

A constitucionalidade do art. 41-a da lei das eleições

Márlon Jacinto Reis*

RESENHA: O autor contesta a tese da inconstitucionalidade das medidas de cassação previstas no art. 41-A da Lei das Eleições, introduzida no ordenamento jurídico através de projeto de iniciativa popular, afirmando que as mesmas possuem natureza administrativa, não constituindo forma de imposição de sanção de inelegibilidade. Seguindo a linha da orientação jurisprudencial do TSE, demonstra onde reside a distinção jurídica entre cassação administrativa do registro e do diploma e a declaração da inelegibilidade. As considerações contidas neste artigo se aplicam à defesa da constitucionalidade dos arts. 73, § 5º, e 77, ambos da Lei nº 9.504/97.

Através do presente artigo, apresento meu posicionamento no que toca à constitucionalidade do art. 41-A da Lei nº 9.504/97.

Convém lembrar, de início, que o dispositivo em questão foi introduzido no ordenamento jurídico pela primeira lei de iniciativa popular da história do País, a Lei nº 9.840/99, como resultado da mobilização de mais de um milhão de brasileiros, por iniciativa da CNBB, OAB, CUT, FENAJ, Associação Juízes para a Democracia e dezenas de outros organismos e movimentos sociais com atuação em todo o Brasil.

Referida lei tornou possível a cassação do registro ou do diploma do candidato descoberto na prática da captação ilícita de sufrágio e de algumas das condutas vedadas a agentes públicos.

Questão desde o início deduzida em juízo pelos patronos dos representados por captação ilícita de sufrágio e uso eleitoral da máquina administrativa foi a relativa à possível inconstitucionalidade da norma, por ofensa ao disposto no art. 14, § 9º, da CF.

A alegação funda-se no fato de que, ao impedir o acesso ao mandato pela via da desconstituição do registro ou do diploma, criaram os arts. 41-A e 73, § 5º, modificados pela lei de iniciativa popular, novas hipóteses de inelegibilidade.

Os defensores dessa tese baseiam-se no conceito amplo segundo qual tudo o que prive o nacional do acesso ao mandato constitui uma inelegibilidade.

A cassação do registro ou do diploma por captação ilícita de sufrágio corresponderia a uma das formas de inelegibilidade - a inelegibilidade cominada simples a - , derivando sua inconstitucionalidade do fato de haver sido autorizada por lei ordinária, quando a espécie exigiria a edição de lei complementar.

Essa linha de raciocínio foi superada pela pacífica jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral. A tese da inconstitucionalidade do art. 41-A, apesar de respeitáveis os seus defensores, não guarda qualquer consonância com o sistema jurídico eleitoral brasileiro.

Não é correto afirmar que toda e qualquer circunstância capaz de afastar do nacional o direito eleitoral passivo constitui obrigatoriamente uma inelegibilidade. Pode até sê-lo no plano fático, ou para o conhecimento vulgar, mas não em termos de Ciência do Direito Eleitoral.

Inúmeros argumentos sustentam a distinção entre a cassação autorizada pelo art. 41-A e a declaração de inelegibilidade.

Primeiramente, cumpre observar que a Constituição, no mesmo art. 14, em seu § 3º, elenca o que denomina "condições de elegibilidade". Por força da expressa dicção constitucional, estão ali assentadas circunstâncias cuja ausência impede o acesso aos cargos de provimento eletivo. Não considero, na linha de argumentação aqui adotada, o fato de que tais circunstâncias também estejam albergadas na Constituição. O que importa ver, aqui, é que o Constituinte declarou, *expressis verbis*, a existência de condições outras que, além das inelegibilidades, podem afastar de alguém a possibilidade de ascender ao mandato eletivo. Só isso já prova que não é das inelegibilidades o monopólio do afastamento do nacional dos pleitos eleitorais.

