

Revista Eleitoral

ATIVISMO JUDICIAL E ARTIGO 41-A: INSTRUMENTOS DE EFICÁCIA DO PRINCÍPIO PARTICIPATIVO

ALESSIO MEDEIROS CAVALCANTI

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Técnico Judiciário do Tribunal Regional Eleitoral do RN. E-mail: alessio.cavalcanti@tre-rn.jus.br

Resumo: O presente trabalho aborda inicialmente o surgimento da ideia de Estado, desde a sua concepção, como a revelação de um poder divino, até o entendimento como expressão da vontade dos próprios indivíduos que o compõem, que se revela no conceito de cidadania, agora centrada na participação ativa do cidadão na organização política da sociedade. Abordando o contexto de criação da Lei 9840, que inseriu o artigo 41-A à Lei das Eleições, destaca a importância desse instrumento no combate aos abusos que ocorrem no processo eleitoral e a evolução de entendimento do Tribunal Superior Eleitoral com vistas a conferir eficácia ao anseio popular de observância dos princípios de lisura e legitimidade no processo eleitoral

Palavras-chave: Democracia. Cidadania. Captação ilícita de sufrágio. Iniciativa Popular. Ativismo judicial.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 trouxe já em seu artigo 1º, como fundamento da República, a cidadania, entendida como a prerrogativa disposta ao cidadão para atuar no exercício do poder.

Mas nem sempre foi assim, por muitos séculos o povo não podia participar das decisões do governo, formado por poucos líderes que governavam na defesa de seus próprios interesses. A ideia de Estado Democrático de Direito que temos hoje é fruto de uma histórica evolução, influenciada, inclusive, por guerras, conflitos e mortes.

Apesar do status constitucional, em nosso país, a cidadania ainda é exercida de uma forma muito mitigada; ao longo dos 25 anos da Carta democrática, poucas leis foram aprovadas a partir da iniciativa popular, entre elas a Lei nº 9840/99, que inseriu o artigo 41-A à Lei das Eleições, e a Lei Complementar nº 135/10, duas normas de fundamental importância para a aplicação dos postulados de moralidade e lisura no processo eleitoral.

As duas leis legitimadas pela diligência popular têm relação com o processo eleitoral, o que reflete a preocupação da comunidade com a importância e as consequências do processo de escolha de representantes.

Devido à danosa interferência que o poder econômico exerce nas eleições atuais, seja na formação do convencimento do eleitor, seja na captação de votos de forma criminosa, os tribunais eleitorais desempenham um importante papel na busca da observância dos preceitos iluminados pela vontade popular.

Nesse sentido, serão discutidos os reflexos de algumas decisões do Tribunal Superior Eleitoral relacionadas ao tema captação ilícita de sufrágio, e como os entendimentos da Corte alteraram de forma significativa o que o mandamento do 41-A disse em seu nascedouro, dando concretude ao anseio popular de moralidade na política.

1. BASES INTRODUTÓRIAS SOBRE O NASCIMENTO DA DEMOCRACIA E A FORMAÇÃO DA CIDADANIA

Na Antiguidade, a primeira forma de organização política que encontramos é a Cidade, manifestação da presença maciça das pessoas em grandes áreas urbanas, que constituíam o centro dos grandes impérios formados à época.

Cidades como Atenas, Esparta, Roma, entre outras, são a imagem do Estado Antigo, marcadas por uma forma de autoridade divina expressa na vontade de um titular único. Nas palavras do ilustre Paulo Bonavides: “*O paço e o templo, a Monarquia e o Sacerdócio, o temporal e o espiritual, traduziam a fusão completa do governo dos homens com o poder sobrenatural das divindades*”¹.

A lei é o elemento de coesão dos indivíduos na Cidade, mas a sua concepção difere substancialmente da atual; para os antigos a lei era sagrada e imutável, atribuída a um poder divino, daí a inexistência de normas regulando o exercício do poder de editar leis, por não se reconhecer aos homens tal poder.

Antes de tornar-se uma instituição independente, o Estado estava intimamente ligado à pessoa do soberano, não havia se despersonalizado, e exprimia a intensidade de seu poder na vontade do príncipe de direito divino.

