorrente de uma Iniciativa Popular na história do Brasil, com a conseqüente inserção do art. 41-A da Lei nº 9.504/97 ao sistema jurídico nacional.

Verificado o manifesto caráter popular do art. 41-A da Lei nº 9.504/97, passa-se a analisar outro aspecto objeto de amplo debate logo quando de sua inserção ao ordenamento vigente: a questão de sua constitucionalidade.

3 CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 41-A DA LEI Nº 9.504/97

3.1 Da Constitucionalidade do art. 41-A da Lei 9.504/97

A sanção cominada para o candidato infrator do art. 41-A da Lei nº 9.504/97 ,que doa, oferece, promete, ou entrega, ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto, bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública, consiste na

⁷⁷ BARROSO, Luis Roberto. *Constituição da República Federativa do Brasil anotada*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 523

⁷⁸ MOVIMENTO DE COMBATE À CORRUPÇÃO ELEITORAL. *História da Conquista da Lei 9.840*. Disponível em: <<http://www.mcce.org.br/node/6>>. Acesso em 08 de maio de 2010.

⁷⁹ Ibidem.

cassação de seu registro de candidatura ou de seu diploma, no caso de já houver sido expedido, e da aplicação de multa de mil a cinquenta mil Ufir – Unidades Fiscais de Referência.

Quanto à multa, não há dúvida no que toca à aplicação literal do texto legal pelo magistrado no exercício de sua discricionariedade, que deverá se restringir aos limites máximos e mínimos estabelecidos pelo legislador. Contudo, no que se refere à cassação do registro ou diploma, há divergência doutrinária no que se refere à constitucionalidade dessa sanção, suscitada, especialmente, pelo eleitoralista Adriano Soares da Costa.

O principal argumento utilizado contra sua constitucionalidade é de que o art. 41-A estaria criando nova hipótese de inelegibilidade através de lei ordinária, o que confrontaria a Constituição da República, na medida em que hipóteses de inelegibilidade só podem ser nela previstas ou, quando muito, tratadas por Lei Complementar.

Senão, veja-se, na parte que interessa, a redação do dispositivo constitucional regente:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

[...]

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. (grifo nosso)

Aqui, cabe ressaltar que as hipóteses de inelegibilidade estão atualmente contempladas na Lei Complementar nº 64/90, que estabelece, “[...] de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências”, com as devidas modificações consignadas na Lei Complementar nº 135/2010 que “Altera a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato.”

Em prosseguimento, considerando que a cassação do registro ou diploma do candidato incurso nas sanções do art. 41-A impede a sua participação em determinado pleito, esta sanção o estaria deixando inelegível.⁸⁰

Assim, o entendimento sustentado comumente pelos doutrinadores que advogam se baseia na ampla definição de que inelegibilidade é tudo aquilo que impede alguém de concorrer a um mandato eletivo, sendo esta a máxima sanção prevista na legislação eleitoral. Portanto, independentemente da natureza da sanção sofrida pelo candidato, se esta é capaz de impedir que ele possa lançar sua candidatura, restará configurada a inelegibilidade.⁸¹

Segundo esse posicionamento, a inelegibilidade objetiva excluir o candidato da corrida eleitoral, retirando-lhe a sua candidatura. Se a cassação do registro por captação ilícita de sufrágio tem por consequência óbvia impedir que o candidato concorra a uma determinada eleição, somente se poderia concluir que esta sanção tem natureza jurídica de inelegibilidade, o que infringe o texto constitucional, na medida em que o art. 41-A restou indiscutivelmente inserido ao ordenamento vigente através de lei ordinária.⁸²

Nesse sentido, em forte argumentação, arremata Adriano Soares da Costa:

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 de 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 de registro é perda da possibilidade de concorrer naquela eleição específica; é inelegibilidade para essa eleição; é inelegibilidade cominada simples.⁸³

De outro norte, Marlon Jacinto Reis sustenta ser muito radical afirmar que toda e qualquer circunstância capaz de afastar o candidato das eleições constitui

⁸⁰ REIS, Marlon Jacinto. *Uso eleitoral da máquina administrativa e captação ilícita de sufrágio*. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p 45.

⁸¹ COSTA, Adriano Soares da. *Captação ilícita de sufrágio e inelegibilidade: Novas Reflexões em Decalque*. Disponível em: <www.paranaeleitoral.gov.br>. Acesso em: 05 de maio de 2010. p. 8.

⁸² *Ibidem*. p. 8.

⁸³ COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de Direito Eleitoral*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 501-502.

incontestavelmente inelegibilidade. Em seu sentido vulgar, leigo, poderia até ser, mas jamais em termos técnicos a serem adotados pelo direito eleitoral.⁸⁴

Defende Reis, o condutor desta corrente, que as inelegibilidades têm por fundamento impedir que algumas pessoas com determinadas características particulares venham a exercer o mandato eletivo. São elas: i) aquelas que possam ser beneficiadas pela posição que possuem perante a máquina estatal; ii) aquelas que possam ser beneficiadas pela posição de algum parente perante a máquina estatal; iii) aquelas que adotaram meios ilícitos e desonestos para angariar votos, sendo essa conduta capaz de influir diretamente no resultado das eleições; e iv) aquelas que praticaram qualquer ato que ateste objetivamente que a pessoa é incapaz de exercer a gestão da coisa pública.⁸⁵

Portanto, o legislador, ao prever a sanção de inelegibilidade, objetiva impedir que a máquina pública venha a ser gerida por pessoas que não apresentem adesão aos padrões éticos mínimos de conduta capazes de indicar sua inclinação pelos princípios da moralidade e probidade, norteadores da atividade pública, diferentemente do objetivo propugnado pelo art. 41-A, que é o de resguardar a livre manifestação de vontade do eleitor.⁸⁶

É afirmar que, diferentemente do art. 41-A, que objetiva manter a lisura do pleito eleitoral por meio da defesa da liberdade de expressão de cada eleitor, em sua acepção individualizada, o instituto da inelegibilidade tem por função substancial impedir que eventual cargo público venha ser alcançado por determinado indivíduo inapto a exercer este *mínus*, em razão de seu comportamento ímprobo, não condizente com os padrões éticos e morais esperados pela sociedade republicana.

Por outro lado, Adriano Soares da Costa rebate tais considerações sustentando que a Legislação Eleitoral reprime, em outros dispositivos, como por exemplo, no art. 73 da Lei das Eleições, atos praticados por gestores públicos, que se utilizam de meios ilícitos e indignos para a captação do voto, capazes de influir no resultado das eleições, sem que, entretanto, comine a sanção de inelegibilidade para o candidato.⁸⁷

⁸⁴ REIS, Marlon Jacinto. *Uso eleitoral da máquina administrativa e captação ilícita de sufrágio*. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 45.

⁸⁵ Idem. *A Constitucionalidade do art. 41-A da Lei das Eleições*. Disponível em: <www.paranaeleitoral.gov.br>. Acesso em: 20 de maio de 2010. p. 2.

⁸⁶ REIS, op. cit., p. 46.

Da mesma forma, segundo Costa, se mostram fracos os critérios definidores apontados por Reis ao passo que tanto as inelegibilidades, quanto as normas administrativas eleitorais responsáveis pela manutenção da lisura nas eleições – dentre elas, a cassação do mandato pela captação ilícita de sufrágio –, visam impedir que o mandato público venha ser alcançado por aquele que não possua os padrões éticos mínimos para conduzir a atividade pública.⁸⁸

Conclui Adriano Soares da Costa que:

Na verdade, a interpretação que o TSE está dando ao art. 41-A da Lei nº 9.504/97 visa salvá-lo de sua evidente inconstitucionalidade, uma vez que é veículo introdutor impróprio de normas sobre inelegibilidade, mercê do que prescreve o § 9 do art. 14 da CF/88. Como apenas através de lei complementar poderia ser criada hipótese nova de inelegibilidade, optou-se por fazê-lo por via oblíqua, sub-repticiamente, através de lei ordinária. E como essa lei é uma das poucas provenientes da iniciativa popular, seria muito difícil para a Justiça Eleitoral expurgar uma lei assim tão bem nascida, pela origem e pela sua reta intenção, nada obstante a sua má técnica.⁸⁹

Analisando a questão sobre outro prisma, a corrente pela constitucionalidade argumenta que, muito embora as sanções administrativas estabelecidas pelo art. 41-A e a inelegibilidade tenham, a rigor, o mesmo fim - quando pretendem afastar do pleito eleitoral os indivíduos que desrespeitam as normas legais -, esse fato por si só não tem força de afastar a constitucionalidade do art. 41-A.

A inelegibilidade atinge o voto indiretamente. A sua função primária é de afastar um requisito constitucional fundamental para que o candidato se lance às eleições, a cidadania passiva. Diferentemente, a sanção imposta pela norma analisada atinge diretamente os votos conquistados pelo candidato infrator. O principal objetivo deste dispositivo é desconstituir os votos alcançados ilegitimamente através da vontade viciada do eleitorado, o que lhe permite cumprir ao fim que se destina: manter a liberdade de expressão do voto.⁹⁰

⁸⁷ COSTA, Adriano Soares da. *A inconstitucionalidade do art. 41-A da Lei das Eleições*: Breves reflexões sobre o estudo de Márlon Jacinto Reis. Disponível em: <www.paranaeleitoral.gov.br>. Acesso em: 05 de maio de 2010. p. 2.

⁸⁸ *Ibidem*. p. 2.

⁸⁹ *Idem*. *Captação ilícita de sufrágio e inelegibilidade*: Novas Reflexões em Decalque. Disponível em: <www.paranaeleitoral.gov.br>. Acesso em: 05 de maio de 2010. p. 12.

⁹⁰ MENDONÇA JÚNIOR, Delosmar. *Manual de Direito Eleitoral*. Salvador: JusPODIVM, 2006. p. 170-171.

Observa-se, também, que, além das inelegibilidades, existem as condições de elegibilidade consignadas no texto constitucional que devem ser observadas por aqueles que visam alcançar os cargos de provimento eletivo. Não atendidas às condições elencadas no art. 14, § 3º, da Constituição Federal, sequer o candidato terá seu registro deferido pela Justiça Eleitoral, o que o impossibilitará, por conseguinte, de participar das eleições.

Neste ponto, é importante esclarecer que:

A elegibilidade é o direito subjetivo público de o cidadão concorrer às eleições para cargos públicos. Não é apenas o direito de ser votado, mas também o direito de praticar atos de campanha, angariando em seu nome os votos dos eleitores. A elegibilidade, assim, é um direito cívico, não pertencente a todos os nacionais, concedido pelo ordenamento jurídico para aqueles que cumpram determinados pressupostos estabelecidos, sem os quais ela não surgirá na sua esfera jurídica. A inelegibilidade aqui não é ausência de elegibilidade, nem tampouco a sua perda, mas sim impedimento à sua obtenção, como uma sanção a determinados fatos, não necessariamente de natureza eleitoral. Por isso, a inelegibilidade é ausência, impedimento ou perda de elegibilidade.⁹¹

Impõe-se, pois, concluir que não necessariamente tudo que impede a participação do candidato nas eleições constitui inelegibilidade, porquanto existem outras condições que impedem o acesso do nacional ao mandato eletivo almejado.⁹²

Além do mais, vale ressaltar que a Justiça Eleitoral além de exercer sua função típica jurisdicional, também é responsável por administrar as eleições no exercício de suas atribuições administrativas.

O candidato previamente escolhido nas convenções partidárias deve se dirigir à Justiça Eleitoral para requerer seu registro de candidatura. Após tal requerimento, compete à Justiça Eleitoral verificar se estão presentes as condições de elegibilidade, ausentes as causas de inelegibilidade, bem como se o pedido de registro de candidatura do candidato atende às formalidades impostas pela Justiça Eleitoral, como, por exemplo, se tal requerimento fora feito tempestivamente. Ausente alguma formalidade imposta pela Justiça Eleitoral, o pedido

⁹¹ COSTA, Adriano Soares da. *Inelegibilidade e inabilitação no Direito Eleitoral*. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=43>>. Acesso em: 17 de novembro de 2010.

⁹² REIS, Marlon Jacinto. *Uso eleitoral da máquina administrativa e captação ilícita de sufrágio*. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p 46.

de registro de candidatura feito pelo candidato será indeferido, impedindo a sua participação naquelas eleições.⁹³

Nesse sentido, importante conferir as palavras de Marlon Jacinto Reis:

*Entre os poderes administrativos do juiz eleitoral está o de indeferir registros ou diplomas obtidos com menoscabo às regras básicas voltadas a permitir a correta administração das eleições. [...] Se o candidato malfeire normas administrativas eleitorais que inviabilizam sua permanência no pleito eleitoral, deve, por força dessas mesmas regras, ser afastado. [...] Se isso é válido para o candidato que simplesmente se recusa a apresentar sua fotografia, como não aceitá-lo para o que pratica atos de corrupção da vontade do eleitorado?*⁹⁴

Desta forma, pelo até aqui exposto, não há como não concluir que existem outras hipóteses que impedirão o acesso do candidato à corrida eleitoral, que não somente as caracterizadas como inelegibilidades.

Acrescente-se, ainda, que a Lei nº 9.504/97 estabelece outros dispositivos, além do art. 41-A, que prevêem como sanção aos seus infratores a cassação de registro ou de diploma, sem que isto implique em inelegibilidade. A saber:

*Art. 74. Configura abuso de autoridade, para os fins do disposto no art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, a infringência do disposto no § 1º do art. 37 da Constituição Federal, ficando o responsável, se candidato, sujeito ao **cancelamento do registro ou do diploma**.*

Art. 75. Nos três meses que antecederem as eleições, na realização de inaugurações é vedada a contratação de shows artísticos pagos com recursos públicos.

*Parágrafo único. Nos casos de descumprimento do disposto neste artigo, sem prejuízo da suspensão imediata da conduta, o candidato beneficiado, agente público ou não, ficará sujeito à **cassação do registro ou do diploma**.*

Art. 77. É proibido a qualquer candidato comparecer, nos 3 (três) meses que precedem o pleito, a inaugurações de obras públicas.

*Parágrafo único. A inobservância do disposto neste artigo sujeita o infrator à **cassação do registro ou do diploma**.*⁹⁵ (grifou-se)

⁹³ REIS, Marlon Jacinto. *A Constitucionalidade do art. 41-A da Lei das Eleições*. Disponível em: <www.paranaeleitoral.gov.br>. Acesso em: 20 de maio de 2010. p. 2-3.

⁹⁴ Idem. *Uso eleitoral da máquina administrativa e captação ilícita de sufrágio*. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 48.

⁹⁵ BRASIL. *Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997*. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: <www.planalto.gov.br>.

