

# DIREITO PENAL/DIREITO PROCESSUAL PENAL

## CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO Artigo 41-A, Lei nº 9.504/97

**RODRIGO LÓPEZ ZILIO**  
Promotor de Justiça/RS.

### 1. INTRODUÇÃO AO TEMA

Os direitos políticos constituem importante parcela dos direitos fundamentais de primeira geração, ou dimensão, conquista consagrada no Estado Democrático de Direito, sendo fruto da lenta e progressiva evolução da humanidade desde o iluminismo até os dias atuais.

Na seara dos direitos políticos positivos<sup>1</sup> pode-se vislumbrar o direito de votar e o direito de ser votado. O direito de votar, obtido através do respectivo alistamento eleitoral (art. 42 e seguintes do Código Eleitoral), habilita o indivíduo a participar do processo de escolha de seus representantes aos mandatos eletivos, consagrando, assim, a democracia participativa ou indireta (art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal). Já com o direito de ser votado (direito de elegibilidade) o cidadão atinge a capacidade plena de participação do processo político consagrado pelo regime democrático inserto na Carta Magna de 1988.

Os direitos políticos, de inegável fulcro constitucional, encontram sua normatividade plena na seara do Direito Eleitoral. Constituem o principal arcabouço legislativo do sistema eleitoral pátrio, além do Código Eleitoral (Lei nº 4.737/65), a Lei Complementar nº 64/90 e a Lei nº 9.504/97.

---

<sup>1</sup> José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, Malheiros Editora, 9ª edição, 1993, p. 308.

## 2. LEI Nº 9.840/99

### 2.1. Origem

Em uma primeira conquista para sistematizar a interpretação acerca das normas reguladoras do processo eleitoral, foi editada a Lei nº 9.504/97, que pretende ter caráter de lei permanente, afastando assim a insegurança jurídica que reinava no Direito Eleitoral até as eleições municipais de 1996 (data da edição da última “lei temporária” para as eleições, a Lei nº 9.100/95). Sem dúvida, a mais importante modificação sofrida no corpo da lei das eleições veio à baila com a edição da Lei nº 9.840, de 28 de setembro de 1999, que, entre outras modificações, acrescentou o artigo 41-A na Lei nº 9.504/97<sup>2</sup>. A origem do projeto que redundou na edição da Lei nº 9.840/99, inegavelmente, trouxe o crédito do clamor geral da população brasileira. Cansada dos generalizados desmandos e desencontros da classe política e desesperançada com a atuação repressiva às infrações cometidas no decorrer do processo eleitoral, a população brasileira, conclamada por inúmeros setores organizados da sociedade (Associação Brasileira de Imprensa, Confederação Nacional dos Bispos do Brasil, Pensamento Nacional das Bases Empresariais, Central Única dos Trabalhadores, Ordem dos Advogados do Brasil, foram algumas das entidades que apoiaram tal iniciativa legislativa), arrigementou mais de um milhão de assinaturas favoráveis à edição da lei em comento. Gize-se, ainda, que a Lei nº 9.840/99 consistiu na primeira lei editada a partir da iniciativa popular (art. 61, §2º, CF) sob a égide da nova Constituição Federal de 1988.

A edição da Lei nº 9.840/99 teve recepção diferenciada nas mais variadas matizes da sociedade brasileira. De um lado, os meios de comunicação social teceram infundáveis elogios, aduzindo e pondo em relevo tal diploma legal como uma inegável e irreversível conquista da cidadania, fruto de um movimento que prima pela ética e pela probidade no trato da coisa pública. De outra banda, o meio jurídico entrou em

---

<sup>2</sup> 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 qualquer 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.

profunda divisão quanto à nova figura eleitoral. Parte abalizada da doutrina nacional tece pesadas e desmedidas críticas ao artigo 41-A, referindo sua inaplicabilidade e, até mesmo, inconstitucionalidade. Entretanto, existe doutrina e, também, jurisprudência de aquilatado calibre que saúda tal inovação, como um preenchimento de uma enorme lacuna na seara do Direito Eleitoral, trazendo, por fim, eficácia e efetividade aos procedimentos eleitorais repressivos submetidos ao Poder Judiciário.

## 2.2. Processo Legislativo

O texto atual da Lei nº 9.840/99, entretanto, não entrou em vigor nos mesmos moldes em que foi proposto pelo projeto original. Neste, inicialmente, não estava prevista a ressalva ao artigo 26, da Lei nº 9.504/97, que trata dos gastos eleitorais. Por outro lado, havia, no projeto original, a previsão de aplicação das sanções mesmo quando não fosse o próprio candidato que praticasse referidas condutas vedadas; ou seja, previa a punição pelo artigo 41-A mesmo quando terceiro, que não o candidato, praticasse a infração prevista.

A inclusão da ressalva do art. 26 da Lei nº 9.504/97 recebe severas críticas da doutrina. Luís Sérgio Langowski<sup>3</sup>, membro do Ministério Público Federal do Estado do Paraná, é um ácido crítico quanto à inclusão da referida ressalva no texto legal, aduzindo, com base inclusive no passado histórico-cultural do nosso país, a dificuldade de discernir entre os brindes de campanha (art. 26, inciso XIII, Lei nº 9.504/97<sup>4</sup>) e a captação ilícita de sufrágio prevista no artigo 41-A da Lei nº 9.504/97.

No entanto, a distinção entre referidas figuras previstas na lei das eleições restará sempre relegada ao caso concreto: verificada a doação, o oferecimento, a promessa ou a entrega de um determinado “brinde de campanha” em troca da obtenção de voto do eleitor, há, em princípio, a figura prevista no artigo 41-A. Neste sentido, inclusive, foi o entendimento do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul ao responder a consulta nº 22002500<sup>5</sup>, logo após a edição da Lei nº

<sup>3</sup> “Reflexões acerca da Lei nº 9.840/99”, Luís Sérgio Langowski e Letícia Küster Puppi, artigo publicado na Revista Paraná Eleitoral nº 34, outubro/dezembro de 1999, pp 39-50.

<sup>4</sup> Art. 26. São considerados gastos eleitorais, sujeitos a registro e aos limites fixados nesta lei, dentre outros: (...) XIII. confecção, aquisição e distribuição de camisetas, chaveiros e outros brindes de campanha.

<sup>5</sup> Consulta nº 22002500, Rel. Sulamita Terezinha Santos Cabral, j. 06.04.2000, publicação Revista do TRE-RS, Volume 05, Tomo 10, data 30.06.2000, página 143.

9.840/99. Conforme extrai-se de parte da ementa do acórdão: “a distinção do que são brindes (cuja distribuição é permitida) e do que são bens que podem constituir captação de sufrágio (conduta vedada) é feita não com base na natureza do bem, mas sim com base na conjugação de elementos subjetivos e objetivos que envolvem uma situação concreta.”

No que pertine à aplicação das penas da captação ilícita de sufrágio ao não-candidato, enfrentaremos o tema na análise do artigo 41-A.

### 3. CORRUPÇÃO ELEITORAL (ART. 299 DO CÓDIGO ELEITORAL)

#### 3.1. Histórico

A compra de voto constitui-se, sem dúvida, em fato corriqueiro e até mesmo em costume histórico. Desde priscas eras até os dias atuais pululam notícias acerca de negociatas e conluíus acerca de direitos e princípios democráticos basilares. Infelizmente, o passado recrimina o que, ainda hoje, é vivenciado e experimentado no presente.

Lembra com exatidão Sebastião Oscar Feltrin<sup>6</sup> que, desde a época de Montesquieu, a prática da corrupção eleitoral tem sido praticada em larga e desmedida escala.

Vivemos um momento paradoxal: de um lado, inegáveis avanços tecnológicos com a informatização total do processo eleitoral, consagrado de modo pioneiro por nosso País; de outro lado, entretanto, convive-se diuturnamente com os mesmos vícios a partir dos quais, nos primórdios da história da nossa civilização, o destino das nações era traçado por conchavos e corrupções. Sem dúvida alguma, a maior gravidade do crime de corrupção eleitoral é a mácula do processo eleitoral em sua origem. Com efeito, nada adianta a informatização total do sistema de votação, através das urnas eletrônicas, se a eleição já nasce viciada em seu embrião. A lisura do sistema eletrônico de votação é ineficaz e somente poderá chancelar o resultado viciado e comprometido da eleição, na qual a manifestação de vontade do eleitor encontra intransponível óbice, uma vez que, pela prática disseminada da compra de voto, o momento do sufrágio consagra, de modo definitivo, um atuar criminoso reprovável e inadmissível.

---

<sup>6</sup> Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial, Vol. 1, Coordenação Alberto Silva Franco e Rui Stoco, 7ª Edição, 2002, Revista dos Tribunais, pp. 1542-1543.

