

POSTULADOS TEÓRICOS PARA A DIFERENCIAÇÃO ENTRE ABUSO DE PODER ECONÔMICO E CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO¹

WALBER DE MOURA AGRA

Walber de Moura Agra. Mestre pela UFPE, doutor pela UFPE/ Università degli Studi di Firenze; Pós-doutor pela Université Montesquieu Bordeaux IV. Visiting Research Scholar of Cardozo Law School. Professor visitante da Università degli Studi di Lecce. Professor visitante da Université Montesquieu Bordeaux IV. Diretor do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais. Membro correspondente do Centre d'Études et de Recherches sur les Droits Africains et sur le Développement Institutionnel des Pays en Développement. Professor da Universidade Católica de Pernambuco. Procurador do Estado de Pernambuco. Ex-vice-diretor da Escola Judiciária do Tribunal Superior Eleitoral. Advogado.

Resumo

Abuso de poder econômico e captação ilícita de sufrágio são conceitos tipológicos que guardam diferenças e similitudes. A busca das

¹ Artigo recebido em 28 de janeiro de 2013 e aceito para publicação em 4 de fevereiro de 2013.

diferenciações entre tais conceitos da seara eleitoral se justifica na medida em que, apesar de não serem ontologicamente diversos, apresentam peculiaridades que acarretam graves consequências jurídicas. Portanto, o presente artigo tem por objetivo confeccionar cânones que possam servir para traçar as diferenças entre os dois institutos, impedindo que a sua utilização inadequada possa servir de acinte ao ordenamento jurídico, e incentivar que o Judiciário impeça as tentativas de transformá-lo em um órgão cerceador da vontade popular.

Palavras-chave: Abuso de poder econômico. Captação ilícita de sufrágio. Eleições. Compra de voto.

Abstract

The abuse of economic power and the licit obtaining of suffrage are typological concepts which hold differences and similarities. The seeking of such differences within the electoral world is justified because, although not being ontologically diverse, they present peculiarities that lead to serious juridical consequences. This article seeks to make canons which can be used to draw the differences between the two institutions, preventing that its inadequate utilization serve as a threatening of juridical ordinance, and support the judiciary to stop attempts of making it an organ of restricting popular will.

Keywords: Abuse of economic power. Licit obtaining of suffrage. Elections. Vote bribes.

1 Prolegômenos

A finalidade das presentes linhas é tecer *standards* teóricos para que se possa tentar perscrutar as diferenças e similitudes entre o abuso de poder econômico e a captação ilícita de sufrágio. A busca das diferenciações entre essas duas *fattispecie* da seara eleitoral se justifica na medida em que, apesar de não serem ontologicamente diversas, apresentam peculiaridades que acarretam graves consequências jurídicas. Infelizmente, pululam decisões judiciais e trabalhos doutrinários em que as duas tipificações são confundidas, fazendo com que o mesmo

fato jurídico possa ser enquadrado ora como exemplo de um, ora como de outro.

Em hipótese alguma o abuso de poder econômico pode ser confundido com a captação ilícita de sufrágio. Eles surgem de fatos jurídicos predeterminados normativamente, ainda que imbuídos de conceitos vagos, de caráter principiológico, que guardam similitudes, principalmente no desiderato de evitar estorvos à vontade do eleitor. A falta de nitidez entre as duas situações abstratas resulta que alguns radicais de uma podem ser imputados à outra, desde que as situações sejam repetidas. Todavia, o sentido deontológico de uma correta operação de subsunção tem seu fator teleológico em evitar injustiças, haja vista que, para a formalização de cada um, se exigem requisitos diferentes, impedindo que haja enquadramentos aleatórios.

O abuso de poder político também pode ser confundido com a captação ilícita de sufrágio, entretanto, seguindo a divisão epistemológica do presente trabalho, apenas as diferenciações entre abuso de poder econômico e o art. 41-A serão analisadas.

Portanto, a finalidade vislumbrada será intentar a confecção de cânones que possam servir para traçar as diferenças entre os dois institutos, impedindo que a sua utilização trôpega possa servir de acinte ao ordenamento jurídico e incentivar que o Judiciário possa obnubilar aquelas tentativas de transformá-lo em um órgão cerceador da vontade popular.

2 Dificuldades de conceituação

Como fora mencionado alhures, por existir uma zona cinza em que essas duas *fattispecie* se interpenetram, podendo ser impugnadas com uma mesma ação eleitoral específica, existem dificuldades para vislumbrar as diferenças entre elas. Por essa razão, o objetivo fulcral do presente texto é tentar delinear essas dissimetrias. Mesmo apresentando uma zona de cópula normativa, parafraseando a linguagem luhmanniana, as duas hipóteses normativas não são iguais, e os equívocos provocados em sua individualização provocam consequências jurídicas indeléveis.

Essa zona de interpenetração tem sua gênese porque os dois esquadros jurídicos trazem o fator teleológico de garantir a paridade de armas do processo eleitoral, a igualdade de oportunidade dos candidatos participantes do pleito, impedindo que a utilização de demasiados recursos materiais ou a “compra de votos” possa desequilibrar o resultado das eleições em favor da elite dominante. Por essa razão, seus âmbitos de incidência se interpenetram em vários aspectos.