É possível, então, afirmar que não basta existir causa normativa capaz de afastar alguém do pleito para que esta possa ser tratada juridicamente como "inelegibilidade".

Então, qual o conteúdo jurídico da categoria "inelegibilidade"?

A Constituição brasileira descreve algumas situações impeditivas da acessibilidade ao mandato por via eletiva, às quais concede a denominação de inelegibilidades. Algumas foram relacionadas nos §§ 4º a 8º; outras ficaram de ser relacionadas pelo legislador complementar (§ 9º). Em todas elas há um mesmo princípio, eleito pelo constituinte para orientar a definição das inelegibilidades já contidas no texto fundamental, bem como para servir de guia para a definição das demais, deixadas a cargo do legislador. Esse princípio está explicitamente revelado no § 9º: proteção da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato.

Toda e qualquer inelegibilidade tem essa mesma finalidade de estabelecer o "mínimo moral", fora do qual devem ser afastados os pleiteantes de cargos eletivos. O que se deseja, nessa matéria, é evitar que o futuro mandato venha a ser alcançado por pessoa destituída dos alicerces éticos mínimos indicadores de uma propensão pela probidade e pela moralidade administrativas.

Com esse mesmo fim, o constituinte impôs ainda ao legislador que, no exercício do seu mister, atentasse para "a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta".

Por tais razões, a Lei Complementar nº 64/90, seguindo tradição legislativa, albergou, dentre outras, inelegibilidades relativas a condenações criminais, indignidade para o oficialato e rejeição de contas. Mas também incluiu no rol os praticantes do abuso do poder econômico ou político. Em nenhuma dessas hipóteses quis o legislador proteger outro objeto jurídico senão aquele ditado pelo constituinte: "a probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato".

É esse o conceito fundamental de inelegibilidade, de que depende qualquer interpretação a ser dada ao dispositivo: as inelegibilidades visam a impedir o acesso aos mandatos por parte daqueles que:

a) podem ser eleitoralmente beneficiados por sua posição na estrutura do Poder Público;

b) podem tirar proveito eleitoral de relações de parentesco com os titulares do poder;

c) lançaram mão de meios ilícitos e indignos para a obtenção do sufrágio, capazes de influir no resultado do pleito; ou

d) praticaram atos outros capazes de indicar objetivamente sua inaptidão para a prática de atos de gestão da coisa pública.

O constitucionalista Alexandre de Moraes fala em inelegibilidade absoluta nos casos dos inalistáveis e dos analfabetos. A inelegibilidade relativa atinge as seguintes hipóteses: a) por motivos funcionais; b) por motivos de casamento, parentesco ou afinidade; c) dos militares; d) por previsões de ordem legal.

O preciso conceito de inelegibilidade nos é fornecido pelo brilhante Djalma Pinto: "É a ausência de aptidão para postular mandato eletivo".

Lição semelhante é a se colhe do brilhante ensinamento de Pedro Henrique Távora Niess, para quem a inelegibilidade "É a negação do direito de ser representante do povo no poder".

Há, porém, além da ausência de condições de elegibilidade ou da presença de causas de inelegibilidade, outra ordem de fatos capazes de afastar alguém do prélio eleitoral. Falo das normas administrativas voltadas a garantir o cumprimento, pela Justiça Eleitoral, do seu dever de dirigir de modo eficiente e escorreito o processo de seleção democrática de candidatos.

Essas normas não se situam em foro constitucional, integrando validamente o mundo jurídico como decorrência simples da missão concedida à Justiça Eleitoral, que é a de gerir o processo eletivo.

É o caso, por exemplo, daquele que, sem ter sido escolhido em convenção, pleiteia o registro de sua candidatura. Ele pode preencher todas as condições de elegibilidade e não haver incidido em nenhuma causa de inelegibilidade, mas não pode concorrer, sujeitando-

se a cassação do registro ou do diploma indevidamente concedidos, por pura e simples ofensa a regra administrativa eleitoral.