A persistir, no princípio de todo o período eleitoral, as mazelas e desmandos consagrados nos mais distantes pagos do nosso País, restará infrutífera e ineficaz toda e qualquer espécie de medida posterior, no sentido de moralizar e tornar seguro momento do voto e a conseqüente apuração do resultado das urnas. Todas as medidas encetadas posteriormente à prática do crime de corrupção eleitoral não surtirão efeito algum para a moralidade e a normalidade da eleição. O resultado erigido das urnas será um reflexo da burla e da má-fé dos infratores, e jamais refletirá o verdadeiro anseio da vontade popular – que é o sustentáculo maior da democracia representativa.

### 3.2. A corrupção no Código Penal

O Código Penal brasileiro consagra nos artigos 317<sup>7</sup> e 333<sup>8</sup>, respectivamente, os crimes de corrupção passiva e de corrupção ativa. O primeiro deles é delito praticado por funcionário público; o segundo, é crime praticado por qualquer pessoa – inclusive o funcionário público agindo como particular. Para ambos a pena prevista é de reclusão de um a oito anos, além de multa.

Verifica-se que o Estatuto Penal pátrio trata, em artigos diversos, a conduta do corruptor e do corrompido. Ou seja, a bilateralidade da conduta não é exigida para a configuração do crime de corrupção, embora possa, por vezes, existir. Resta consagrada uma expressa exceção à Teoria Monista do Concurso de Pessoas<sup>9</sup>. O desiderato do legislador, sem dúvida, é estabelecer autonomia às infrações em apreço, tendo em vista o alto grau de reprobabilidade existente nessas condutas.

### 3.3. A corrupção no Código Eleitoral

Os crimes eleitorais, em regra, distinguem-se de seus similares comuns pelo princípio da especialidade, solvendo-se, assim, eventual conflito aparente de normas. No que pertine à figura da corrupção

<sup>7</sup> “Art. 317 CP. Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida ou aceitar promessa de tal vantagem.”

<sup>8</sup> “Art.333, CP. Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício.”

<sup>9</sup> Damásio E. de Jesus, Direito Penal, 1<sup>o</sup> Volume – Parte Geral, Editora Saraiva, 20<sup>a</sup> Edição, 1997, p. 407.

eleitoral, entretanto, existem outras particularidades a considerar, especialmente em relação às infrações previstas, modo semelhante, pelo Código Penal. Diversamente do legislador penal de 1940, o Código Eleitoral brasileiro traz a figura da corrupção em um único artigo (art. 299<sup>10</sup>).

Os tipos delitivos em comento – previstos no Código Penal e no Código Eleitoral – apresentam algumas semelhanças, como a consumação independentemente do resultado. Entretanto, sobressaem-se as distinções: os crimes de corrupção do Código Penal têm como elemento normativo do tipo a “vantagem indevida”; o Código Eleitoral traz uma fórmula exemplificativa (“dinheiro, dádiva”) seguida de uma fórmula genérica (“qualquer outra vantagem” – que não precisa ser indevida); na corrupção ativa do Código Penal, a vantagem indevida é oferecida ou prometida para “praticar, omitir ou retardar ato de ofício”; o Código Eleitoral traz como o desiderato da corrupção “obter ou dar voto e para conseguir ou prometer abstenção”; a corrupção ativa penal possui apenas dois verbos típicos da conduta (“oferecer ou prometer”), enquanto a corrupção ativa eleitoral possui três verbos da conduta (“dar, oferecer, prometer”).

Na corrupção eleitoral, portanto, a conduta do corruptor se perfectibiliza, sob a ótica penal, com a mera oferta ou promessa, enquanto que o eleitor somente resta incriminado se efetivamente aceitar ou receber a vantagem oferecida – salvo, por óbvio, quando é o próprio eleitor quem a solicita.

Faz-se ainda necessário para a caracterização do crime de corrupção eleitoral que a vantagem oferecida, seja qual for, tenha o caráter de determinada ou determinável. Não há corrupção eleitoral em meras promessas de palanque ou através de propaganda eleitoral, desde que tais promessas sejam genéricas e dirigidas a pessoas indeterminadas. Neste sentido é a jurisprudência<sup>11</sup>, a exigir, para a configuração do crime, que haja o fim específico de obter o voto ou sua abstenção. O crime previsto no artigo 299 do CE é, sem dúvida, o de maior incidência na casuística e, de igual modo, o de maior reprobabilidade na seara eleitoral. A repulsa ao delito em comento é de tal monta que, tendo em vista a frequência de sua incidência, nos últimos tempos ganhou forma um movimento de

<sup>10</sup> “Art. 299. Dar, oferecer, prometer, solicitar ou receber, para si ou para outrem, dinheiro, dádiva, ou qualquer outra vantagem, para obter ou dar voto e para conseguir ou prometer abstenção, ainda que a oferta não seja aceita.”

<sup>11</sup> Consulte-se jurisprudência compilada por Sebastião Oscar Feltrin, *op. cit.*, itens 3.05 e 3.07, pp. 1555 e 1556.

comoção social. Este movimento ganhou nova dimensão diante da insuficiência da seara penal para combater a figura da corrupção eleitoral. O excessivo número de sentenças absolutórias, escancarando a fragilidade do caráter repressivo do Direito Penal, foi o estopim de uma crise ética na sociedade que desembocou no projeto de lei que originou a Lei nº 9.840/99.

A partir do acréscimo do artigo 41-A ao corpo da Lei nº 9.504/97, um mesmo e único fato jurídico pode ter reflexos em searas diversas. Aquele que captar ilícitamente sufrágio, hodiernamente, sofrerá, além das reprimendas penais cabíveis, as sanções previstas no artigo 41-A, acrescentado pela Lei nº 9.840/99.

#### 4. ARTIGO 41-A DA LEI Nº 9.504/97

##### 4.1. Conceito

O entendimento de que, a partir da edição da Lei nº 9.840/99, para um mesmo fato – captação ilícita de sufrágio –, haverá, em regra, a incidência de diplomas repressivos diversos, é referendado pela doutrina e jurisprudência. Neste sentido, inclusive, extrai-se trecho do voto do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira<sup>12</sup>: “o art. 41-A em muito se assemelha ao prescrito no art. 299, do Código Eleitoral”. Não é outro o ensinamento do Ministro Fernando Neves<sup>13</sup>: “ (...) as alterações da Lei nº 9.504/97, entre as quais consta a introdução do art. 41-A, vieram ao encontro da vontade da sociedade de ver rapidamente apurados e punidos os ilícitos eleitorais, razão pela qual a corrupção, que constitui crime previsto no art. 299 do CE, passou a ser também causa de perda do registro da candidatura ou do diploma...”. O entendimento do renomado Joel José Cândido<sup>14</sup>, ao comentar o art. 41-A, é na mesma senda: “este novo dispositivo não derogou e tampouco revogou o art. 299 do Código Eleitoral (...) A responsabilidade do agente pela infração conhecida como ‘compra de votos’ continua bilateral, acarretando ela tanto um processo criminal, como um processo extrapenal”.

<sup>12</sup> TSE, Agravo Interno de Medida Cautelar nº 1000, Ac., Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 26.06.2001, publicado no DJ 17.12.2001, p. 09.

<sup>13</sup> TSE, Agravo Regimental na Medida Cautelar nº 970, Rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 01.03.2001, publicado no DJ 27.04.01, p. 236.

<sup>14</sup> Direito Eleitoral Brasileiro, Joel José Cândido, EDIPRO, 2002, p. 451.

A certeza quanto a esta dicotomia, porém, não afasta a necessidade de definir os exatos contornos da figura da captação ilícita de sufrágio na seara extrapenal. Reside neste desiderato o buslilis dos novos contornos punitivos do denominado Direito Eleitoral extrapenal. Até que ponto a participação do candidato é necessária para a incidência do art. 41-A? Podem terceiros ser punidos nas sanções do art. 41-A? O entendimento do Egrégio Tribunal Superior Eleitoral (TSE) no sentido de não configurar inelegibilidade a cassação do diploma prevista no referido artigo, é suficiente para afastar a aplicação do art. 15 da Lei Complementar nº 64/90 e, assim, tornar de execução imediata referida medida? Em matéria de eleições gerais, há competência dos juízes auxiliares para as representações com fulcro no art. 41-A? A resposta para algumas dessas indagações passa, necessariamente, por um conceito mais preciso da captação ilícita de sufrágio.

Aponta Adriano Soares da Costa<sup>15</sup> que o TSE caracteriza a captação de sufrágio quando presentes três elementos indispensáveis: a) a prática de uma ação (doar, prometer, etc.); b) a existência de uma pessoa física (o eleitor); c) o resultado a que se propõe o agente (a obtenção do voto).

Há de se analisar, modo sucinto, referidos requisitos configuradores do art. 41-A da Lei nº 9.504/97.