Apresenta-se como axioma que a finalidade do voto não pode ser deturpada, pois ocasiona uma incompatibilidade com a essência dos ideais democráticos que exprimem a ideia de que as diretrizes políticas da sociedade são tomadas pela própria população. Quando da utilização dessas duas figuras típicas, torna-se clara a manipulação dos eleitores e a mitigação da sua liberdade de sufrágio, pois deixam de votar no candidato mais apto a conduzir a coisa pública em troca de alguma benesse.

O âmbito de incidência da captação ilícita de sufrágio é determinado por quatro núcleos verbais: doar, oferecer, prometer e entregar. Não que esses núcleos sejam regras que não deixem dúvidas no fenômeno da subsunção, haja vista que, segundo a teórica concretista de Müller (2008, p. 143), entre o texto normativo e sua concretização fática existe uma ampla seara de permissão ao trabalho do hermeneuta; todavia, sua explicitação textual fornece um seguro ponto de partida para o início da exegese. A questão reside em que esses mesmos quatro núcleos verbais, dependendo da circunstância fática, de sua extensão e da gravidade, podem ser considerados também como requisitos suficientes para a configuração de abuso de poder econômico.

Com relação ao âmbito de incidência do abuso de poder econômico, a legislação eleitoral brasileira em nenhum momento tenta sua conceituação, deixando clarividente ostentar este a natureza de um princípio, um conceito jurídico indeterminado, no que permite sua incidência em uma multiplicidade incontável de situações hipotéticas (AGRA, 2010, p. 99). A jurisprudência também não oferece clareza, já que a maioria dos julgados não é auferida por meio de robusto material teórico, mas obedece a premências casuísticas.

Sem parâmetros normativos e jurisprudenciais, a tentativa de solucionar a aporia é uma delimitação de seu enquadramento conceitual.

Porém, mesmo esse itinerário se configura complicado em razão de que no Brasil tem-se como lícito o financiamento privado de campanha, vedando-se unicamente que determinados sujeitos possam fornecer recursos aos participantes do pleito eleitoral – todos eles descritos no art. 24 da Lei Eleitoral². Não há nenhum dispositivo normativo, de forma direta ou indireta, que comine um limite máximo para os gastos eleitorais. Somente o art. 17 da Lei Eleitoral assevera que a cada eleição, observadas as peculiaridades locais, cabe à lei fixar até o dia 10 de junho de cada ano eleitoral o limite dos gastos de campanha para os cargos em disputa (LUCENA ESMERALDO, 2012, p. 307-308). Como nunca houve a edição de uma norma desse jaez, tem cada partido político a prerrogativa de fixar o limite desses gastos, comunicando o seu valor à Justiça Eleitoral.

Então, teoricamente, se um candidato não ultrapassa o limite de gastos informados à Justiça Eleitoral pela agremiação, ele nunca incidirá na tipificação de abuso de poder econômico? Infelizmente, tal questionamento não pode ser respondido em cima de maniqueísmos. Sabe-se, de forma notória, que parte do financiamento privado de campanha não é declarada, não integrando a prestação de contas enviada à Justiça. Portanto, afora incúria contábil, jamais o teto estabelecido quando do registro de candidatura será ultrapassado.

² Art. 24. É vedado, a partido e candidato, receber direta ou indiretamente doação em dinheiro ou estimável em dinheiro, inclusive por meio de publicidade de qualquer espécie, procedente de:

- I – entidade ou governo estrangeiro;
- II – órgão da administração pública direta e indireta ou fundação mantida com recursos provenientes do poder público;
- III – concessionário ou permissionário de serviço público;
- IV – entidade de direito privado que receba, na condição de beneficiária, contribuição compulsória em virtude de disposição legal;
- V – entidade de utilidade pública;
- VI – entidade de classe ou sindical;
- VII – pessoa jurídica sem fins lucrativos que receba recursos do exterior;
- VIII – entidades beneficentes e religiosas;
- IX – entidades esportivas;
- X – organizações não governamentais que recebam recursos públicos;
- XI – organizações da sociedade civil de interesse público.

Parágrafo único. Não se incluem nas vedações de que trata este artigo as cooperativas cujos cooperados não sejam concessionários ou permissionários de serviços públicos, desde que não estejam sendo beneficiadas com recursos públicos, observado o disposto no art. 81.

Dessa forma, torna-se mais difícil identificar o abuso econômico por sua conceituação principiológica, sem estar alicerçada em delimitação clara. A própria conceituação de excesso material depende de configurações territoriais, culturais, temporais, dos gastos realizados pelos concorrentes, etc.

Depreende-se, do que fora exposto supra, que as duas *fattispecie* não dispõem de uma tipificação fechada, deixando margens a voluntarismos jurídicos e acrobacias hermenêuticas, acentuando um processo de judicialização que é crescente em todas as áreas jurídicas, mas que pode provocar indelévels consequências na esfera eleitoralista porque obnubilará a segurança jurídica que é imprescindível à legitimação dos pleitos eleitorais (STRECK, 2007, p. 123).

3 Captação ilícita de sufrágio

Acrescentado pela Lei nº 9.840/1999, de 28 de setembro de 1999, o art. 41-A estabeleceu uma nova previsão de ato ilícito consistente na captação de sufrágio de forma espúria, qualquer que seja a modalidade de compra de voto. É a conquista do voto por meio ilícito, fraude ou qualquer artifício que deturpe a democracia e a normalidade do processo eleitoral (SANTOS GONÇALVES, 2012, p. 18-19). Ou seja, ocorre quando a conduta do candidato em determinado pleito tem a intenção de abalar a normalidade, a legitimidade da eleição e a autenticidade de sufrágio do cidadão (DESIREE SALGADO, 2010, p. 41).