O mesmo se pode dizer daquele que, sendo filiado a partido político, não pode candidatar-se nas eleições municipais por falta da instalação tempestiva de órgão local de direção partidária (art. 4º da Lei 9.504/97).

E é também o que ocorre no caso do candidato que, devidamente notificado, recusa-se a apresentar uma mera fotografia para inclusão digital na urna eletrônica, ou que só vem a fazê-lo quando ultrapassado o tempo em que a administração técnica da eleição não mais possa admiti-lo.

O art. 28 da Resolução TSE nº 21.608, de 05.02.2004, relaciona os documentos que devem acompanhar o Requerimento de Registro de Candidatura (RCC). O parágrafo 3º do aludido dispositivo estatui o seguinte:

"Se a fotografia não estiver nos moldes exigidos, o juiz determinará a apresentação de outra, e, caso não suprida a falha, o registro deverá ser indeferido".

Apreciando caso concreto relativo a ponto semelhante, em precedente relatado pelo Min. Fernando Neves, o Tribunal Superior Eleitoral decidiu haver sido "apresentada, então, somente parte da documentação exigida, razão por que a Corte Regional acertadamente indeferiu o registro do recorrente".

Essas são hipóteses que demonstram, de maneira bastante simples, o óbvio: dentre os poderes administrativos do juiz eleitoral está o de indeferir registros ou diplomas obtidos com menoscabo às regras básicas voltadas a permitir a correta administração das eleições.

Se o candidato malfez normas administrativas eleitorais que inviabilizam sua permanência no prélio eleitoral, deve, por força dessas mesmas regras, ser afastado da disputa.

Se isso é válido para o candidato que simplesmente se recusa a apresentar sua fotografia, como não aceitá-lo para o que pratica atos de corrupção da vontade do eleitorado?

Entre as regras administrativas eleitorais devem estar aquelas que garantam a lisura do "jogo democrático", impedindo que os eleitores tenham violado o direito à formação livre de suas opções.

O que o legislador popular constatou foi a evidente inexistência de instrumentos administrativos mínimos capazes de garantir a realização eleições limpas. Fávila Ribeiro sempre denunciou que "A corrupção é uma das formas mais danosas e resistentes, denotando crescente expansão, tomando aspectos cada vez mais engenhosos, prejudicando, em larga escala, a austeridade do processo eleitoral". E completava afirmando a dificuldade para se "desfraldar uma ação repressiva e mesmo conter a corrupção eleitoral, diante da forma sutil que ela assume (...)".

Como foi dito, as inelegibilidades têm destino certo, qual seja a proteção do futuro mandato. Daí sua incapacidade técnica de embasar medidas eficazes, céleres e suficientes para garantir a correta ordenação dos trabalhos eleitorais. Simplesmente porque não é essa a sua missão.

Até o advento da Lei nº 9.840, em 28 de setembro de 1999, a Justiça Eleitoral era responsável por uma missão que não tinha como cumprir. Recebera a nobre tarefa de gerir as ações voltadas à seleção dos mandatários, mas se lhe negou os instrumentos administrativos necessários para repreender, no curso do processo administrativo de escolha dos candidatos, aqueles que insistissem em afrontá-lo por meio da prática de atos de corrupção.

O que se deve perceber é que, enquanto as inelegibilidades tutelam o futuro mandato, o bem protegido pelo art. 41-A é a lisura na administração das eleições. Daí decorre sua natureza puramente administrativa, além de todas as demais conseqüências práticas de sua aplicabilidade, dentre as quais avulta em importância a exequibilidade imediata das decisões fundadas no aludido dispositivo.

Perceba-se que nem mesmo a Lei de Inelegibilidades (LC nº 64/90) escapa a essa leitura distintiva entre o que é inelegibilidade e o que constitui cassação administrativa.