Os verbos incriminadores da conduta de captação ilícita de sufrágio (doar, oferecer, prometer ou entregar) encontram grande similitude com os previstos para o crime de corrupção eleitoral ativa (dar, oferecer, prometer). Com efeito, o verbo “entregar” é, em qualquer léxico e mesmo juridicamente, sinônimo de “dar”. Resta como diferenciador da conduta das mencionadas infrações eleitorais a presença do verbo “doar” no art. 41-A da Lei nº 9.504/97, inexistente na figura típica do art. 299 do Código Eleitoral. Verifica-se, pois, que a intenção do legislador, ao criar a captação ilícita de sufrágio, foi a de ampliar o espectro punitivo, cerceando igual modo a conduta de mera doação.

A conduta do infrator eleitoral deve ter por sujeito passivo alguém que tenha capacidade eleitoral ativa, ou seja, há de se exigir como presente a existência de um eleitor como vítima nas infrações eleitorais mencionadas. Deve ser ressalvado, no entanto, que referido eleitor tem de estar na plenitude do gozo de seus direitos políticos. Em outras palavras, havendo a perda ou suspensão dos direitos políticos do eleitor

<sup>15</sup> “Captação de Sufrágio e Inelegibilidade: análise crítica do art. 41-A da Lei nº 9.504/97”, Adriano Soares da Costa, artigo publicado na Revista Paraná Eleitoral nº 44, abril/junho de 2002, pp. 13-27.

(art. 15 da Constituição Federal) não há como se perfectibilizar a conduta vedada do art. 41-A da Lei nº 9.504/97. O tipo legal em comento prevê aplicação de pena para quem aliciar indevidamente o eleitor “com o fim de obter-lhe o voto”. Ora, só é possível obter o voto daquele que possui o pleno gozo de seus direitos políticos. Corolário deste entendimento é que a perda ou suspensão dos direitos políticos do eleitor retira o cidadão do processo eletivo e, por consequência, afasta a incidência do art. 41-A.

Entretanto, é fator fundamental para a configuração do art. 41-A que o eleitor, a quem a captação ilícita foi dirigida, seja determinado ou determinável, à semelhança do exigido para a configuração do crime do art. 299 do Código Eleitoral. A intenção, com essa exigência, é traçar um claro e definitivo marco divisor entre o aliciamento indevido do voto do eleitor – através da captação ilícita de sufrágio – e a mera promessa de campanha dirigida ao eleitorado. É neste sentido o entendimento do TSE, conforme trecho da ementa do Acórdão nº 2.790,<sup>16</sup> em que foi relator o Ministro Fernando Neves: “não configura conduta vedada pelo art. 41-A da Lei nº 9.504/97 promessa de campanha no sentido de manter programa municipal de benefícios”.

Deve ser ressaltado, nesse ponto, que faz parte do processo eletivo qualquer método persuasivo lícito que objetive a obter a adesão do eleitorado. Neste contexto, é permitido aos candidatos a utilização da propaganda eleitoral, através da divulgação de propostas e planos de governo, com vistas a captar o voto do eleitor. A propaganda eleitoral, desde que exercida nos limites da licitude exigida pela Lei das Eleições e pelo Código Eleitoral, é um método necessário e fundamental para o aperfeiçoamento do processo democrático.

Entretanto, se a promessa de campanha consistir em “bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública” dirigida a eleitor determinado ou determinável, sai de cena a licitude propalada e há a configuração da figura vedada pelo art. 41-A da Lei das Eleições. O pretendente a mandato eletivo, como futuro administrador público, deve ter em vista o bem-comum da coletividade, e é pela adesão ao seu plano e método de governo que deve haver o convencimento do eleitorado.

A promessa de campanha, invariavelmente, caminha em uma linha tênue entre a licitude da propaganda eleitoral e a ilicitude da captação de

---

<sup>16</sup> TSE, Agravo de Instrumento nº 2790, Ac., Rel. Min. Fernando Neves, j. 08.05.2001, publicado no DJ 22.06.2001, p. 134.

sufrágio vedada por lei. O norte oferecido ao aplicador da lei para proceder à distinção propalada reside no caso concreto, onde deverá ser verificada a existência, ou não, de promessa ou benesse de caráter pessoal ou privado como principal motivo para a adesão através do voto. Caso não se faça presente o elemento subjetivo de captar sufrágio em troca de bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, há que se afastar a figura do art. 41-A da Lei nº 9.504/97. Assim aponta a jurisprudência dos tribunais eleitorais<sup>17</sup>.

Entretanto, cabe a ressalva de que, se a vantagem ou promessa extrapolar a personalidade ou a individualidade, atingindo a coletividade do eleitorado ou parte considerável dela, poderá haver a configuração do abuso do poder político ou do abuso do poder econômico, a ensejar as severas sanções previstas no art. 22, incisos XIV e XV, da Lei Complementar nº 64/90.

Deste modo, *data venia* de entendimento diverso, não compartilhamos com o entendimento de Roberto Amaral e Sérgio Sérvulo da Cunha,<sup>18</sup> no sentido de que estão abarcadas pela tipificação do art. 41-A: “aquelas práticas assistencialistas que não se dirigem a um

<sup>17</sup> “Promessas feitas em palanque, dirigidas indistintamente a toda a comunidade, não configuram a compra de votos (...) Não caracterizada a conduta descrita no artigo 41-A, da Lei nº 9.504/97” (TRE/GO, Juiz Gonçalo Teixeira e Silva, Ac. 111001, de 25.10.2000).

“Compromissos ditos durante comício revestem-se de características de discurso de campanha, não sendo suficientes para a caracterização das condutas descritas como captação de sufrágio contidas no art. 41-A, da Lei nº 9.504/97” (TRE/MS, Rel. Juiz Mário Eugênio Peron, Ac. 3931, de 18.09.2001).

“...Para a configuração da ilicitude reprimida pelo art. 41-A, da Lei nº 9.504/97 faz-se necessário promessa de benesse pessoal a sufragista individualmente considerado. Descaracterização de a candidata buscou conquistar a votação do eleitorado de determinada localidade por meio de garantia de que, se eleita, ajudaria a sua população a realizar obra de interesse comunitário.” (TRE/CE, Juiz Luiz Gerardo de Pontes Brígido, Ac. 12.400, de 22.08.2001).

“(…) Não configura a captação ilícita de sufrágios, objeto do art. 41-A, da Lei nº 9.504/97, o fato, documentado no ‘protocolo de intenções’ questionado no caso, firmado entre os representantes de diversas igrejas de determinado Município – travestidos de membros do Conselho Ético de um partido político -, e certos candidatos a Prefeito e Vice-Prefeito, que formalmente se comprometem, se eleitos, ao atendimento de reivindicações imputadas à ‘comunidade evangélica’ e explicitadas no instrumento, entre elas, a doação de um imóvel do patrimônio municipal, se não voltadas as promessas a satisfazer interesses patrimoniais privados” (TSE, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Recurso Especial nº 19.176, DJ 22.02.2002).

<sup>18</sup> Manual das Eleições, Roberto Amaral e Sérgio Sérvulo da Cunha, Editora Saraiva, 2002, pp. 191-192.

eleitor definido, pessoa física individualizada, mas que igualmente perseguem a manipulação de voto, como a realização de obras que beneficiam determinadas comunidades ou grupos de eleitores, a prestação de serviços comunitários ou assistenciais de competência do Poder Público...”. Referidas condutas, a nosso sentir, podem caracterizar, como mencionado, abuso do poder econômico ou político. De igual modo, não parece das mais felizes a colocação dos citados autores quanto à ineficácia do art. 41-A da Lei nº 9.504/97 para coibir a captação ilícita de sufrágio: “ (...) a iniciativa do art. 41-A em nada contribui para o combate ao crime de captação de sufrágio, porque a matéria, antes dela, foi regulada pelo Código Eleitoral, em redação aliás mais correta...”. Essas colocações, em verdade, olvidam que o art. 41-A da Lei nº 9.504/97, e o art. 299 do Código Eleitoral, atuam em campos jurídicos diversos, quais sejam, o extrapenal e o penal.

Por fim, é necessário que a conduta vedada tenha por desiderato a obtenção do voto do eleitor, ou seja, requer-se, por óbvio, a finalidade eleitoral. Em outras palavras, entre a conduta do infrator (promessa, entrega, oferecimento...) e o direcionamento de tal ato ao eleitor há de existir um resultado, consistente na obtenção de voto. A finalidade eleitoral é exigida, modo uníssono, pela jurisprudência eleitoral pátria, inclusive o Egrégio TSE”.

Feitas essas primeiras considerações acerca da captação ilícita de sufrágio, pode-se, agora, vislumbrar os demais aspectos pertinentes a esta infração eleitoral.