Diante da importância outorgada ao processo eleitoral e à lisura de sua condução, a Lei Eleitoral preleciona que constitui captação de sufrágio 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 (art. 41-A, da Lei nº 9.504/1997). Busca-se, assim, proteger a liberdade de escolha da população, permitindo-se exclusivamente a captação lícita de votos.

A caracterização da captação ilícita de sufrágio pressupõe a ocorrência simultânea dos seguintes requisitos: a) prática de uma das seguintes condutas típicas: doar, oferecer, prometer ou entregar; b) bem

ou vantagem pessoal de qualquer natureza; c) fim específico de obter o voto do eleitor; d) evidência de dolo por meio de violência ou grave ameaça; e) participação ou anuência do candidato beneficiário na prática do ato³. No entanto, para esse último, é desnecessário que o ato tenha sido praticado diretamente pelo candidato, mostrando-se suficiente que, evidenciado o benefício, haja dele participado de qualquer forma ou com ele consentido, de forma explícita ou tácita⁴.

Impende ressaltar que promessas de campanha dirigidas indistintamente a eleitores sem referência a pedido de voto não constituem captação ilícita de sufrágio⁵. Também não se configura a tipificação do art. 41-A promessas de campanha quando realizadas de forma genérica, sem especificar cidadãos determinados.

Importante frisar que a captação ilícita de sufrágio pode ser tipificada com a ação delitiva do agente tendente a influenciar a vontade de um único eleitor, não se exigindo mostrar influência direta no resultado do pleito, mas apenas a gravidade da conduta praticada, que é notória no caso da “compra de votos.”

Outro fato que merece destaque no que se remete à captação ilícita de sufrágio é a ameaça ou violência como modo de agir da conduta. O § 2º da Lei nº 9.504/1997, introduzido pela Lei nº 12.034/2009, estabelece que as devidas sanções previstas para os que incidirem na captação ilícita, deturpando a livre vontade do eleitorado, aplicam-se contra quem praticar atos de violência ou grave ameaça à pessoa, com o fim de obter-lhe o voto. Nesse viés, valendo-se de sua posição na administração pública, muitos gestores que são candidatos à reeleição intimidam os servidores municipais por meio de ameaças de perdas de cargos, rompimentos de contratos, redução e supressão de salários, dentre outras represálias, com a finalidade cristalina de angariar votos⁶. Sendo assim, nota-se claramente a preocupação do legislador com o

³ Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 815659, acórdão de 1º.12.2011, relatora Min. Fátima Nancy Andrihgi, Publicação: *DJE – Diário da Justiça Eletrônico*, Tomo 26, Data 6.2.2012, p. 28.

⁴ AgRg no AI nº 7.515/PA, rel. Min. Caputo Bastos, *DJ* de 15.5.2008.

⁵ TSE, Recurso Especial Eleitoral nº 35.352, de 8.4.2010, rel. Min. Fernando Gonçalves.

⁶ Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 28459, acórdão de 2.9.2008, relator(a) Min. Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira, Publicação: *DJE – Diário da Justiça Eletrônico*, Data 17.9.2008, p. 22.

aprimoramento do processo democrático, pois visa expurgar tal prática acintosa à liberdade de sufrágio.

Para a concretização do tipo previsto no art. 41-A, é imperiosa a comprovação do dolo, haja vista se constituir como elemento essencial do tipo. Há premência de se comprovar que o candidato agiu com firme e deliberada vontade de infringir os parâmetros legais estabelecidos. As condutas culposas não são elementos suficientes para a subsunção normativa.

A lei estipulou que o momento para a devida configuração do ilícito é desde o registro até o dia da eleição. Não há dúvidas de que o termo final para propor a mencionada ação se estende até a data da diplomação. Quanto ao termo inicial, apesar do dispositivo enfocado asseverar que ele começa com o registro, há entendimentos doutrinários que defendem que ele pode começar antes, desde que sejam fatos que possam repercutir no processo eleitoral.

4 Abuso de poder econômico

Poder se configura como a prerrogativa de impor a vontade de um sujeito sobre outrem. Antes da consolidação do Estado de direito, a legitimação do poder encontrava-se amparada em vários substratos, como a teocracia, a violência, o costume, etc. Com a implantação do Estado de direito, este passa a contar com o alicerce do arcabouço jurídico, deflucência do princípio da soberania popular (ZIPPELIUS, 1997, p. 68).

O abuso de poder, espécie maculada da utilização do poder, é a ação de impor a vontade sobre outrem, malversando os imperativos legais vigentes. Abuso é o que extrapola, que exorbita, que excede. Esse tipo de conduta, que infringe frontalmente o princípio da legalidade, acarreta um acinte aos direitos políticos dos cidadãos, que são externados por meio do voto livre e secreto; e ao princípio republicano, em que a atuação política deve ser pautada no escopo da obtenção do bem comum ao invés de almejar a realização de interesses privados (AGRA, 2005, p. 18).

Mesmo sem o ordenamento jurídico conter delineamentos normativos de sua conceituação, a Constituição de 1988 demonstrou sua

preocupação com o abuso do poder econômico, consciente de sua danosidade ao processo democrático. Em seu art. 14, § 9º, asseverou que compete à lei complementar estabelecer outros casos de inelegibilidade e os prazos para sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou abuso do exercício de função.