Ao estabelecer o procedimento para a repressão ao abuso de poder econômico, político e de meios de comunicação, o legislador complementar estipulou o seguinte:

Art. 22, XIV - 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 e pelo desvio ou abuso do poder de autoridade, determinando a remessa dos autos ao Ministério Público Eleitoral, para instauração de processo disciplinar, se for o caso, e processo-crime, ordenando quaisquer outras providências que a espécie comportar (grifei).

Do dispositivo acima transcrito vê-se claramente qual a sanção aplicável aos praticantes de tais modalidades de abuso: "cominando-lhes sanção de inelegibilidade para as eleições a se realizarem nos 3 (três) anos subseqüentes à eleição em que se verificou".

Mas não seria razoável que a Justiça Eleitoral reconhecesse a ocorrência de tais abusos e aplicasse sanção com repercussões apenas futuras. Por isso, o legislador definiu que, além dessa inelegibilidade, proceder-se-ia também à cassação do registro do candidato diretamente beneficiado. A redação é clara: "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"(grifei).

Como se vê, nem mesmo a Lei de Inelegibilidades prevê a cassação do registro como sanção de inelegibilidade. Cassação do registro e inelegibilidade são medidas repressivas ontologicamente distintas.

Prova inconcussa da existência de distinção entre a inelegibilidade e a cassação do registro reside no fato de que a renúncia do candidato eleito a quem se atribua, p. e., a prática de abuso de poder econômico afasta a possibilidade da sua cassação, mas não impede a declaração da inelegibilidade.

Inelegibilidade é sempre uma sanção prévia ao requerimento do registro. O primeiro momento processual adequado para sua argüição é a impugnação ao registro de candidatura

(art. 3º da LC nº 64/90). Além disso, nas hipóteses de inelegibilidade definidas no art. 14 da Constituição da República, admite-se a sua alegação em sede de recurso contra a expedição de diploma (art. 262, I, do Código Eleitoral).

Note-se, por outro lado, que abuso de poder econômico e captação ilícita de sufrágio, embora apresentem certa similaridade entre si no mundo dos fatos, possuem diverso conteúdo jurídico. Vejamos a seguinte hipótese: um candidato a uma vaga no parlamento municipal promete a seu eleitor que, sendo vitorioso no certame, apresentará projeto de lei objetivando dar a uma rua o nome da mãe do votante. Há aí um evidente caso de captação ilícita de sufrágio, já que o art. 41-A da Lei das Eleições sanciona com a cassação e multa a promessa ou oferta de vantagem de qualquer natureza. Não há no caso, entretanto, abuso de poder econômico, pois a vantagem baseia-se em valores imateriais.

Por isso mesmo o Tribunal Superior Eleitoral tem afirmado que "Em representação para apuração de captação vedada de sufrágio não é cabível a decretação de inelegibilidade, mas apenas multa e cassação de registro ou de diploma, como previsto no art. 41-A da Lei nº 9.504/97".

Vejamos, no quadro abaixo, outras distinções entre abuso de poder econômico e captação ilícita de sufrágio:

Abuso do poder econômico: Exige a demonstração da influência ou alteração do resultado da eleição para o seu reconhecimento.

Sua sanção tem por meta a salvaguarda da normalidade e legitimidade do pleito.

Exige o trânsito para a execução da medida de cassação (art.15 da LI).

Pode ensejar a aplicação da sanção mesmo que a ação ilícita seja praticada antes do pedido de registro da candidatura.

Captação ilícita de sufrágio: Não exige a prova da influência no resultado da eleição, bastando a mera tentativa de corrupção da vontade de um único eleitor.

Tutela a formação livre da vontade do eleitor.

Admite a execução imediata (art.257 do CE).

Só pode ser considerada infração eleitoral se praticada após o pedido de registro da candidatura.

As considerações acima demonstram o grande número de distinções passíveis de realização entre as inelegibilidades e as infrações administrativas eleitorais.