Portanto, caso se entendesse pela inconstitucionalidade do art. 41-A da Lei das Eleições, outros dispositivos também padeceriam de tal vício formal, o que demonstra que, de fato, a vontade do legislador era de não aferir caráter de inelegibilidade a esta sanção.⁹⁶

Vale ressaltar que o candidato que teve seu registro ou diploma cassado por infração ao art. 41-A não fica, por força desta disposição legal ordinária, impedido de concorrer às próximas eleições, fato que corrobora o argumento de que a sanção imposta por este dispositivo não constitui nova hipótese de inelegibilidade.⁹⁷

Outrossim, destaque-se que diferentemente das inelegibilidades, o bem protegido pelo art. 41-A, além da liberdade de expressão do voto, é a lisura da administração das eleições. Em outras palavras: busca-se a realização de um regular processo eleitoral, e não proteger o cargo público em si, posto que a natureza de sua sanção é puramente administrativa.⁹⁸

No mesmo sentido, é o entendimento do Supremo Tribunal Federal que se pronunciou na ADIN nº 3592/DF, relatada pelo Ministro Gilmar Mendes, da seguinte forma:

*EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 41-A da Lei nº 9.504/97. Captação de sufrágio. 2. As sanções de cassação do registro ou do diploma previstas pelo art. 41-A da Lei nº 9.504/97 não constituem novas hipóteses de inelegibilidade. 3. A captação ilícita de sufrágio é apurada por meio de representação processada de acordo com o art. 22, incisos I a XIII, da Lei Complementar nº 64/90, que não se confunde com a ação de investigação judicial eleitoral, nem com a ação de impugnação de mandato eletivo, pois não implica a declaração de inelegibilidade, mas apenas a cassação do registro ou do diploma. 4. A representação para apurar a conduta prevista no art. 41-A da Lei nº 9.504/97 tem o objetivo de resguardar um bem jurídico específico: a vontade do eleitor. 5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.*⁹⁹ (grifo nosso)

⁹⁶ SANSEVERINO, Francisco de Assis Vieira. “Compra de votos”: Análise à luz dos princípios democráticos. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. p. 239 -240.

⁹⁷ CONEGLIAN, Olivar. Lei das Eleições Comentada, p. 300 in SANSEVERINO, Francisco de Assis Vieira. “Compra de votos”: Análise à luz dos princípios democráticos. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. p. 251.

⁹⁸ REIS, Marlon Jacinto. *A Constitucionalidade do art. 41-A da Lei das Eleições*. Revista Eletrônica Paraná Eleitoral. Disponível em: <www.paranaeleitoral.gov.br>. Acesso em: 21 de maio de 2010. p. 3-4.

⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADI) nº 3592/DF*, Min. relator Gilmar Mendes, Publicação no DJ em 02/02/2007. p. 71.

Válido, neste ponto, transcrever trechos do voto do Ministro Gilmar Mendes, que funda-se principalmente na liberdade de expressão do eleitor para afirmar a constitucionalidade do dispositivo:

O art. 41-A foi introduzido na Lei nº 9.504/97, por meio da Lei nº 9.840/99, com a finalidade de reforçar a proteção à vontade do eleitor, combatendo, com a celeridade necessária, as condutas ofensivas ao direito fundamental ao voto. Ou seja, enquanto a ação de investigação judicial eleitoral visa proteger a lisura do pleito, a representação prevista no art. 41-A da Lei nº 9.504/97 tem o objetivo de resguardar um bem jurídico específico: a vontade do eleitor.

Nos termos da Constituição, a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com o valor igual para todos (art. 14, caput).

Embora não esteja explícito nessa norma constitucional, é evidente que esse voto tem outra qualificação: ele há de ser livre. Somente a idéia de liberdade explica a ênfase que se conferiu ao caráter secreto do voto.

O voto direto impõe que o voto dado pelo eleitor seja conferido a determinado candidato ou a determinado partido, sem que haja mediação por uma instância intermediária ou por um colégio eleitoral.

[...]

O voto secreto é inseparável da idéia do voto livre.

A ninguém é dado o direito de interferir na liberdade de escolha do eleitor.

[...]

Tendo em vista reforçar essa liberdade, enfatiza-se o caráter secreto do voto. Ninguém poderá saber, contra a vontade do eleitor, em quem ele votou, vota ou pretende votar.

[...]

Assim, a preservação do voto livre e secreto obriga o Estado a tomar inúmeras medidas com o objetivo de oferecer as garantias adequadas ao eleitor, de forma imediata, e ao próprio processo democrático.

Essa é a teleologia da norma do art. 41-A da Lei das Eleições.

[...]

Dessa forma, a regra vem integrar o plexo normativo de garantias processuais do direito fundamental ao voto.

Os resultados obtidos pela aplicação do art. 41-A da Lei nº 9.504/97 pela Justiça Eleitoral em todo o país tem demonstrado a importância de mecanismos processuais céleres para a proteção eficaz da liberdade do eleitor, o que só tem contribuído para o aperfeiçoamento da democracia.

Complementando o voto condutor, prelecionam os Srs. Ministros Carlos Ayres Britto e Marco Aurélio Mello, respectivamente:

Visa-se, realmente, garantir o eleitor, impedindo que o eleitor, sobretudo o economicamente mais sacrificado, seja cooptado, capturado pelos que elegíveis e até eventualmente eleitos tentem viciar essa vontade, levando o eleitor, sobretudo por uma carência econômica, a votar pensando no seu interesse pessoal, e não no interesse da polis.

[...] O que está no artigo 41-a é a disciplina da conduta do candidato, a

disciplina voltada a homenagear um princípio, um fundamento da própria República – a dignidade do homem –, respeitando-se o eleitor, não se valendo o candidato da situação concreta do eleitor para lograr, mediante benesses, o respectivo voto.

Não encerra o artigo 41-A uma causa de inelegibilidade; não envolve a previsão de uma causa pretérita de inelegibilidade, nem posterior de inelegibilidade, porque, incidindo o candidato na prática vedada, a consequência não é o assentamento da inelegibilidade por um certo período, mas, simplesmente, a cassação do registro e a cassação do diploma, se já formalizado.

Confira-se, ainda, a manifestação do Tribunal Superior Eleitoral sobre o assunto:

*EMENTA: Representação. Captação ilícita de sufrágio. Decisão regional. Reconhecimento. Ilícito. Recurso especial. Cassação do registro. Possibilidade. Art. 41-A da Lei das Eleições. Hipótese de inelegibilidade. Não-configuração. 1. É facultado ao relator apreciar monocraticamente os recursos que lhe são distribuídos, conforme dispõe o art. 36, §§ 6º e 7º, do Regimento Interno do Tribunal Superior Eleitoral. 2. **A jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral é pacífica no sentido de que o art. 41-A da Lei das Eleições não consubstancia hipótese de inelegibilidade.** 3. Embora seja adotado o procedimento do art. 22 da Lei Complementar nº 64/90 para apurar a captação ilícita de sufrágio, as decisões que julgam procedente a representação fundada no art. 41-A da Lei nº 9.504/97 não se submetem aos incisos XIV e XV do citado art. 22. Agravo regimental desprovido.¹⁰⁰ (grifo nosso)*

Evidencia-se, pois, que não há se falar em inconstitucionalidade da norma em comento, entendimento esse corroborado pelo posicionamento não só do Tribunal Superior Eleitoral, como também do Pretório Excelso, no sentido de dar razão a corrente que se adere neste trabalho monográfico.

Tanto é que, recentemente, no ano de 2010, com a entrada em vigor da nova “Lei da Ficha Limpa”, a Lei Complementar nº 135/2010¹⁰¹, o legislador preocupou-se em tratar a matéria de forma expressa, firme e definitiva – se posicionando por sua

¹⁰⁰ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL ELEITORAL (ARESPE) nº 28.089/SP*, Min. Relator Carlos Eduardo Caputo Bastos, Publicação no DJ em 14/03/2008, p. 9. No mesmo sentido *RESPE nº 25215/RN*, Relator Min. Carlos Eduardo Caputo Bastos, DJ de 9/9/2005, p. 171; *ARESPE nº 25241/PR*, Relator Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 21/10/2005, p. 101; *ARESPE nº 25258/SP*, Relator Min. Carlos Eduardo Caputo Bastos, DJ de 11/12/2006, p. 218.

¹⁰¹ BRASIL. Lei Complementar nº 135, de 04 de junho de 2010. *Altera a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato.* Disponível em: <www.planalto.gov.br>.

constitucionalidade –, ao dar a seguinte redação à alínea “j”, do inciso I, do art. 1º, da “Lei das Inelegibilidades”, a Lei Complementar nº 64/90:

Art. 1º São inelegíveis:

I - para qualquer cargo:

j) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, por corrupção eleitoral, por captação ilícita de sufrágio, por doação, captação ou gastos ilícitos de recursos de campanha ou por conduta vedada aos agentes públicos em campanhas eleitorais que impliquem cassação do registro ou do diploma, pelo prazo de 8 (oito) anos a contar da eleição; (grifo nosso)

Frise-se, novamente, que o art. 41-A, da Lei nº 9.504/97, exercendo sua função precípua de afastar do “jogo” político os candidatos desonestos, que utilizam os mais diversos meios para explorar a pobreza do eleitorado nacional, resguarda, acima de tudo, a liberdade de expressão do voto, princípio imprescindível para que a democracia possa ser exercida em sua plenitude, conforme propugnado pela Constituição Federal de 1988.¹⁰²

Portanto, verifica-se que, o dispositivo em estudo deve ter sua constitucionalidade afirmada, sobretudo em virtude da matéria versada em seu conteúdo ser de suma relevância e interesse social, porquanto visa proteger o direito ao voto livre e secreto, cláusula pétrea fundamental para assegurar o contínuo aperfeiçoamento da democracia do país.¹⁰³

4 APLICABILIDADE DO ART. 41-A DA LEI Nº 9.504/97

4.1 Da aplicação do art. 41-A

Nota-se que os primeiros capítulos se dedicaram a examinar a captação ilícita de sufrágio notadamente em sua acepção conceitual, do que é possível se extrair a existência

¹⁰² BRANDÃO, Marcus Vinícius Mascarenhas. *O art. 41-A da Lei 9.504/97 e sua importância como um dos mecanismos de busca do fortalecimento da democracia*. Disponível em: <www.paranaeleitoral.com.br>. Acesso em: 03 de maio de 2010. p. 3.

¹⁰³ SANSEVERINO, Francisco de Assis Vieira. “*Compra de votos*”: Análise à luz dos princípios democráticos. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. p. 246

de uma diversa gama de situações que podem implicar no afastamento do candidato do certame eleitoral.

Entretanto, por mais que o legislador tenha procurado estabelecer critérios objetivos para a aplicação da norma estudada, o magistrado eleitoral sempre se confrontará com o subjetivismo, sobretudo em razão de que o art. 41-A foi inserido na legislação desacompanhado de prescrições que viessem a preencher todo seu conteúdo, tanto em seu sentido material, como em seu sentido formal.

Isso remete à necessidade de se estabelecer uma correlação entre o texto do dispositivo e a interpretação que a ele é dada, o que, não tendo a doutrina o feito em toda sua extensão, torna inevitável o pronunciamento judicial buscando revelar o correto significado do dispositivo, sempre visando à manutenção da coerência e da unidade do ordenamento eleitoral.

Assim, focando-se na aplicação prática do dispositivo enquanto no caso concreto, será feita uma minuciosa interpretação do art. 41-A, principalmente segundo o entendimento do TSE, que é a quem compete dar a última palavra em matéria de direito eleitoral.

4.1.2 Sujeitos ativo e passivo da conduta

Neste tópico será abordado o tema relativo aos sujeitos aptos a praticar e a sofrer a compra de votos, para efeitos de incidência do art. 41-A.

O entendimento que prevalece, atualmente, é que, para a incidência do art. 41-A, a conduta empreendida, objetivando a obtenção de votos por meio da compra, deve ser voltada ao eleitor, e não a qualquer pessoa que por algum motivo não possa exercer o direito de voto.¹⁰⁴

Por outro lado, o dispositivo também incide nas hipóteses em que o candidato, com o intuito de obter o voto, entrega ou promete uma benesse para alguém que se encontra

¹⁰⁴ SANSEVERINO, Francisco de Assis Vieira. “*Compra de votos*”: Análise à luz dos princípios democráticos. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. p. 272.

de alguma forma vinculado a um eleitor, como, por exemplo, a prole que recebe uma benesse em nome do pai, que, ao seu turno, pode exercer o direito de voto.¹⁰⁵

Por sua vez, o TSE já decidiu, em julgado não tão recente, que o “[...] art. 41-A da L. 9.504/97 só tipifica a captação ilícita de votos entre candidato e eleitor, não a configurando a vantagem dada ou prometida por um candidato a outro, visando a obter-lhe a desistência.”¹⁰⁶

Quanto à identificação do sujeito passivo, esta não se mostra necessária, muito embora a verificação da prova em juízo seja significativamente facilitada quando possível seu reconhecimento durante a instrução processual.¹⁰⁷

A respeito, confira-se excerto extraído de ementa de julgado do TSE:¹⁰⁸

*Na linha da jurisprudência desta Corte, estando comprovado que houve captação vedada de sufrágio, não é necessário estejam identificados nominalmente os eleitores que receberam a benesse em troca de voto, bastando para a caracterização do ilícito a solicitação do voto e a promessa ou entrega de bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza.*¹⁰⁹

No que se refere ao sujeito ativo da conduta, para Adriano Soares da Costa, a incidência do dispositivo só seria cabível nas hipóteses em que o candidato, pessoalmente, realizasse uma das condutas elencadas pelo legislador. A atividade exercida por terceiro, em nome do candidato, visando à obtenção do sufrágio ilicitamente, quando muito, poderia configurar abuso de poder econômico ou o crime de corrupção eleitoral.¹¹⁰

No entanto, este entendimento não se revela razoável, na medida em que, se assim se entendesse, o art. 41-A teria sua aplicabilidade restringida a pouquíssimos casos, se

¹⁰⁵ Ibidem. p. 272.

¹⁰⁶ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. RESPE nº 19399/TO, Relator Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 01/04/2002, v. 1, p. 114.

¹⁰⁷ SANSEVERINO, op. cit., p. 272.

¹⁰⁸ Neste sentido: BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. RESPE nº 28441/SP, Relator Min. José Augusto Delgado, Relator designado Min. Marcelo Ribeiro, DJ de 29/04/2008, p. 10; RECURSO ORDINÁRIO (RO) nº 787/DF, Relator Min. Francisco Cesar Asfor Rocha, DJ de 10/02/2006; RESPE nº 21022/CE, Relator Min. Fernando Neves da Silva, DJ de 07/02/2003, p. 144.

¹⁰⁹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. RESPE nº 25256/RS, Relator Min. Francisco Cesar Asfor Rocha, DJ de 05/05/2006, p. 151.

¹¹⁰ COSTA, Adriano Soares da. *Captação ilícita de sufrágio e inelegibilidade: Novas Reflexões em Decalque*. Disponível em: <www.paranaeleitoral.gov.br>. Acesso em: 05 de maio de 2010. p. 2

se considerar que, na maioria absoluta das vezes, por razões óbvias, quem pratica a compra de votos é alguém a mando do candidato, e não ele próprio.