Pensadores como Maquiavel, Hobbes, Locke, Rousseau e Montesquieu produziram, entre os séculos XV e XVIII, uma série de teorias sobre a formação e o desenvolvimento do Estado, desde o Absolutista, passando pelo Liberal, até a formação do Estado Moderno.

É no Princípio de Maquiavel, considerada a obra que inaugurou a ideia de Estado, que se assenta a teorização completa da soberania como instrumento político de um poder absoluto que se incorporava no príncipe como se este fora o próprio Estado.

No contratualismo social de Hobbes, encontramos a fundamentação filosófica do Estado Absolutista, que já não emana da divindade, mas do próprio homem.

Para John Locke, doutrinário do liberalismo, o estado de natureza é regido pela igualdade entre os homens, pela existência da liberdade plena. Já submetido ao poder do soberano, o homem tinha restringida a sua liberdade primitiva. O advento do Estado veio conciliar a liberdade ilimitada de que o homem desfrutava na sociedade pré-estatal, à necessidade de existência de um poder supra-individual que organiza essa liberdade, com vistas ao bem comum e à proteção dos direitos individuais.

Através da celebração de um pacto, os homens cedem parte de seus direitos individuais em prol do interesse coletivo, abandonando o poder de que desfrutavam, para que passe a ser exercido por um só indivíduo, escolhido entre eles mediante regras que a comunidade concorde em estabelecer.

As revoluções Americana e Francesa são as responsáveis pela transformação da regulação do poder político, através da instituição de normas que impõem limites e passam a controlar o seu exercício.

É dessa ideia que nasce o conceito de Estado de Direito (ou Constitucionalismo), isto é, de um Estado que realiza suas atividades sob a ordem jurídica, contrapondo-se ao Estado de Polícia.

A queda da Bastilha simboliza a derrocada do Absolutismo, “*o colapso da velha ordem moral e social erguida sobre a injustiça, a desigualdade e o privilégio (...) a ocasião única em que nasce o poder do povo e da Nação em sua legitimidade incontestável*”². O poder já não é mais de pessoas, mas das leis. A legalidade é o valor supremo imerso no texto dos códigos e das constituições.

O princípio da legalidade, que no Estado de Direito é o pressuposto de garantia de igualdade entre os homens, mas que ali representa uma igualdade meramente formal, sem base material que se realize concretamente, adquire no Estado Democrático de Direito um sentido mais largo, como condição que garanta a igualdade de condições dos socialmente desiguais.

A característica fundamental do Estado Democrático de Direito é a presença do elemento popular nos atos de decisão do governo, que vai além da simples formação das instituições democráticas.

Os direitos garantidos aos indivíduos no Estado de Direito se limitavam à proteção das liberdades individuais, que se constitui em prestação negativa, ou seja, garante aos indivíduos a proteção contra arbitrariedades praticadas pelo Estado. No Estado Democrático os próprios indivíduos é que fazem a vontade do Estado, pressuposto assegurado pelo reconhecimento dos direitos de participação popular nas decisões do Estado, como o direito de votar, de participar de partidos políticos, liberdade de expressão do pensamento, de reunião, de informação e outros.

1. BONAVIDES, Paulo. *Teoria do estado*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, pág. 32.

2. BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, pág. 40.

Constitui fundamento da República, encartado já no primeiro artigo da Constituição de 88, a cidadania.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

O status de ‘cidadão’ surge a partir do reconhecimento dos primeiros direitos fundamentais, identificados com a defesa da liberdade e da propriedade e direitos de participação política, que traduziam uma igualdade meramente formal.

O Estado Liberal, identificado com os interesses da burguesia do século XVIII passa a identificar a cidadania apenas àqueles detentores de direitos políticos, ou seja, que podiam votar e ser votados.

Esta ideia liberal de cidadania está presente na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), no artigo XXI: “*1. Everyone has the right to take part in the government of his country, directly or through freely chosen representatives*”.

Por outro lado, encontramos a ideia de cidadania formulada em sentido amplo, consistente na consciência de pertinência à sociedade estatal como titular dos direitos fundamentais, da dignidade como pessoa humana, da integração participativa no processo do poder, com a igual consciência de que essa situação subjetiva envolve também deveres de respeito à dignidade do outro e de contribuir para o aperfeiçoamento de todos.

