® BuscaLegis.ccj.ufsc.br

Captação de Sufrágio

Antônio Aquiles S. Fonsêca

1. Resumo

O conhecimento aprofundado e crítico do Direito eleitoral são, juntamente com a boa formação dos operadores do direito, de capital importância para o desenvolvimento da Justiça Eleitoral e para o cumprimento efetivo de seu papel jurídico-político na sociedade.

Este artigo consiste em uma reflexão da evolução histórica da legislação eleitoral do país até os dias de hoje. Para lograr tal objetivo, buscou-se compreender as várias mudanças pelas quais passaram o Direito Eleitoral diante da necessidade de uma atualização e implantação de Leis e Regulamentos Eleitorais que melhor se adequassem aos procedimentos dos habitantes e dos políticos desde a independência política do Brasil em relação a Portugal até a promulgação da Constituição Federal de 1988. Pois, foi a partir daquele episódio, que começaram a surgir as mais importantes leis eleitorais de nossa história, as quais se preocupavam tanto com o social, quanto com o material, bem como, com a busca de melhores condições de vida para os brasileiros Contudo, não pode-se afirmar que uma determinada legislação foi melhor do que a outra sem que se procure em sua fundamentação os motivos de tais modificações, já que as elaborações das leis, quase sempre, refletem os anseios da sociedade, o que pode ser facilmente verificado através dos seus movimentos sociais os quais pressionam e exigem tais modificações.

A metodologia utilizada para o desenvolvimento deste estudo, consistiu essencialmente em levantamento histórico e bibliográfico. Finalmente, é importante destacar como é rica a história político-social-econômica de nosso país e, a preservação, a

conservação ou destruição desse elevado espírito público cabe não só a uma pessoa, mas a todos os brasileiros indistintamente sendo que a mesma merece ser estuda por todos os segmentos da sociedade brasileira.

Por tanto o objetivo deste artigo cientifico acadêmico e identificar os benefícios abordados pela nova redação do artigo 41-A da lei 9.504/97 modificada pela lei 9.840/99 no que diz respeito à parte de crime eleitoral focalizando a capitação de sufrágio. Mencionando os benefícios trazidos para com o processo eleitoral e a eficácia do comprimento da lei para maior controle do processo eleitoral.

2. Palavras-chave

Capitação de Sufrágio, crimes, controle, objetivo jurídico e eficácia.

Introdução

2.1. Código Eleitoral Brasileiro

A deficiência do sistema de ensino, a ineficiência dos políticos e dos partidos políticos e os golpes de estados unidos ao descaso com a preservação da memória nacional somadas ainda a muitas outras mazelas que assolam nosso País fizeram e vem fazendo com que a memória coletiva de nosso povo se esqueça de que o Brasil possui uma tradição eleitoral arraigada em sua curta história.

Levando-se em conta que o Brasil acabou de completar 500 anos de existência, e o desconhecimento de nossa história por significativa parcela da população acaba por fazer com que o Povo vá se colocando paulatinamente à margem dos destinos da Nação e, assim, por esses e outros motivos, durante já há algum tempo, faz crescer uma idéia negativa de que no Brasil não são encontradas as condições necessárias para a implantação de um processo democrático, verdadeiro, longo e duradouro.

Nesse ponto, cabe esclarecer, que em nosso País as eleições vêm sendo realizadas desde a sua Colonização e desde àquela época vêm sofrendo mudanças em alguns aspectos históricos de suas representações eleitorais.

Tal fato pode ser verificado traçando-se um paralelo entre elas, começando pelas Ordenações do Reino, onde o Brasil dividiu a sua representação entre os Poderes Executivo (Imperador, Regente, Presidente, Governadores) o Poder Legislativo (Senadores, Deputados e Vereadores) e o Poder Judiciário (Juizes, Procuradores, Escrivães).

A forma de legitimação concedida pelo sufrágio popular em outras épocas não se fazia através dos votos dos cidadãos como se conhece hoje. Inicialmente, era de forma indireta e em certas épocas em vários turnos. Depois passou a ser de forma direta e em turno único através de um colégio eleitoral.

Demonstrando assim, essas modificações nas Leis Eleitorais são um reflexo dos Costumes, da Cultura e da Soberania Nacional, verificadas em um determinado momento histórico, social e cultural do País.

Assim, verifica-se que as condições políticas do País possuem relação intrínseca com o Processo Eleitoral e a escolha de nossos Representantes através do voto, da eleição e da representação. Tal afirmação se funda em constatação simples, na qual se verifica que grande parte dos eleitores vão as urnas não no cumprimento de um dever cívico, mas em troca de alguma vantagem [(1)].

A lei confere aos cidadãos a capacidade natural do voto, mas como a lei não confere inteligência, cultura e discernimento a quem não os possui de fato, tal capacidade torna-se artificial, e, como conseqüência imediata, temos que a política se transforma em monopólio dos políticos, isto é, dos que fazem da política profissão e meio de vida.

Isto acontece porque quem elege o político, na maioria das vezes, não tem discernimento para tal, então, os nossos representantes utilizam-se da política e do voto como um instrumento referendatário para as suas permanência no poder.

Pode-se constatar, que o voto é uma instituição adotada hoje em dia pela maioria dos países civilizados, fato este, que permite a formação gradual de verdadeiros partidos políticos o que certamente assegura a verdade do processo eleitoral.

Esta menção ao voto se faz necessário, porque quem ocupa os cargos elegíveis, em vez de representarem a nação e os seus eleitores, representam, não raras vezes, os interesses de quem lhes patrocinou e não poucas vezes vemos isso acontecer, transformando-se assim em uma das maiores ameaças para a democracia de nosso País.

Outra grande ameaça à democracia é a ineficiência do sistema educacional brasileiro, pois a falta de instrução de grande parte do eleitorado brasileiro faz com que os mesmos se tornem massa de manobra dos políticos corruptos, já que daí derivam grande parte de todo o material político brasileiro, o eleitorado, os cidadãos e a mentalidade nacional em toda a sua realidade.

Observe-se que tanto hoje como naquela época, o mesmo se opera, pois poucos eleitores sequer sabem o nome do candidato em quem votaram nas últimas eleições; muitos poucos foram às urnas espontaneamente, no livre cumprimento do exercício da cidadania e, como conseqüência imediata deste absurdo, a política transforma-se em monopólio dos políticos, conforme já mencionado anteriormente, pois muitos fazem da política profissão e meio de vida, transformando, assim, o sufrágio universal, um direito sagrado e consagrado em todas as nossas Cartas Magnas, apenas um jogo nas mãos de pessoas inescrupulosas.

3. Histórico.

A evolução constante dos direitos políticos no Brasil demonstra a necessidade de ampliação da cidadania como forma de manutenção saudável e legítima do sistema democrático de direito, o que restou ainda mais evidenciado após a proclamação da república, que proporcionou o fim do voto censitário e ampliou o direito de voto para as mulheres e os analfabetos. A quantidade de eleitores subiu de apenas 5% (cinco por cento) da população, na época do Império, para os atuais 65% (sessenta e cinco por cento).

Na Constituição do Império, em 1824, podiam votar apenas os que tivessem mais de 25 anos e ganhassem mais de 100 mil réis por ano; os analfabetos votavam, mas as mulheres não. Em 1846 a renda anual exigida subiu para 200 mil réis. A partir de 1882, os novos eleitores analfabetos não podiam ser votados. Com a proclamação da República, em 1889, a idade mínima do eleitor passou a ser de 21 anos, acabando-se a exigência de renda mínima, porém continuando proibido o voto feminino. Em 1891 todos os analfabetos perdem o direito de voto. Em 1932 foi instituído o voto feminino no Brasil e em 1934 a idade mínima baixou para 18 anos, ampliando-se consideravelmente o número de eleitores. A cidadania ativa dos analfabetos foi restituída por emenda constitucional em 1985, continuando proibida a eleição dos mesmos para o exercício de mandatos eletivos. Por fim, a Constituição de 1988 instituiu o voto facultativo para os menores entre 16 e 18 anos e para os maiores de 70 anos, consagrando o voto feminino e dos analfabetos.