## 4.2. Distinções

Antes de mais nada, cabe tecer algumas distinções necessárias entre a captação ilícita de sufrágio e outras figuras previstas na seara eleitoral. A Lei das Eleições, a par do vetusto Código Eleitoral, prevê crimes em

---

” (...) Para a caracterização da conduta descrita no art. 41-A, da Lei nº 9.504/97, é imprescindível a demonstração de que ela foi praticada com o fim de obter o voto do eleitor.” (TSE, Rel. Min. Fernando Neves, Ac. 19.229, de 15.02.2001).

”Para que se configure a infração estabelecida no art. 41-A, da Lei nº 9.504/97 deve ficar claramente comprovado elemento subjetivo do tipo, qual seja o dolo específico consistente na intenção de captar sufrágio...” (TRE/ES, Juiz Maurílio Ferraz Moulin, Ac. 74, de 06.06.2001).

”...Na doação de bem, deve ficar claramente demonstrada a intenção de captar voto, em troca do bem...” (TRE/PR, Juiz Nilson Mizuta, Ac. 24.271, de 16.10.2000).

artigos esparsos. Dentre estes, faz-se necessária a distinção da infração penal prevista no art. 39, §5º, inciso II, da Lei nº 9.504/97<sup>20</sup>.

O inciso II do parágrafo 5º do art. 39 da Lei da Eleições prevê, em verdade, duas figuras delitivas distintas, com incidência temporal restrita ao dia da eleição – e não somente ao horário em que se desenvolve a votação. Na primeira parte, pune-se a distribuição de material de propaganda política; na segunda parte, pune-se o aliciamento, coação ou manifestação tendentes a influir na vontade do eleitor.

A punição como crime da mera distribuição de material de propaganda política (art. 39, §5º, II, primeira parte), sem que exista qualquer tipo de coação ou aliciamento de qualquer outra forma ao eleitor, soa, em princípio, desproporcional. O processo democrático de escolha dos candidatos pressupõe a existência de propaganda eleitoral, de modo a facilitar a divulgação das propostas dos candidatos. A utilização da repressão penal para coibir uma simples distribuição de panfletos no dia da eleição é uma providência desarrazoada que, pela desproporção da resposta estatal à infração praticada, tende a esvaziar essa figura delitiva. Seria suficiente, se o legislador quisesse reprimir tal conduta, a previsão de multa em caráter extrapenal, do mesmo modo que é prevista para a propaganda irregular pela Lei das Eleições. A justificativa encontrada para a punição criminosa de tal figura delitiva encontra-se, certamente, nos excessos costumeiramente exercidos por simpatizantes, correligionários e cabos-eleitorais mais exaltados e inflamados com a aproximação do desfecho do processo eleitoral. Cabe ressaltar, no entanto, que se o infrator desbordar da mera distribuição de propaganda eleitoral, passando a influir de modo direto e incisivo na vontade do eleitor, há a incidência de outras figuras delitivas.

A fim de pôr termo a qualquer dúvida quanto ao exato alcance da norma em comento e evitar o excesso punitivo desmedido, o Egrégio Tribunal Superior Eleitoral dispõe expressamente na Resolução nº 20.988, de 21.02.2002, que trata da propaganda eleitoral e das condutas vedadas aos agentes públicos na campanha eleitoral nas eleições de 2002: “Art. 66. Não caracteriza o tipo previsto no art. 39, §5º, II, da Lei nº

---

<sup>20</sup> Art. 39, §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 distribuição de material de propaganda política, inclusive volantes e outros impressos, ou a prática de aliciamento, coação ou manifestação tendentes a influir na vontade do eleitor.

9.504/97, a manifestação individual e silenciosa da preferência do cidadão/ã por partido político, coligação ou candidato/a, incluída a que se contenha no próprio vestuário ou que se expresse no porte de bandeira ou de flâmula ou pela utilização de adesivos em veículos ou objetos de que tenha posse”. Há que se ter presente, pois, a distinção do que é permitido (manifestação silenciosa, mesmo através de bandeiras ou flâmulas) com o que é vedado pela lei (distribuição de material de propaganda política ou aliciamento, coação ou manifestação que influa na vontade do eleitor). Deve ser ressaltado o bom-senso do TSE ao permitir que, no auge da festa democrática que é o dia das eleições, o cidadão possa – silenciosamente – manifestar sua preferência e opção quanto aos futuros exercentes de mandato em todas as esferas eletivas. Ademais, punir a manifestação silenciosa seria o mesmo que punir o pensamento, malferindo, assim, irreversivelmente o princípio da legalidade e, de igual modo, a própria Constituição Federal.

A figura delitiva prevista na parte final do inciso II do parágrafo 5º do art. 39 também encontra distinção com a captação ilícita de sufrágio. Em verdade, a figura prevista no art. 39, §5º, inciso II, tutela e protege o livre exercício do voto. Incrimina-se a prática de aliciamento, manifestação ou coação tendentes a influir na vontade do eleitor.

O aliciamento ou manifestação tendente a influir na vontade do eleitor não se confunde com a captação ilícita de sufrágio, pois inexistente naquele crime a promessa ou o oferecimento de bem ou vantagem de caráter pessoal em troca do voto. Para a configuração do crime previsto no art. 39, §5º, II, da Lei nº 9.504/97, o aliciamento ou a manifestação podem prescindir da entrega ou promessa de bem ou qualquer outra vantagem pessoal. Ou seja, basta o aliciamento ou a manifestação de modo a influenciar a vontade do eleitor.

No entanto, esse aliciamento pode se efetivar, por vezes, através da entrega de material de campanha no dia da eleição, embora a configuração desta infração penal não exija este modo específico de agir. De outro lado, a distribuição de material de campanha pode se caracterizar como crime mesmo que inexistam qualquer espécie de aliciamento praticado pelo infrator. Busca-se, desse modo, tutelar e proteger a livre escolha do eleitor, respeitando, assim, o direito universal ao voto.

O verbo da conduta “coagir” encontra similitude no crime de aliciamento violento de eleitores previsto no art. 301 do Código

Eleitoral<sup>21</sup>. Desnecessário, pois, ao legislador a previsão deste elemento objetivo do tipo. Vislumbra-se, através do tipo penal previsto no art. 39, §5º, II, da Lei nº 9.504/97, séria preocupação do legislador com a regularidade e a normalidade do pleito, denotando enorme interesse em tutelar e assegurar a liberdade de escolha do eleitor na hora do exercício do voto.

A dinâmica do processo eleitoral, contudo, traz situações extremas e delicadas, de difícil discernimento quanto à legalidade ou não das condutas encetadas pelos participantes e coadjuvantes do pleito. Desse modo, o tema em questão já foi, inclusive, objeto de Consulta<sup>22</sup> no Tribunal Superior Eleitoral, cuja ementa aponta a distinção: “A ‘boca-de-urna’ é caracterizada pela coação, que inibe a livre escolha do eleitor (..) A captação de sufrágio constitui oferecimento ou promessa de vantagem ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto”. No corpo do acórdão, o Ministro Maurício Corrêa, após afirmar que a realização de “boca-de-urna”, em regra, não traz a incidência das sanções previstas para a captação ilícita de sufrágio, faz a seguinte distinção: “o mero ato de arregimentar pessoas, mediante pagamento, para que, no dia da eleição, exerçam a chamada ‘boca-de-urna’, tentando induzir o eleitorado a votar em determinado candidato, não caracteriza a conduta descrita no art. 41-A da Lei nº 9.504/97 de captação de sufrágio”. No entanto, os próprios julgadores ressaltam a hipótese de, no caso concreto, referidas figuras fundirem-se em uma mesma e delituosa conduta.

### 4.3. Procedimento

A redação dada pela Lei nº 9.840/99 é extremamente clara ao dispor quanto à aplicação do procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar nº 64/90 na representação proposta com fulcro no art. 41-A da Lei nº 9.504/97. A única relação existente entre a captação ilícita de sufrágio, prevista no art. 41-A, e a Investigação Judicial, prevista na Lei Complementar nº 64/90, é quanto à aplicação do rito procedimental previsto nesta última lei. Necessário ressaltar o didático

<sup>21</sup> “Art. 301, CE. Usar de violência ou grave ameaça para coagir alguém a votar, ou não votar, em determinado candidato ou partido, ainda que os fins visados não sejam conseguidos”.

<sup>22</sup> TSE, Resolução nº 20.531 – Consulta 552/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 14.12.1999, publicado no DJU 26.05.2000, p. 93.

ensinamento da mais abalizada doutrina processualista pátria<sup>23</sup>, no sentido de que: “o procedimento é (...) apenas o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo; é a manifestação extrínseca deste, a sua realidade fenomenológica perceptível (...) Conclui-se, portanto, que o procedimento (aspecto formal do processo) é o meio pelo qual a lei estampa os atos e fórmulas da ordem legal do processo.”