Nesse sentido, o TSE já estabeleceu que, para a configuração do ilícito, não se exige:

[...] a prova da participação direta, ou mesmo indireta, do candidato, para fins de aplicação do art. 41-A da Lei das Eleições, bastando o consentimento, a anuência, o conhecimento ou mesmo a ciência dos fatos que resultaram na prática do ilícito eleitoral, elementos esses que devem ser aferidos diante do respectivo contexto fático. No caso, a anuência, ou ciência, da candidata a toda a significativa operação de compra de votos é fruto do envolvimento de pessoas com quem tinha forte ligação familiar, econômica e política.¹¹¹

Convém destacar, porém, que, segundo esta mesma Corte, “*[...] promessas de campanha dirigidas indistintamente a eleitores sem referência a pedido de voto não constituem captação ilícita de sufrágio, a que alude o art. 41-A da Lei nº 9.504/97.*”¹¹²

É dizer que “*[...] a promessa de vantagem pessoal em troca de voto é parte da fattispecie integrante da norma, devendo se relacionar com o benefício a ser obtido concreta e individualmente por eleitor determinado, para fazer incidir o art. 41-A da Lei das Eleições.*”¹¹³

Não olvide-se, todavia, que a pluralidade, ou seja, a oferta de benesse por parte do candidato, dirigida a vários eleitores – de forma individualizada –, se tiver o intuito de angariar o voto, configura sim o ilícito, não se confundindo com a hipótese acima apresentada, a qual reflete a promessa de campanha genérica, dirigida de forma aleatória a diversos eleitores, desconectada da oferta de uma vantagem individualizada e determinada, ainda que para um grupo de pessoas.¹¹⁴

¹¹¹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *RCED nº 755/RO*, Relator Min. Arnaldo Versiani, DJE de 28/09/2010, p. 11 e 15. Na mesma linha: *RESPE nº 30274/MG*, Relator Min. Marcelo Ribeiro, DJE de 05/08/2010, p. 82.; *AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL ELEITORAL (ARESPE) nº 35932/MG*, Relator Min. Aldir Guimarães Passarinho Junior, DJE de 04/08/2010, p. 143.; *ARESPE nº 35692/SC*, Relator Min. Felix Fischer, DJE de 24/03/2010, p.36.

¹¹² BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *RESPE nº 35352/SP*, Relator Min. Fernando Gonçalves, DJE de 07/06/2010, p. 30. Tem-se, ainda: *ARESPE nº 36132/CE*, Relator Min. Marcelo Ribeiro, DJE de 24/06/2010, p. 49.; *RO nº 1522/SP*, Relator Min. Marcelo Ribeiro, DJE de 10/05/2010, p. 15.

¹¹³ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *RESPE nº 35770/ES*, Relator Min. Fernando Gonçalves, DJE de 30/04/2010, p. 15/16.

¹¹⁴ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *MEDIDA CAUTELAR (MC) nº 1252/ES*, Relator Min. Luiz Carlos Madeira, DJ de Data 21/03/2003, v. 1, p. 144.

4.1.3 Da necessidade de provas robustas da efetiva ocorrência ilícito

Embora possa parecer óbvio o que se passa a expor neste momento, é tópico importante nos estudos do art. 41-A a questão da necessidade de se colher provas robustas da configuração do ilícito, aptas a demonstrar a efetiva ocorrência da compra de votos.

Isso porque, conforme já dito e demonstrado, a aplicação do dispositivo investigado se dá de maneira manifestamente subjetiva, de forma que em elevado número de situações – para não dizer quase sempre –, afirmar se houve ou não a captação ilícita de sufrágio, mediante a verificação da ocorrência das várias peculiaridades contempladas neste trabalho, caberá exclusivamente ao magistrado, no uso de seu livre convencimento.

Outro fator relevante, é que a sanção cominada ao candidato/eleito incurso nas penas do art. 41-A é de natureza extremamente grave, sobretudo porque afasta de um cargo público aquele candidato eventualmente eleito pelo povo, de modo que o Poder Judiciário acaba por se sobrepor à vontade popular, para afastar do pleito quem burla o ordenamento eleitoral.

Por tais circunstâncias, decidiu-se que para a incidência do art. 41-A necessário se faz a presença de prova robusta e consistente, não podendo o candidato ser condenado quando estas não demonstrarem a inequívoca ocorrência da captação ilícita do sufrágio.

Válido, neste sentido, conferir alguns precedentes do e. TSE a respeito do tema:

Reconhecida a ausência de provas robustas da prática da captação ilícita de sufrágio, tal conclusão não pode ser modificada sem reexame dos fatos e provas constantes dos autos, vedado na instância especial.¹¹⁵

*Para a caracterização da captação de sufrágio e da arrecadação e gasto ilícito de recursos, previstos nos arts. 41-A e 30-A da Lei 9.504/1997, respectivamente, é indispensável, **em razão da gravidade das penalidades aplicadas, a presença de provas contundentes dos atos praticados.**¹¹⁶(grifo nosso)*

¹¹⁵ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *AAG nº 12010/RS*, Relator Min. Marcelo Ribeiro, DJE de 11/05/2010, p. 23-24.

Para a caracterização da captação ilícita de sufrágio é indispensável, em razão da gravidade da penalidade aplicada, a presença de provas, hábeis a comprovar a prática de atos em troca de votos.

Não há nos autos elementos de prova a demonstrar a existência do necessário liame entre os recorrentes e os envolvidos, a permitir que se possa extrair a ilação de que estes teriam efetivamente cooptado a livre manifestação do eleitorado, por meio da compra de votos, em benefício da candidatura daqueles.¹¹⁷ (grifo nosso)

I - Para a caracterização da captação de sufrágio é necessária a promessa ou a entrega de benesses ao eleitor em troca de seu voto. Precedentes.

II - Ausência de provas robustas para se concluir pela prática de captação ilícita de sufrágio.¹¹⁸

*Agravo regimental no recurso ordinário. Representação. Captação Ilícita de sufrágio e gastos ilícitos de recursos de campanha. Arts. 41-A e 23, § 5º, da Lei das Eleições. Participação do candidato, ainda que indireta. Finalidade de captação ilícita de voto. **Provas cabais, robustas e sólidas inexistentes nos autos.** Improcedência. Precedentes. Recurso a que se nega provimento.*

Para caracterização da captação ilícita de sufrágio, há que se ter provas cabais, conclusivas, da participação do candidato na conduta ilegal, ainda que de forma indireta, bem como a finalidade de captação vedada de sufrágio, condições essas que, no caso, não estão patentes.¹¹⁹ (grifo nosso)

Falando-se em prova no processo eleitoral, convém destacar que o TSE entende que o art. 23 da Lei Complementar nº 64/90, aplica-se às lides versando a captação ilícita de sufrágio. Ou seja:

O Tribunal formará sua convicção pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções e prova produzida, atentando para circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, mas que preservem o interesse público de lisura eleitoral.

Frente a tais questões, verificada a manifesta subjetividade na atividade de se aferir que tipo de prova é capaz de dar subsídio à condenação nas penas do art. 41-a, torna-se necessário delimitar o que o TSE, em casos concretos, entende por constituir tal robustez.

A Corte Superior Eleitoral mantém, atualmente, entendimento firme no sentido de que a “[...] gravação clandestina feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do

¹¹⁶ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. ARO nº 2260/GO, Relator Min. Ricardo Lewandowski, DJE de 11/05/2010, p. 29.

¹¹⁷ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. RO nº 1589/RJ, Relator Min. Ricardo Lewandowski, DJE de 01/02/2010, p. 419.

¹¹⁸ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. RO nº 1462/RJ, Relator Min. Ricardo Lewandowski, DJE de 01/09/2009, p. 41.

¹¹⁹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. ARO nº 1444/MT, Relator Min. Joaquim Barbosa, DJE de 17/08/2009, p. 25.

outro, não constitui interceptação vedada pela Constituição da República. (Precedentes do TSE).’’¹²⁰

Não confunda-se, todavia, esta prova colhida regularmente por um dos interlocutores presente na ocasião do fato ocorrido, com a produção de prova forjada, na qual o infrator é induzido por fatores externos à prática do ato ilegal, porquanto, por exemplo, é *“[...] imprestável a gravação clandestina realizada por policiais que saem da posição de observadores e induzem os investigados a responderem perguntas maliciosamente elaboradas.”¹²¹*

Outrossim, o TSE houve, recentemente, por confirmar decisão condenatória pela incursão no 41-A, escorando-se exclusivamente em uma única prova testemunhal. Válido conferir a esclarecedora ementa de referido precedente:

“[...]1. A comprovação da captação ilícita de sufrágio lastreada exclusivamente em prova testemunhal é perfeitamente admitida, bastando que ela demonstre, de maneira consistente, a ocorrência do ilícito eleitoral. 2. A circunstância de cada fato alusivo à compra de voto ter sido confirmada por uma única testemunha não retira a credibilidade, nem a validade da prova, que deve ser aferida pelo julgador.[...]”¹²² (grifo nosso)

Neste particular, de se ressaltar que as provas colhidas por ocasião das investigações preliminares devem sempre ser judicializadas, ou seja, devem ser reafirmadas e eventualmente rebatidas na regular instrução processual, oportunizando-se ao demandado o exercício da ampla defesa e do contraditório.

Em outras palavras: *“As declarações obtidas em inquérito policial ou por meio de escritura pública não submetidas ao contraditório não têm valor probante.”¹²³*

Conclui-se, do exposto, que a provas nos processos envolvendo a prática da captação ilícita de sufrágio são de suma importância para a efetiva apuração do ocorrido.

¹²⁰ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *ARESPE* nº 4198880/RO, Relator Min. Ricardo Lewandowski/DJE de 10/05/2010, p. 21. Precedentes: *ARESPE* nº 27845/RN, Relator Min. Joaquim Barbosa, DJE de 31/8/2009, p. 37; *RESPE* nº 35622/AM, Relator Min. Marcelo Ribeiro, DJE de 05/10/2009, p. 60-61.

¹²¹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *ARCED* nº 747/GO, Relator Min. Ricardo Lewandowski, DJE de 11/05/2010, p. 28-29.

¹²² BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *ARESPE* nº 26110/MT, Relator Min. Arnaldo Versiani, DJE de 23/6/2010, p. 25.

¹²³ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *ARESPE* nº 25760/SP, Relator Min. Carlos Eduardo Caputo Bastos, DJ de 06/12/2006, p. 152.

Assim, devem sempre se submeter à ampla dilação, sob pena de configuração de cerceamento de defesa, motivo pelo qual torna-se inviável o julgamento antecipado da lide quando em apuração a ocorrência da compra de votos.¹²⁴

4.1.4 Do dolo específico e da desnecessidade do pedido expresso de voto

No Projeto de Lei que resultou na inserção do art. 41-A ao ordenamento vigente, não havia a “[...] expressão com o fim de obter-lhe o voto, na medida em que havia presunção de que, no período de campanha eleitoral, qualquer vantagem dada ou oferecida ao eleitor denotava aquela intenção”.^{125 126}

Assim, objetivando dirimir eventual controvérsia acerca da questão, optou-se por inserir referida expressão no texto definitivo do dispositivo estudado, com o intuito de se restringir sua aplicação àqueles casos que efetivamente a entrega de uma benesse seja realizada objetivando a concessão do voto.

Ocorre que, tão-logo da sua entrada em vigor, a questão foi questionada perante os tribunais eleitorais, sendo necessária a manifestação expressa do TSE no sentido de interpretar o significado da expressão “com o fim de obter-lhe o voto”.

Dessa forma, a Corte Superior Eleitoral assentou seu posicionamento no sentido de que a “[...] caracterização da captação ilícita de sufrágio exige a prova de que a conduta fora praticada com o objetivo de obter o voto do eleitor [...]”¹²⁷, bem como que

¹²⁴ Precedentes: BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *RESPE n° 25628/MT*, Relator Min. Gilmar Mendes, DJ de 11/04/2006, p. 135; *AMC n° 1727/MT*, Relator Min. Gilmar Mendes, DJ de 02/12/2005, p. 97; *AAG n° 5502/MT*, Relator Min. Carlos Eduardo Caputo Bastos, DJ de 21/10/2005, p. 99.

¹²⁵ SANSEVERINO, Francisco de Assis Vieira. “*Compra de votos*”: Análise à luz dos princípios democráticos. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. p. 269.

¹²⁶ Assinale-se que o próprio TSE, no ano de 2006, por ocasião do julgamento do *RESPE n° 25146/RJ*, Relator Min. Gilmar Mendes, Relator designado Min. Marco Aurélio Mello, DJ de 20/04/2006, p. 124, expressou este entendimento no sentido de que “[...] verificado um dos núcleos do artigo 41-A da Lei n° 9.504/97 - doar, oferecer, prometer ou entregar ao eleitor bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza - **no período crítico compreendido do registro da candidatura até o dia da eleição, inclusive, presume-se o objetivo de obter voto, sendo desnecessária a prova visando a demonstrar tal resultado. Presume-se o que normalmente ocorre, sendo excepcional a solidariedade no campo econômico, a filantropia.**” (grifo nosso)

¹²⁷ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *RO n° 1377/RS*, Relator Min. Marcelo Ribeiro, DJE de 18/09/2009, p. 17. Confira-se, a propósito: BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *ARESPE n° 35933/MG*, Relator Min. Felix Fischer, DJE de 10/02/2010, p. 40; *RCED n° 699/RS*, Relator Min. Marcelo Ribeiro, de 19/11/2009, p. 14. *RCED n° 711/RS*, Relator Min. Marcelo Ribeiro, DJE de 05/10/2009, p. 56.

“[...] para a configuração do ilícito previsto no art. 41-A da Lei nº 9.504/97 não se faz necessário o pedido explícito de votos, bastando que, a partir das circunstâncias do caso concreto, seja possível inferir o especial fim de agir, no que tange à captação do voto.”¹²⁸¹²⁹

Foi este, também, o posicionamento majoritário adotado pela doutrina, entendendo que, para a punição do candidato, de fato, exige-se o dolo específico em sua conduta, ou seja, a vontade livre e consciente de obter o voto do eleitor, ainda que de modo implícito, mediante o oferecimento de uma benesse, não sendo suficiente apenas a demonstração da oferta de algum bem ou vantagem.¹³⁰

Sucedo que, a Lei nº 12.034/09¹³¹, introduziu 04 (quatro) novos §§ no artigo 41-A da Lei nº 9.504/97, sendo que, por meio do § 1º, a matéria em referência, anteriormente resolvida pelos tribunais e pela doutrina, restou contemplada na legislação regente, de maneira ainda mais esclarecedora, com a seguinte redação: “§ 1º Para a caracterização da conduta ilícita, é desnecessário o pedido explícito de votos, bastando a evidência do dolo, consistente no especial fim de agir.”¹³²

Verifica-se, então, que efetivamente i) o pedido de voto não precisa ser explícito, sendo reprimida também aquela conduta dissimulada do candidato; e ii) deve ser evidenciado na conduta do candidato – ou alguém a seu mando – o especial fim de obter a vantagem ilícita.