Na Constituição do Império Brasileiro (1824), os direitos de cidadania estavam vinculados a privilégios econômicos, prevalecendo o voto censitário. A escolha de deputados e senadores ocorria por eleição indireta, em duas fases. Na fase primária, os eleitores paroquiais escolhiam os eleitores provinciais, que elegiam, na fase seguinte, os senadores e deputados.

No entanto, para votar nas primárias, o brasileiro precisava ter uma renda líquida anual de 100 mil réis; o eleitor provincial precisava comprovar renda anual de 200 mil réis. O candidato a deputado tinha que comprovar uma renda líquida anual de 400 mil réis, enquanto o ingresso na lista de senadores, cuja escolha final era submetida ao crivo do próprio Imperador, exigia uma renda anual não inferior a 800 mil réis.

A Constituição Republicana de 1891 acabou o voto censitário e elitista, ampliando o número de cidadãos, apesar de ainda preservar algumas restrições, a exemplo da proibição do voto feminino, da idade mínima de 21 anos e da alfabetização. Naquela época, apenas 5% (cinco por cento) da população tinha o direito de votar. Mesmo assim, não eram as urnas que decidiam as eleições, mas sim a infame manipulação de números, que viciava a apuração dos votos para atender ao interesse da elite dominante.

O Código Eleitoral de 1932 permitiu o direito de voto às mulheres e reduziu a idade mínima dos eleitores para 18 anos, sendo tais direitos recepcionados e inseridos no texto da Constituição de 1934.

Na vigente Constituição de 1988, a cidadania ativa foi estendida em caráter facultativo aos analfabetos e aos jovens de 16 anos que, no entanto, não podem ser votados. Manteve-se ainda a garantia da soberania popular mediante o exercício do sufrágio universal e do voto direto e secreto, nos termos do art. 14.

Não obstante, a valorização mundial dos princípios de direitos humanos recebeu tratamento de destaque nas Constituições Brasileiras, percebendo-se a evolução e ampliação dos direitos políticos. Nos quase 170 anos que se passaram da Constituição do Império até nossa vigente Constituição de 1988, ocorreu uma progressão geométrica do nosso eleitorado**,** que hoje alcança cerca de 65% (sessenta e cinco por cento) da população brasileira, refletindo o nítido interesse do Estado no fortalecimento da democracia, através da participação efetiva do povo no processo democrático de escolha dos nossos representantes.

Tivemos o fim do voto censitário, que limitava o acesso à cidadania apenas aos ricos. Acompanhando a evolução natural da democracia, a mulher também foi contemplada com o direito a voto e, mais recentemente, os analfabetos e os jovens a partir de 16 anos.

A intenção do legislador Constituinte de 1988 foi de estabelecer uma democracia mais participativa e mais humana, fazendo dos instrumentos políticos um meio para a melhora do bem-estar social de toda a comunidade.

Todavia, sabe-se que o Código Eleitoral de 1965 recebeu grande influência do Regime Militar de 1964, quando o Governo passou a exercer controle efetivo sobre os movimentos democráticos, a atividade partidária e o exercício direto da cidadania.

Naquele contexto, o legislador entendeu que proibindo a atividade partidária dos servidores da Justiça Eleitoral evitaria o vínculo afetivo/ideológico com os partidos políticos e, por conseqüência, inibiria a ocorrência de possíveis fraudes.

A nossa história demonstra que o final do Regime Militar restabeleceu o Estado Democrático de Direito. As instituições políticas foram fortalecidas e o país começou a ser passado a limpo. A legislação Eleitoral passou a ser aplicada com maior eficácia, multando os infratores, cassando registros de candidaturas e mandatos eletivos, em face da utilização indevida e abusiva do poder político ou econômico, coibindo assim a captação ilegal de sufrágios e a manipulação dos pleitos eleitorais.

A criação da urna eletrônica permitiu que a apuração das eleições traduzissem a real vontade do eleitor, com fidelidade, segurança e precisão. O novo sistema informatizado de captação e apuração dos votos inibe com eficiência a ocorrência de fraude nas eleições, não havendo mais o manuseio de cédulas eleitorais por parte dos mesários ou escrutinadores, salvo raríssimas exceções, em casos de falta de energia elétrica na sessão de votação por tempo superior à capacidade da bateria utilizada na urna (geralmente de seis horas) ou no caso de defeito por três vezes consecutivas na mesma sessão eleitoral, o que é quase impossível de acontecer em um mesmo dia.

Por outro lado, o acesso fácil aos meios de comunicação popularizou os debates acerca de temas políticos locais, nacionais e internacionais, contribuindo para a educação política do povo brasileiro, nos mais longínquos recantos do país, bem como para erradicar a figura do "analfabeto político", que apenas segue ordens do líder político local.

Com a informatização do sistema eleitoral, foram riscadas do anedotário brasileiro estórias como a do eleitor analfabeto que ao receber a cédula eleitoral já preenchida e colocá-la na urna, perguntou ao "coronel" em quem havia votado, respondendo o ilustre líder político que não poderia informar, pois o voto era secreto.

Fraudes desta espécie foram definitivamente banidas do nosso sistema eleitoral, com a evolução natural de uma legislação mais rigorosa e com a implantação da urna eletrônica em todas as zonas eleitorais do país, fulminando possíveis pretensões fraudulentas.

4. Realidade social e política das eleições

O nosso Código Eleitoral data de 1965, logo após a revolução ou golpe de 1964, sendo portanto, anterior à Constituição Federal de 1967, e por critério cronológico, bem anterior à atual Carta Magna de 1988.

A questão do tempo seria menos importante, não fosse a irrealidade permitida mesmo, e acompanhada pelas legislações subseqüentes, sempre buscando favorecer os partidos tradicionais, e de forma inexplicável autorizando o voto na legenda, possibilitando que o candidato eleito pelo quociente eleitoral, mude de partido e permaneça sem partido.

O voto em legenda é justificável para países com tradição partidária e fidelidade aos mesmos, como é o caso dos Estados Unidos, lá o eleitor no seu íntimo não vota no candidato, e sim, no partido. No Brasil, isto não ocorre, o eleitor vota no candidato ou seja, vota no João, e não, no Partido X. Isto causa uma frustração ao eleitor que em João, mas teve seu voto aproveitado para eleger Barnabé, que não tem expressão política alguma, foi eleito com os votos de João, portanto, em tese, deve favor ao João.

Outro aspecto é que na Constituição de 1967, a mesma não previa o critér *eleições diretas,* e por diretas não se pode entender apenas o ato de o eleitor vo preciso respeitar que o seu voto seja direto na pessoa em que votou e não indiretamente, permitir o aproveitamento da votação para terceira pessoa

Acreditamos que ensinar um povo a votar, extrapola a simplicidade da conduta apenas orientar a apertar as teclas da urna e conferir títulos. A imparcialidade naõ pode ser confundida com omissão social. E preciso que a classe jurídica participe e exija mais do processo legislativo, e não, apenas fique cumprindo leis, é preciso transformar a realidade social em lugar de se ameaçar fazer greves apenas receber aumentos para si próprios, se for o caso, deveriam ter este comportamento para modificar leis, assim em lugar de apenas apresentar projetos de lei e fazer pesados *Iobbys* para os membros das carreiras, deveriam direcionar pelo menos pouco desta energia para alterar algumas leis de interesse social e processual.

E claro que isto não impede os movimentos justos por melhores condições de salários e de trabalho,o que não pode é restringir ou priorizar este aspecto. Não precisamos muitos juristas em carreiras públicas, precisamos apenas de alguns com vontade de mudar a realidade social. Afinal para apresentar trabalhos jurídicos cultos, cita outros autores e tribunais, basta um assessor, com um salário bem menor.

Ora, se a norma do art. 41-A prevê como ilícita a conduta do candidato de apenas prometer uma vantagem pessoal de qualquer natureza, com a finalidade de obter do eleitor o voto, está claro que não se há falar em relação de causalidade ou em gravidade do ato do candidato para se lhe infligir uma sanção. Havida a promessa – note-se, basta a promessa –, consumado está o tipo da captação ilícita de sufrágio. Seja como for, parece-nos que tanto na hipótese de abuso de poder econômico, como na de captação de sufrágio, se busca coibir a *perturbação da livre manifestação popular*, sendo essa joeira retórica utilizada naquele julgamento sem densidade alguma para servir de critério para apartar ambos os ilícitos eleitorais. Quem oferece ou promete vantagem pessoal ao eleitor, com o fito de lhe obter o voto, está perturbando a livre manifestação popular, corrompendo assim a vontade a ser manifestada pelo eleitor.