Teve por desiderato o legislador evitar que as graves penas previstas no art. 41-A sejam aplicadas de modo imediato, com base no procedimento sumário previsto no art. 96 da Lei nº 9.504/97. Ciente da celeridade ínsita a todo processo eleitoral, o legislador, modo preventivo, buscou assegurar o cânone constitucional do direito de defesa em sua plenitude para que as sanções sejam aplicadas somente após esgotados todos os meios de defesa postos à disposição do representado. Sem dúvida, seria uma extrema severidade impor sanções gravosas com base em procedimentos sumários e destituídos de aprofundamento cognitivo maior.

Em momento algum, porém, pretendeu o legislador trazer mais uma hipótese material de incidência da Investigação Judicial Eleitoral com fulcro nos artigos 19 e 22<sup>24</sup> da Lei Complementar nº 64/90. As hipóteses de Investigação Judicial Eleitoral continuam as mesmas previstas na referida Lei Complementar. Não compartilhamos, assim, do entendimento de Paulo Mascarenhas<sup>25</sup>, em seus comentários ao art. 41-A da Lei nº 9.504/97, quando praticamente faz tábua rasa da captação ilícita de sufrágio: “O processo de cassação de registro, ou mesmo do diploma do candidato que infringir este artigo, será iniciado por qualquer partido político, coligação, candidato ou mesmo o Ministério Público Eleitoral, que poderá representar à Justiça Eleitoral, diretamente

<sup>23</sup> Teoria Geral do Processo, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido R. Dinamarco, Editora Revista dos Tribunais, 7ª Edição, 1990, pp. 247/248.

<sup>24</sup> Art. 19, “caput”, LC 64/90. As transgressões pertinentes à origem de valores pecuniários, a abuso do poder econômico ou político, em detrimento da liberdade de voto, serão apuradas mediante investigações jurisdicionais realizadas pelo Corregedor-Geral e Corregedores Regionais Eleitorais.

Art. 22, “caput”, LC 64/90. Qualquer partido político, coligação, candidato ou Ministério Público Eleitoral poderá representar à Justiça Eleitoral (..) 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.”

<sup>25</sup> Lei Eleitoral Comentada, Paulo Mascarenhas, Livraria Editora de Direito, 5ª Edição, 2002, p. 75.

ao Corregedor-Geral ou Regional, relatando fatos e indicando provas, indícios ou circunstâncias e pedir a abertura de Investigação Judicial para apurar o uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou partido político (caput, do art. 22, da Lei Complementar nº 64/90).”

O eminente doutrinador, ao que parece, não compreende a captação ilícita de sufrágio como um desmembramento punitivo diverso da Investigação Judicial Eleitoral prevista na Lei Complementar nº 64/90. Com a devida vênia, não há que se confundir a captação ilícita de sufrágio com a Investigação Judicial Eleitoral.

Em sendo proposta uma Investigação Judicial com base nos arts. 19 e 22 da LC 64/90, há que se perquirir, para a procedência da representação, o nexo de causalidade entre o ato abusivo (abuso de poder econômico, abuso do poder político, uso indevido dos meios de comunicação social) e o efetivo resultado das eleições. Essa exigência gize-se foi abrandada pela jurisprudência do TSE.

A princípio era exigido, para a procedência da Investigação Judicial Eleitoral, um efetivo nexo de causalidade entre os atos abusivos e o resultado do pleito. Em outras palavras, poderia haver prova cabal e irretorquível do abuso, mas se este não houvesse comprometido o resultado da eleição a improcedência da representação era de rigor.

O mais grave, porém, é que a casuística exigia a ocorrência de um nexo de causalidade quantitativo, desprezando assim qualquer outra diretriz que não afetasse diretamente o resultado da eleição. Não era considerada a possibilidade de incidência de um nexo de causalidade qualitativo. Exemplifique-se a hipótese de um candidato à eleição proporcional que, mediante reiterado abuso do poder econômico, obtivesse uma suplência, mas elevasse consideravelmente o quociente partidário de sua agremiação política, possibilitando, assim, a conquista de diversas vagas no Legislativo com suporte em uma votação eminentemente viciada e corrupta. Nunca houve, infelizmente, uma preocupação da jurisprudência com essa situação caricata e de enorme incidência no cotidiano eleitoral. Persistiam os tribunais a exigir o efetivo nexo de causalidade a comprometer o resultado do pleito, ou nas felizes e arguciosas palavras do Ministro Sepúlveda Pertence<sup>26</sup>, exigia-se uma “demonstração diabolicamente impossível do chamado nexo de

<sup>26</sup> Trecho do voto do Min. Sepúlveda Pertence no Recurso Especial Eleitoral nº 19.553, de 21.03.2002, Ac., publicado no DJU de 21.06.2002, p. 244.

causalidade entre uma prática abusiva e o resultado das eleições”. Compreende-se a manifestação do Ministro Sepúlveda. Além da – sempre difícil – prova do abuso do poder econômico ou político, necessita-se, também, da prova de que este abuso influenciaria, de modo direto, o resultado do pleito. Resta, assim, o legitimado ativo para a representação consideravelmente sobrecarregado em seu ônus probatório, pois torna-se refém de um mirabolante cálculo acerca do comprometimento do resultado das eleições. Essa exigência torna praticamente impossível a prova para a procedência da Investigação Judicial Eleitoral, tornando inócua qualquer representação proposta, restando, quase sempre, fadada ao fracasso.

A evolução jurisprudencial contentou-se, então, com a potencialidade ou probabilidade de influência do abuso no resultado das eleições. Neste sentido é remansosa a jurisprudência, inclusive do Egrégio Tribunal Superior Eleitoral<sup>27</sup>. Assim, havendo uma Investigação Judicial Eleitoral com fulcro na LC 64/90 necessita-se sempre a prova do nexo de causalidade entre o ato abusivo e o resultado do pleito. Somente assim obter-se-á as penas previstas no art. 22 da LC 64/90, inclusive eventual inelegibilidade por três anos (se julgada procedente antes da eleição) com fulcro no art. 1º, inciso I, alínea “d”, da Lei Complementar nº 64/90.

De outro lado, sendo proposta a representação com base no art. 41-A da Lei nº 9.504/97, não há necessidade da “demonstração diabolicamente impossível” do nexo de causalidade. Basta a prova da captação ilícita de sufrágio, de um único voto que seja, para dar azo à procedência da representação – inclusive com as graves penas de cassação do registro ou mesmo do diploma. O art. 41-A vem, portanto, preencher um enorme e incontornável vazio, onde o Direito Eleitoral não conseguia obter um desiderato no sentido de punir os detratores da liberdade de voto alheia. Ao corruptor eleitoral, agora, além da possibilidade da pena de reclusão de até 4 anos, há também a possibilidade de punição dentro do próprio processo eleitoral, com a perda do registro ou do diploma. Trata-se de uma considerável conquista da democracia.

Cabe ressaltar o entendimento do Ministro Nélson Jobim (*in*, Recurso Especial Eleitoral nº 19.553, publicado no DJU de 21.06.2002, p.244), acerca da distinção da objetividade jurídica das figuras em

<sup>27</sup> Recurso Especial Eleitoral nº 19.553, de 21.03.2002, Ac., publicado no DJU de 21.06.2002, p. 244.

comento: “no art. 41-A, o bem protegido não é o resultado da eleição. O bem protegido pelo art. 41-A é a vontade do eleitor. Então, há um bem protegido distinto, o que não autoriza, com isso, falar-se em potencialidade.” Esta distinção é fundamental para a exata compreensão dos institutos ora enfocados: a representação do art. 41-A busca verificar se a vontade do eleitor foi viciada, ou seja, protege a liberdade de voto do eleitor; enquanto que a investigação judicial eleitoral objetiva proteger a legitimidade das eleições, preocupando-se, assim, com a lisura do pleito. Eis aqui a distinção, no que concerne à objetividade jurídica, entre a captação ilícita de sufrágio e a Investigação Judicial Eleitoral da Lei Complementar nº 64/90.

Conclui-se, pois, que a Investigação Judicial Eleitoral, com fulcro na Lei Complementar nº 64/90, permanece inalterada em quaisquer de seus aspectos, não sendo afetada, modo algum, pela inovação legislativa da Lei nº 9.840/99, que, gize-se, somente veio a acrescer uma nova hipótese material de punição da captação ilícita de sufrágio na seara extrapenal. Tais considerações, saliente-se, não afastam a possibilidade de oferecimento de Investigação Judicial Eleitoral, com aplicação das penalidades previstas na Lei Complementar nº 64/90 e também no art. 41-A da Lei nº 9.504/97.

#### 4.4. Sujeito Ativo

Analisando o texto do art. 41-A verifica-se que, em princípio, a previsão da captação ilícita de sufrágio é imposta ao candidato: “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 (...)”.