Registre-se, por necessário, que o ônus de provar a livre consciência na conduta do candidato que pratica a captação ilícita de sufrágio cabe a quem imputar-lhe tal

¹²⁸ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *RO nº 2373/RO*, Relator Min. Arnaldo Versiani, DJE de 03/11/2009, p. 33. Confira-se, também: BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *ARESPE nº 35.804/TO*, Relatora Min. Cármen Lúcia, DJE de 04/05/2010, p. 26/27;

¹²⁹ Registre-se, neste ponto, que o e. TSE, em oportunidade específica e não tão recente, por ocasião do julgamento do *RO nº 772/RR*, Relator Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 05/11/2004, p. 159, manifestou entendimento contrário, de que “[...] **caracterização da conduta vedada pelo art. 41-A da Lei nº 9.504/97 requer que a promessa ou entrega da benesse seja acompanhada de expreso pedido de voto.** [...]” (grifo nosso)

¹³⁰ COSTA, Adriano Soares da. *Captação ilícita de sufrágio e inelegibilidade: Novas Reflexões em Decalque*. Disponível em: <www.paranaeleitoral.gov.br>. Acesso em: 05 de maio de 2010. p. 4

¹³¹ BRASIL. Lei nº 12.034 de 29 de Setembro de 2009. *Altera as Leis nºs 9.096, de 19 de setembro de 1995 - Lei dos Partidos Políticos, 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas para as eleições, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral..* Disponível em: <www.planalto.gov.br>.

¹³² BRASIL. Lei nº 9.504 de 30 de Setembro de 1997. *Estabelece normas para as eleições.* Disponível em: <www.planalto.gov.br>.

infração¹³³, haja vista que, conforme anteriormente frisado, “[...] a configuração da captação de sufrágio, não obstante prescindir da atuação direta do candidato beneficiário, requer a comprovação de sua anuência, ou seja, de sua participação efetiva, ainda que indireta, **não sendo possível a condenação por mera presunção.**”¹³⁴ (grifo nosso)

Dada a subjetividade inerente à tarefa de se aferir o que seria o dolo específico de obter o voto de um eleitor, evidencia-se que o magistrado, ao aplicar a norma, o fará com flagrante discricionariedade, o que, obviamente, gera incontroversa insegurança jurídica a respeito do que seria este fim específico de agir.

4.1.5. Da inexigência de influência no resultado das eleições

Quando do advento do art. 41-A, dúvidas se voltaram em relação à necessidade da compra de votos empreendida pelo candidato influenciar no resultado das eleições. Isto porque normas repressoras de condutas de caráter semelhante, tais como aquela que reprime o abuso de poder político e econômico, exigem tal requisito para a punição do candidato.¹³⁵

Após severas discussões, a doutrina atualmente informa que o bem a que se presta resguardar o art. 41-A é a liberdade de expressão do eleitor, não o resultado das eleições, motivo pelo qual não há necessidade de se provar que a conduta do candidato teve potencialidade suficiente para gerar efeitos no resultado das eleições.¹³⁶

Confira-se, a propósito, as palavras de Thales Cerqueira:

Entendemos que no art. 41-A não se aplica a teoria da potencialidade do dano (dimensão do ato, que não gera consequência alguma), e, sim, a teoria da proporcionalidade ou razoabilidade (que analisa a gravidade do ato e,

¹³³ SANSEVERINO, Francisco de Assis Vieira. “Compra de votos”: Análise à luz dos princípios democráticos. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. p. 269.

¹³⁴ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *RESPE nº 35589/AP*, Relato Min. Marcelo Ribeiro, DJE de 11/11/2009, p. 12.

¹³⁵ Importa anotar que caso a conduta do candidato, por meio da qual se deu a compra de votos, se enquadre também em umas das condutas vedadas aos agentes públicos - hipóteses estas previstas no art. 73 da Lei nº 9.504/97 - estando preenchidos os requisitos necessários para caracterização de cada uma isoladamente, nada obsta a sua condenação cumulativa por ambas as condutas. [BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO (EAAG) nº 7294/PA*, Relator Min. Carlos Eduardo Caputo Bastos, BEL - Boletim eleitoral de 17/04/2007, p. 101.]

¹³⁶ CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua et al. *Tratado de Direito Eleitoral*. São Paulo: Premier Máxima, 2008. p. 64.

*logo, sanciona a pena de forma racional, ou apenas com multas ou com redução desta).*¹³⁷

No mesmo sentido, o TSE, muito embora tenha adotado entendimento contrário na oportunidade em que examinou *ARESPE n° 28459/BA*, de relatoria do Min. Marcelo Ribeiro, com publicação no DJE de 17/9/2008, p. 22., já consolidou seu posicionamento, que é firme no sentido de que a “[...] *pacífica jurisprudência desta Corte Superior já assentou ser desnecessário aferir potencialidade nas hipóteses do art. 41-A da Lei das Eleições, porquanto essa norma busca proteger a vontade do eleitor.*”¹³⁸

4.1.6 Período de caracterização

O art. 41-A, da Lei nº 9.504/97, preceitua que somente poderá ser caracterizada a compra de votos no período compreendido entre “*o registro da candidatura até o dia da eleição.*”

Levando-se em conta que o registro de candidatura é um ato complexo, ou seja, dependente de uma análise do Poder Judiciário Eleitoral no sentido de se aferir se estão presentes todos os requisitos para a sua concessão, dúvidas surgiram quanto à interpretação do que seria “o registro da candidatura”.

O candidato se submeteria às sanções do 41-A a partir do requerimento do registro da candidatura ou somente após o seu deferimento?

Considerando que, após o pedido de registro de candidatura, a Justiça Eleitoral avaliará se estão presentes todas as condições de elegibilidade e ausentes as causas de inelegibilidade, para aí sim deferi-lo ou não, caso se entendesse que o prazo para incidir a norma fosse desde o efetivo registro da candidatura, verificar-se-ia uma “brecha” de tempo para a realização da compra de votos, enquanto a regularidade da candidatura ainda estivesse sob a análise da Justiça Eleitoral.¹³⁹

¹³⁷ Ibidem. p. 64.

¹³⁸ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *RO n° 2373/RO*, Relator Min. Arnaldo Versiani, DJE de 03/11/2009, p. 33. Neste sentido: *RESPE n° 21264/AP*, Relator Min. Carlos Mário Velloso, DJ de 11/6/2004, p. 94.; *RCED n° 671/MA*, Relator Min. Eros Grau, DJE de 03/03/2009, p. 35; *ARESPE n° 27104/PI*, Relator Min. Marcelo Ribeiro, DJE de 14/05/2008, p. 02

¹³⁹ SANSEVERINO, Francisco de Assis Vieira. “*Compra de votos*”: Análise à luz dos princípios democráticos. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. p. 271.

Veja-se que, examinando a questão sob esse prisma, ainda que o candidato tivesse praticado a conduta em referência entre o pedido do registro de sua candidatura e o deferimento de tal requerimento, a sua incursão nas penas do artigo 41-A não seria possível, restando, desta forma, somente a oportunidade de se sancionar o infrator pela prática do crime capitulado no art. 299, do Código Eleitoral, cuja punição se dá de maneira manifestamente mais difícil do que nas hipóteses de incursão nas penas da captação ilícita de sufrágio.

É por isso que o TSE, quando questionado sobre o assunto, se manifestou e consolidou sua jurisprudência no sentido de que a captação ilícita de sufrágio poderá ocorrer desde o pedido de registro de candidatura até o dia das eleições, e não desde o deferimento do pedido.¹⁴⁰

Isso porque o deferimento do pedido de registro de candidatura tem efeito meramente declaratório, com efeitos *ex tunc* à data do registro, ou seja, seus efeitos retroagem à data em que o candidato requereu à Justiça Eleitoral o registro de sua candidatura.¹⁴¹

Prosseguindo, no que diz respeito ao dia final do prazo para sua incidência, a matéria não é controvertida, já que, interpretando a norma literalmente, evidencia-se que a captação de votos somente ocorreria até o dia eleição, pois ninguém compraria votos – ou praticaria uma das condutas assemelhadas – depois que o eleitor já exerceu seu direito de voto.¹⁴²

Neste ponto, é válido lembrar que, muito embora a captação ilícita de sufrágio só possa acontecer até o dia das eleições, aquele candidato que deixa para concluir a compra prometida somente em momento posterior às eleições também deverá ser punido, haja vista que o dispositivo regente também coíbe a simples promessa do candidato.¹⁴³

¹⁴⁰ Nesse sentido: BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *RESPE n° 19566/MG*, Relator Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 26/04/2002, v.1, p. 185; *RESPE n° 19229/MG*, Relator Min. Fernando Neves, DJ de 05/06/2001, v. 1. p. 111.

¹⁴¹ CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua et al. *Tratado de Direito Eleitoral*. São Paulo, SP: Premier Máxima, 2008. p. 61.

¹⁴² CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua et al. *Tratado de Direito Eleitoral*. São Paulo, SP: Premier Máxima, 2008 p. 61.

¹⁴³ SANSEVERINO, Francisco de Assis Vieira. *“Compra de votos”*: Análise à luz dos princípios democráticos. Porto Alegre, RS: Verbo Jurídico, 2007. p. 271.

Oportunamente, convém registrar que, apesar do TSE ter dado a melhor interpretação ao dispositivo estudado, não se incorre nas penas do 41-A no período compreendido entre a sua escolha em convenção partidária e o pedido de registro de candidatura, malgrado referida conduta possa ainda configurar o crime de corrupção eleitoral, tipificado no art. 299 do Código Eleitoral.¹⁴⁴

Por derradeiro, tem-se que a E. Corte Superior Eleitoral vem se pronunciando no sentido de que o candidato que por algum motivo não tenha seu registro deferido pela Justiça Eleitoral pode continuar a campanha por sua conta e risco, até o trânsito em julgado dessa decisão.¹⁴⁵

4.1.7 Sanções legais

O art. 41-A preceitua que ao candidato é defeso praticar as condutas vedadas nele elencadas “[...] *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 nº 64, de 18 de maio de 1990.](#)*”

Em relação à última sanção prescrita, não há dúvidas a respeito de o que consiste a cassação do registro ou diploma. Será cassado o registro quando o indivíduo estiver na condição de candidato, e será cassado o diploma quando o candidato estiver sido eleito, após a realização do devido pleito eleitoral.

No entanto, da leitura do dispositivo, verifica-se que o legislador não estabeleceu expressamente os critérios para fixação da multa a ser cominada para o transgressor da norma.

Em sendo assim, o magistrado, no uso de suas atribuições legais, deverá observar as prescrições determinadas pelo Código Eleitoral.¹⁴⁶

¹⁴⁴ Ibidem. p. 270.

¹⁴⁵ COSTA, Adriano Soares da. *Captação ilícita de sufrágio e inelegibilidade: Novas Reflexões em Decalque*. Disponível em: <www.paranaeleitoral.gov.br>. Acesso em: 05 de maio de 2010. p. 5

¹⁴⁶ SANSEVERINO, Francisco de Assis Vieira. *“Compra de votos”*: Análise à luz dos princípios democráticos. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. p. 275.

Por sua vez, sobre o assunto, o diploma eleitoral, em seu artigo 367, prescreve:

Art. 367. A imposição e a cobrança de qualquer multa, salvo no caso das condenações criminais, obedecerão às seguintes normas:

I - No arbitramento será levada em conta a condição econômica do eleitor;

II - Arbitrada a multa, de ofício ou a requerimento do eleitor, o pagamento será feito através de selo federal inutilizado no próprio requerimento ou no respectivo processo;

III - Se o eleitor não satisfizer o pagamento no prazo de 30 dias, será considerada dívida líquida e certa, para efeito de cobrança mediante executivo fiscal, a que for inscrita em livro próprio no cartório eleitoral;

IV - A cobrança judicial da dívida será feita por ação executiva na forma prevista para a cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública, correndo a ação perante os juízos eleitorais;

V - Nas Capitais e nas comarcas onde houver mais de um Promotor de Justiça, a cobrança da dívida far-se-á por intermédio do que for designado pelo Procurador Regional Eleitoral;

VI - Os recursos cabíveis, nos processos para cobrança da dívida decorrente de multa, serão interpostos para a instância superior da Justiça Eleitoral;

VII - Em nenhum caso haverá recurso de ofício;

VIII - As custas, nos Estados, Distrito Federal e Territórios serão cobradas nos termos dos respectivos Regimentos de Custas;

IX - Os juízes eleitorais comunicarão aos Tribunais Regionais, trimestralmente, a importância total das multas impostas, nesse período e quanto foi arrecadado através de pagamentos feitos na forma dos números II e III;

X - Idêntica comunicação será feita pelos Tribunais Regionais ao Tribunal Superior.

§ 1º As multas aplicadas pelos Tribunais Eleitorais serão consideradas líquidas e certas, para efeito de cobrança mediante executivo fiscal desde que inscritas em livro próprio na Secretaria do Tribunal competente.

§ 2º A multa pode ser aumentada até dez vezes, se o juiz, ou Tribunal considerar que, em virtude da situação econômica do infrator, é ineficaz, embora aplicada no máximo.

§ 3º O alistando, ou o eleitor, que comprovar devidamente o seu estado de pobreza, ficará isento do pagamento de multa.

§ 4º Fica autorizado o Tesouro Nacional a emitir selos, sob a designação "Selo Eleitoral", destinados ao pagamento de emolumentos, custas, despesas e multas, tanto as administrativas como as penais, devidas à Justiça Eleitoral.

§ 5º Os pagamentos de multas poderão ser feitos através de guias de recolhimento, se a Justiça Eleitoral não dispuser de selo eleitoral em quantidade suficiente para atender aos interessados.

Nota-se, então, que, quando do arbitramento da multa-pena a ser cominada em desfavor do infrator, o julgador o fará com discricionariedade limitada, não deixando, obviamente, de sempre observar os postulados constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade.

Cumpra salientar, ainda, que o TSE decidiu que a pena de multa é independente da pena de cassação, não havendo, portanto, *bis in idem* na aplicação das duas sanções face à mesma conduta ilícita.¹⁴⁷

Em razão desta independência, tem-se, também, que, muito embora o terceiro praticante da conduta ilícita em nome do candidato, por não estar concorrendo ao cargo eletivo, não se submeta às sanções principais previstas no dispositivo estudado, comprovada sua responsabilização, se submeterá à sanção de multa.¹⁴⁸

Daí, infere-se que não havendo mais que se falar em mandato, eventual demanda resta prejudicada em relação à sanção de cassação, mas subsiste, todavia, a de pena de multa, na medida em que sua aplicação não se submete à qualquer marco temporal.¹⁴⁹

Por isso entende-se que “[...] *persiste o interesse de agir do Ministério Público Eleitoral na causa < ou até mesmo da parte legítima >*¹⁵⁰, mesmo diante da inexistência do mandato eletivo, em virtude da possibilidade de aplicação da sanção de multa por infração ao art. 41-A da Lei das Eleições.”¹⁵¹

4.1.8 Da competência, dos veículos e dos prazos processuais

Falando-se em captação ilícita de sufrágio, a Lei nº 9.504/97, diploma cuja conduta estudada nesse trabalho se encontra normatizada, a respeito da competência para processar e julgar a controvérsia fundada na compra de votos, determina:

Art. 96. Salvo disposições específicas em contrário desta Lei, as reclamações ou representações relativas ao seu descumprimento podem ser

¹⁴⁷ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *AAG nº 7235/SC*, Relator Min. José Gerardo Grossi, DJ de 16/3/2007, p. 209.