O que sobreleva do aresto glosado é a afirmação clara de que *a captação de sufrágio não enseja a inelegibilidade*, mas apenas o cancelamento do registro. Tal posicionamento do TSE vem se repetindo quando o assunto é a sanção de cassação do registro, prevista para as condutas vedadas ao agente público (art. 73 da Lei n° 9.504/97) e para a captação de sufrágio (art. 41-A).

Aqui há importante conseqüência, que merece uma meditação mais aprofundada, para a qual chamo a atenção do leitor: diz respeito à aplicação ou não do efeito suspensivo da sanção de inelegibilidade, prevista no art. 15 da LC 64/90.

5. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL E CAPTAÇÃO DE SUFRÁGIO.

Ao fato jurídico ilícito da captação de sufrágio, a norma do art. 41-A da Lei n° 9.504/97 prescreve a sanção de cassação de registro ou do diploma, além da multa de mil a cinqüenta mil Ufir. Essa norma é direito material. A parte final do texto normativo, o qual estipula a norma que define o remédio processual próprio para a aplicação jurisdicional da sanção de cassação do registro à captação de sufrágio – "(...) observado o procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar 64, de 18 de maio de 1990" –, é norma de direito processual. Embora postas no mesmo texto legal, a diferença de suas naturezas ressalta.

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

rito; a ação de direito material, ao objeto litigioso, a *res in iudicium deducta*. Pontes de Miranda (*Tratado das ações*. São Paulo: RT, 1970, t. I, p.110-11) ensinava: "A *ação* exerce-se principalmente por meio de 'ação' (remédio jurídico processual), isto é, exercendo-se a pretensão à tutela jurídica, que o Estado criou. A ação [no sentido de direito material] exerce-se, porém, de outros modos. Nem sempre é preciso ir-se contra o Estado para que ele, que prometeu a tutela jurídica, a preste; nem, portanto, estabelecer-se relação jurídica processual, na qual o juiz haja de entregar, afinal, a prestação jurisdicional. A ação [no sentido de direito material] nada tem com a pretensão à tutela jurídica" (sobre o tema, vide ainda: Ovídio Baptista da Silva. *Curso de processo civil*, 4ª ed., São Paulo: RT, v. 1, pp. 73-109; Araken de Assis. *Cumulação de ações*, São Paulo: RT, pp. 61-72).

O texto legal do inciso XIV do art. 22 da LC 64/90 talvez seja a causa da confusão. É que há uma mistura de normas de direito material com normas processuais no seu corpo, que termina induzindo a erro. Quando a norma prescreve que *julgada procedente a representação, o Tribunal declarará a inelegibilidade do representado*..., está se referindo à AIJE proposta por abuso de poder econômico, abuso de poder político e uso indevido dos veículos ou meios de comunicação social, previstos no art. 1°, inciso I, alínea *d* e art. 22, *caput*, ambos da mesma LC 64/90. Se a representação (designação dada à ação de direito processual) for proposta, no entanto, contra a captação ilícita de sufrágio, não incide o inciso XIV do art. 22 da LC 64/90, porque não está sendo manejada contra o abuso de poder econômico ou político. A sentença procedente, nessa última hipótese, aplica a sanção prevista no art. 41-A: a cassação de registro ou do diploma e a multa. E não se aplica a sanção de inelegibilidade cominada potenciada por quê? Porque ao fato jurídico ilícito de captação de sufrágio é irrogada, pela norma jurídica de direito material do art. 41-A, a cassação de registro de candidatura.

A captação de sufrágio gera o cancelamento do registro de candidatura, expurgando o candidato da eleição, através da ação de investigação judicial eleitoral. Mais do que isso: por não ser tratada como sanção de inelegibilidade – como seria próprio –, a decisão que cancelar o registro de candidatura não sofre a incidência do art. 15 da LC 64/90, sendo logo executada. Mais ainda: à captação de sufrágio basta o provar que houve a promessa de vantagem pessoal com a finalidade de obtenção do voto, sem necessidade de demonstrar a relação de causalidade entre o delito e o resultado das eleições. Assim, com todas essas facilidades, por que mais alguém iria manejar a AIJE visando a obter a inelegibilidade de algum candidato? Seria pura perda de tempo, uma vez que no abuso de poder não basta a prova do ato abusivo, mas a demonstração da probabilidade de que este ato viciasse o resultado das eleições, tendo como resultado uma sentença que decretaria a inelegibilidade por três anos, mas não cassaria o mandato do candidato beneficiado (art. 22, inciso XIV da LC 64/90). Ora, é evidente que é muito mais efetivo um processo que casse o registro do candidato para *essa* eleição em que o ilícito se deu, do que um outro que mantenha o registro de candidatura e apenas decrete a inelegibilidade por três anos, enquanto o candidato eleito exerce o mandato obtido ilicitamente.

Assim, enquanto perdurar esse entendimento do TSE, acerca da imediata executividade da decisão que determina a cassação de registro em razão da captação ilícita de sufrágio, penso devam os candidatos, o Ministério Público e os partidos políticos ou coligações ajuizar a AIJE contra a captação ilícita de sufrágio, *nunca* – muita atenção a esse

ponto – nunca pedindo a sanção de inelegibilidade, mas apenas o cancelamento do registro ou diploma. Com isso, se afastará a incidência do art. 15 da LC 64/90, e a decisão será imediatamente executada (isso se não for aplicado o parágrafo único do art. 56 da Resolução n° 20.993, de 2002). De todo modo, mesmo que incida essa norma regulamentar, os fatos que se subsumem ao conceito de abuso de poder econômico ou político e também se ajustem às inteiras ao conceito de captação de sufrágio, devem ser atacados por essa via mais efetiva, que vem a ser aquela sanção prevista no art. 41-A. De fato, a ação de investigação judicial eleitoral ganhará em força executiva, uma vez que não se aplicará, na hipótese de captação de sufrágio, o inciso XV da LC 64/90. Com isso, não haverá dependência de manejo de uma outra ação para que a decisão venha a mondar o mandato obtido ilicitamente.

6. QUESTÃO DOS PRAZOS NA JUSTIÇA ELEITORAL

Todos os crimes eleitorais são de ação penal incondicionada, cabendo transação penal e suspensão condicional do processo. A competencia para julgamento de tais crimes é da Justiça Eleitoral, salvo casos de prerrogativa de foro. O rito processal está previsto nos artigos 357 e ss., da Lei nº. 4737/65 do Codigo Eleitoral.

Na verificação da infração penal o Ministerio Publico oferecerá a denuncia dentro do prazo de 10 dias. A denuncia deverá conter os mesmo s requisitos do artigo 43, do Codigo de Processo Penal. Se o órgão do Ministerio Público não oferecer a denuncia no prazo legal representará contra ele a autoridade judiciaria, sem prejuizo da apuração da responsabilidade penal. Qualquer eleitor poderá provocar a representação contra o órgão do Ministerio Público se o juiz, no prazo de 10 dias, não agir de ofício.

Se o órgão do Ministério Público requerer o arquivamento da comunicação, o puiz, no caso de considerar improcedente as razões invocadas, fará remessa da comunicação ao Procurador Regional, e este oferecerá a denunica, designará outro Promotor para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só entao estará o juiz obrigado a atender artigo 357, § 1º do Codigo Eleitoral.

Recebida a denuncia e citado o infrator, terá este o prazo de 10 dias para contestá-la, podendo juntar documentos que ilidam a acusação e arrolar as testemunhas que tiver.

Ouvidas as testemunhas da acusação e da defesa e praticadas as diligencias requeridas pelo Ministerio Publico e defereidas ou ordenadas pelo juiz, abrir-se-á o prazo de 5 dias a cada uma das partes acusaão e defesa para aligações finais.

Decorrido o prazo das aligações finais e conclusos os autos ao juiz dentro de quarenta e oito horas, terá o mesmo 10 dias para proferir a sentença.