Com essa concepção, o elemento central da cidadania deixa de ser o direito ao voto para ser a participação, a organização da sociedade civil e atuação em todos os espaços públicos, intervenção nas decisões do governo e controle da atividade dos representantes.

Foi este sentido amplo que a Constituição Federal de 1988 quis dar ao termo, quando previu, no artigo 1º, inciso II, a cidadania como fundamento da República. Neste sentido, o titular da cidadania, o cidadão, seria todo aquele que habita o âmbito da soberania de um Estado e dele tem assegurados direitos fundamentais.

Em outras passagens a Carta Magna brasileira confirma o sentido amplo que quis emprestar ao termo, quando utiliza “cidadão” em hipóteses em que não seria tangível exigir-se a qualidade de eleitor como requisito, como no art. 58, §2º, inciso V e artigo 74, §2º:

Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação.

§ 1º - Na constituição das Mesas e de cada Comissão, é assegurada, tanto quanto possível, a representação proporcional dos partidos ou dos blocos parlamentares que participam da respectiva Casa.

§ 2º - às comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe:

(...)

V - solicitar depoimento de qualquer autoridade ou cidadão;

(...)

Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

(...)

§ 2º - Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.

Há ainda menção ao termo no artigo 5º, inciso LXXIII, que estabelece: “*qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular* (...)”. A ação popular, o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular de lei constituem importantes instrumentos de democracia direta e participação política que permitem ao povo, diretamente, exercer a função fiscalizatória do Poder Público.

Portanto, a cidadania não pode ser entendida somente como direito ao voto; se assim o fosse, estaríamos considerando apenas o mecanismo da representação, excluindo outros representativos do exercício da democracia de forma direta, como o referendo e o plebiscito. Ademais, restariam postas fora do conceito todas as ações voltadas à integração participativa no processo do poder.

“*É livre*”, “*é assegurado*”, “*todos podem*”, “*é garantido*”, “*a lei assegura*”, são alguns termos presentes na Constituição que representam formas de garantir a concretização do direito estabelecido.

No entanto a mera disposição dessas garantias não lhes dá eficácia, não lhes assegura o cumprimento, o que faz evidenciar a necessidade de mobilização da sociedade para a efetivação do direito estabelecido. De outro modo, sem o exercício da cidadania com o fim de buscar o que já está garantido, não poderá o indivíduo dispor desses direitos.

A Constituição Federal de 1988 criou cláusulas pétreas, direitos e garantias individuais, sociais e políticos, reorganizou o Estado e, principalmente, reinstalou a democracia. Representou, pois, o ponto de partida, o pontapé inicial para a construção da cidadania no Brasil e por isso ficou conhecida como a constituição cidadã.

Mas as marcas do regime de exceção ainda não tinham sido apagadas; apesar da latente democracia, a forma de seu exercício, a cidadania, era renegada por aqueles a quem cabiam os direitos constitucionalmente postos.

Ao longo do tempo construiu-se a prática de transferir aos representantes toda a capacidade de intervenção nos negócios do Estado, criando um vazio na política e dando espaço ao surgimento de oportunistas.

A sociedade tem tomado a consciência de que a mera transferência de poderes, através das eleições, não é suficiente para a garantia e a defesa dos direitos. A ausência de um conjunto de obrigações dos eleitos, previamente fixadas, tem levado os cidadãos a pleitear uma maior participação na tomada de decisões relativas aos negócios públicos.

Com a previsão constitucional do dever de participação pública desenvolve-se uma nova concepção de cidadania, agora centrada na participação ativa do cidadão na organização política de uma sociedade.

2. A INICIATIVA POPULAR

Desde que a Constituição de 1988 assegurou aos eleitores o direito de apresentar projetos de lei de iniciativa popular, em quatro ocasiões o Congresso converteu em norma uma proposta elaborada pela sociedade. No campo eleitoral, duas leis foram aprovadas.

A Lei nº 9840/99 inseriu na Lei das Eleições (Lei nº 9504/97) o artigo 41-A. A história da lei inicia-se com o lançamento do Projeto “Combate à corrupção eleitoral”, em fevereiro de 1997, pela Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB, após a identificação da maciça prática de compra de votos na campanha eleitoral de 1996.