¹⁴⁸ SANSEVERINO, Francisco de Assis Vieira. “*Compra de votos*”: Análise à luz dos princípios democráticos. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. p. 275.

¹⁴⁹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *ARESPE nº 21726/RS*, Relator Min. Luiz Carlos Madeira, DJ de 19/08/2005, p. 152.

¹⁵⁰ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *ARESPE nº 21792/MG*, Relator Min. Carlos Eduardo Caputo Bastos, DJ de 21/10/2005, p. 99: “[...] *Embora o recurso especial se refira às eleições municipais de 2000, é certo que persiste o interesse de agir da agremiação representante, porquanto, mesmo que não seja mais possível a imposição da cassação do registro ou do diploma, há a possibilidade da aplicação da multa prevista no art. 41-A da Lei nº 9.504/97.* [...]” (grifo nosso)

¹⁵¹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *ARESPE nº 4198880/RO*, Relator Min. Ricardo Lewandowski, DJE de 10/05/2010, p. 21.

feitas por qualquer partido político, coligação ou candidato, e devem dirigir-se:

I - aos Juízes Eleitorais, nas eleições municipais;

II - aos Tribunais Regionais Eleitorais, nas eleições federais, estaduais e distritais;

III - ao Tribunal Superior Eleitoral, na eleição presidencial.

§ 1º *As reclamações e representações devem relatar fatos, indicando provas, indícios e circunstâncias.*

§ 2º *Nas eleições municipais, quando a circunscrição abranger mais de uma Zona Eleitoral, o Tribunal Regional designará um Juiz para apreciar as reclamações ou representações.*

§ 3º *Os Tribunais Eleitorais designarão três juízes auxiliares para a apreciação das reclamações ou representações que lhes forem dirigidas.*

§ 4º *Os recursos contra as decisões dos juízes auxiliares serão julgados pelo Plenário do Tribunal.*

§ 5º *Recebida a reclamação ou representação, a Justiça Eleitoral notificará imediatamente o reclamado ou representado para, querendo, apresentar defesa em quarenta e oito horas.*

~~§ 6º *Tratando-se de reclamação ou representação contra candidato, a notificação poderá ser feita ao partido ou coligação a que pertença.*~~
(Revogado pela Lei nº 9.840, de 28.9.99)

§ 7º *Transcorrido o prazo previsto no § 5º, apresentada ou não a defesa, o órgão competente da Justiça Eleitoral decidirá e fará publicar a decisão em vinte e quatro horas.*

§ 8º *Quando cabível recurso contra a decisão, este deverá ser apresentado no prazo de vinte e quatro horas da publicação da decisão em cartório ou sessão, assegurado ao recorrido o oferecimento de contra-razões, em igual prazo, a contar da sua notificação.*

§ 9º *Os Tribunais julgarão o recurso no prazo de quarenta e oito horas.*

§ 10. *Não sendo o feito julgado nos prazos fixados, o pedido pode ser dirigido ao órgão superior, devendo a decisão ocorrer de acordo com o rito definido neste artigo. (grifo nosso)*

Oportuno ressaltar, que o TSE, ao seu turno, interpretando esta disposição legal, houve por bem em assentar que a “[...] competência para o exame de infrações ao disposto no art. 41-A da Lei nº 9.504/97 é fixada pelo art. 96 do mesmo diploma, recaindo sobre os juízes auxiliares.”¹⁵²

Decidiu-se, também, naquela Corte, por ocasião da prolação do Acórdão decisório no RESPE nº 19552/MS, de relatoria do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, com publicação no DJ de 08/03/2002, p. 191., que prefeitos não gozam de foro especial por prerrogativa de função, quando se tratar de representação ou investigação judicial eleitoral

¹⁵² BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *RO nº 1369/RS*, Relator Min. Marcelo Ribeiro, DJE de 01/04/2009, p. 43/44. No mesmo sentido: *REPRESENTAÇÃO (RP) nº 373/DF*, Relator Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 26/08/2005, p. 173; *PROCESSO ADMINISTRATIVO (PA) nº 18831/SP*, Resolução nº 21166 de 01/08/2002, Relator Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 06/09/2002, p. 205.

fundada no art. 41-A, da Lei nº 9.504, porquanto somente persiste tal prerrogativa na hipótese de ocorrência de crime eleitoral, que não é o caso da compra de votos.

No que diz respeito ao veículo processual adequado para proceder à persecução contra o candidato que praticou a captação ilícita de sufrágio, a legislação eleitoral não é muito clara, deixando de prescrever taxativamente a ação cabível para desconstituir o registro ou o diploma do candidato infrator.

Para Adriano Soares da Costa, “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.”¹⁵³

Isto se deve ao fato de que o art. 41-A, em seu próprio *caput*, consigna expressamente que para processar e julgar o candidato incurso em suas penas deve ser “[...] observado o procedimento previsto no [art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990](#).”

Nesse sentido, o art. 22, da Lei Complementar nº 64/90, estabelece:

*Art. 22. Qualquer partido político, coligação, candidato ou Ministério Público Eleitoral poderá representar à Justiça Eleitoral, diretamente ao Corregedor-Geral ou Regional, relatando fatos e indicando provas, indícios e circunstâncias e pedir **abertura de investigação judicial** para apurar uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político, obedecido o seguinte rito:*

I - o Corregedor, que terá as mesmas atribuições do Relator em processos judiciais, ao despachar a inicial, adotará as seguintes providências:

- a) ordenará que se notifique o representado do conteúdo da petição, entregando-se-lhe a segunda via apresentada pelo representante com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de 5 (cinco) dias, ofereça ampla defesa, juntada de documentos e rol de testemunhas, se cabível;*
- b) determinará que se suspenda o ato que deu motivo à representação, quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficiência da medida, caso seja julgada procedente;*
- c) indeferirá desde logo a inicial, quando não for caso de representação ou lhe faltar algum requisito desta lei complementar;*

II - no caso do Corregedor indeferir a reclamação ou representação, ou retardar-lhe a solução, poderá o interessado renová-la perante o Tribunal, que resolverá dentro de 24 (vinte e quatro) horas;

¹⁵³ COSTA, Adriano Soares da. *Captação ilícita de sufrágio e inelegibilidade*: Novas Reflexões em Decalque. Disponível em: <www.paranaeleitoral.gov.br>. Acesso em: 05 de maio de 2010. p. 13.

III - o interessado, quando for atendido ou ocorrer demora, poderá levar o fato ao conhecimento do Tribunal Superior Eleitoral, a fim de que sejam tomadas as providências necessárias;

IV - feita a notificação, a Secretaria do Tribunal juntará aos autos cópia autêntica do ofício endereçado ao representado, bem como a prova da entrega ou da sua recusa em aceitá-la ou dar recibo;

V - findo o prazo da notificação, com ou sem defesa, abrir-se-á prazo de 5 (cinco) dias para inquirição, em uma só assentada, de testemunhas arroladas pelo representante e pelo representado, até o máximo de 6 (seis) para cada um, as quais comparecerão independentemente de intimação;

VI - nos 3 (três) dias subseqüentes, o Corregedor procederá a todas as diligências que determinar, ex officio ou a requerimento das partes;

VII - no prazo da alínea anterior, o Corregedor poderá ouvir terceiros, referidos pelas partes, ou testemunhas, como conhecedores dos fatos e circunstâncias que possam influir na decisão do feito;

VIII - quando qualquer documento necessário à formação da prova se achar em poder de terceiro, inclusive estabelecimento de crédito, oficial ou privado, o Corregedor poderá, ainda, no mesmo prazo, ordenar o respectivo depósito ou requisitar cópias;

IX - se o terceiro, sem justa causa, não exhibir o documento, ou não comparecer a juízo, o Juiz poderá expedir contra ele mandado de prisão e instaurar processo s por crime de desobediência;

X - encerrado o prazo da dilação probatória, as partes, inclusive o Ministério Público, poderão apresentar alegações no prazo comum de 2 (dois) dias;

XI - terminado o prazo para alegações, os autos serão conclusos ao Corregedor, no dia imediato, para apresentação de relatório conclusivo sobre o que houver sido apurado;

XII - o relatório do Corregedor, que será assentado em 3 (três) dias, e os autos da representação serão encaminhados ao Tribunal competente, no dia imediato, com pedido de inclusão incontinenti do feito em pauta, para julgamento na primeira sessão subseqüente;

XIII - no Tribunal, o Procurador-Geral ou Regional Eleitoral terá vista dos autos por 48 (quarenta e oito) horas, para se pronunciar sobre as imputações e conclusões do Relatório;

XIV – julgada procedente a representação, ainda que após a proclamação dos eleitos, o Tribunal declarará a inelegibilidade do representado e de quantos hajam contribuído para a prática do ato, cominando-lhes sanção de inelegibilidade para as eleições a se realizarem nos 8 (oito) anos subseqüentes à eleição em que se verificou, além da cassação do registro ou diploma do candidato diretamente beneficiado pela interferência do poder econômico ou pelo desvio ou abuso do poder de autoridade ou dos meios de comunicação, determinando a remessa dos autos ao Ministério Público Eleitoral, para instauração de processo disciplinar, se for o caso, e de ação penal, ordenando quaisquer outras providências que a espécie comportar;

XVI – para a configuração do ato abusivo, não será considerada a potencialidade de o fato alterar o resultado da eleição, mas apenas a gravidade das circunstâncias que o caracterizam.

Parágrafo único. O recurso contra a diplomação, interposto pelo representante, não impede a atuação do Ministério Público no mesmo sentido. (grifo nosso)

Examinando o dispositivo supra, dois aspectos saltam aos olhos: i) efetivamente ele determina a abertura de investigação judicial eleitoral, após a devida representação ao Corregedor-Geral ou Regional da Justiça Eleitoral competente, para a apuração dos casos envolvendo a compra de votos; e ii) a sanção cominada ao infrator, podendo ser ele ainda candidato ou já ter sido eleito, é a inelegibilidade para as eleições a se realizarem nos 8 (oito) anos subsequentes à eleição em que se verificou, além da cassação do registro ou diploma do candidato.

A respeito da sanção de inelegibilidade, o TSE já decidiu que somente o rito do art. 22 da Lei Complementar nº 64/90, se aplica ao artigo 41-A¹⁵⁴. A inelegibilidade nele cominada, bem como suas demais peculiaridades, não são aplicáveis na controvérsia fundada na compra de votos.

Outrossim, recentemente, com a entrada em vigor da Lei Complementar nº 135/2010, amplamente conhecida por “Lei da Ficha Limpa”, houve significativas mudanças legais em relação ao rito do 41-A.

Antes da edição da Lei Complementar nº 135/2010, os incisos XIV e XV do art. 22 da Lei Complementar nº 64/90, tinham o seguinte teor:

XIV – julgada procedente a representação, o Tribunal declarará a inelegibilidade do representando e de quantos hajam contribuído para a prática do ato, cominando-lhes sanção de inelegibilidade para as eleições a se realizarem nos 3 (três) anos subsequentes à eleição em que se verificou, além da cassação do registro do candidato diretamente beneficiado pela interferência do poder econômico e pelo desvio ou abuso do poder de autoridade, determinando a remessa dos autos ao Ministério Público Eleitoral, para instauração de processo disciplinar, se for o caso, e processo crime, ordenando quais outras providências que a espécie comportar.

XV – se a representação for julgada procedente após a eleição do candidato serão remetidas cópias de todo o processo ao Ministério Público Eleitoral, para os fins previstos no art. 14, §§ 10 e 11 da Constituição Federal, e art. 262, inciso IV, do Código Eleitoral.

¹⁵⁴ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA (AMS) nº 4222/RJ*, Relator(a) Min. ENRIQUE RICARDO LEWANDOWSKI, DJE de 03/11/2009, p. 40. “[...] II - Irrelevante a ausência de previsão da sanção de cassação de mandato no art. 22 da LC 64/1990, visto que somente o rito deste artigo é aplicável nas representações do art. 41-A da Lei das Eleições.” (grifo nosso)

Tinha-se, então, que se a decisão que julgou a representação fosse prolatada até o dia da eleição, ocorreria, de fato, a imediata cassação do registro. Todavia, tendo sido a decisão proferida após a eleição, caberia ao Juiz Eleitoral remeter os autos novamente ao Ministério Público Eleitoral, que deveria mover nova ação contra o infrator, mas desta vez observando os ritos prescritos pelo artigo 14, §§ 10 e 11, da CF (Ação de Impugnação de Mandato Eletivo) ou aquele determinado pelo artigo 262, IV, do Código Eleitoral (Recurso Contra a Diplomação).¹⁵⁵

Ocorre que, por meio da redação do novo inciso XIV, do art. 22 da Lei Complementar nº 64/90, o legislador preocupou-se, em determinar, expressamente, que “[...] julgada procedente a representação, ***ainda que após a proclamação dos eleitos***, o Tribunal declarará a inelegibilidade do representado [...]” (grifo nosso), estando assim, resolvido não mais ser necessária a remessa da cópia dos autos ao *parquet* eleitoral, para propositura de nova ação, também nos casos em que a decisão de cassação tenha sido proferida após as eleições.

A propósito, o TSE, já no ano de 2006, apreciando a matéria diante do caso concreto, decidiu que na “[...] representação que adota o rito do art. 22 da LC nº 64/90, para apurar irregularidade prevista no art. 41-A da Lei nº 9.504/97, é possível a cassação do registro ou do diploma, sem que isto implique converter-se a Investigação Judicial Eleitoral em Ação de Impugnação de Mandato Eletivo.”¹⁵⁶

Entretanto, o novo § 3º, do artigo 41-A da Lei nº 9.504/97, com redação dada pela Lei nº 12.034/09, em combinação com o art. 96 do mesmo diploma legal, revela a existência da pura e simples representação autônoma como veículo viável para se promover a persecução em desfavor do candidato infrator, cuja propositura somente é permitida também até a data da diplomação.¹⁵⁷

¹⁵⁵ SANSEVERINO, Francisco de Assis Vieira. “*Compra de votos*” Análise à luz dos princípios democráticos. Porto Alegre, RS: Verbo Jurídico, 2007. p. 276.

¹⁵⁶ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *RESPE nº 25859/RR*, Relator Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 28/04/2006, p. 141.