Ressalte-se que o texto constitucional emprega a palavra influência e não abuso, no que tem, teoricamente, um sentido bem mais elástico. Contudo, a especificação infraconstitucional agasalhou melhor técnica legislativa porque o seu objetivo não é obstacular a utilização de recursos econômicos, o que é impossível, mas impedir que haja uma desequiparação entre os partícipes eleitorais. O complicador é que mesmo com a sinalização da *Lex Mater* para a importância de se evitar o excesso material, a legislação infraconstitucional não apresentou indicativos para sua conformação.

O excesso econômico refere-se à utilização excessiva, antes ou durante a campanha eleitoral, de recursos materiais ou humanos que representem valor econômico, buscando beneficiar candidato, partido ou coligação, afetando assim a normalidade, a isonomia e a legitimidade das eleições. Ou seja, nesses casos, existem gastos eleitorais em demasia que têm como escopo influenciar negativamente a vontade do eleitorado, desvirtuando-a da sua escolha inicial para que opte por candidato que de alguma forma o beneficie.

É assente para o Tribunal Superior Eleitoral que o abuso de poder econômico se caracteriza pela intenção de desequilibrar a disputa eleitoral, podendo ocorrer de modo irregular, oculto ou dissimulado⁷. Para Decomain (2000, p. 72), considera-se abuso de poder econômico o emprego de bens e serviços fora da moldura traçada pelas regras de financiamento presentes na Lei nº 9.504/1997.

Ele é uma espécie do gênero abuso de poder, que também pode ser político. A abusividade econômica é a exacerbação de recursos financeiros para cooptar votos para determinado(s) candidato(s), relegando a importância da mensagem política. Já a política configura-se

⁷ Ac. de 2.12.2003 no AgRgREspe no 21.312, rel. Min. Carlos Velloso.

na utilização das prerrogativas auferidas pelo exercício de uma função pública para a obtenção de votos, esquecendo-se do tratamento isonômico a que todos os cidadãos têm direito, geralmente com o emprego de desvio de finalidade⁸.

Para sua incidência no processo eleitoral, o excesso necessita ser metrificado, alicerçado em robustas provas pelas consequências que pode provocar. Para sua tipificação, urge precisá-lo conceitualmente, para que não seja tão leniente a ponto de permitir a prática de abusos, nem tão fluido a ponto de provocar arbitrariedades judiciais. Urge que a Justiça Eleitoral, de forma tópica, especifique esses casos de maneira bastante enérgica, oferecendo parâmetros claros na determinação das condutas individuais, de modo que a letra da lei possa transbordar o fosso entre a subsunção teórica e a faticidade.

Indubitavelmente, as circunstâncias fáticas influenciam sobremaneira a configuração ou não do abuso econômico. Todos são cômicos de que uma eleição se faz com recursos financeiros, e não poderia ser de outro modo, haja vista que a maioria das tarefas de uma eleição apenas são passíveis de implementação por meio da utilização de fontes monetárias. Ocorre que, para se caracterizar o abuso, necessita-se de um parâmetro, do qual não pode haver extrapolação, ou que os recursos despendidos tenham sido utilizados em atividades não permitidas ou que provenham de fontes ilícitas.

Cumprido esclarecer que, para a configuração do abuso de poder econômico, não há necessidade de saber se ele influenciou na vontade dos eleitores, ou seja, se ele teve efetividade. Uma vez praticadas as condutas que se amoldam na subsunção típica, pouco importa se elas influenciaram ou não a vontade dos eleitores.

Inexistirá essa *fattispecie* se o montante despendido ficar dentro da margem que fora determinada como o valor máximo de gastos de

⁸ “Conforme consignado no acórdão regional, os representados ‘teriam abusado do poder político ao fazer propaganda institucional no *Diário Oficial*, ao se utilizarem de *e-mail* do poder público para fazer propaganda eleitoral, ao organizarem evento eleitoral em repartição pública e, finalmente, ao empregarem bem público de uso especial na campanha política que então se desenvolvia” (REspe-nº 25906/SP, rel. Min. José Gerardo Grossi).

campanha, não tenha provido de fontes ilícitas, nem tenha servido para comprar voto.

5 Diferenças entre as duas hipóteses abstratas

A confusão que ocorre na aplicação dessas duas *fattispecie*, pululante em todos os tribunais regionais eleitorais, acontece devido ao fato de que os núcleos verbais que compõem o tipo do art. 41-A também podem contextualizar o abuso de poder econômico, ou seja, as condutas típicas não são ontologicamente diferentes, apresentando muitos casos tópicos, analisados sem as devidas circunstâncias, uma similaridade que pode ser enquadrada em qualquer das duas hipóteses.

Como não foram estabelecidos parâmetros legais para definir os delimitamentos das duas hipóteses abstratas, cabe à orbe teórica tal tarefa. Entretanto, para se vislumbrar esse empreendimento, não se pode partir apenas de divagações abstratas, necessitando-se arrimar-se em defluências fáticas para que o teórico e a práxis possam forcejar em simbiose.

Quanto ao fator teleológico, não se vislumbra uma diferenciação, pois compartilham do mesmo *animus* de proteger a normalidade e legitimidade dos pleitos eleitorais. *A contrario sensu*, Coêlho (2010, p. 261) afirma que a vedação de abuso de poder destina-se a proteger a normalidade e legitimidade das eleições, tanto que a proibição de captação ilícita de sufrágio objetiva preservar a liberdade de voto ou a livre escolha do eleitor, constituindo-se estas diferenciações o eixo central das distinções.