Várias outras entidades nacionais empenharam-se na coleta de assinaturas necessárias para a proposição da lei de iniciativa popular, que ao final contou com mais de um milhão de assinaturas.

O projeto foi apresentado à Câmara dos Deputados em 10 de agosto de 1999, a menos de 50 dias para o prazo final de aprovação, visando a que pudesse vigor nas eleições de 2000.

Devido à exiguidade do tempo, e considerando a necessária tramitação no Congresso, além das dificuldades técnicas de validação das assinaturas coletadas, o que poderia levar a questionamentos sobre sua constitucionalidade, o projeto foi apresentado à Câmara como de iniciativa parlamentar, subscrito por todos os partidos da Casa.

Após uma tramitação muito célere no Congresso Nacional, apenas 35 dias, o projeto de lei foi levado à sanção presidencial, e passou a ser a Lei nº 9840, de 28 de setembro de 1999, publicada no Diário Oficial da União no dia 29, um dia antes do prazo final para que vigesse nas eleições de 1º de outubro do ano 2000.

A rapidez da tramitação foi devida, sem dúvida, à força que mostrou ter uma Iniciativa Popular de Lei, aliada à oportunidade da proposta. O milhão de subscritores exprimiu um grande anseio nacional pelo fim da corrupção em nosso país. Apesar de formalmente tramitar como um projeto de iniciativa parlamentar, ele foi discutido como uma Iniciativa Popular, constituindo o primeiro Projeto de Lei de Iniciativa Popular aprovado pelo Congresso Nacional desde que esse instrumento foi criado pela Constituição de 1988.³

Mais recentemente, a sociedade brasileira sentiu a necessidade de impor novos limites a futuros candidatos. A Campanha Ficha Limpa, liderada pelo Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE), teve início em abril de 2008, e coletou 1,3 milhão de assinaturas, entregues ao Congresso em 24 de setembro de 2009.

A campanha teve como finalidade aprimorar o perfil dos candidatos a cargos eletivos, estimulando os eleitores a conhecer a vida pregressa dos políticos.

O Projeto de Lei Popular foi aprovado na Câmara dos Deputados em 5 de maio de 2010 e no Senado Federal em 19 de maio de 2010. Sancionado pelo Presidente da República, transformou-se na Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010.

As inelegibilidades da Lei da Ficha Limpa foram introduzidas no inciso I do artigo 1º da Lei de Inelegibilidades (Lei Complementar nº 64/90) na forma de alíneas. Ao todo, a lei dispõe de 14 hipóteses de inelegibilidades que sujeitam aqueles que nelas se enquadram a oito anos de afastamento das urnas como candidatos.

A Lei da Ficha Limpa entrou em vigor no dia 7 de junho de 2010, mas somente passou a ser aplicada nas eleições municipais de 2012, após decisão do STF pela sua constitucionalidade.

A Justiça Eleitoral já julgou milhares de processos referentes a candidatos apontados como inelegíveis de acordo com a lei. O Tribunal Superior Eleitoral divulgou em seu site que 7.781 processos sobre registros de candidatura nas eleições de 2012 foram protocolados, dos quais 3.366 relacionavam-se a hipóteses de inelegibilidade da Lei da Ficha Limpa, o que corresponde a 43% do total⁴.

Para as eleições de 2014, o presidente do Tribunal de Contas da União (TCU), Augusto Nardes, entregou ao presidente do TSE, Dias Toffoli, uma lista com cerca de 6.600 gestores públicos que tiveram suas contas rejeitadas nos últimos oito anos, que podem vir a ser declarados inelegíveis pelos tribunais eleitorais.

Os exemplos revelam como a ação proativa da sociedade transforma os cidadãos em autores e não meros destinatários do Direito, exercendo um relevante papel de tentar conferir um maior grau de confiança à política brasileira, afastando da gestão pública pessoas indignas de exercer tão importante mister.

As duas leis, propostas através da utilização do instrumento constitucional de participação popular direta, revelam a preocupação da sociedade com a lisura das eleições, e, conseqüentemente, com os desdobramentos que o sufrágio popular pode ter a partir da escolha de governos sem legitimidade.