¹⁵⁷ O TSE, embora já tenha adotado entendimento contrário – confira-se o *ARESPE nº 25269/SP*, Relator Min. Carlos Eduardo Caputo Bastos, DJ de 20/11/2006, p. 202; o *ARESPE nº 25258 /SP*, Relator(a) Min. Carlos Eduardo Caputo Bastos, DJ de 11/12/2006, p. 218. –, se alinha, atualmente, no mesmo sentido: *RO nº 1539/MT*, Relator Min. Joaquim Barbosa, Relator designado Min. Henrique Neves, DJE de 04/02/2011, p. 117; *ARESPE nº 35932/MG*, Relator Min. Aldir Guimarães Passarinho Junior, DJE de 4/8/2010, p. 143; *ARESPE nº 28356/CE*, Relator Min. Joaquim Barbosa Gomes, DJE de 01/09/2009, p. 35.

Resta, portanto, saber, qual seria o veículo processual cabível para desconstituir o diploma do candidato após a ocorrência da diplomação.

Atualmente, de acordo com a prática forense revelada pela jurisprudência do TSE, é cabível, além da Ação de Investigação Judicial Eleitoral e da Representação, para o caso em que a pretensão se funde no desfazimento do diploma do candidato, a Ação de Impugnação de Mandato Eletivo e o Recurso Contra a Expedição do Diploma, ações estas previstas, respectivamente na Constituição Federal de 1988 e no Código Eleitoral, com as seguintes redações:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

[...]

§ 10 - O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude.

§ 11 - A ação de impugnação de mandato tramitará em segredo de justiça, respondendo o autor, na forma da lei, se temerária ou de manifesta má-fé.¹⁵⁸

Art. 262. O recurso contra expedição de diploma caberá somente nos seguintes casos:

[...]

IV - concessão ou denegação do diploma em manifesta contradição com a prova dos autos, nas hipóteses do art. 222 desta Lei, e do [art. 41-A da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997](#).¹⁵⁹

Quanto ao prazo para propositura da competente Ação de Impugnação de Mandato Eletivo, deve ser observado literalmente aquele de 15 (quinze) dias, expressamente consignado no texto constitucional acima transcrito.

No caso em que a impugnação se der via Recurso Contra Expedição do Diploma, é assente que o prazo para sua propositura é de 03 dias após a data da diplomação, não importando, para tal fim, a data em que o fato se tornou conhecido.¹⁶⁰

¹⁵⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>.

¹⁵⁹ BRASIL. Lei nº 4.737, de 15 de Julho de 1965. *Institui o Código Eleitoral*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>.

¹⁶⁰ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *RCED nº 698/TO*, Relator Min. Felix Fishcer, DJE de 12/08/2009, p. 28/30.

Conclui-se, portanto, que há a possibilidade de se promover a persecução em desfavor do candidato infrator via: i) Ação de Investigação Judicial Eleitoral, a qualquer tempo¹⁶¹, eis que essa não se submete a prazo decadencial; ii) Representação fundamentada no art. 41-A, até a data da diplomação; iii) Ação de Impugnação de Mandato Eletivo, dentro do prazo de 15 (quinze) dias, após a diplomação; e iv) Recurso Contra a Expedição do Diploma, que deverá ser proposto em 03 (três) dias da diplomação.

Cogita-se, então, se haveria que se falar em litispendência entre as ações propostas a partir da mesma conduta voltada à compra do voto, ou, até mesmo, em coisa julgada, em havendo o trânsito em julgado da decisão que decidiu pela ocorrência ou não do ilícito.

Nesse sentido, o que se tem hoje é que a “[...] representação prevista na Lei n° 9.504/97, a ação de impugnação de mandato eletivo, a ação de investigação judicial eleitoral e o recurso contra expedição de diploma são autônomos, possuem requisitos legais próprios e conseqüências distintas [...]”, inexistindo, portanto, litispendência entre as várias demandas fundadas nos mesmos fatos.¹⁶²

Assim, forçoso concluir que não há de se falar em coisa julgada impeditiva de nova demanda, quando a matéria versada for a captação ilícita de sufrágio.

Em outras palavras:

*A eventual decisão em sede de recurso contra expedição de diploma não prejudica a representação fundada em captação ilícita de sufrágio, uma vez que, como já reiteradamente decidido nesta Corte, tais ações são autônomas, possuem requisitos próprios e conseqüências distintas, não havendo sequer que se falar em litispendência.*¹⁶³

Quanto ao prazo para interposição de recurso contra a sentença, a questão também é controvertida, notadamente em razão de que antes da promulgação da Lei n°

¹⁶¹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA (RMS) n° 475/GO*, Relator Min. Cezar Peluso, DJ de 08/05/2007, p. 145; *RESPE n° 25999/SP*, Relator Min. José Delgado, DJ de 20/10/2006, p. 207.

¹⁶² BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *RESPE n° 26118/MG*, Relator Min. José Gerardo Grossi, DJ de 28/03/2007, p. 115.

¹⁶³ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *ARESPE n° 26040/SP*, Relator Min. Carlos Eduardo Caputo Bastos, DJ de 14/09/2007, p. 226; Confira-se também: *AAG n° 7294/PA*, Relator Min. Carlos Eduardo Caputo Bastos, DJ de 12/02/2007, p. 136.

12.034/09, que introduziu o novo § 4º, do art. 41-A da Lei nº 9.504/97, tal procedimento não era expressamente previsto em qualquer legislação de cunho eleitoral.

Francisco Sanseverino¹⁶⁴, sempre defendeu que, da decisão - de procedência ou improcedência -, que julgou a compra de votos, a teor do disposto no art. 258 do Código Eleitoral, que prescreve que sempre “[...] *que a lei não fixar prazo especial, o recurso deverá ser interposto em três dias da publicação do ato, resolução ou despacho [...]*”, cabe recurso no prazo de três dias.¹⁶⁵

Por outro lado, outros doutrinadores, e, inclusive o TSE, em vários casos concretos e determinados, instado a se pronunciar sobre o prazo aplicável, manteve entendimento de que a interposição do recurso deveria ocorrer no prazo de 24 horas da intimação da decisão de procedência ou improcedência do pedido formulado na inicial.¹⁶⁶

Isto em observância ao disposto no § 8º do art. 96 da Lei nº 9.504/97, que tem a seguinte redação:

Art. 96. Salvo disposições específicas em contrário desta Lei, as reclamações ou representações relativas ao seu descumprimento podem ser feitas por qualquer partido político, coligação ou candidato, e devem dirigir-se:

I - aos Juízes Eleitorais, nas eleições municipais;

II - aos Tribunais Regionais Eleitorais, nas eleições federais, estaduais e distritais;

III - ao Tribunal Superior Eleitoral, na eleição presidencial.

[...]

§ 8º Quando cabível recurso contra a decisão, este deverá ser apresentado no prazo de vinte e quatro horas da publicação da decisão em cartório ou sessão, assegurado ao recorrido o oferecimento de contra-razões, em igual prazo, a contar da sua notificação. (grifo nosso)

Sucedeu que o novo § 4º do art. 41-A da Lei nº 9.504/97, com redação dada pela Lei nº 12.034/09, de 29 de setembro de 2009, veio afirmar expressamente que “[...] *o prazo*

¹⁶⁴ SANSEVERINO, Francisco de Assis Vieira. “*Compra de votos*”: Análise à luz dos princípios democráticos. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. p. 277.

¹⁶⁵ Este entendimento também foi adotado isoladamente pelo TSE na oportunidade em que apreciou o *AAG nº 11700/MG*, Relator Min. Carmen Lúcia, DJE de 17/09/2010, p. 36.

¹⁶⁶ Precedentes: BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *ARO nº 1477/SP*, Relator Min. Marcelo Ribeiro, DJE de 15/10/2009, p. 63; *RESPE nº 35092/MG*, Relator Min. Arnaldo Versiani, DJE de 29/04/2009, p. 64; *AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO CAUTELAR (AAC) nº 3222/RS*, Relator Min. Arnaldo Versiani, DJE de 26/03/2009, p. 33.

de recurso contra decisões proferidas com base neste artigo será de 3 (três) dias, a contar da data da publicação do julgamento no Diário Oficial.”

No entanto, válido registrar que o próprio TSE, em decisões recentes, mais especificamente no julgamento do Agravo Regimental em Recurso Ordinário nº 1.500/GO, de relatoria do Ministro Enrique Ricardo Lewandowski, publicado no Diário da Justiça Eletrônico de 07 de dezembro de 2009, vem reiterando seu posicionamento no sentido de que a “[...] *jurisprudência desta Corte, que se firmou no sentido de que a adoção do procedimento do art. 22 da LC 64/90 na apuração dos ilícitos previstos no art. 30-A e 41-A da Lei das Eleições não afasta a incidência do prazo recursal de 24 horas, estabelecido no § 8º do art. 96 dessa Lei [...]*”.

Registre-se, sobre o tema, que “[...] *na hipótese de investigação judicial em que se cumula a apuração de abuso de poder e infração ao art. 41-A da Lei das Eleições - que seguem o mesmo rito do art. 22 da LC nº 64/90 -, aplica-se o prazo recursal geral estabelecido no art. 258 do Código Eleitoral em face da incidência do art. 292, § 2º, do Código de Processo Civil [...]*”¹⁶⁷, o qual, lembrando, é de 03 (três) dias.

Ou seja, versando a demanda sobre outro ilícito, que não somente a compra de votos, o prazo a ser observado é aquele genérico, de 03 (três) dias, consignado no art. 258 do Código Eleitoral.

Convém, ainda, registrar que o prazo para interposição de Embargos de Declaração, frente à julgado omissivo, obscuro ou contraditório, é também de 24 horas, por força do entendimento manifestado no *EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ORDINÁRIO (ERO) nº 1494/SE*, de relatoria do Min. Marcelo Ribeiro, com publicação no DJE de 05/12/2008, p. 37

Por tais considerações, e diante da flagrante insegurança jurídica decorrente das diversas interpretações acometidas à legislação eleitoral, entende-se ser de melhor alvitre a interposição do recurso cabível dentro do prazo de 24 horas, lembrando que os prazos em matéria processual eleitoral devem ser contados efetivamente em horas, e não em dias.

¹⁶⁷ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *RESPE nº 27832/RN*, Relator Min. Carlos Eduardo Caputo Bastos, DJ de 21/08/2007, p. 136.

No que diz respeito à impugnação das sentenças proferidas em casos de captação ilícita de sufrágio, de relevo lembrar que, do caso originariamente julgado pelo Tribunal Regional Eleitoral de determinada região, cabe Recurso Ordinário ao TSE, hipótese em que o efeito devolutivo deste recurso interposto é amplo, de modo que a Corte Superior Eleitoral, neste caso, atuará no exercício de função típica de tribunal de 2ª instância.¹⁶⁸

Confira-se, a propósito, a ementa esclarecedora do seguinte precedente:

RECURSO ORDINÁRIO ELEITORAL. HIPÓTESE DE ADMISSIBILIDADE. NÃO-CONHECIMENTO.

1. O recurso ordinário eleitoral só é cabível nas hipóteses previstas nos incisos III a V do § 4º do art. 121 da CF, e nas alíneas a e b do inciso II do art. 276 do Código Eleitoral.

2. Cabível, portanto, o recurso ordinário para o TSE quando o Tribunal a quo julgar caso de inelegibilidade ou expedição de diploma nas eleições estaduais ou federais; quando anular diploma ou decretar perda de mandato eletivo estadual ou federal; quando denegar habeas corpus, mandado de segurança, habeas data ou mandado de injunção.

[...]

4. Decisão que não enfrenta o mérito da lide não suporta recurso ordinário.

[...]¹⁶⁹ (grifo nosso)

Relembre-se, que em matéria de compra de votos não há de se falar em litispendência, coisa julgada ou conexão entre as eventuais ações propostas com o fim de promover a persecução em desfavor do incurso nas penas do 41-A, na medida em que são todas autônomas, com requisitos legais próprios, prazos para interposição diferenciados e

¹⁶⁸ BRASIL. Lei nº 4.737, de 15 de Julho de 1965. *Institui o Código Eleitoral*. Disponível em: www.planalto.gov.br.

Art. 276. As decisões dos Tribunais Regionais são terminativas, salvo os casos seguintes em que cabe recurso para o Tribunal Superior:

[...]

II - ordinário:

a) quando versarem sobre expedição de diplomas nas eleições federais e estaduais. [...]

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>.

Art. 121. Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juizes de direito e das juntas eleitorais.

[...]

§ 4º - Das decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais somente caberá recurso quando:

[...]

III - versarem sobre inelegibilidade ou expedição de diplomas nas eleições federais ou estaduais;

IV - anularem diplomas ou decretarem a perda de mandatos eletivos federais ou estaduais;

¹⁶⁹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *RO nº 790/AC*, Relator Min. José Delgado, DJ de 8/8/2006, p. 114. Na mesma linha: *RO nº 2373/RO*, Relator Min. Arnaldo Versiani, DJE de 03/11/2009, p. 33; *RO nº 1522/SP*, Relator Min. Marcelo Ribeiro, DJE de 10/05/2010, p. 15;

consequências distintas. Ou seja, o ato de diplomação do candidato “[...] não transita em julgado enquanto houver, pendente de julgamento, qualquer recurso que possa atingi-la.”¹⁷⁰.

Por fim, deve ser ressaltado que, no âmbito do TSE, a jurisprudência se posiciona no sentido de que é dispensável a publicação da inclusão do feito na pauta de julgamento pelo relator, não havendo, neste caso, que se falar em nulidade na ausência de atendimento a tal formalidade legal.¹⁷¹

4.1.9 Dos efeitos da condenação

Neste tópico, passa-se a examinar as consequências práticas da cassação do registro e do diploma do candidato, para os casos de, respectivamente, condenação antes e depois da eleição.

Inicialmente, importa destacar que, muito embora seja possível o prosseguimento do candidato no pleito, que teve seu registro cassado por decisão impugnável, por sua conta e risco, o art. 13, da Lei nº 9.504/97, prescreve ser “[...] facultado ao partido ou coligação substituir candidato que for considerado inelegível, renunciar ou falecer após o termo final do prazo do registro ou, ainda, tiver seu registro indeferido ou cancelado [...]”, motivo pelo qual na hipótese de cassação do registro, o candidato pode ser imediatamente substituído, não tendo tal ato qualquer consequência no devido desenrolar dos trabalhos eleitorais.¹⁷²

Ocorre que, para o caso de condenação do candidato após a ocorrência das eleições, o assunto merece maior destaque.

A partir do momento em que se tem configurada a compra de votos, considerando que o art. 222 do Código Eleitoral preceitua que é “[...] também anulável a votação, quando viciada de falsidade, fraude, coação, uso de meios de que trata o Art. 237, ou emprego de processo de propaganda ou captação de sufrágios vedado por lei [...]”, deve-

¹⁷⁰ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *ARESPE* nº 25963/RN, Relator Min. Carlos Eduardo Caputo Bastos, DJ de 07/03/2007, p. 149.