O objeto do art. 41-A está radicado nos verbos doar, oferecer, entregar ou prometer. Em relação ao radical do excesso material, inexistente uma definição normativa de seus contornos, a conceituação vaga e imprecisa exige que haja excesso, que o dispêndio monetário seja exorbitante. Nesse diapasão, doar, oferecer, entregar ou prometer podem ser configurados também com abuso econômico, desde que possa ser auferido das circunstâncias em que houve extrapolação.

Para Pinto (2010, p. 221), o abuso de poder econômico realiza-se por meio de ações, enquanto o abuso de poder político acontece mediante

uma ação ou uma omissão. Realmente, o abuso nunca poderá partir de um ato comissivo, em virtude de que se exigem ações para que a igualdade entre os participantes do pleito possa ser quebrada. Por outro lado, na captação é possível que a omissão seja utilizada para angariar votos, como a promessa de não realização de fiscalização em período pré-eleitoral.

Para se estabelecer um delineamento que possa diferenciar nitidamente essas duas situações, sem o cometimento de equívocos conceituais e mantendo-se uma consistência teórica, urge plantear que o abuso econômico sempre será sistêmico, isto é, necessita-se que sua incidência ocorra em um sequenciar de situações, no que se exige inexoravelmente sua repetição. Já a captação ilícita se perfaz em única conduta, sem necessidade de repetições. Sua taxionomia é essencialmente tópica. O abuso de poder econômico nunca poderá ser tipificado diante de apenas um sujeito passivo ou de um reduzido número destes, devendo sempre ser configurado quando for asseverada sua natureza sistêmica.

O excesso material para a existência do abuso precisa da atestação de que a extrapolação teve conteúdo econômico, permitindo-se a aferição monetária do valor gasto. Na captação, o conteúdo econômico não é essencial: a promessa de troca de votos para que um cidadão possa participar, como voluntário, da banda de música municipal já preenche os requisitos previstos na mencionada descrição abstrata, mesmo sem apresentar nenhuma conotação econômica.

As condutas previstas no art. 41-A são nitidamente formais, não sendo essencial o resultado, a aceitação da doação ou da entrega, por exemplo, para sua efetivação. No caso do abuso econômico, é pressuposto que as condutas que denotem o excesso sejam realizadas, como os gastos excessivos da campanha, ou a distribuição de cestas de alimentos em uma região. A concretização das condutas é imprescindível, não se exigindo a efetividade, dispensando-se a comprovação de que o eleitor votou no candidato que realizou a conduta ilícita.

O sujeito ativo nas duas hipóteses deverá ser o candidato ou pessoas que diretamente estejam vinculadas a ele ou que contem com sua anuência.

O sujeito passivo no excesso, como não há restrição, pode ser qualquer pessoa, seja ou não eleitor, mas que sirva para configurar a generalidade das condutas. Na captação ilícita, obrigatoriamente, deve ser eleitor, não se configurando, exemplificativamente, quando o cidadão for eleitor de cidade diversa do domicílio eleitoral do candidato.

Ademais, o abuso pode ser proveniente de conduta lícita ou ilícita. A primeira ocorre quando se extrapola o teto de gastos eleitorais; e a segunda, quando o gasto é direcionado para condutas vedadas pela legislação. Um ato típico pode não ser taxado como abuso, enquanto que um acontecimento isolado pode ensejar a incidência do art. 41-A. Agora, sempre que houver gastos acima do limite previsto em lei ou acima do valor registrado na Justiça Eleitoral, o candidato incorrerá em abuso econômico, haja vista que os recursos gastos tiveram a finalidade de desequilibrar o pleito.

Receber recursos financeiros sem passar pela conta de campanha não é diretamente excesso, mas provoca a rejeição das suas contas (art. 22, § 3º da Lei Eleitoral). Se houver comprovação de que houve abuso, o sujeito sofrerá também as reprimendas legais dessa infração.

Recursos financeiros recebidos de fonte vedada também não se configuram diretamente como abuso de poder, acarretando como consequência a perda do montante do Fundo Partidário que seria recebido pelo partido no ano seguinte⁹. Essa situação pode dar ensejo a proposição de ação de arrecadação e gastos ilícitos de campanha (art. 30-A da Lei Eleitoral) e, ficando comprovado o excesso, também às sanções pertinentes a esse ilícito.

As provas na captação devem ser bem fundamentadas para se atestar a gravidade. Por outro lado, no abuso de poder econômico, o requisito da gravidade é implícito porque, como ele necessita de reiteradas condutas, o teor de acinte ao ordenamento jurídico exala grau incontornável.

⁹ “A utilização de recursos financeiros na campanha eleitoral em desconformidade com o que determina a Lei das Eleições não é suficiente, por si só, à caracterização de abuso, sendo necessária a comprovação do potencial lesivo da conduta. [...]” (Ac. de 28.10.2009 no RO nº 1.495, rel. Min. Marcelo Ribeiro.)

Saliente-se que, em ambas as situações, torna-se premente a demonstração de que a finalidade da vantagem oferecida ou efetivamente dada era a alienação do sufrágio com finalidade eleitoral. Com efeito, não basta provar que houve a oferta de ganho, sendo fundamental que haja a demonstração de que esse benefício ou promessa de benefício tenha a finalidade eleitoral de deturpar a livre vontade do eleitorado.