3. Disponível em: <<http://www.mcce.org.br/site/lei9840.php>>. Acesso: 1 Jun. 2014.

4. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/noticias-tse/2014/Janeiro/lei-da-ficha-limpa-sera-aplicada-nas-eleicoes-gerais-pela-primeira-vez>>. Acesso: 2 Jun. 2014.

3. ART. 41-A: CONCEITOS LEGAIS E DOUTRINÁRIOS

A captação ilícita de sufrágio é o termo técnico empregado para o que é conhecido popularmente como “compra de votos”, ou seja, a retirada da liberdade de escolha através da entrega, ou promessa, de bem ou vantagem ao eleitor.

A Lei das Eleições (Lei nº 9.504/97) traz em seu corpo o conceito para captação ilícita de sufrágio, vejamos:

Art. 41-A. Ressalvado o disposto no art. 26 e seus incisos, constitui captação de sufrágio, vedada por esta Lei, o candidato doar, oferecer, prometer, ou entregar, ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto, bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública, desde o registro da candidatura até o dia da eleição, inclusive, sob pena de multa de mil a cinquenta mil Ufr, 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.

José Jairo Gomes, ao discorrer sobre o advento da referida norma legal, salienta que:

A intenção era estabelecer regra rígida e expedita, que resgatasse a ética no processo eleitoral, de sorte a prevalecer sempre a lisura. Constitui truismo afirmar que os votos devem ser captados lícitamente, dentro das regras do jogo democrático, ou seja, por meio de propaganda eleitoral, do teor e da seriedade propostas, dos debates públicos, da história dos partidos e dos candidatos, bem assim de suas realizações. Condenam-se, portanto, as práticas fraudulentas, que afastam a lisura da disputa e viciam a vontade popular manifestada nas urnas⁵.

O autor manifesta a importância de que seja resguardada a liberdade do voto, manifestada por dois princípios: a lisura e a legitimidade das eleições, preceitos que amparam o Direito Eleitoral e servem como balizadores da atividade interpretativa.

Guardar lisura significa a garantia de que em todas as fases do procedimento eleitoral, desde o registro de candidaturas até a diplomação dos eleitos, seja observado o fim último das eleições, que é a escolha livre e soberana de representantes.

Um processo eleitoral baseado na integridade e retidão, em que predomine a discussão de ideias e se evitem fraudes e vícios deve ser buscado por todos os agentes: juízes, promotores, partidos e candidatos. Aos eleitores também cabe a observância da lisura nas eleições, no sentido de garantir que a sua vontade não seja viciada por abusos e promessas de vantagem.

Nesse sentido, a atuação da Justiça Eleitoral deve ser voltada ao combate do abuso em todas as suas formas, que tem como consequência eleições eivadas de vícios e fraudes, em direta afronta à soberania popular tutelada no art. 1º, parágrafo único da Constituição Federal.

A lisura nas eleições está prevista expressamente na Lei das Inelegibilidades (Lei Complementar nº 64/90):

Art. 23. O Tribunal formará sua convicção pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções de prova produzida, atentando para as circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, mas que preservem o interesse público de lisura eleitoral.

Por sua vez, a legitimidade do processo democrático pressupõe uma conduta moral dos candidatos e partidos, de acordo com as balizas de honestidade, boa-fé, ética e lealdade, cabendo aos demais agentes a fiscalização para a garantia de que o regime democrático, tão duramente conquistado, seja resguardado de abusos e fraudes.

A Constituição Federal dispensa a Lei Complementar o estabelecimento de outros casos de inelegibilidade, com vistas a assegurar, entre outros preceitos, a normalidade e legitimidade das eleições.

O mandamento tem como objetivo afastar do processo eleitoral aqueles que de alguma forma possam impedir que a vontade do eleitor, depositada nas urnas, seja plenamente satisfeita, outorgando mandatos legitimados pelo sufrágio.

5. GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 517.

4. INTERFERÊNCIA DO PODER ECONÔMICO SOBRE AS ELEIÇÕES

A Justiça Eleitoral ocupa posição de vanguarda tecnológica na operacionalização das eleições, não deixando margens a qualquer dúvida sobre o procedimento de sufrágio; ademais, com a implantação do sistema de identificação biométrica, também são espancadas dúvidas sobre a identidade do eleitor.