Das decisões finais de condenação ou absolvição cabe recurso par o Tribunal Regional, a ser interposto no prazo de 10 dias. Se a decisão do Tribunal Regional for condenatória, baixarão imediatamente os autos à instância inferiro para a execução da sentença, que será feita no prazo de 05 dias, contados da data da vista ao Ministério Público. Se o órgão do Ministerio Publico deixar de promover a execução da sentença, serão aplicadas as normas constantes dos paragrafos 3º, 4º e 5º, do artigo 357 do Codigo Eleitoral.

Da sentença condenatória ou absolutória, caberá recurso de apelação ao Tribunal Regional Eleitoral, no prazo de 10 (dez) dias (CE, art. 362). Porém, são também oponíveis os recursos previstos no CPP: recurso em sentido estrito, embargos infringentes ou de nulidade, embargos declaratórios, carta testemunhável, bem como *habeas corpus* e revisão criminal.

Se a decisão do TRE for condenatória, a execução deverá ser imediata. Voltando os autos à primeira instância, se o representante do MP deixar de promover a execução no prazo de 5 (cinco) dias, ficará sujeito às mesmas regras aplicáveis no caso de desídia no oferecimento da denúncia eleitoral (CE, art. 363).

O art. 276 do CE diz que, das decisões do TRE, somente caberá recurso em quatro casos específicos que enumera em seus incisos e alíneas. Este rol foi ligeiramente ampliado pelo art. 121, §4º, da Constituição Federal de 1988. Como o *caput* do referido art. 121 da CF faz referência a uma lei complementar, que disporá sobre a organização e competência dos tribunais eleitorais, as normas neste sentido existentes no CE foram recepcionadas pela Constituição com *status* de lei complementar, e desta forma devem ser interpretadas.

A Constituição Federal (art. 121, §4º, I, 1ª parte), admite recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, quando a decisão do TRE violar disposição expressa da CF. Tal recurso deve seguir o prazo normal de 15 (quinze) dias (Lei nº. 8.038/90, art. 26).

A segunda parte do mesmo inciso se refere à violação "de lei". Embora uma leitura apressada possa levar à idéia de que seja o recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça, falta referência à circunstância de se tratar de "lei federal" (CF, art. 105, III, *a*). Portanto, tal recurso é o mesmo dito "especial" no art. 276, I, do CE, que deve ser dirigido ao TSE.

Igualmente deve ser entendido o inciso II do mesmo dispositivo constitucional, que se refere à divergência na interpretação de leis entre os tribunais regionais eleitorais. Não se trata do recurso especial ao STJ do art. 105, III, *b*, da Constituição Federal, mas do recurso "especial" ao TSE do art. 276, II, do CE.

Tanto num como no outro caso de recurso "especial" ao TSE, o prazo para interposição é de 3 (três) dias, a contar da publicação da decisão (CE, art. 276, §1º).

Caberá ainda recurso dito "ordinário" ao TSE, se a decisão versar sobre inelegibilidades ou expedição de diplomas nas eleições federais ou estaduais; anular diplomas ou decretar a perda de mandato eletivo federal ou estadual; ou denegar *habeas corpus*, mandado de segurança, *habeas data* ou mandado de injunção (CF, art. 121, §4º, III a V; CE, art. 276, II, *a* e *b*).

As decisões do TSE são irrecorríveis. Somente há dois recursos admissíveis (CF, art. 121, §3º), ambos para o STF: o extraordinário, em caso de ofensa à Constituição (CF, art. 102, III, *a*), e o ordinário, no caso de denegação de *habeas corpus* ou mandado de segurança (CF, art. 102, II, *a*).

7. ASPECTOS PROCESSUAIS DO DIREITO PENAL ELEITORAL

Os delitos eleitorais são de ação pública, mesmo aqueles que atingem a honra de candidatos ou terceiros. Isto porque o Estado, a quem pertence o interesse pela preservação da ordem jurídica eleitoral, é o principal sujeito passivo da lesão decorrente da conduta delituosa. A violação das normas eleitorais atinge a ordem pública cuja tutela o Estado atrai para si em especial. Consequentemente, os bens e valores jurídicos estatais constituirão a objetividade jurídica imediata, preponderante, nos casos de não cumprimento das normas penais eleitorais. A ação privada, entretanto, é hoje admitida, na hipótese de o representante do Ministério Público não apresentar denuncia no prazo legal de 10 dias, merece de norma constitucional. Todos os delitos são punidos a titulo de dolo.

O rito do processo penal eleitoral não contempla o interrogatório, quando o crime é processado no juízo de primeiro grau. O réu é citado da denúncia para oferecer defesa no prazo de 10 dias. Para a jurisprudência, a ausência de interrogatório não ofende o principio da ampla defesa.

Após a contestação segue-se a ouvida das testemunhas arroladas. Em seguida, as partes devem requerer as diligencias que considerarem necessárias no curso da instrução criminal. O código menciona tão semente as diligencias requeridas pelo representante do Ministério Público e as ordenadas pelo juiz. Destaque-se, entretanto, que ambas as partes têm o direito de requerer diligencias, sob pena de ofensa ao principio constitucional do contraditório e ampla defesa. Realizadas as diligencias, cada parte tem o prazo de 5 dias para apresentar alegação finais, seguido-se a sentença.

A denuncia contra prefeito municipal é processada pelo Tribunal Regional Eleitoral. Essa competência decorre do foro privilegiado constitucionalmente estabelecido. O rito segue regras próprias. Nos tribunais, antes do recebimento da denuncia o acusado é notificado para oferecer resposta no prazo legal. Recebida a denuncia, seguem-se o interrogatório e a defesa previa. Depois vêm os depoimentos testemunhais, defesa, requisição de diligencias necessárias e alegações finais. Depois destas, novas diligencias poderão ser realizadas por determinação de oficio. A Lei permite que os atos necessários a instrução processual, inclusive o interrogatório do réu, sejam delegados ao juízo de primeiro grau da zona eleitoral onde ocorreu o delito. Os efeitos são vários: agilizar o andamento do processo, evitar deslocamentos onerosos das partes e testemunhas e proporcionar uma instrução em contato mais estreito com os fatos da causa.

Agilizar o processo e uma providencia salutar. Não raramente, a demora enseja que o mandato do acusado expire antes do julgamento. O fato gera questão sobre a manutenção do privilegio de foro estabelecido em razão da função. A esse respeito, a jurisprudência tem estabelecido que instaurada a ação penal contra quem exercia o cargo de prefeito, expirado o mandato o feito permanece da competência do Tribunal Regional Eleitoral o mesmo não ocorre se o crime foi praticado pro quem não era prefeito, mas tendo sido eleito, veio a ocupar o cargo, gerando a subida do processo ao TER. Nessa hipótese, expirado o mandato sem julgamento, o processo retorna ao juízo de primeiro grau.

Quanto aos recursos em matéria penal, o Código apenas prevê a apelação, no prazo único de 10 dias. Essa disciplina difere da correspondente disposição do Código de Processo Penal, que estabelece o prazo de 5 dias para a parte apelar e mais 8 dias para a apresentação de razões. Os demais recursos inerentes ao processo penal, entretanto, podem ser manejados, por força da aplicação subsidiaria do CPP, facultada pelo próprio estatuto

eleitoral. O recurso especial para o TSE também é cabível, dede que presentes os pressupostos constitucionais e legais.

A suspensão condicional do processo é uma faculdade que também se aplica aos crimes eleitorais. Criada pela lei, a suspensão condicional do processo não é um direito subjetivo do acusado, mas expressam uma faculdade conferida ao representante ministerial, autor e titular da ação penal. A ele cabe dispor, quando julgar que a suspensão atenderá ao interesse público, desde que atendidas as condições objetivas. A figura pode ser aplicada aos delitos cuja pena mínima não seja superior a um ano. Isso inviabiliza a suspensão do processo eleitoral somente em 4crimes: o do artigo 302 (tipo expandido pelo artigo 11 inciso III da Lei 6.091/74); e os do artigo 299 (corrupção eleitoral), podem ter o processo de apuração e julgamento suspenso, desde que atendidas as condições legais.