6 Similitude nas consequências jurídicas

Apesar de o abuso de poder econômico ter requisitos diversos da captação ilícita de sufrágio, ambos apresentam quase as mesmas consequências, uma vez configurada sua subsunção. Nos dois casos a sanção imposta – parte-se do postulado de que essas descrições abstratas têm a taxionomia de sanção em razão de se traduzir em uma reprimenda em decorrência de um ato ilegal – consubstancia-se na imputação de inelegibilidade por oito anos e na perda do registro ou do mandato se já houver o candidato vencido as eleições.

Com relação às consequências, não há possibilidade de determinar outros tipos de reprimenda, em razão do princípio da estrita reserva penal. O que pode acontecer, em consonância com expresso permissivo legal, é a aplicação de multa nos casos de captação ilícita de sufrágio, não sendo essa hipótese possível de ser aventada nos casos de excesso material.

Por outro lado, quando o partido descumprir as normas referentes à arrecadação e aplicação de recursos fixados na Lei Eleitoral, configurando-se ou não abuso de poder econômico, perderá o direito ao recebimento da quota do Fundo Partidário do ano seguinte, sem prejuízo de sofrer as demais sanções pela utilização de excesso material, caso comprovada a conduta. Essa hipótese de reprimenda não é prevista para a captação ilícita.

Antes do advento da denominada Lei da Ficha Limpa, Lei Complementar nº 135/2010, a sanção dos ilícitos mencionados eram quase sempre inócuas porque a inelegibilidade cominada era de apenas três anos, a contar da data das eleições, além, obviamente, da perda do registro e do mandato. A declaração de inelegibilidade por três anos não impedia

aquele que sofreu a reprimenda de disputar as eleições que ocorressem quatro anos depois. O maior elastério temporal imposto pela Lei da Ficha Limpa, indubitavelmente, modificou, alvissareiramente, o panorama político brasileiro.

Reflexões maiores devem ser aventadas no que concerne a essa uniformização de sanções, haja vista que, independentemente da gravidade da conduta praticada, a perda do registro ou do mandato, bem como a inelegibilidade por oito anos a contar da eleição disputada, devem ser aplicadas.

Assim, independentemente da gravidade da conduta realizada, seja da compra de um voto ou da compra de milhares, a sanção será sempre a mesma. Seria de melhor alvitre se o legislador deixasse uma brecha para que o julgador, analisando as peculiaridades do caso concreto, pudesse dosar a sanção a ser aplicada de forma que a gravidade de um excesso econômico em um local isolado não tivesse o mesmo tratamento sancionatório daquele que abrange mais de uma região.

O requisito insuplantável para que um candidato possa ser condenado por abuso de poder econômico ou captação ilícita é a constatação da gravidade de seus atos, maculando irremediavelmente o pleito e quebrando a isonomia entre os candidatos e o respeito à vontade popular¹⁰. A antiga exigência da potencialidade fora afastada pela Lei Complementar nº 135/2010, suplantando-a pela gravidade que significa uma conduta peserosa, grave, intensa, com repercussão marcante no pleito.

¹⁰ “[...] 8. Quanto a imputação de abuso de poder, para aplicação da pena de inelegibilidade, necessária seria a prova de que o ilícito teve potencialidade para desequilibrar a disputa eleitoral, ou seja, que influiu no tratamento isonômico entre candidatos (“equilíbrio da disputa”) e no respeito à vontade popular [...]. No caso, não se vislumbra que as irregularidades na prestação de contas tenham tido potencial para influir na legitimidade do pleito, desequilibrando a disputa entre os candidatos e viciando a vontade popular. Assim, como a relevância da ilicitude relaciona-se tão só à campanha, mas sem a demonstração da potencialidade para desequilibrar o pleito (afetação da isonomia), não há falar em inelegibilidade. [...]” (Ac. de 28.4.2009 no RO nº 1.540, rel. Min. Felix Fischer.) “É firme a jurisprudência do Tribunal no sentido de que a ação fundada em abuso de poder exige a demonstração da potencialidade do ato em influir no resultado do pleito.” (Ac. de 18.8.2009 no RCED nº 715, rel. Min. Marcelo Ribeiro.) II – Para configuração do abuso de poder político, além da prova de sua materialização, faz-se necessário demonstrar se a conduta teve potencialidade para gerar desequilíbrio no pleito. [...]” (Ac. de 12.5.2009 no RO nº 1.432, rel. Min. Fernando Gonçalves.)

Assim, nas duas hipóteses, a demonstração da gravidade das condutas se mostra imperiosa para a realização da *fattispecie*. Na captação ilícita de sufrágio, basta a prova cabal do oferecimento ou da promessa de vantagem pessoal de qualquer natureza para que as sanções pertinentes possam ser aplicadas. No excesso material, as provas não podem ser unitárias, referentes a uma única situação, devendo ser comprovado que houve uma generalidade. Como nesta última hipótese se exige o caráter sistêmico, a gravidade é inequivocamente atestada, sem a exigência de outras comprovações. Se uma determinada conduta foi repetida diversas vezes, não se pode dizer que ela não apresentou gravidade.

Nenhum fato é aprioristicamente grave. Aufere-se seu grau de acinte ao ordenamento jurídico na medida em que ele pode desequilibrar a igualdade de condições dos candidatos à disputa do pleito, ou seja, na medida em que as apontadas irregularidades impulsionarem e emprestem força desproporcional à candidatura de determinado candidato de maneira ilegítima¹¹.

A jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral é uníssona no que urge à configuração de abuso de poder econômico mediante a utilização de “caixa dois”, pois é evidente que tal ato tem a força de influenciar ilicitamente o resultado do pleito¹². Se o montante do “caixa dois” for insignificante, a tipificação deixa de ser de excesso e pode ser configurada como captação ilícita.

Outra diferenciação, que resulta em um aspecto prático de alta relevância, é que as decisões atinentes ao art. 41-A têm aplicabilidade imediata, sem ter que esperar a prolação de acórdãos dos tribunais regionais ou da alta Corte Eleitoral. Nas decisões proferidas em virtude de abuso de poder econômico, apesar dos recursos eleitorais não terem, em regra, efeito suspensivo (art. 257 do CE), na jurisprudência pululam exemplos que não são insólitos, mas abundantes, de concessão de cautelares para que o candidato sancionado continue a gozar seu mandato.

¹¹ Ac. de 27.4.2010 no AgR-REspe nº 36.357, rel. Min. Aldir Passarinho Junior.

¹² “[...] Ação de impugnação de mandato eletivo. Abuso de poder econômico. Caixa dois. Configuração. Potencialidade para influenciar no resultado do pleito. Recurso desprovido. 1. A utilização de ‘caixa dois’ configura abuso de poder econômico, com a força de influenciar ilicitamente o resultado do pleito. (Ac. de 19.12.2007 no REspe nº 28.387, rel. Min. Carlos Ayres Britto.)

A execução das decisões fundadas na captação ilícita de sufrágio merece execução imediata, ressalvada a possibilidade de concessão de medida cautelar, a critério do julgador, em face de eventual recurso para impedir a prática nefasta da compra de votos, exercendo função pedagógica aos partícipes do processo eleitoral¹³. Portanto, tratando-se de condenação por captação ilícita de sufrágio, não há falar em exigência de trânsito em julgado ou incidência do art. 15 da Lei Complementar nº 64/1990, operando seus efeitos eficácia imediata quando da decisão de primeira instância¹⁴.

7 Diferenciações procedimentais

Os requisitos necessários para a validade, existência no plano jurídico, dos atos que acarretam abuso de poder econômico são iguais, no sentido de que seus efeitos apresentam a mesma consequência jurídica. Eles não apresentam simetria em seu *modus faciendos*, no que apresentam uma infinita variedade de tipificação, mas há uma simetria em seus requisitos para a configuração da mencionada *fattispecie*, exigindo que sejam atos que denotem uma exacerbação dos meios econômicos de forma que possam quebrar a paridade de armas. Não obstante esse axioma, o procedimento para sua configuração pode ocorrer por intermédio de mecanismos processuais diversos.

O abuso de poder econômico pode palmilhar o procedimento pertinente à ação de investigação judicial eleitoral (AIJE), quando a referida for intentada do registro de candidatura até a diplomação dos candidatos¹⁵. Nesse caso, assume processualmente o caminho disposto no art. 22 da Lei das Inelegibilidades, a Lei Complementar nº 64/1990; ou pode assumir outro palmilhar, pertinente a ação de impugnação de mandato eletivo (AIME), que ostenta apanágios constitucionais, quando a referida for impetrada até 15 dias da diplomação do sujeito passivo (ZILIO, 2012, p. 472). Nesse caso, assume o itinerário processual previsto no art. 3º da Lei das Inelegibilidades, a Lei Complementar nº 64/1990.

¹³ TSE, Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº 4.214, de 30.6.2009, rel. Min. Felix Fischer.

¹⁴ TSE, Agravo Regimental em Ação Cautelar nº 3.307, de 6.10.2009, rel. Min. Arnaldo Versiani Leite Soares.

¹⁵ PELEJA JUNIOR, Antônio Veloso; TEIXEIRA BATISTA, Fabrício Napoleão. *Direito Eleitoral: aspectos processuais: ações e recursos*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012. p.162.

Como conclusão, pode-se afirmar que a diferenciação da ação e do subsequente procedimento específico para a verificação da ocorrência ou não do abuso de poder econômico não é decorrente das circunstâncias de sua subsunção ou pertinente às fases do processo eleitoral, referindo-se, exclusivamente, ao momento de impetração da respectiva ação. A escolha de uma AIJE ou de uma AIME não depende de como as condutas típicas aconteceram, mas refere-se ao lapso temporal escolhido. Com relação ao procedimento, não são relevantes as diferenças entre essas duas ações (DIRCEU BARROS, 2010, p. 177).

Da mesma forma, a captação ilícita de sufrágio ostenta a mesma essência, apresentando igual núcleo normativo-conceitual. Todavia seu *modus faciendi* pode apresentar uma variedade infinita, desde que preencha os mesmos requisitos para o enquadramento na citada *fattispecie* e que seja apto a cercear a livre escolha do cidadão. Igualmente, o procedimento para sua configuração pode ocorrer por intermédio de mecanismos adjetivos diversos.

As condutas descritas no 41-A podem seguir o procedimento pertinente à ação de investigação judicial eleitoral (AIJE), quando a referida ação for intentada do registro de candidatura até a diplomação dos candidatos¹⁶. Nesse caso, assume processualmente o caminho disposto no art. 22 da Lei das Inelegibilidades, a Lei Complementar nº 64/1990. Ou pode assumir outro palmilhar, pertinente ao recurso contra expedição de diploma, previsto no art. 262, IV, do Código Eleitoral, quando a referida impugnação for impetrada até três dias da data da diplomação. Nesse caso, assume o itinerário processual previsto no art. 265 e seguintes do Código Eleitoral.