Apesar do avanço na segurança do voto, a Justiça Eleitoral ainda não foi capaz de criar mecanismos verdadeiramente eficazes no combate à captação ilegal de votos durante as eleições.

O convencimento dos eleitores é, em última análise, o fim da campanha eleitoral. Porém, este não pode ser feito de qualquer modo, por meio de técnicas e formas que quebrem o equilíbrio da disputa entre os candidatos e que viciem a vontade livre e soberana dos cidadãos votantes⁶.

De um lado, eleitores que, não informados sobre as consequências de escolher maus representantes, veem na eleição uma oportunidade para pleitear algum tipo de vantagem; de outro, candidatos que, cientes da impunidade, cometem toda sorte de ilícitos na consecução de seus objetivos.

A conjugação desses dois fatores traz como consequência uma generalizada distribuição de benesses a eleitores, além de promessas de vantagem futura, ao ponto de serem comuns expressões do tipo “só ganha quem comprar voto”.

Por outro lado, deve ser reconhecido o avanço na qualidade e na quantidade das ações que investigam a prática de crimes dessa natureza, notadamente a partir da edição da Lei nº 9840/99; no entanto, ainda há deficiências quanto à fiscalização que garanta a liberdade no exercício do direito de votar.

As vezes, é o próprio eleitor que se insinua ao candidato, solicitando-lhe bem ou vantagem para entregar-lhe o voto. Embora esta conduta seja tipificada como crime de corrupção eleitoral passiva no artigo 299 do Código, não é prevista no artigo 41-A da Lei das Eleições⁷.

A situação de carência e o baixo nível de consciência política de uma grande parcela da população abrem espaço para o abuso do poder econômico e desvirtuam o exercício do voto.

A exploração das carências populares, que se manifesta com a compra de votos junto a essa parcela da população falseia gravemente os resultados eleitorais. A prática revela ainda uma realidade perversa: para aqueles que se elegem comprando votos, torna-se muito útil mantê-los na miséria e na ignorância política.

Falta a uma boa parte dos eleitores, principalmente das camadas menos favorecidas da população, a consciência sobre a importância do sufrágio, direito conquistado ao longo dos séculos por duras penas, restando ausente a percepção sobre as consequências que votos depositados sem a expressão da vontade podem trazer.

Como disse o Ministro Marco Aurélio, à época Presidente do TSE, em entrevista ao site Congresso em Foco:

(...) acontece que o ator principal das eleições ainda não se conscientizou sobre a importância do voto. A sociedade não é vítima. É autora, considerados os maus políticos que temos. Foi ela que os colocou nos cargos. É hora de o eleitor perceber a importância do voto, perceber que, embora uno, ele se soma a tantos outros, e implica na escolha do representante que praticará atos que repercutirão na sua vida. Então, que ele faça uma triagem. Para isso, tem o horário de propaganda eleitoral.

O jurista destaca que se trata de um estágio cultural, decorrente da “*percepção míope do eleitor. O eleitor se deixa levar por aspectos que, às vezes, são apenas de fachada*”. Enfatiza ainda que essa constatação decorre da obrigatoriedade do voto, que é tomado como algo “enfadonho”, meramente o cumprimento de uma obrigação.

Para o Ministro, a superação desse quadro só pode ocorrer de uma forma: investimento em educação, uma tarefa que, reconhece, demandará anos para produzir efeitos. “*Não podemos, de um dia para o outro, tornar o Brasil uma Suécia. Mas precisamos avançar, cuidar da educação do povo brasileiro*”⁸.

6. COSTA, Adriano Soares da. Instituições de *Direito Eleitoral*. 9. ed. Fórum, 2013. p. 211.

7. GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 506.

8. Disponível em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/ficha-limpa-nao-deveria-retroagir-diz-presidente-do-tse/>>. Acesso: 2 Jun. 2014.

Há, portanto, um desafio a ser perseguido, um difícil esforço pela educação, já que se mostra contrário aos interesses dos que se aproveitam da exploração eleitoral da miséria, num círculo vicioso de perpetuação no poder.