De notar, enfim, que o processo penal eleitoral aplica-se no que couber, ou seja, quanto á matéria não expressamente prevista no estatuto eleitoral, as normas do Código de Processo Penal. A esse respeito, vale ainda acrescentar que o processo e julgamento dos crimes eleitorais cometidos por meio da imprensa seguem as disposições aplicáveis do Código Eleitoral que afasta, assim, as normas processuais da Lei de Imprensa.

As condutas descritas nos diversos tipos penais guardam certa potencialidade de ofensa a bens juridicamente protegidos. A questão sobre criminalizar ou não criminalizar pode não gerar a resposta desejada, na direção da melhoria do sistema. De qualquer forma, parece que criminalizar mais e mais condutas, ou aumentar as penas já prevista não e o melhor caminho. Uma sanção administrativa judiciosamente aplicada poderá também assegurar uma reparação ou uma lição eficaz contra os cidadãos de pouco escrúpulo político ou cívico.

8. EFICACIA

Graças a esse dispositivo, que entrou em vigor em 1999, já foram cassados 164 prefeitos, vereadores e deputados condenados por abuso do poder econômico ou por clientelismo. Foi com base nele, aliás, que uma juíza de Campos, há três semanas, declarou a inelegibilidade do casal Garotinho nas eleições de 2006, por uso de máquina política e fisiologismo. Embora o Tribunal Regional Eleitoral fluminense tenha concedido liminar à governadora Rosinha Matheus e ao seu marido, o ex-governador Anthony Garotinho, a simples condenação da dupla por uma magistrada de primeira instância mostrou que a aplicação desse artigo pode atingir até campanhas presidenciais.

Tão importante quanto os efeitos moralizadores do artigo 41-A da Lei Eleitoral é sua origem. Fruto de uma campanha liderada pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e pela Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), que coletaram mais de 1 milhão de assinaturas, ele foi o primeiro projeto de iniciativa popular votado pelo Congresso, com base no § 2º do artigo 61 da Constituição. O objetivo foi neutralizar a prática da chicana jurídica, por parte de políticos corruptos e candidatos corruptores, criando as condições institucionais para uma efetiva aplicação das penas por crime eleitoral.

Como todas as leis anteriores, a legislação vigente em 1999 garantia a elegibilidade de candidatos punidos por crime de captação de sufrágio pelas instâncias inferiores da Justiça Eleitoral, até a decisão definitiva de seus processos, por parte do Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Como essa medida permitia que os condenados eleitos postergassem indefinidamente esse julgamento, possibilitando-lhes com isso assumir e concluir seus mandatos, mesmo com provas explícitas de oferta de vantagens pessoais, compra de votos, distribuição de cestas de alimentação e fisiologismo, a OAB e a CNBB

passaram a defender a aplicação automática das penas já na condenação de primeira instância.

Graças a essa oportuna iniciativa, o artigo 41-A é o único da legislação eleitoral que impõe a inelegibilidade instantânea, independentemente dos recursos judiciais que possam ser impetrados. Com isso, os crimes eleitorais não precisam transitar em julgado para que as sanções aplicáveis tenham validade. O efeito é imediato. Deste modo, em vez de recorrer à chicana para adiar o julgamento, os candidatos enquadrados nesse artigo têm de fazer o oposto, empenhando-se para que seus recursos tramitem com rapidez nas instâncias superiores da Justiça Eleitoral, para terem chance de se candidatar.

9. Direitos políticos e elegibilidade

O Brasil é um Estado democrático de direito, conforme preceitua a Carta Política2 ; onde todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente3 . E "a democracia, na verdade, repousa sobre dois princípios fundamentais ou primários, que lhe dão a essência conceitual: (a) o da soberania popular, segundo o qual o povo é a única fonte do poder, que se exprime pela regra de que todo poder emana do povo; (b) a participação, direta ou indireta, do povo no poder, para que este seja efetiva expressão da vontade popular; nos casos em que a participação é indireta, surge um princípio derivado ou secundário: o da representação".

É neste regime democrático de participação direta ou indireta que nascem e se desenvolvem os direitos políticos, que significam a aptidão para participar das decisões do Estado. O seu exercício se mostra mais freqüente no regime indireto, que tem por núcleo fundamental o direito de votar e ser votado.

Na lição de José Afonso da Silva são duas as suas modalidades de exercício: a primeira ligada à capacidade eleitoral ativa, consubstanciada nas condições do direito de votar; e a segunda à capacidade eleitoral passiva, que assenta na elegibilidade.

A elegibilidade, ou capacidade eleitoral passiva, como pré-requisito inafastável para o exercício do direito político passivo, significa a aptidão para ser eleito, "o atributo de quem preenche as condições de ser votado ou o direito de postular a designação pelos eleitores a um mandato político no Legislativo ou no Executivo".

Estas condições de ser votado são definidas na Constituição da República como 'condições de elegibilidade', que são os requisitos gerais exigidos de qualquer pretendente a um cargo eletivo. São elas, entre outras: nacionalidade brasileira, alistamento eleitoral, filiação partidária, pleno exercício dos direitos políticos, etc.

Ao tempo em que a Lei Maior dita as condições para ser votado, estabelece algumas situações que não podem se fazer presentes em relação ao candidato, assim denominadas 'causas de inelegibilidade'. Também admitiu que, através de lei complementar, o legislador estabelecesse outras causas geradoras deste afastamento do exercício do direito de ser votado, com o fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato e normalidade e legitimidade das eleições (CF- art. 14, par. 9º).

9.1. Não previsão de inelegibilidade

Feitas estas abordagens, cumpre, a partir de agora, enfrentar diretamente o ponto central deste trabalho: a inconstitucionalidade do artigo 41-A da Lei 9.504/97.

Assim está disposto:

"Artigo 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."6

O primeiro ponto que chamo a atenção é o fato do dispositivo não contemplar, expressamente, a pena de inelegibilidade para quem for enquadrado na conduta reprimida. Da mesma forma que não se encontra sanção desta natureza em quaisquer dos demais artigos desta Lei.

Este fator é de fundamental importância, pois é de nosso ordenamento jurídico a técnica de se especificar expressamente as causas de inelegibilidade, como se observa dos parágrafos 4º e 7º, do artigo 14º da Constituição Federal, e do artigo 1º da Lei Complementar 64/90, que já iniciam os respectivos textos com a expressão "são inelegíveis...".

As sanções cominadas pelo dispositivo legal comentado são as de multa, cassação do registro da candidatura ou, se já eleito, a cassação do diploma, somente. Não há previsão de pena de inelegibilidade, de afastamento da capacidade eleitoral passiva do infrator.

O que se inovou foi que, após o reconhecimento do direito à candidatura, com o deferimento do registro, é possível que o candidato, em razão de práticas irregulares graves, seja penalizado com o cancelamento deste registro. Veja-se que agora o registro da candidatura já não é mais imune ao cancelamento puro e simples. Antes tal registro somente cedia em decorrência de inelegibilidade reconhecida. Hoje basta que se cometa uma das irregularidades do artigo 41-A para que tal se torne possível, independente da avaliação da elegibilidade do candidato.

Isto foi um dos maiores avanços do direito eleitoral brasileiro, cuja finalidade é o combate às práticas de corrupção eleitoral. Independentemente de se impor a pena de inelegibilidade, que significa o afastamento da capacidade eleitoral passiva, o Estado/Juiz pode cassar registros de candidaturas ou diplomas de agentes dados à prática de conquistas de votos pelo método de aliciamento mercenário. Continuará o penalizado com seus direitos políticos intactos. Poderá, após a penalização, votar e ser votado.

9.2. Presença de idêntica penalidade noutros dispositivos

Numa avaliação das normas eleitorais é possível encontrar outras previsões de cassação de registro ou diploma, e até de mandatos, sem que isso implique em inelegibilidade. A própria Lei 9.504/97 contempla estas imposições nos artigos 73, par 5º, e 74, quando trata das condutas vedadas aos agentes públicos em campanha. O Código Eleitoral, na autoridade de seus 36 (trinta e seis anos) de existência, prever a pena de cassação do registro da candidatura do candidato que cometer o crime previsto no seu artigo 334. A Lei 6.091, do ano de 1974, também consagra esta punição aos que cometerem o crime previsto no seu artigo 11.