Neste diapasão é o ensinamento de Adriano Soares da Costa<sup>28</sup>: “quem pode cometer o ato ilícito é o candidato, e apenas ele. Se alguém, em nome dele, promete, doa, oferece ou entrega ao eleitor algum bem ou vantagem pessoal, com a finalidade de obter-lhe o voto, comete abuso de poder econômico ou corrupção, mas não a captação de sufrágio”. Joel José Cândido<sup>29</sup>, analisando os sujeitos ativos da norma em comento, faz as seguintes considerações: “sob a ótica dos destinatários da

<sup>28</sup> “Captação de Sufrágio e Inelegibilidade: análise crítica do art. 41-A, da Lei nº 9.504/97”, Revista Paraná Eleitoral nº 44, abril/junho 2002, p. 13, Adriano Soares da Costa.

<sup>29</sup> Joel José Cândido, *op. cit.*, p. 452.

norma, o projeto oriundo da chamada 'iniciativa popular' reduziu o alcance do combate ao ilícito, com grave prejuízo à ordem jurídica, posto que só puniu o corruptor. A lei então vigente punia o comprador e o vendedor de voto, ambos igualmente culpados e mercedores de sanção."

A não-punição ao eleitor encontra fundamento no perdão judicial, conforme consta no projeto de lei. Entretanto, cabe tecer algumas considerações acerca da possibilidade, ou não, da punição de terceiros nas sanções do art. 41-A da Lei nº 9.504/97, apesar de a norma mencionada fazer referência apenas à figura do candidato como sujeito ativo da conduta vedada.

A maioria da doutrina eleitorista pátria não faz menção específica a esta possibilidade. Ao revés, todos os doutrinadores – sob o pretexto da impossibilidade de interpretação extensiva às normas que prevêem sanções – entendem passível de violação ao art. 41-A tão-somente o candidato. Sem pretender polemizar ou inovar em tema tão relevante à seara do Direito Eleitoral, é possível fazer algumas constatações de ordem doutrinária e legal.

A mera omissão quanto à possibilidade de terceiro ser punido nas sanções do art. 41-A teria força para, modo definitivo, afastar esta hipótese no caso concreto? Em outras palavras, poderia o legislador, impositivamente, omitindo tal possibilidade, ir de encontro às teorias que, desde priscas eras, balizam e fundamentam a teoria da punibilidade?

Todos têm consciência das imperfeições e dificuldades do legislador pátrio, em relação ao aperfeiçoamento e à tecnicidade dos diplomas legislativos – principalmente quando submetidos a uma interpretação sistemática ou global. São diversas as leis que, analisadas dentro do contexto legal em que são insertas, sofrem de consideráveis e irreversíveis prejuízos interpretativos e de aplicabilidade.

Tendo essa realidade ao menos como plausível, cabe analisar trecho de julgado do Egrégio Tribunal Superior Eleitoral<sup>30</sup>: "caracteriza-se a captação de sufrágio quando o candidato pratica, participa ou anui explicitamente às condutas vedadas, e não apenas, como querem fazer crer os embargantes, quando a prática abusiva for realizada diretamente pelo candidato. Do contrário tornar-se-ia inócua a aplicação da sanção prevista no art. 41-A da Lei nº 9.504/97, introduzido pela Lei nº 9.840/99, frustrando a expectativa daqueles que, em nome da sociedade, propuseram a sua criação."

<sup>30</sup> TSE, EdclRESP nº 19.566, de 06.06.2002, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo.

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

Mesmo admitindo como relevante a ausência de previsão da punibilidade de terceiro nas sanções do art. 41-A, não se pode olvidar o ensinamento do próprio Joel J. Cândido<sup>31</sup>, em sua clássica obra *Direito Eleitoral Brasileiro*, quando fundamenta os motivos pelos quais é cabível a propositura da Investigação Judicial Eleitoral contra o não-candidato. Além da previsão legal existente na Lei Complementar nº 64/90, nominado doutrinador elenca ainda: “a autorizar esta conclusão, o Princípio da Responsabilidade Solidária, do art. 241, do Código Eleitoral, aqui incidente, bem como a certeza de que entendimento diverso esvaziaria todo o salutar escopo teleológico das regras jurídicas que criaram o instituto.” O fato de o eminente eleitoralista utilizar a responsabilidade solidária e o objetivo teleológico para os casos de Investigação Judicial Eleitoral, não impede sua utilização no que concerne à captação ilícita de sufrágio.

Por conseqüência, além da necessidade de coerência valorativa do sistema punitivo – pelo qual a conduta do partícipe depende da conduta do autor principal –, pode-se elencar o princípio da responsabilidade solidária e o objetivo teleológico da norma sob análise para fundamentar a punibilidade de terceiro não-candidato nas sanções do art. 41-A da Lei nº 9.504/97.

<sup>31</sup> *Direito Eleitoral Brasileiro*, Joel José Cândido, EDIPRO, 6ª edição, p. 134.

Não estamos aqui a afirmar que há necessidade peremptória e indeclinável de sempre e sempre punir o terceiro não-candidato qualquer que seja a sua participação no ato ilícito encerado. As considerações expedidas têm por escopo tão-somente estimular o debate e buscar uma antecipação a futuros problemas que poderão ser enfrentados, e quiçá evitados, pelos aplicadores do direito.

#### 4.5. Competência

No que diz respeito à competência para o processo e julgamento das representações com base no art. 41-A da Lei nº 9.504/97, deve-se fazer algumas ponderações. Havendo a referência à aplicação do procedimento da Lei Complementar nº 64/90 no próprio texto do art. 41-A, cabe buscar subsídio portanto naquele diploma legal.

A Lei Complementar prevê que, em se tratando de eleições municipais, o juiz eleitoral será competente (art. 25, LC 64/90) para o processo e julgamento das representações previstas nesta lei complementar. Sendo a hipótese de eleições gerais, a competência é do Corregedor Regional ou do Corregedor Geral, conforme o cargo de que se trate (art. 22, “caput”, LC 64/90).

Tendo em vista o dinamismo e a peculiaridade do processo eleitoral, é da sistemática da Justiça Eleitoral a criação de Núcleos e Coordenadorias de Fiscalização de Propaganda Eleitoral. Esta descentralização tem por desiderato um melhor controle preventivo e repressivo acerca das propagandas irregulares e demais abusos incidentes em época de eleição.

Com base nesta sistemática, tem sido criados os denominados Juízes Auxiliares, espécie de “longa manus” dos Tribunais Regionais para o trato de questões de propaganda eleitoral. Longe da enorme polêmica acerca da constitucionalidade dos Juízes Auxiliares, cabe referir que a Resolução nº 20.988, de 21.02.2002, do TSE, em seu art. 63, §2º, assim dispõe: “Fica resguardada a competência dos juízes auxiliares designados pelos tribunais eleitorais para apreciar e julgar as representações de que trata o art. 96 da Lei nº 9.504/97, bem como os pedidos de direito de resposta.”

Constata-se, assim, que ao prever a competência dos juízes auxiliares apenas para as representações do art. 96 e para o direito de resposta (art. 58, da Lei nº 9.504/97), ficam afastadas as representações com base no art. 41-A que se utilizam do procedimento previsto na Lei Complementar nº 64/90.

Conclui-se, pois, que a representação proposta com base no art. 41-A da Lei nº 9.504/97 segue a mesma sorte de competência da Investigação Judicial Eleitoral prevista na Lei Complementar nº 64/90: tratando-se de eleições municipais, a competência é do juiz eleitoral; tratando-se de eleições gerais, a competência é do Corregedor-Regional ou Geral, conforme o cargo a ser disputado. Inexiste, portanto, competência dos juízes auxiliares para o processo e julgamento das representações com base no art. 41-A. A fundamentação é por demais lógica: a procedência da representação com base na captação ilícita de sufrágio pode acarretar a perda do registro ou do diploma, sendo completamente descabido que, na hipótese de um Deputado Estadual, por exemplo, um juiz auxiliar dê por procedente uma representação com base no art. 41-A e casse o registro do candidato, quando este mesmo juiz não tem a atribuição para deferir este registro, eis que a competência para o registro é do próprio Tribunal.

Entretanto, cabe referir que a Corregedoria Regional Eleitoral de Minas Gerais, em trabalho destinado ao VI ENCONTRO DO COLÉGIO DE CORREGEDORES DA JUSTIÇA ELEITORAL (artigo não publicado), realizado em Brasília, nos dias 23 e 24 de maio de 2002, endossou o abalizado entendimento esposado pelo Ministro do TSE Fernando Neves no sentido que a representação amparada no art. 41-A seja dirigida aos Juízes Auxiliares dos Tribunais Regionais nas eleições de 2002. Tal entendimento funda-se em um critério eminentemente topológico (o art. 41-A está inserido na Lei nº 9.504/97, cujo art. 96, §3º, aduz que o descumprimento das disposições desta lei devem ser propostas perante o TREs os quais designarão juízes auxiliares), além de agregar motivos de efetividade e celeridade do processo eleitoral. Se, por um lado, o argumento da celeridade seduz; de outro lado, não há como se conformar com o critério topológico pelos motivos já expendidos – tendo em vista que é incabível um juiz auxiliar, que não tem como sequer deferir um mero pedido de registro de candidato em uma eleição geral, ter competência para cassar esse mesmo registro ou, até mesmo, o diploma.