8 Impossibilidade de igual enquadramento de duas *fattispecie* diversas

Várias são as decisões judiciais em que a captação ilícita de sufrágio é classificada como abuso de poder econômico e vice-versa. Mesmo em

¹⁶ Prefere-se adotar o entendimento de que se pode impetrar AIJE antes do registro de candidatura por fatos que estejam ligados diretamente ao processo eleitoral, mesmo que tenham ocorrido pouco antes do registro.

trabalhos doutrinários não se encontra um descortino escorreito dos delineamentos caracterizadores desses modelos abstratos.

Mas qual é a premência dessa diferenciação se a reprimenda é quase a mesma nas duas subsunções? Se, ademais, inexistente qualquer diferenciação em razão de suas competências? A resposta encontra lastro nos elementos probatórios, pois para a subsunção desses dois tipos se exigem requisitos diversos para sua configuração. A comprovação do abuso de poder econômico apenas será efetivada com amplo acervo probatório, em que reste evidente a generalização da conduta descrita. Mais fácil é a comprovação do art. 41-A, em que se exige somente a realização de uma única conduta idealizada normativamente.

Como fora explanado anteriormente, os elementos necessários para a tipificação do art. 41-A são definidos nos quatro núcleos verbais expostos em lei, a saber: doar, oferecer, ofertar e prometer. Nenhuma ação que não se enquadre nesses núcleos verbais pode ser apresentada como captação ilícita. Já para a tipificação do abuso de poder econômico, o acervo probatório tem que ser mais robusto, necessitando-se provar o seu caráter sistêmico para caracterizar de forma nítida o abuso.

A ilação que podemos chegar é que, para a contextualização da captação ilícita, os elementos exigidos são mais detectáveis, enquanto que, para o excesso material, eles são mais difíceis porque têm que ser apresentados de forma sistêmica, excluindo-se a possibilidade de identificação em casos tópicos. Neste, as provas podem se referir a um único caso; naquele, a extensão do acervo probatório tem que ser maior, de forma que possa ser comprovada a multiplicidade de casos.

Então, se houver equívoco em sua contextualização, as consequências não serão epidérmicas. Por exemplo, se erroneamente for configurado um excesso material quando na verdade se tratava de uma captação ilícita, e tendo a parte autora impetrado uma AIME por já terem se passado cinco dias da diplomação, impossibilitar-se-á a interposição de outro recurso e inexistente possibilidade de utilização do princípio da fungibilidade. Nesse caso, em razão de ser um erro crasso, veda-se a utilização de tal princípio, não devendo a ação ser conhecida. Portanto, o sujeito ativo ficou destituído de qualquer meio processual para se contrapor ao ilícito.

Outro exemplo é se, igualmente por equívoco, for o caso de se utilizar a subsunção de excesso material e se utilizou o art. 41-A, seguindo o procedimento inerente ao recurso contra expedição de diploma, que não contém uma dilação probatória como a AIJE. Em decorrência de a tipificação do primeiro exigir uma maior extensão no acervo probatório que a do segundo, com uma dilação probatória menor será mais complicado provar a sua configuração.

Igualmente útil para percepção da realidade a hipótese de uma AIJE em que seus autores pedem a condenação do réu em captação ilícita de sufrágio e em abuso de poder econômico. Na decisão judicial de primeira instância, o magistrado absolve o imputado pela prática de captação ilícita, alegando ausência de provas, e o condena por abuso de poder econômico. Como, tomando-se como parâmetro as mesmas situações fáticas e o mesmo acervo probatório, alguém pode ser absolvido, por falta de provas, da conduta tipificada no art. 41-A e ser condenado por abuso econômico? Tal decisão não se sustenta em sede recursal porque há exigências de uma maior extensão de elementos probatórios para se comprovar a imputação indicada. Se para a condenação em uma abstração normativa mais simples já não existiam provas, como pode existir condenação em um tipo mais complexo, que exige provas mais robustas?

Assim, o abuso econômico assume uma conotação muito mais ampla que a captação ilícita. A compra de votos, se sistêmica, pode ser configurada como abuso de poder econômico. A doutrina eleitoralista precisa denotar muito esforço para não confundir o excesso material com a captação de votos ou com ilicitude em relação à arrecadação e realização de gastos de campanha.

Portanto, fazendo uma análise do cotejo fático e doutrinário, a diferenciação dos mencionados institutos não se mostra como uma tarefa despicienda.

Referências

AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. *Republicanismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. *Direito Eleitoral e processo eleitoral: Direito Penal Eleitoral e Direito político*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Elegibilidade e inelegibilidade*. Florianópolis: Obra Jurídica, 2000.

DESIREE SALGADO, Eneida. *Princípios constitucionais eleitorais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

DIRCEU BARROS, Francisco. *Direito Processual*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

LUCENA ESMERALDO, Elmana Viana. *Manual dos candidatos e partidos políticos*. São Paulo: JH Mizuno, 2012.

MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do Direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PELEJA JUNIOR, Antônio Veloso; TEIXEIRA BATISTA, Fabrício Napoleão. *Direito Eleitoral: aspectos processuais: ações e recursos*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

PINTO, Djalma. *Direito Eleitoral: improbidade administrativa e responsabilidade fiscal*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

SANTOS GONÇALVES, Luiz Carlos. *Direito Eleitoral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ZILIO, Rodrigo López. *Direito Eleitoral*. 3. ed. São Paulo: Verbo Jurídico, 2012.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.