Não é por menos que o egrégio Tribunal Superior Eleitoral possui o entendimento pacífico de que o art. 41-A é mesmo constitucional.

Faz-se, por fim, necessária a menção a alguns julgados da mais alta Corte especializada em matéria eleitoral:

"A jurisprudência deste Tribunal Superior está consolidada quanto à constitucionalidade do art. 41-A da Lei das Eleições, que não estabelece hipótese de inelegibilidade e possibilita a imediata cassação de registro ou de diploma (Acórdãos nºs. 16.644 e 3.042)". (REspE nº 21.248 - SC).

"Segundo já teve ocasião de assentar esta Corte, a cassação do diploma por infração ao art. 41-A da Lei nº 9.504/97 não implica declaração de inelegibilidade. O escopo do legislador, nessa hipótese, é o de afastar imediatamente da disputa aquele que no curso da campanha eleitoral incidiu no tipo captação de sufrágio vedada por lei. Inconstitucionalidade parcial da norma afastada" (Acórdão nº 19.644 - SE, rel. Min. Barros Monteiro, DJ de 14.2.2003).

Analisando a linha jurisprudencial do TSE, alcancei, em outra publicação, as seguintes conclusões:

"Ocorre, todavia, que a cassação do registro ou do diploma constitui medida de cunho administrativo-eleitoral, voltada a afastar do certame o candidato apanhado na prática da denominada 'compra de votos' ou uso eleitoral

da máquina governamental como forma de obtenção de sufrágio, agora vistos como infrações eleitorais".

.....

"Não há imposição de inelegibilidade em decorrência da Lei nº 9.840/99, que se contenta com a imposição de duas medidas administrativas: cassação do registro ou do diploma".

Tratando do mesmo tema, RUI STOCO e LEANDRO DE OLIVEIRA STOCO afirmam:

"O art. 41-A da Lei 9.504/97 não prevê a declaração de inelegibilidade, senão e a apenas a cassação do registro ou do diploma. Afasta-se, assim, qualquer alegação de ofensa ao art. 14, § 9º, da Constituição Federal, que exige Lei Complementar para 'outros casos de inelegibilidade', além daquelas nela prevista (art. 14) e na LC 64, de 18.05.90. Inadmissível, portanto, a declaração de inelegibilidade com fundamento exclusivo no art. 41-A da Lei nº 9.504/97"17.

Por tudo o que vimos, forçoso concluir pela hialina constitucionalidade do art. 41-A da Lei nº 9.504/97.

O notável Pinto Ferreira chamava a atenção para o espírito e vocação publicística do Direito Eleitoral. Numa de suas mais memoráveis lições, o insigne mestre pernambucano pontificou: "O estado tem interesse em dar legitimidade e inspirar confiança nas eleições, que, realizadas livre e periodicamente, fundamentam a essência da democracia. Uma democracia baseada no medo, na mistificação das conseqüências não existe, é uma falsa democracia ou despotismo".

A tese da constitucionalidade do dispositivo multicitado repousa nessa leitura do Direito Processual Eleitoral, compatível não apenas com a vigente ordem constitucional,

mas com a efetividade e eficiência que sempre foram negadas a tão importante ramo do Direito.

As considerações acima são igualmente aplicáveis, pelos fundamentos ali presentes, às alegações de inconstitucionalidade dos arts. 73, § 5º, e 77, ambos da Lei nº 9.504/97.

* Juiz de Direito no Maranhão, vencedor do Prêmio Innovare – O Judiciário do Século XXI com o projeto “Integração Justiça Eleitoral e Sociedade Civil”, membro da Associação Juízes para a Democracia, integrante do Comitê Nacional do Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral e doutorando em Sociologia Jurídica e Instituições Políticas pela Universidade de Zaragoza, Espanha.

Disponível em:< http://www.paranaeleitoral.gov.br/artigo_impresso.php?cod_texto=207>

Acesso em.: 16 out 2007.