#### 4.6. Penas

São penas previstas no caso de procedência de uma representação com fulcro no art. 41-A: multa, cassação do registro e cassação do diploma.

O art. 41-A prevê multa de 1.000 a 50.000 UFIRs como limites mínimo e máximo. No entanto, o art. 60 da Resolução nº 20.988/02 do TSE prevê já em moeda corrente nacional o máximo e o mínimo a ser aplicado aos infratores (R\$ 1.064,10 à R\$ 53.205,00). Despiciendo mencionar que o juiz eleitoral terá por diretriz o princípio da proporcionalidade para a aplicação do *quantum* da pena pecuniária.

O termo inicial de incidência do art. 41-A, conforme tranqüila jurisprudência<sup>32</sup>, é o do pedido do registro de candidatura, e não do deferimento do registro. O termo final, por sua vez, é a data das eleições. A partir do requerimento do registro de candidatura há a possibilidade de incidência do art. 41-A. Tutela-se, pois, mais do que a situação do candidato “de direito”, ou seja, com o registro deferido; busca-se tutelar a situação do candidato “de fato”, que é aquele candidato que, em que pese não reconhecido oficialmente pela Justiça Eleitoral por ausência de deferimento do registro, encontra-se em situação putativa de candidato. Dito de outro modo, o simples fato de alguém requerer o registro de candidato perante a Justiça Eleitoral, o torna apto a incidir nas iras do art. 41-A. O legislador objetivou atribuir ao mero pretendente a candidato, eis que passível de indeferimento, todos os encargos e compromissos de honestidade e lealdade atribuídos ao candidato já com o registro deferido.

A cassação do registro é pena possível de ser aplicada, sem maiores transtornos, aos transgressores da norma em comento. Uma vez cassado o registro do infrator, há a possibilidade de o partido político ou coligação partidária atingida, de igual modo, pela decisão, proceder à substituição do candidato cassado, não havendo maiores prejuízos quanto à participação no pleito.

O nó górdio da questão, sem dúvida alguma, é quanto à cassação do diploma do candidato por violação ao art. 41-A da Lei nº 9.504/97. Enquanto a jurisprudência majoritária, capitaneada pelo TSE, entende que a cassação do diploma não se caracteriza como inelegibilidade; doutrinadores de renome entendem que ocorre, no caso em tela, a sanção de inelegibilidade e, como a previsão foi feita por lei ordinária, há o vício de inconstitucionalidade.

Analisando a doutrina de Joel J. Cândido e de Adriano Soares da Costa constata-se que ambos entendem existir o vício da inconstitucionalidade na pena de cassação do diploma.

<sup>32</sup> TSE, EdclRESP nº 19.566, de 06.06.2002, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo; TSE, Ac. 19.229, de 15.02.2001, Rel. Min. Fernando Neves.

Nos dizeres do primeiro doutrinador<sup>33</sup>, “a sanção da cassação do diploma é absolutamente inviável e inaplicável pela via do art. 41-A, pois a medida se erigiria em inelegibilidade, mesmo que só para uma eleição, restrição aos direitos políticos insuscetível de constar em sede de lei ordinária como o é a da Lei nº 9.840.” A argumentação expendida tem por base a impossibilidade de substituição do candidato que teve o seu registro cassado, acarretando, assim, inelegibilidade.

Conforme Adriano Soares da Costa<sup>34</sup>, “a inelegibilidade é efeito jurídico e não (..) fato jurídico. Ao fato jurídico ilícito do abuso do poder econômico, por exemplo, se aplica a sanção de inelegibilidade. Logo, buscar estabelecer a separação entre a inelegibilidade e a captação ilícita de sufrágio é o mesmo que buscar a separação entre o negócio jurídico e o dever de prestar a obrigação pactuada. É separar categorias que, por si mesmas, já estão separadas. O fato jurídico ilícito da captação de sufrágio enseja, como efeito, o cancelamento do registro 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 do registro é perda da possibilidade de concorrer naquela eleição específica; é inelegibilidade para essa eleição; é inelegibilidade cominada simples.”

A par das substanciosas considerações doutrinárias, a jurisprudência, principalmente do TSE, segue afirmando a inexistência de inelegibilidade nas hipóteses em concreto.

O Acórdão nº 970, de 01.03.2001<sup>35</sup>, do TSE traz valiosas considerações acerca do tema. Assevera o Min. Fernando Neves: “Vê-se que aqui se cuida da apuração e punição da conduta delituosa de quem já havia se apresentado à Justiça Eleitoral como candidato, diferentemente do que ocorre nos processos de registro, em que se discutem as condições de elegibilidade ou causas de inelegibilidade. (..) Ora, no caso, em exame, não foi declarada a inelegibilidade, mas apenas cassado o seu registro, na forma de que dispõe o citado art. 41-A. (...) É importante que se faça a perfeita distinção entre o caso presente e os processos de registro de candidatura. São situações diversas, que foram tratadas pelo legislador também de forma

<sup>33</sup> Joel J. Cândido, *op. cit.*, 2002, p. 454.

<sup>34</sup> Adriano Soares da Costa, artigo citado, p. 23.

<sup>35</sup> TSE, Agravo Regimental na Medida Cautelar nº 970, Ac. 970, Rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 01.03.2001, publicado DJU 27.04.2001, p. 236.

diferenciada. No registro de candidatura, como dito, o fim perseguido é a demonstração da presença das condições de elegibilidade e a ausência de inelegibilidades, para que se dê o candidato como apto a participar do pleito.”

No mesmo acórdão, aduz o Min. Maurício Corrêa sobre o art. 41-A: “Trata-se de um tipo definido, bem explicitado, que constitui o motivo da cassação do registro posterior, inclusive, à candidatura, e que não é caso específico de inelegibilidade.” No acórdão nº 3.042<sup>36</sup>, ensina o Min. Sepúlveda Pertence, ao analisar o art. 41-A: “a cassação do diploma (..) não depende de ação própria após a investigação judicial eleitoral (LC 64/90, art. 22, XV), por não se tratar de declaração de inelegibilidade”.

Verifica-se, pois, uma profunda e incontornável divergência entre a doutrina e a jurisprudência do TSE.

A doutrina perfilha o entendimento de que há inelegibilidade<sup>37</sup> sempre que o candidato restar impedido de concorrer ao pleito, seja pela cassação do registro (Adriano Soares da Costa), seja pela cassação do diploma (Adriano Soares da Costa e Joel J. Cândido).

O TSE, em verdade, modo implícito, adota um entendimento de profundo valor ético e moral para afastar a inelegibilidade nas sanções de cassação do registro ou do diploma. Analisando votos dos ministros daquela Corte, verifica-se que uma das bases de fundamentação é o “desvalor da conduta” do candidato. O TSE considera, em princípio, que as condições de elegibilidade e inelegibilidade são analisadas nos processos relativos ao registro. No caso de infração ao art. 41-A tem-se a situação de um candidato que, por infringir os valores éticos e morais

---

<sup>36</sup> TSE, Agravo de Instrumento nº 3042, Ac. 3042, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 19.03.2002, publicado DJU 10.05.2002.