Quando se troca o direito de exercício da soberania por algum tipo de benesse, o eleitor está entregando o seu direito de reivindicar melhorias ou questionar a atuação do governo, uma vez que negociou o seu direito de participar da condução dos negócios públicos.

Com a negociação de votos, o processo democrático é utilizado não para proporcionar a verdadeira democracia, baseada na legítima escolha de representantes, mas sim para legitimar uma democracia de fachada, uma eleição fraudada.

Por outro lado, quando a democracia é utilizada visando aos seus fins de garantir o direito de livre escolha de representantes, resguardada a soberana deliberação popular, temos a outorga de mandatos autênticos, que representam a legitimação da verdadeira vontade manifestada nas urnas.

5. ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Reconhecida a ineficiência do poder público na fiscalização que garanta a aplicação da lei e evite a ocorrência de ilícitos no processo eleitoral, e, de outro lado, atento ao espírito democrático que a vontade popular inspirou no legislador, através do artigo 41-A, observa-se que o Tribunal Superior Eleitoral exerce um importante papel no sentido de conferir eficácia ao dispositivo, dando concretude à norma através de um verdadeiro ativismo judicial.

Nesse sentido, através da análise de suas decisões, pode-se observar uma evolução no entendimento da Corte, imprimindo um alargamento dos limites que o legislador pretendeu emprestar à norma na sua concepção.

CARACTERIZAÇÃO

O TSE caracteriza a captação de sufrágio quando presentes três elementos indispensáveis: a) prática de uma das condutas previstas no art. 41-A da Lei 9.504/97; b) fim específico de obter o voto do eleitor; c) participação ou anuência do candidato beneficiário na prática do ato.

Eleições 2008. Prefeito. Representação. Captação ilícita de sufrágio. Art. 41-A da lei 9.504/97. Configuração. Conhecimento prévio. Demonstração. Multa pecuniária. Proporcionalidade e razoabilidade. Não provimento.

[...]

2. A caracterização da captação ilícita de sufrágio pressupõe a ocorrência simultânea dos seguintes requisitos: a) prática de uma das condutas previstas no art. 41-A da Lei 9.504/97; b) fim específico de obter o voto do eleitor; c) participação ou anuência do candidato beneficiário na prática do ato.

[...]

(Ac. de 1.12.2011 no AgR-REspe nº 815659, rel. Min. Nancy Andrighi.)

Portanto, para a incidência da norma do art. 41-A é necessária a prova da autoria, participação (direta ou indireta) ou anuência do candidato, com a entrega da vantagem especificada na norma a algum(ns) eleitor(es) determinado(s), além da prova do elemento subjetivo (fim de obter o voto). Fundamental, pois, que o eleitor, a quem a captação ilícita foi dirigida, seja determinado ou determinável.

PARTICIPAÇÃO DIRETA DO CANDIDATO

Na descrição do tipo, “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 (...)”, vê-se que houve a previsão da participação direta do candidato, ou seja, o postulante ao cargo, por si próprio, deveria praticar uma das condutas previstas no artigo.

No entanto, o TSE atribuiu à norma jurídica um sentido que ela não possuía para fazer incidir a sanção ao candidato, mesmo que tenha apenas concordado ou anuído com o ato ilícito praticado por um terceiro.

É desnecessário que o ato de compra de votos tenha sido praticado diretamente pelo candidato, mostrando-se suficiente que, evidenciado o benefício, haja participado de qualquer forma ou com ele consentido.

Por outro lado, se houver a prática da conduta exclusivamente pelo terceiro, sem a coautoria, participação ou anuência do candidato, resta apenas a reprimenda do crime previsto no art. 299 do Código Eleitoral. Portanto, incidem as sanções eleitorais do art. 41-A apenas quando presente, imprescindivelmente, a figura do candidato.

Nesse sentido, vejamos alguns julgados do Tribunal Superior, nos quais foi ofertada uma interpretação mais ampla do que aquela prevista no texto legal.

Recurso contra expedição de diploma. Captação ilícita de sufrágio. Abuso do poder econômico. Cassação de diploma. Candidata ao cargo de deputado federal.

(...)

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

(...)

Recurso a que se dá provimento para cassar o diploma da recorrida.

(Recurso Contra Expedição de Diploma nº 755, Acórdão de 24/08/2010, Relator(a) Min. ARNALDO VERSIANI LEITE SOARES, Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 28/9/2010, Página 11 e 15).