¹⁷¹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *RESPE* nº 26443/AM, Relator Min. Carlos Eduardo Caputo Bastos, DJ de 14/08/2007, p. 186.

¹⁷² BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *INSTRUÇÃO (INST)* nº 55/DF, Resolução nº 21051 de 26/03/2002, Relator Min. Fernando Neves da Silva, DJ de 12/04/2002, v. 1, p. 186.

se verificar se a quantidade de votos auferida pelo candidato infrator foi maior ou menor que 50% dos votos totais deflagrados naquele pleito.

Tendo sido conferido ao candidato infrator menos de 50% da totalidade dos votos de determinado pleito, em se falando de eleição majoritária, deve ser empossado no cargo o segundo colocado naquelas eleições¹⁷³, sendo que, para o caso de eleição proporcional, deverá ocorrer a “[...] *diplomação do 1º suplente do partido/coligação ou, se modificado o quociente eleitoral e o quociente partidário, a diplomação de candidato de outro partido/coligação.*”¹⁷⁴

Por outro lado, caso os votos obtidos pelo candidato praticante da captação ilícita, totalizem mais da metade dos votos de determinada eleição, o art. 224, do Código Eleitoral, determina:

Art. 224. Se a nulidade atingir a mais de metade dos votos do país nas eleições presidenciais, do Estado nas eleições federais e estaduais ou do município nas eleições municipais, julgar-se-ão prejudicadas as demais votações e o Tribunal marcará dia para nova eleição dentro do prazo de 20 (vinte) a 40 (quarenta) dias.

Verifica-se, então, que constatando-se que os votos declarados nulos, em razão da condenação pela captação ilícita de sufrágio, ultrapassaram a monta de 50% do valor de votos deflagrados em determinado pleito, este deve ser declarado nulo, para que seja marcada nova eleição dentro do prazo legal consignado no dispositivo supra.

Nesse sentido, o TSE é unânime em corroborar o texto de referida prescrição legal, ao asseverar que, prevendo “[...] o art. 222 do Código Eleitoral a captação de sufrágio como fator de nulidade da votação, aplica-se o art. 224 do mesmo diploma no caso em que houver a incidência do art. 41-A da Lei nº 9.504/97, se a nulidade atingir mais de metade dos votos.”¹⁷⁵

¹⁷³ Lembrando que na rara hipótese de os segundos colocados terem obtido a mesma votação, deverá ser conferido o cargo ao candidato mais idoso (*ex vi* do artigo 77, § 5º, da Constituição Federal de 1988).

¹⁷⁴ SANSEVERINO, Francisco de Assis Vieira. “*Compra de votos*”: Análise à luz dos princípios democráticos. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. p. 81. No mesmo sentido: *Tribunal Superior Eleitoral*. RCED nº 671/MA, Relator Min. Eros Grau, DJE de 03/03/2009, p. 35.

¹⁷⁵ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *RESPE nº 21221/MG*, Relator Min. Luiz Carlos Madeira, DJ de 10/10/2003, p. 152. Confira-se: *AMS nº 3387/RS*, Relator Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 17/02/2006, p. 125.

A despeito de não haver dúvidas sobre a necessidade de convocação de novas eleições para este caso, mais uma questão resta controvertida na aplicação do dispositivo objeto deste estudo: o candidato que deu causa à anulação do pleito, pela prática da captação ilícita de sufrágio, pode ou não participar destas “novas eleições”?

Parte da doutrina entende ser possível a participação do candidato, tendo em vista que a cassação do registro ou do diploma do candidato infrator não tem como consequência a declaração de sua inelegibilidade. Estando preenchidas pelo candidato as condições de elegibilidade e ausentes as hipóteses de inelegibilidade, não há de se falar em impedimento à participação deste no novo pleito.¹⁷⁶

Este posicionamento, inclusive, foi adotado pelo TSE quando da entrada em vigência do dispositivo, bem como nas controvérsias jurídicas submetidas à sua análise no ano de 2005.¹⁷⁷

Por outro lado, quem adota posicionamento contrário, sustenta a máxima de que a ninguém é dado se beneficiar da própria torpeza. O candidato que deu causa à anulação do pleito, a teor do disposto no par. único, do art. 219, do Código Eleitoral¹⁷⁸, estaria impedido de participar da nova eleição.¹⁷⁹

O TSE, quando, em recentes casos, instado a se manifestar a respeito da controvérsia, adotou o posicionamento no sentido de ser impossível a quem deu causa a compra de votos a participação na nova eleição, entendendo que, mesmo não estando o infrator declarado inelegível, a ninguém é dado se beneficiar da própria torpeza, o que o fez, inclusive, escorando-se nos princípios constitucionais da proporcionalidade e da

¹⁷⁶ SANSEVERINO, Francisco de Assis Vieira. “*Compra de votos*”: Análise à luz dos princípios democráticos. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. p. 286.

¹⁷⁷ Ibidem. p. 286.

¹⁷⁸ BRASIL. Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965. *Institui o Código Eleitoral*. Brasília, 1965. Disponível em: <www.planalto.gov.br>.

Art. 219. Na aplicação da lei eleitoral o juiz atenderá sempre aos fins e resultados a que ela se dirige, abstando-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.

¹⁷⁹ SANSEVERINO, Francisco de Assis Vieira. “*Compra de votos*”: Análise à luz dos princípios democráticos. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. p. 286.

razoabilidade, mesmo porque, nesta hipótese, não há de se falar em nova eleição, mas sim novo escrutínio, em ato contínuo ao primeiro já ocorrido.¹⁸⁰

Thales Cerqueira, adepto do entendimento consignado pela Corte Superior Eleitoral, acrescenta que esta “nova eleição”

[...] é acessória da primeira, é “fruto” da primeira eleição, é “consequência” da originária eleição, e como tal segue o destino da principal, ou seja, se o candidato não tinha moralidade na primeira, não pode concorrer na segunda, por faltar-lhe condição de elegibilidade implícita (art. 219 do CE).¹⁸¹

O fato é que, com a nova redação da alínea “j”¹⁸², do inciso I, do art. 1º, da Lei Complementar nº 64/90, que dispõe sobre as causas de inelegibilidade para qualquer cargo político eletivo por voto direto, os debates sobre a controvérsia perderam força, já que a captação ilícita de sufrágio, nos casos em que houver condenação, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, passou a constituir hipótese de inelegibilidade.

Ou seja: o candidato que se encontrar diante da circunstância peculiar acima apresentada não poderá participar do novo pleito i) por lhe faltar condição de elegibilidade, quando estiver enquadrado nas situações previstas na Lei Complementar nº 64/90; ii) ou, por não poder se beneficiar da própria torpeza, naquelas causas levadas a julgamento por magistrado singular de 1ª grau.

4.1.10 Da execução imediata do julgado

¹⁸⁰ CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua et al. *Tratado de Direito Eleitoral*. São Paulo: Premier Máxima, 2008. p. 46.

¹⁸¹ *Ibidem*. p. 47.

¹⁸² BRASIL. Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990. *Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências*. Brasília, 1990. Disponível em: <www.planalto.gov.br>.

Art. 1º São inelegíveis:

I - para qualquer cargo:

[...]

j) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, por corrupção eleitoral, por captação ilícita de sufrágio, [...] que impliquem cassação do registro ou do diploma, pelo prazo de 8 (oito) anos a contar da eleição; (grifo nosso)

Inicialmente, deve ser feita uma breve observação sobre recentes mudanças ocorridas na legislação eleitoral, em decorrência da entrada em vigor da Lei Complementar nº 135/2010, popularmente conhecida por “Lei da Ficha Limpa”.

Antes de sua entrada em vigor, o art. 15, da Lei Complementar nº 64/90, que estabelece causas de inelegibilidades, regulamentando o § 9º, do art. 14, da Constituição Federal de 1988, dispunha que transitada em julgada a decisão que declarar a inelegibilidade do candidato, ser-lhe-á negado registro, ou cancelado, se já tiver sido feito, ou declarado nulo o diploma, se já expedido.

Nesse sentido, considerando que não havia dispositivo legal orientando acerca dos efeitos da interposição de eventual recurso pelo candidato/eleito condenado pela compra de votos, o TSE foi provocado a se manifestar se esta disposição se aplicava aos casos abrangidos pelo art. 41-A, oportunidade em que adotou posicionamento no sentido de que a decisão que cassa o registro ou diploma do candidato incurso nas penas de referido dispositivo não deve respeitar a regra determinada pela Lei das Inelegibilidades, porquanto o julgado deve ter aplicação imediata para afastar o condenado, não sendo, portanto, condição de aplicação da norma, o trânsito em julgado da respectiva decisão.¹⁸³

Ocorre que, quando da recente entrada em vigor da Lei Complementar nº 135/2010, conhecida por “Lei da Ficha Limpa”, que provocou significativas mudanças na Lei Complementar nº 64/90, o art. 15 desta Lei passou a ter a seguinte redação:

Art. 15. Transitada em julgada ou publicada a decisão proferida por órgão colegiado que declarar a inelegibilidade do candidato, ser-lhe-á negado registro, ou cancelado, se já tiver sido feito, ou declarado nulo o diploma, se já expedido.

Sobre o mesmo tema e indo ao seu encontro, a mesma lei publicada em 2010, deu a seguinte redação à alínea “j”, do inciso I, do art. 1º, da Lei Complementar nº 64/90, que dispõe sobre as causas de inelegibilidades para qualquer cargo eletivo pelo voto popular:

j) os que forem condenados, em decisão transitada em julgada ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, por corrupção

¹⁸³ SANSEVERINO, Francisco de Assis Vieira. “Compra de votos”: Análise à luz dos princípios democráticos. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. p. 278.

eleitoral, por captação ilícita de sufrágio, por doação, captação ou gastos ilícitos de recursos de campanha ou por conduta vedada aos agentes públicos em campanhas eleitorais que impliquem cassação do registro ou do diploma, pelo prazo de 8 (oito) anos a contar da eleição; (grifo nosso)

Depreende-se, então, que, quando a decisão for proferida por órgão colegiado, a execução imediata do julgado de condenação pela captação ilícita de sufrágio é questão que restou resolvida e expressamente consignada em lei.

Paira, ainda, no entanto, dúvidas em relação a se tal norma somente se aplica aos julgamentos realizados por órgãos colegiados, ou se se aplica também aos casos decididos por juízos singulares, como vinha sendo anteriormente feito, por força da orientação jurisprudencial da Corte Superior Eleitoral.

Levando-se em conta que a elaboração do presente trabalho teve início em data anterior às mais recentes mudanças legais e que, neste ponto, sempre houve fortes discussões doutrinárias a respeito da execução imediata do julgado decisório dos casos envolvendo a prática da captação ilícita de sufrágio, antes de trazer à tela o posicionamento prevalente, convém analisar o que diziam aqueles que se posicionavam em sentido contrário ao TSE, ou seja, pela necessidade do trânsito em julgado, para que surta efeito a condenação do candidato.

Este posicionamento foi encabeçado pelo advogado eleitoralista Adriano Soares da Costa, que, em síntese, defendia a manifesta violação ao princípio da segurança jurídica, ressaltando que a cassação imediata do registro/diploma tem “*[...] consequências mais graves do que o seu indeferimento ocorrido desde o início do processo de registro. O não-candidato (ou seja, o candidato sem registro) tem mais segurança do que o candidato registrado.*”¹⁸⁴

Segundo o posicionamento de Costa, flagrante seria a ofensa à soberania popular, já que uma decisão judicial, não definitiva, estaria se sobrepondo à vontade popular, e, por conseguinte, enfraquecendo a legitimidade do próprio resultado das eleições¹⁸⁵, expondo, para fortalecer sua argumentação, o seguinte exemplo:

¹⁸⁴ COSTA, Adriano Soares da. *Captação ilícita de sufrágio e inelegibilidade: Novas Reflexões em Decalque*. Disponível em: <www.paranaeleitoral.gov.br>. Acesso em: 05 de maio de 2010. p. 10

¹⁸⁵ *Ibidem*. p. 11

Basta imaginar, para justificar uma maior reflexão sobre o art. 41-A, as eleições municipais, em que o juiz eleitoral venha a ter relações com grupos políticos, ou alguma desestima pessoal com determinado candidato. Amasiado com o outro grupo político concorrente ao candidato eleito, cassa-lhe o diploma e empossa o segundo colocado nas eleições para o cargo de prefeito municipal. Quem fez o novo prefeito? Acaso foi o povo? Não, uma autoridade judiciária que não honra o seu elevado cargo público.¹⁸⁶

Consequência da execução sem trânsito em julgado seria, também, a ocorrência de severos prejuízos à população e à administração pública, causados em decorrência da possibilidade de sucessivas modificações na chefia do Poder Executivo, já que, em sendo revertido o julgado condenatório, o candidato/eleito absolvido deve ser empossado novamente no cargo anteriormente conquistado.¹⁸⁷

Oportuno, ainda, trazer ao debate as lições do ex-ministro da Suprema Corte Eleitoral José Delgado:

Argumentam, os seus defensores, que a eficácia imediata das sentenças e acórdãos, hoje expressamente admitida pelo TSE, afronta os princípios constitucionais da “segurança jurídica” e da “presunção de inocência”. Tais afrontas, no entanto, inexistem. A lei não ofende a coisa julgada, o direito adquirido ou o ato jurídico perfeito. Também não coíbe o exercício do direito de defesa ou o manejo de qualquer recurso. Tão pouco cuida de matéria penal, a cujos específicos lindes a Constituição voltou o primado da inocência presumida. [...] Todos sabemos que a exigência do trânsito em julgado nas decisões da Justiça Eleitoral sempre ensejou a interposição sucessiva e protelatória de recursos, permitindo que os mandatos se cumprissem em sua inteireza antes da superveniência do esgotamento das vias impugnativas.¹⁸⁸

Embora as considerações apresentadas por Adriano Soares da Costa, de fato, sejam todas coerentes, para discordar deste posicionamento, adota-se, neste estudo, o posicionamento atual do TSE, em razão, substancialmente, da fundamentação oferecida pelo Min. José Delgado, no sentido de que, em razão do caráter protelatório dos vários recursos previstos hoje no ordenamento processual brasileiro, a espera pelo trânsito em julgado, no caso do art. 41-A, se traduziria em impunidade, visto que o candidato infrator, patrocinado por um bom advogado, findava seu mandato sem que sequer fosse julgado o feito movido em seu desfavor.

¹⁸⁶ Ibidem. p. 14.

¹⁸⁷ Ibidem. p. 15.

¹⁸⁸ DELGADO, José Augusto. *Reflexões doutrinárias e jurisprudenciais sobre o art. 41-A da Lei n. 9.504/97*. Disponível em: <http://www.tse.gov.br/eje/arquivos/download/reflexoes_art41_lei9504.pdf>. Acesso em 12 de maio de 2010. p.7-8.

Em outras palavras, em termos práticos, deixando-se o formalismo de lado, a execução imediata do julgado se mostra medida imperiosa para que efetivamente o art. 41-A não se transforme em uma lei sem aplicação prática satisfatória.