Também nas normas não eleitorais se encontra a previsão da perda do mandato já conquistados nas urnas, a exemplos dos artigos 92 do Código Penal (efeitos da condenação), 1º e 4º do Decreto 201/67 (crimes de responsabilidade), 55 da Constituição Federal (cassação de mandatos parlamentares) e 12 da Lei 8.429/92 (improbidade administrativa, dentre outros.

As punições cominadas pelos dispositivos legais referidos nos parágrafos imediatamente anteriores são da mesma natureza das previstas no artigo em debate – cassação de registro de candidatura, de diploma e, se já empossado, de mandato. E não se ouviu falar que alguém, até o momento, interpretou que tais sanções se confundem com inelegibilidade.

9.3. Diferença já ressaltada na LC 64/90

O único instituto normativo em vigor no sistema jurídico brasileiro que estabelece pena de inelegibilidade é a Lei Complementar 64, de 18.5.90, que, ao disciplinar a aplicação desta reprimenda – inelegibilidade (art. 22, XIV), estabeleceu que caberia ao juiz ou tribunal aplicar também a pena de cassação do registro da candidatura. Assim está disposto: julgada procedente a representação, 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 3 (três) anos subseqüentes à eleição em que se verificou, além da cassação do registro do candidato diretamente beneficiado pela interferência do poder econômico.....” (negrito nosso).

Veja-se que norma específica diferenciou os institutos da inelegibilidade e da cassação do registro da candidatura, que realmente são coisas diversas, embora possam caminhar juntas. Podem, mas isto não ocorre necessariamente. Um exemplo típico ocorre nos casos de julgamento de investigação judicial eleitoral após a eleição (sem que haja captação se sufrágio), em que a pena a ser aplicada é apenas a de inelegibilidade, sem cassação de diploma, como decidido reiteradamente o TSE.

Para melhor esclarecer, cabe citar o voto do Min. NELSON JOBIM, no Resp. nº 15.188, de 03.08.2000, publicado no DJ de 14.08.2000, pág. 121:

O prazo final para a Representação da LC 64/90 é a data da diplomação do candidato. Ela poderá ser julgada, ou antes, ou depois da eleição. As conseqüências são distintas. Se, antes da eleição, o Tribunal, além da remessa dos autos ao MP para a instauração do processo disciplinar, aplicará duas penas: (a) ‘...inelegibilidade para as

eleições a que se realizarem nos três anos subseqüentes...'(b) '...cassação do registro do candidato diretamente beneficiado..'(LC 64/90. Art. 22, XIV) Se, posterior à diplomação, o Tribunal somente aplicará a pena de '...inelegibilidade para as eleições a se realizarem nos três anos subseqüentes..' e determinará a remessa de cópias ao MP (LC 64/90, art. 22, XV).

9.4. Pré-existência da punição

É bastante pertinente registrar que esta possibilidade de perda do cargo conquistado nas urnas, em decorrência da prática das condutas elencadas no artigo 41-A da Lei 9.504/99, já existia desde o ano de 1967. Isto porque a conduta já tipificada como crime eleitoral (art. 299 do Código Eleitoral), e com a entrada em vigor do Decreto-Lei 201, ficou estabelecida a extinção dos mandatos eletivos dos prefeitos e vereadores condenados por crimes desta natureza (arts. 6º e 8º).

O que mudou não foi a penalidade, mas os meios para a sua aplicação. O que antes era possível através de processo criminal, por sua natureza morosa, passou a ser viável também por meio de rito mais célere, o do artigo 22 da LC 64/90.

9.5. Dos motivos que levaram à aprovação do art. 41-A

Antes de adentrar no enfrentamento da norma questionada diretamente em face dos institutos da hermenêutica constitucional, cabe uma rápida passagem sobre as razões que levaram o legislador pátrio à sua inclusão no cenário jurídico eleitoral.

Um dos grandes anseios daqueles que lutam por uma sociedade justa é ver a consagração do princípio da igualdade nas disputas eleitorais, de forma que sejam escolhidos para os cargos eletivos os candidatos que realmente merecem a confiança do eleitorado. Este desiderato está longe de ser realizado, vez que a atração pelo poder faz das eleições um jogo em que a tentação de ultrapassar as regras impostas seja, muitas vezes, maior do que a capacidade de resistência. Sem falar daqueles que não tem nenhuma resistência em agir desconforme a disciplina.

É aí onde freqüentemente entra em cena o poder econômico e de autoridade, jamais enfrentado com a seriedade e firmeza que deveria ser. O fato mais ocorrente de manifestação deste indevido poder é através da velha prática de 'compra de votos', seja diretamente com dinheiro, seja por meio de outras vantagens.

A cominação de pena de inelegibilidade, estabelecida pela Lei Complementar 64/90 com a finalidade de combater este mal, se mostrou, ao longo dos anos, absolutamente ineficiente para frear tais métodos nefastos de conquista do poder. O tempo evidenciou a compensação de correr o risco de ser penalizado, uma vez que a sanção não atingia o mandato conquistado irregularmente, que passaria a ser exercido em sua plenitude. A relação custo/benefício se pesou em favor do infrator.

Foi em função dessa sensação clara de impunidade, em decorrência da deficiência dos institutos de repressão, que a sociedade civil organizada se mobilizou em meados de

1999, e apresentou projeto de lei de iniciativa popular colocando a disposição do aplicador do direito meio de combater frear esta onda ilimitada de desrespeito à cidadania. Estiveram à frente 60 (sessenta) entidades, merecendo destaque a participação de algumas delas, como a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB, a Comissão Brasileira Justiça e Paz – CBJP, a Associação Brasileira de Imprensa – ABI, a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, e o Sindicato Nacional dos Docentes das Instituições de Ensino Superior –ANDES.

Foi daí que surgiu a Lei 9.840/99, que, ao incluir o artigo 41-A, passou a penalizar a 'compra de votos' com pena de cassação do registro da candidatura ou, se já expedido, do diploma. Incluiu esta nova e bem vinda penalidade, sem, contudo, alterar as normas já existentes em relação à pena de inelegibilidade, que continuou a ser passível de aplicação, embora não cause tantos arrepios quanto às novas sanções.

9.6. A norma (art.41-A) em face dos métodos de interpretação

Este desiderato legislativo, que surgiu de provocação popular, impõe se enfrentar a compreensão da validade da norma, inicialmente, por meio da interpretação lógica, que é aquela segundo a qual "sobre examinar a lei em conexidade com as demais leis, investiga-lhe também as condições e os fundamentos de sua origem e elaboração, de modo a determinar a ratio ou mens do legislador"8 . Segundo complementa PAULO BONAVIDES, tal meio de interpretação "busca portanto reconstruir o pensamento ou intenção de quem legislou, de modo a alcançar depois a precisa vontade da lei. E continua o autor: que se pretendeu modificar com respeito à situação jurídica antecedente (?)"

Passando para o método histórico-teleológico, ensina o doutrinador alemão HANS NAWIASKI, que é preciso buscar os subsídios históricos de sua elaboração: a fundamentação do projeto, os debates, as discussões pela imprensa, rádio e televisão, o estado da legislação e sua interpretação na época, bem como o motivo da lei.

"Por um dos seus elementos – o histórico – o método traça toda a história da proposição legislativa, desce no tempo a investiga a ambiência em que se originou a lei, procura enfim encontrar o legislador histórico, como diz Burckhardt, a saber, as pessoas que realmente participaram na elaboração da lei, trazendo a luz os intervenientes fatores políticos, econômicos e sociais, configurativos da occasio legis."

Certamente não se pretendeu, por meio do novo diploma, estabelecer mais uma causa de inelegibilidade, pois a reprimenda surgiu como nova forma de punir as transgressões eleitorais, o que aconteceu em virtude da pouca eficiência das sanções de afastamento da elegibilidade dos infratores. Era preciso, além desta pena, punir com a cassação do próprio registro da candidatura ou, se for o caso, do diploma. Estes foram os fatores políticos que levaram a sociedade civil organizada a propor, e o Congresso Nacional a aprovar o comando legal.