<sup>37</sup> Os conceitos doutrinários de inelegibilidade são diversos, embora não destoem em sua essência. Para José Afonso da Silva (*op. cit.*, p. 339): “Inelegibilidade revela impedimento à capacidade eleitoral passiva (direito de ser votado). Obsta, pois, a elegibilidade.” Para Tupinambá Miguel Castro do Nascimento (Comentários à Constituição Federal – Direitos e Garantias Fundamentais, Livraria do Advogado Editora, 1997, p. 185): “Inelegibilidade é circunstância descrita em norma jurídica, constitucional ou complementar, impeditiva do exercício da capacidade eleitoral passiva, ou seja, que obsta alguém de ser candidato, embora satisfeitas as demais condições de elegibilidade.”. No sentir de Alexandre Moraes (Direito Constitucional, Editora Jurídico Atlas, Nona edição, 2001, p. 229): “A inelegibilidade consiste na ausência de capacidade eleitoral passiva, ou seja, da condição de ser candidato e, conseqüentemente, poder ser votado, constituindo-se, portanto, em condição obstativa ao exercício passivo da cidadania.”

exigidos aos exercentes de mandato eletivo, fica sujeito às penalidades legais. Aquele que se apresenta aos olhos da sociedade como candidato deve, indubitavelmente, ter uma conduta ilibada e pautada nos princípios da moralidade e da probidade. O simples fato de se apresentar à Justiça Eleitoral como candidato, que ocorre com o simples pedido de registro para os fins do art. 41-A, potencializa a reprobabilidade de suas condutas de aliciamento e captação indevida de voto. Sendo assim, o desvalor da conduta do candidato que pratica a captação ilícita de sufrágio tem por consectário lógico a cassação do registro ou do diploma, conforme o desenvolvimento do processo eleitoral à época. A extrema deslealdade do candidato para com um dos princípios basilares do processo democrático, a liberdade de voto, é o fato propulsor do sistema punitivo criado pela Lei nº 9.840/99 que culmina com as severas penas previstas no art. 41-A. Para o TSE, conforme exaustivamente afirmado, inexistente a declaração de inelegibilidade nestes casos. Trata-se, aqui, um caso de cognição sumária em razão da matéria. Com base neste corte de cognição, na representação com base no art. 41-A da Lei nº 9.504/97 não cabe discussão acerca da inelegibilidade. Poderá haver discussão de inelegibilidade nas investigações judiciais com fulcro na Lei Complementar nº 64/90.

Conclui-se, portanto, que o TSE trabalha sob dois fundamentos básicos para afastar a alegação de inelegibilidade: o desvalor da conduta do candidato e a cognição sumária (não há espaço para a declaração da inelegibilidade na representação do art. 41-A).

Longe de ousar pôr termo à decantada polêmica, o entendimento pela incidência, ou não, da inelegibilidade terá consideráveis desdobramentos de ordem prática.

#### 4.7. Execução imediata x Art. 15, LC 64/90

O raciocínio é lógico, quase matemático: adotando-se o entendimento do TSE, no sentido de que o art. 41-A não traz hipótese de inelegibilidade, por consequência, não há a incidência do art. 15<sup>38</sup> da Lei Complementar nº 64/90 – que exige o trânsito em julgado para

<sup>38</sup> Art. 15, LC 64/90. “Transitada em julgado 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.”

a execução –, incidindo então o art. 257 do Código Eleitoral (“Os recursos eleitorais não terão efeito suspensivo”); adotando-se o entendimento doutrinário já mencionado, no sentido de que há hipótese de inelegibilidade, em primeiro lugar há a inconstitucionalidade e, mesmo assim, sendo impostas tais penalidades, aplica-se o art. 15 da LC 64/90.

Ou seja, o TSE, admitindo que não é hipótese de inelegibilidade, traz por consequência a execução imediata dos julgados. Logo, havendo decisão quanto à cassação do registro ou diploma, eventual recurso não teria o condão de manter o candidato no pleito, trazendo incontornáveis e definitivos prejuízos (o candidato resta afastado do pleito sem direito à propaganda eleitoral, por exemplo).

Buscando afastar tais incongruências, o Ministro Fernando Neves, na Resolução nº 21.051, do TSE<sup>39</sup>, em sede de Questão de Ordem, fez distinção entre eficácia (ou execução) imediata da decisão e caráter definitivo da decisão. Segundo o Ministro, há a possibilidade de o candidato, mediante recurso, prosseguir na campanha, mesmo que tenha sido cassado o registro. Essa hipótese, segundo o Ministro, não afeta a eficácia imediata da decisão. O que ocorre é que, nesta hipótese, a decisão não pode ser definitiva antes do trânsito em julgado.

Em verdade, o TSE objetivou temperar a aplicação direta do art. 257, do Código Eleitoral, para as hipóteses do art. 41-A, evitando assim atos tumultuários e irreversíveis no decorrer do processo eleitoral, com base em decisões sujeitas, ainda, à apreciação judicial. Ainda com o desiderato de permitir que o candidato *sub judice* permaneça no pleito até que haja o trânsito em julgado da decisão, evitando assim prejuízos irreversíveis, o TSE fez constar expressamente ressalvas na Resolução nº 20.988, que trata da propaganda eleitoral, e na Resolução nº 20.993, que trata do registro de candidatos. O art. 31 da Resolução nº 20.988/02 aduz: “O/A candidato/a cujo registro esteja *sub judice* poderá efetuar todos os atos relativos à sua campanha eleitoral, inclusive, utilizar o horário eleitoral gratuito para sua propaganda.” O art. 56, parágrafo único, da Resolução nº 20.993/02 dispõe: “Art. 56 (...) Parágrafo único. No caso de o/a candidato/a ser considerado/a inelegível ou ter seu registro cassado, os tribunais regionais eleitorais cancelarão o registro após o trânsito em julgado da decisão.”

<sup>39</sup> TSE, Res. 21051, de 26.03.2002, Rel. Min. Fernando Neves, publicado DJU 12.04.2002, p. 186.

Caso o TSE não tivesse exposto essas soluções, poderia a parte prejudicada com a cassação do registro ou diploma buscar outras saídas. De um lado, caberia interpor o recurso com medida cautelar inominada, para dar efeito suspensivo, a fim de evitar o prejuízo irreparável de ser afastado do pleito. De outro lado, poder-se-ia aventar a possibilidade – mais remota, diga-se – de impetrar Mandado de Segurança, paralelamente ao recurso, alegando malferimento ao princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF), pois haveria o direito de permanecer no pleito até que houvesse uma decisão definitiva acerca da lide.

#### 4.8. Evolução e tendência jurisprudencial

Desde o longínquo dezembro de 2000, data de um dos primeiros pronunciamentos do TSE sobre o tema, até os dias atuais, os tribunais têm debatido com fervor o tema exposto.

Ao examinar os termos da manifestação do Ministro Waldemar Zveiter no despacho da Representação nº 310<sup>40</sup>, já era possível prever a polêmica, trazida pela edição legislativa de 1999, ser reacesa de modo definitivo. Conforme Zveiter: “o art. 41-A (..) autoriza que a sentença possa cassar o registro ou o diploma. Desta forma, para o sistema de ‘captação de sufrágio’, não há necessidade da interposição do recurso contra a expedição do diploma. Na própria representação do art. 41-A é possível cassar o diploma.”

O TSE, ao que parece, tende a referendar este entendimento, conforme constata-se em seus últimos pronunciamentos quanto ao tema. Este posicionamento, indubitavelmente, fortifica a aplicação e a manutenção do art. 41-A da Lei nº 9.504/97 como um instrumento revolucionário dentro da seara do Direito Eleitoral nos dias atuais. A situação ganha maior realce na medida em que há, ainda, uma dificuldade de considerável monta em manter o prestígio da Investigação Judicial Eleitoral, prevista na Lei Complementar nº 64/90, tendo em vista complexidade probatória ínsita a este procedimento.

---

<sup>40</sup> TSE, Representação nº 310, Despacho, Min. Waldemar Zveiter, j. 22.12.2000, publicado no DJU 01.02.2001, p. 91.

A preocupação atual dos tribunais deve ser no sentido de que o crescimento da utilização do art. 41-A da Lei nº 9.504/97, não sufoque ou termine por esvaziar o valioso instituto da Investigação Judicial Eleitoral. Esta é, atualmente, a espinhosa missão da jurisprudência nacional.

A par desta constatação de ordem prática, a aplicação correta e eficaz da captação ilícita de sufrágio é tema de irrefreável polêmica que progressivamente toma vulto, e, agora, ecoa nos quatro cantos do País, à véspera da eleição, o debate sobre o tema.

Entende-se, assim, as justas preocupações do Presidente do TSE, Ministro Nelson Jobim<sup>41</sup>, externadas diuturnamente nos meios de comunicação social, enaltecendo a existência de meios legais e efetivos para coibir a corrupção eleitoral na seara extrapenal. Conforme o Ministro: “a Lei nº 9840/99 (..) transformou-se no principal instrumento para garantir que a vontade do eleitor não seja distorcida pelo abuso do poder político ou econômico. Antes dela, não era suficiente a prova material da compra de votos. Era necessário provar que a doação – de cestas básicas, por exemplo – havia distorcido a vontade do eleitor e também alterado o resultado da eleição.”

A apologia da captação ilícita de sufrágio, sem dúvida, tem por desiderato o resgate da moralidade e da cidadania, como aspecto fundamental para fortalecer e reafirmar a dignidade da pessoa humana. Ademais, uma democracia participativa somente pode se caracterizar como plena e eficaz a partir de um processo eleitoral hígido, que permita ao eleitor estar imune a qualquer espécie de suborno ou peita no momento em que exerce o seu sagrado e inalienável direito ao voto.

---

<sup>41</sup> Jornal Zero Hora, 05.07.2002, p. 16, “Jobim lamenta a prática de compra de voto; Jornal Correio do Povo, de 11.07.2002, p. 02, “Jobim estimula iniciativa pela moralização eleitoral”.