É por isso que o Tribunal Superior Eleitoral, desde 2002, vem, de fato, adotando entendimento de que “[...] a jurisprudência desta Corte é no sentido de que proferida a decisão, **em qualquer instância**, esta deve ter cumprimento imediato [...]”¹⁸⁹ (grifo nosso), independentemente, inclusive, de que tal pedido conste explicitamente na inicial, porquanto “[...] não há falar de julgamento ultra petita, visto que consta expressamente do texto do art. 41-A da Lei n. 9.504/97 a cassação do registro ou do diploma do investigado.”¹⁹⁰

Por outro lado, não se pode perder de vista que, no caso concreto, entendendo o magistrado – ou o órgão colegiado – que se encontram presentes os pressupostos autorizadores das medidas cautelares – *fumus boni iuris* e *periculum in mora* –, nada impede, que, excepcionalmente, e mediante decisão devidamente fundamentada, dê-se efeito suspensivo ao recurso interposto pelo candidato, para que a decisão permaneça sem efeito até o julgamento do veículo impugnativo.

Nesse sentido, importante verificar a fundamentação oferecida pelo TSE, em casos específicos, para a concessão (ou não) de tal medida preventiva:

*2. As decisões fundadas no artigo 41-A da Lei 9.504/97 merecem execução imediata. Entretanto, nada impede que a Corte Regional, usando do seu poder geral de cautela, defira liminar em cautelar e conceda efeito suspensivo ao recurso eleitoral.*¹⁹¹ (grifo nosso)

Ação de impugnação de mandato eletivo. Art. 41-A da Lei n° 9.504/97. Sentença. Condenação. Recurso. Tribunal Regional Eleitoral. Medida

¹⁸⁹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *MC n° 1181/SP*, Relator Min. Fernando Neves da Silva, publicação no DJ de 30/09/2005, v. 1, p. 121. p.4 do Acórdão. A título ilustrativo: *RESPE n° 25902/PE*, Relator Min. José Gerardo Grossi, DJ de 28/04/2006, p. 140; *RESPE n° 25215/RN*, Relator Min. Carlos Eduardo Caputo Bastos, DJ de 9/9/2005, p. 171. *RMS n° 436/RS*, Relator Min. Carlos Eduardo Caputo Bastos, DJ de 18/09/2006, p. 139.

¹⁹⁰ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *AMC n° 1282/CE*, Relator Min. Raphael de Barros Monteiro Filho, DJ de 03/10/2003, v. 1, p. 103.

¹⁹¹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *AMS n° 4191/SE*, Relator Min. Marcelo Ribeiro, DJE de 20/05/2009, p. 21.

cautelar. Deferimento. Liminar. Efeito suspensivo. Apelo. Plausibilidade. Necessidade. Evitar. Sucessiva. Alternância. Exercício. Mandato eletivo. Recurso especial. Não-cabimento. Decisão não definitiva.

[...]

3. Este Tribunal Superior tem ponderado ser conveniente evitar sucessivas alterações no exercício dos mandatos eletivos, em especial da chefia do Poder Executivo. Nesse sentido: Acórdão n° 3.345, Agravo Regimental no Mandado de Segurança n° 3.345, rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, de 19.5.2005.¹⁹² (grifo nosso)

O Recurso Especial tem efeito simplesmente devolutivo e, quando admissível, o de evitar o trânsito em julgado do acórdão impugnado.

***O empréstimo da eficácia suspensiva há de ser reservado a situações excepcionais, o que não ocorre quando, implementado, vir a desaguar em alternância na chefia do Poder Executivo Municipal.*¹⁹³ (grifo nosso)**

Ação de impugnação de mandato eletivo. Art. 41-A da Lei n° 9.504/97. Procedência da ação na Corte Regional. Medida cautelar contra ato de presidente de TRE que negou pedido de execução imediata do julgado. Ausência de pressuposto processual. Não-interposição de recurso especial. Medida cautelar indeferida.¹⁹⁴ (grifo nosso)

Repare-se que o próprio Tribunal ainda não estabeleceu objetivamente em quais situações seria cabível o efeito suspensivo, na medida em que, de uma simples análise dos julgados transcritos, evidencia-se que ele já se contradisse a respeito de se a alternância da chefia do Poder Executivo é fundamento suficiente a justificar a concessão da medida.

Indo mais adiante, a Corte Superior Eleitoral já prolatou decisão no sentido de que, em caso de proposição de Recurso Contra a Expedição do Diploma, há de ser sempre emprestado efeito suspensivo ao recurso interposto contra a decisão que o julgou, para afastar a regra de execução imediata.

Veja-se, a propósito, o seguinte trecho extraído de julgado do TSE:

*[...] 1. Hipótese em que está caracterizado o fumus boni iuris na medida em que, mesmo em se tratando de captação ilícita de sufrágio, **existe norma específica disciplinando o recurso contra expedição de diploma e estabelecendo que o diplomado poderá exercer o mandato em toda a sua***

¹⁹² BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *AMC n° 1702/SP*, Relator Min. Carlos Eduardo Caputo Bastos, DJ de 14/10/2005, p. 109.

¹⁹³ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NA MEDIDA CAUTELAR (AAMC) n° 1733/RO*, Relator Min. Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, DJ de 19/05/2006, p. 133.

¹⁹⁴ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *AMC n° 1276/SP*, Relator Min. Fernando Neves da Silva, DJ de 20/02/2004, p. 102.

plenitude enquanto esta Corte não decidir esse apelo (art. 216 do Código Eleitoral).

2. Essa norma afasta, de modo excepcional, a execução imediata do julgado fundado no art. 41-A da Lei nº 9.504/97. Precedente: Acórdão nº 4.025, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 4.025, rel^a Ministra Ellen Gracie, de 25.3.2003. [...] ¹⁹⁵ (grifo nosso)

Registre-se, por outro lado, que é entendimento consolidado naquela Corte a necessidade de se respeitar a regra prescrita pelo art. 16-A, *caput*, da Lei nº 9.504/97, no sentido de que:

O candidato cujo registro esteja sub judice poderá efetuar todos os atos relativos à campanha eleitoral, inclusive utilizar o horário eleitoral gratuito no rádio e na televisão e ter seu nome mantido na urna eletrônica enquanto estiver sob essa condição, ficando a validade dos votos a ele atribuídos condicionada ao deferimento de seu registro por instância superior.

Ou seja, faculta-se ao candidato o prosseguimento no pleito enquanto pendente o trânsito em julgado da decisão que condenou-o pelo ilícito previsto no art. 41-A. Neste ponto, enriquecedor destacar as considerações tecidas pelo eleitoralista Francisco Sanseverino, que, ao comentar referida norma, preceitua:

[...] impedir o candidato de prosseguir na sua propaganda eleitoral, inclusive no rádio e na televisão, e, principalmente, não permitir que conste nos programas da urna eletrônica o nome, o número e a foto do candidato. Tais consequências são definitivas e irreversíveis e acarretariam dano irreparável em eventual reforma da sentença de procedência, após a eleição. O que não parece razoável, na medida em que devem ser conciliados, de forma harmônica e equilibrada, os princípios da normalidade e legitimidade do processo eleitoral, com o direito ao recurso e ampla defesa, todos de nível constitucional.¹⁹⁶

O TSE, por sua vez, endossando este entendimento, apresenta a seguinte orientação:

1. A permanência, na urna eletrônica, do nome do candidato que tenha seu registro cassado com base no artigo 41-A da Lei nº 9.504, de 1997, bem como o prosseguimento de sua propaganda eleitoral - o que se dá por conta e risco do candidato e/ou de seu partido político em virtude da interposição de recurso - não significa retirar o efeito imediato da

¹⁹⁵ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *MC nº 1394/BA*, Relator Min. Humberto Gomes de Barros, Relator designado Min. Carlos Eduardo Caputo Bastos, DJ de 17/02/2006, p. 125.

¹⁹⁶ SANSEVERINO, Francisco de Assis Vieira. *“Compra de votos”*: Análise à luz dos princípios democráticos. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. p. 278

*mencionada decisão, que, entretanto, não pode ser tido como definitiva, antes de seu trânsito em julgado.*¹⁹⁷

Por fim, assinale-se que a decisão de cassação pela incursão nas penas do art. 41-A é dotada de auto-executoriedade, não dependendo de qualquer outro pronunciamento, que não aquele do julgador da lide principal, para surtir seus ulteriores efeitos.¹⁹⁸

Por tudo que foi visto, chega-se novamente à afirmação de que inexistem, no atual ordenamento eleitoral, circunstâncias estritamente objetivas a permitir a segura subsunção da conduta ilícita ao art. 41-A. Em virtude da ausência normativa, o TSE vem e vai continuar a suprir as diversas lacunas legais, buscando dar a melhor interpretação possível ao dispositivo, pautando-se, salvo maior juízo, sempre por tentar dá-lo máxima aplicabilidade para que seja respeitada a vontade popular, ora manifestada por meio do primeiro projeto de Iniciativa Popular da história do Brasil.

¹⁹⁷ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *INST n° 55/DF*, Resolução n° 21051 de 26/03/2002, Relator Min. Fernando Neves da Silva, DJ de 12/04/2002, v. 1, p. 186.

¹⁹⁸ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *AAG n° 3941/AP*, Relator Min. Carlos Mário da Silva Velloso, DJ de 27/02/2004, p. 105; *HC n° 466/AP*, Relator Min. Raphael de Barros Monteiro Filho, DJ de 17/10/2003, p. 133.

CONCLUSÃO

O presente trabalho se desenrolou por fases que resultaram na definição e esclarecimento da natureza jurídica da compra de votos, na análise do contexto histórico no qual se deu a normatização do instituto enquanto infração eleitoral, até que se chegou, após a exposição de entendimentos doutrinários divergentes, a afirmação da constitucionalidade do art. 41-A perante o nosso Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, verifica-se que, no último capítulo, muito embora se tenha tentado trazer ao conhecimento do leitor o maior número de peculiaridades práticas do instituto em estudo, por razões óbvias, não foi possível esgotá-las em toda sua plenitude, sendo necessário que, diante das circunstâncias de eventual caso concreto, sempre se examine as decisões prolatadas pelo Tribunal Superior Eleitoral, que, em matéria de direito, é a Corte responsável por resguardar a fiel aplicação do dispositivo, em consonância com as diretrizes legais e constitucionais.

Nota-se, também, que, por se ter optado pela realização de uma obra sintética, com o maior número de informações possíveis, de maneira clara e objetiva, várias controvérsias jurídicas abordadas, a despeito de terem sido comentadas, não foram amplamente exploradas em toda sua acepção jurídica, falecendo, desta forma, de uma complexa abordagem dos diversos institutos mencionados enquanto na aplicação concreta do dispositivo, o que remete à novos estudos complementares pontuais.

De certo, contudo, que o presente trabalho poderá contribuir em diversos aspectos para quem o examine, podendo ser empregado tanto por um jurista, para o qual terá sua utilidade na prática forense, como também pelo próprio político, que poderá se informar a respeito da maneira que atualmente a compra de votos vem sendo interpretada no mundo jurídico, evitando-se, assim, praticar conduta irregular que eventualmente possa deixá-lo incurso nas penas do art. 41-A, da Lei nº 9.504/97.

Fica, então, um novo esboço sobre a captação ilícita de sufrágio, ressaltando-se que o art. 41-A efetivamente vem sendo largamente utilizado cada vez mais pelos tribunais e juízes eleitorais, os quais vêm lhe dando máxima aplicabilidade para abranger o maior leque de situações possíveis, na medida em que se tornou a forma mais eficaz de afastar dos pleitos eleitorais os candidatos que se socorrerem à ilegalidade para conquistar o voto dos eleitores.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. *Constituição da República Federativa do Brasil anotada*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRANDÃO, Marcus Vinícius Mascarenhas. *O art. 41-A da Lei 9.504/97 e sua importância como um dos mecanismos de busca do fortalecimento da democracia*. Disponível em: <www.paranaeleitoral.com.br>. Acesso em: 03 de maio de 2010.

BRASIL. Lei nº 4.737, de 15 de Julho de 1965. *Institui o Código Eleitoral*. Disponível em: www.planalto.gov.br.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>.

_____. Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990. *Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>.

_____. Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. *Estabelece normas para as eleições*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>.

_____. Lei nº 12.034 de 29 de Setembro de 2009. *Altera as Leis nºs 9.096, de 19 de setembro de 1995 - Lei dos Partidos Políticos, 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas para as eleições, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>.

_____. Lei Complementar nº 135, de 04 de junho de 2010. *Altera a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Temas Selecionados: Captação de Sufrágio*. Disponível em: <<http://temasselecionados.tse.gov.br/temas/captacao-de-sufragio>>. Acesso em 15 de novembro de 2010.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua et al. *Tratado de Direito Eleitoral*. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

COSTA, Adriano Soares da. *A inconstitucionalidade do art. 41-A da Lei das Eleições*: Breves reflexões sobre o estudo de Márlon Jacinto Reis. Disponível em: <www.paranaeleitoral.gov.br>. Acesso em: 05 de maio de 2010.

_____. *Captação ilícita de sufrágio e inelegibilidade*: Novas Reflexões em Decalque. Disponível em: <www.paranaeleitoral.gov.br>. Acesso em: 05 de maio de 2010.

_____. *Inelegibilidade e inabilitação no Direito Eleitoral*. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=43>>. Acesso em: 17 de novembro de 2010.

_____. *Instituições de Direito Eleitoral*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

DELGADO, José Augusto. *Reflexões doutrinárias e jurisprudenciais sobre o art. 41-A da Lei n. 9.504/97*. Disponível em: <http://www.tse.gov.br/eje/arquivos/download/reflexoes_art41_lei9504.pdf>. Acesso em 12 de maio de 2010.

MENDONÇA JÚNIOR, Delosmar. *Manual de Direito Eleitoral*. Salvador: JusPODIVM, 2006.

MOVIMENTO DE COMBATE À CORRUPÇÃO ELEITORAL. *História da Conquista da Lei 9.840*. Disponível em: <<http://www.mcce.org.br/node/6>>. Acesso em 08 de maio de 2010.

NOLETO, Mauro Almeida. *Terceiro Turno*: Crônicas da Jurisdição Eleitoral. 1. ed. Imperatriz: Ética, 2008.

RAMAYANA, Marcos. *Direito Eleitoral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

REIS, Marlon Jacinto. *A Constitucionalidade do art. 41-A da Lei das Eleições*. Disponível em: <www.paranaeleitoral.gov.br>. Acesso em: 20 de maio de 2010.

_____. *Uso eleitoral da máquina administrativa e captação ilícita de sufrágio*. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

SANSEVERINO, Francisco de Assis Vieira. “*Compra de votos*”: Análise à luz dos princípios democráticos. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

_____. *Direito Eleitoral*. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

SCHAFFER, Frederic Charles. *Elections for Sale: The Causes and Consequences of Vote Buying*. Londres, Inglaterra: 2007.