Também de grande contribuição para a hermenêutica constitucional em todo o planeta, e que oferece valiosos subsídios para o enfrentamento da validade do artigo 41-A da Lei 9.504/97 (trazido ela Lei 9.840/99), é a doutrina dos poderes implícitos, originária da escola clássica do constitucionalismo americano. Para JOSEPH STORY, in Commentaries

on the Constitution of the United States, a interpretação de um determinado poder não se consentirá coisa alguma que possa invalidar ou prejudicar os seus confessados objetivos. Diz o eminente constitucionalista que se as palavras de um texto forem suscetíveis de duas interpretações, de conformidade com o uso e o senso comum, é de rejeitar-se aquela que colide com um ou com todos os objetivos estabelecidos pela norma e a cuja realização ela se propunha, adotando-se, ao revés, a interpretação tendente a promover e preservar os sobreditos interesses em toda a sua inteireza.

Essas lições levam ao entendimento de que, na atividade interpretativa constitucional se deve considerar o princípio da presunção de constitucionalidade das leis. Ensina LUÍS ROBERTO BARROSO que embora se haja reservado ao Judiciário o papel de intérprete qualificado das leis, os Poderes se situam no plano de recíproca igualdade e os atos de cada um deles nascem com presunção de validade.

É por conta disso que, na linha de ensinamento do doutrinador ilustre, a declaração de inconstitucionalidade de uma norma, em qualquer caso, é atividade a ser exercida com autolimitação pelo Judiciário, devido à referência e ao respeito que deve ter em relação aos demais Poderes. A atribuição institucional de dizer a última palavra sobre a interpretação de uma norma não o dispensa de considerar as possibilidades legítimas de interpretação pelos outros Poderes.

Continua ensinando que, em sua dimensão prática, o princípio se traduz em duas regras de observância necessária pelo intérprete e aplicador do direito:

a) não sendo evidente a inconstitucionalidade, havendo dúvida ou a possibilidade de razoavelmente se considerar a norma como válida, deve o órgão competente abster-se da declaração de inconstitucionalidade;

b) havendo alguma interpretação possível que permita afirmar-se a compatibilidade da norma com a Constituição, em meio a outras que carreavam para ela um juízo de invalidade, deve o intérprete optar pela interpretação legitimadora, mantendo o preceito em vigor.

Sobre a primeira regra, escreveu com muita propriedade CARLOS MAXIMIANO que: todas as presunções militam a favor da validade de um ato, legislativo ou executivo; portanto, se a incompetência, a falta de jurisdição ou a inconstitucionalidade, em geral, não estão acima de toda dúvida razoável, interpreta-se e resolve-se pela manutenção do deliberado por qualquer dos três ramos em que se divide o Poder Público. Entre duas exegeses possíveis, prefere-se a que não infirma o ato de autoridade.

A segunda consiste exatamente na doutrina da Interpretação Conforme a Constituição, já devidamente sedimentada nas decisões do Supremo Tribunal Constitucional, que a adota com bastante freqüência.

Ensina PAULO BONAVIDES que esse método especial de interpretação floresceu basicamente durante os últimos tempos à sombra dos arrestos da Corte constitucional de Karlsruhe, na Alemanha. A Verfassungskonforme Auslegung, consoante decorre de

explicitação feita por aquele Tribunal, significa na essência que nenhuma lei será declarada inconstitucional quando comportar uma interpretação "em harmonia com a Constituição" e, ao ser assim interpretada, conservar seu sentido ou significado.

Uma norma pode admitir várias interpretações. Destas, algumas conduzem ao reconhecimento de inconstitucionalidade, outras, porém, consentem tomá-la por compatível com a Constituição. O intérprete, adotando o método ora proposto há de inclinar-se por esta última saída ou via de solução. Busca-se desse modo preservar a autoridade do comando normativo, fazendo o método ser expressão do "favor legis" ou do "favor actus", ou seja, um instrumento de segurança jurídica contra as declarações precipitadas de invalidade da norma.

Tocante ao lado positivo do método comenta o ilustre constitucionalista pátrio, que é de ressaltar a fidelidade que ele parece inculcar quanto à preservação do princípio da separação dos poderes. Faz com que juízes e tribunais percebam que sua missão não é desautorar o legislativo ou nele imiscuir-se por via de sentenças e acórdãos, mas tão-somente controlá-lo, controle aparentemente mais fácil de exercitar-se quando, relutante diante da tarefa de declarar a nulidade de leis ou atos normativos, os órgãos judiciais se inclinam de preferência para a obra de aproveitamento máximo dos conteúdos normativos, ao reconhecer-lhe sempre que possível a respectiva validade.

A interpretação das leis não é uma tarefa tão fácil. Não basta ler superficialmente o comando do artigo 41-A e dizer que consiste em inelegibilidade, e assim sendo, reconhecer o vício da inconstitucionalidade. O fato da Constituição Federal prevê o estabelecimento, via lei complementar, de outras causas de inelegibilidade, como forma de coibir faltas, não impede que o legislador pátrio, no exercício legítimo de fazer produzir as regras de condutas, estabeleça outras formas de se chegar a este desiderato moralizante, como aconteceu com o estabelecimento das sanções de cassação de registros de candidaturas e diplomas.

9.7. A interpretação como fator de decidibilidade social

TÉCIO SAMPAIO FERRAZ, com a profundidade que lhe é peculiar ministra que, na verdade, o propósito básico do jurista não é simplesmente compreender um texto, como faz, por exemplo, o historiador ao estabelecer-lhe o sentido e o movimento no seu contexto, mas também lhe determinar a força e o alcance, pondo o texto normativo em presença dos dados atuais de um problema.

E continua afirmando que não estamos apenas obrigados a interpretar, como também deve haver uma interpretação que prepondere e ponha um fim prático às múltiplas possibilidades interpretativas. Eis aí o problema hermenêutico da decidibilidade, isto é, da criação das condições para uma decisão com o mínimo de perturbação social possível. Mais adiante afirma o conceituado doutrinador: Daí a idéia de que seria a convicção comum do povo o elemento primordial para a interpretação das normas.

Lembra SAMPAIO que já no final do século XIX e início do século XX, as chamadas escola da "libre recherche scientifique" (livre pesquisa científica) e da

“Freirechtsbewegung” (movimento do livre direito) exigiam que o intérprete buscasse o sentido da lei na vida, na necessidade e nos interesses práticos. Desenvolvem-se, nesse período, métodos voltados para a busca do fim imanente do direito, ou de seus valores fundantes, ou de suas condicionantes sociais, ou de seus processos de transformação, ou de sua gênese.

O Ministro VICENTE LEAL, do Superior Tribunal de Justiça, em artigo publicado na Revista do STJ, nº. 103, Ano 10, pág. 424, alcançou bem esta necessidade, quando advertiu que: “O direito deve buscar a expressão da justiça. Deve o intérprete da norma jurídica buscar o sentido que a mesma visa a tingir no cenário da vida.”

Magnífica é a observação do Professor HUMBERTO TEODORO JÚNIOR, quando alerta que “num estado democrático de direito todo comprometido com a ideologia do justo e do ético, nunca poderá o juiz contentar-se com o primeiro sentido encontrado na interpretação da norma positiva, se se mostrar contaminado de evidente injustiça e imoralidade. Terá de avançar no labor interpretativo, procurando outro entendimento para fugir da mácula da interpretação inaceitável.”

10. Posição do Tribunal Superior Eleitoral

O preceito do artigo 41-A da Lei 9.504/97, incluído pela Lei 9.840/99, pouco foi enfrentado pela mais alta Corte Eleitoral do País. Isto não significa pouca importância dada ao novo dispositivo pelos partidos políticos, candidatos ou o Ministério Público, e muito menos que ocorreram raros casos de captação ilegal de sufrágio nas eleições próximas passadas. A verdade é que nem todos estavam, nas eleições do ano 2000, atentos para a possibilidade de fazer uso do novo meio de coibição de abusos, e por conta disso, muitos perderam a possibilidade de lançar mão desta norma de conduta, que acena com possibilidade de punir efetivamente os que utilizam métodos não recomendáveis, sob o ponto de vista ético e legal, nas disputas eleitorais.

Nas eleições que se avizinham espera-se que a busca de penalização de infratores, pela ótica no novo instituto, seja em freqüência bem maior, visto que, passadas as eleições de 2000, alguns julgamentos ocorrerão e, se efetivamente for posta em prática a lei moralizadora, todos vão ficar atentos na fiscalização dos pleitos.

Alguns poucos enfrentamentos desta norma ocorreram no Tribunal Superior Eleitoral, sendo que um deles interessa diretamente a este trabalho, pois a Corte Especializada Maior, ao debater a aplicabilidade do artigo 15 da LC 64/90, que trata de inelegibilidades, em casos de captação de sufrágio prevista no artigo 41-A da Lei 9.504/97, decidiu, por unanimidade, que o artigo da Lei de Inelegibilidades haveria de ser afastado, visto que a nova lei tratava de pena de cassação de registro de candidatura ou diploma, e não de pena de inelegibilidade, que é coisa bem diversa.

No caso apreciado, um candidato a prefeito no município de Goianira-GO, teve, na forma do artigo 41-A da Lei das Eleições, o registro da candidatura cassado pelo Juiz Eleitoral, em função de captação ilegal de sufrágio.

O Tribunal Regional Eleitoral de Goiás manteve a decisão.

Por decisão monocrática do Ministro Waldemar Zveiter, foi, no âmbito do Tribunal Superior Eleitoral, negado provimento ao recurso do candidato. O fato é que, neste interregno, o candidato penalizado foi eleito, haja vista que seu nome continuou constando como candidato, em função da falta de trânsito em julgado. Assim, o sancionado interpôs, junto ao TSE, agravo regimental da decisão monocrática, e ao mesmo tempo apresentou medida cautelar postulando, liminarmente, a suspensão dos efeitos da decisão do Ministro Relator, para que sua diplomação se tornasse possível.

O Relator concedeu a liminar e garantiu a diplomação. O Partido Social da Democracia Brasileira agravou desta decisão liminar. O Relator, acatando o agravo do PSDB, cassou a liminar e, conseqüentemente, o diploma, que a esta altura já havia sido expedido. O prefeito eleito interpôs embargos declaratórios e novo agravo regimental, sustentando que deveria ser aplicado o preceito do artigo 15 da Lei Complementar 64/90, e por conseqüência, lhe ser assegurado o mandato até o trânsito em julgado da causa. Estabelece o artigo 15 Lei Complementar 64/90:

"Transitada em julgado a decisão que declarar a inelegibilidade do candidato, ser-lhe-á negado o registro, ou cancelado, se já tiver sido feito, ou declarado nulo o diploma, se já expedido."

No julgamento do agravo regimental interposto, o TSE decidiu que o dispositivo acima somente era aplicável nos casos de reconhecimento de inelegibilidade, e não nas situações de cassação de registro ou diploma em razão captação ilegal de sufrágio, nos termos do artigo 41-A da Lei 9.504/97. Assim ficou ementado o Acórdão: "Medida Cautelar. Registro. Cassação. Liminar. Agravo Regimental. Efeito suspensivo. Perda do objeto.

1. Não imposta expressamente a pena de inelegibilidade, não encontra aplicabilidade o disposto no art. 15, LC 64/90, razão pela qual o julgado há de ser imediatamente executado.

É importante registrar algumas passagens do voto do Relator, Ministro WALDEMAR ZVEITER:

"Assiste razão ao agravante. De fato, a Lei Complementar 64/90, em seu art. 15, dispôs que, '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'. Ora, segundo verifica-se do constante nos autos do Recurso Especial nº. 19.023/GO, o magistrado a quo, embora, reconhecendo a prática do abuso do poder econômico e político, o que levou a cassar o registro do candidato, não impôs a pena de inelegibilidade.

O mesmo se dando com as demais instâncias recursais, que apenas confirmaram a decisão monocrática.

Como assentado na decisão agravada, em nenhuma das instâncias restou declarada a inelegibilidade do então candidato à Prefeitura de Goianira, mas tão somente foi determinada a cassação de seu registro da candidatura. Em face disso, não vejo como possa ser aplicado à espécie, o que prescrito no multicitado art. 15, da LC 64/90.

Ainda mais elucidativo foi o voto de vista do Ministro FERNANDO NEVES, que dissecou bem o assunto e alcançou, de forma objetiva, a diferença entre inelegibilidade e a pena prevista no referido artigo 41-A, in verbis: "Pedi vista dos autos para refletir sobre a aplicabilidade do citado art. 15 quando não há declaração de inelegibilidade, mas perda do registro por infringência ao art. 41-A da Lei 9.504, de 1997.

Este dispositivo trata da cassação do registro da candidatura ou do diploma e foi acrescido à lei eleitoral pela Lei 9.840/99, razão pela qual teve incidência somente no pleito de 2000. Desse modo, pouquíssimas vezes esta Corte teve oportunidade de analisar a matéria, não tendo feito, pelo que pude apurar, sobre a aplicação do art. 15 da LC nº 64/90.

Este é o teor do artigo: 'Art. 41-A . Ressalvado o disposto no artigo 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 50 mil Ufirs, e cassação do registro ou diploma, observado o procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar 64, de 18 de maio de 1990.

Vê-se que aqui se cuida de apuração e punição de conduta delituosa de quem já havia se apresentado à Justiça Eleitoral como candidato, diferentemente dos processos de registro, em que se discute as condições de elegibilidade ou causas de inelegibilidade. A questão da aplicação do art. 15 da Lei Complementar nº. 64 à espécie é de alta relevância diante das conseqüências que acarreta. Após meditar sobre o tema, conclui-se que, se não há declaração de inelegibilidade, a eficácia da decisão proferida pela Justiça eleitoral não está condicionada ao seu trânsito em julgado. Incide a regra geral de que os recursos eleitorais não têm efeito suspensivo (Código Eleitoral, art. 257). Com efeito. A regra contida no referido artigo 15 é clara: transitada em julgado a decisão que declarar a inelegibilidade do candidato, ser-lhe-á negado registro, ou cancelado, se já tive sido feito, ou declarado nulo o diploma, se já expedido.

Ora, no caso em exame não foi declarada a inelegibilidade, mas apenas cassado o seu registro, na forma do que dispõe o citado art. 41-A. Neste caso, penso que o interesse a prevalecer é o de afastar imediatamente da disputa aquele que, no curso da campanha eleitoral, incide no tipo captação de sufrágio vedada por lei. Os autos não permitem verificar, com segurança, qual foi o fato que levou à cassação do diploma. Mas isso não importa, pois é suficiente a informação dada pelo eminente relator de que a representação foi julgada procedente por infração ao art. 41-A da Lei 9.504/97, e a sentença não declarou a inelegibilidade do candidato, apenas cassou-lhe o registro.

É importante que se faça perfeita distinção entre o caso presente e os processos de registro de candidatura. São situações diversas, que foram tratadas pelo legislador também de forma 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 para participar do pleito. A representação com base no art. 41-A, no entanto, tem, como objeto, não mais a aferição das condições para o deferimento do registro, mas apurar condutas ilícitas praticadas pelo candidato durante sua campanha eleitoral. O fato de que, na apuração do delito, seja observado o previsto no art. 22 da Lei Complementar 64, de 1990, não altera o meu entendimento, pois o que deve ser seguido é apenas o procedimento, não as punições lá previstas, entre as quais se encontra a inelegibilidade por três anos. Aliás, as penas próprias do artigo 41-A nele estão perfeitamente definidas: multa de mil a 50 mil Ufirs e cassação do registro ou do diploma."20 O Ministro MAURÍCIO CORREIA, de forma sintetizada, completou o argumento acima, dizendo:

"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."21 A decisão acima referida foi unanimidade no âmbito do TSE, e enterra de vez a levantada tese de que o disposto no artigo 41-A da Lei 9.504/97 implica em inelegibilidade. Se o entendimento falho vingasse, quem estava enterrado era o dispositivo promissor, vez que contaminado pelo vício formal da inconstitucionalidade. O entendimento pretoriano, ao afastar pretensões escusas, consistiu num enorme avanço contra a corrupção eleitoral e em defesa da moralidade e legalidade das eleições. Certamente foi um marco. O início da fase de aplicações de punições efetivas aos que utilizam os expedientes previstos na norma repressora, porque, até este momento, a previstas penas de inelegibilidade estavam se mostrando insuficientes em face do abuso de poder econômico.

FONSECA, Antonino Aquiles S. **Captação de Sufrágio.** Disponível em: http://www.direitonet.com.br/textos/x/15/99/1599/ Acesso em: 22.ago.2006.