RECURSO ESPECIAL. INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO. CONEXÃO. IDENTIDADE. PARTE. FUNDAMENTAÇÃO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREJUIZO.

(...)

3. A jurisprudência desta c. Corte Superior não exige a participação direta do candidato, bastando o consentimento, a anuência em relação aos fatos que resultaram na prática do ilícito eleitoral.

(...)

5. Recurso Especial desprovido.

(Recurso Especial Eleitoral nº 30274, Acórdão de 22/06/2010, Relator(a) Min. MARCELO HENRIQUES RIBEIRO DE OLIVEIRA, Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 05/08/2010, Página 82)

OBTENÇÃO DE VANTAGEM OU BEM

O dispositivo em estudo prevê quatro condutas: “doar, oferecer, prometer, ou entregar”. As condutas de doar e entregar concretizam a obtenção da vantagem pelo eleitor. Por outro lado, basta a promessa ou o oferecimento de vantagem de qualquer natureza, mesmo que não aceitos pelo destinatário, para que a norma incida, não sendo necessária a obtenção efetiva de vantagem pessoal pelo eleitor, uma vez que, repita-se, o bem tutelado é a liberdade do eleitor de formar a sua convicção.

Para Adriano Soares da Costa, “*não há possibilidade de tentativa na realização do tipo legal: havida a promessa de vantagem, a norma infalivelmente incide, juridicizando a conduta do candidato como ilícita e deflagrando os efeitos nela previstos*”⁹.

SANÇÃO DE INELEGIBILIDADE

Devido à dicção legal: “sob pena de multa de mil a cinqüenta mil Ufir, e cassação do registro ou do diploma”, intensos debates foram travados acerca da constitucionalidade do dispositivo, em face

9. COSTA, Adriano Soares da. **Instituições de Direito Eleitoral**. 9. ed. Fórum, 2013. p. 213.

da previsão da pena de cassação do registro ou do diploma, que constituiria uma nova hipótese de inelegibilidade prevista por Lei Ordinária, em afronta ao artigo 14, §9º da Constituição.

Entretanto, ao julgar Ação Direta de Inconstitucionalidade, o STF assentou que as sanções impostas pelo artigo 41-A não constituem novas hipóteses de inelegibilidade:

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

(STF - ADI: 3592 DF, Relator: GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 26/10/2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 02-02-2007 PP-00071 EMENT VOL-02262-02 PP-00389)

POTENCIALIDADE LESIVA

A jurisprudência era uníssona em afirmar a necessidade de que ficasse inconteste a alteração do resultado da eleição para a cassação do candidato, mesmo diante da comprovação de atos de corrupção eleitoral. Assim, só haveria anulação dos votos se restasse demonstrado que os votos obtidos por meios ilícitos tivessem o poder de alterar o resultado da eleição, ou seja, se restasse demonstrada a potencialidade lesiva do ato fraudulento. A possível alteração do resultado da eleição era algo muito difícil de se aferir, em face da amplitude degradativa que um ato de corrupção poderia gerar; essa dificuldade resultava quase sempre na manutenção do resultado da eleição.

Entretanto, o bem jurídico que se visa resguardar é a liberdade do eleitor de votar conforme os ditames de sua própria consciência, ou seja, a liberdade de formar sua própria vontade. Logo, não é necessário que o evento afete ou comprometa a normalidade ou legitimidade das eleições, porquanto uma só ocorrência já é bastante para configurar o ilícito em exame, sendo desnecessária a presença do fator potencialidade lesiva.

Portanto, nas ações de investigação, para a configuração da captação ilícita, o que os tribunais buscam atualmente não é a potencialidade do ato para influenciar no resultado da eleição, mas apenas a conduta em descordo com a lei, mesmo que praticada com apenas um eleitor.

PROVA ROBUSTA

Como visto, o exame da potencialidade não se prende ao resultado das eleições, ou seja, não há qualquer vinculação com o produto quantitativo das urnas. Importa a investigação dos elementos que podem influir no transcurso normal e legítimo do processo eleitoral, cabendo ao Judiciário a ação para coibir qualquer conduta tendente a perturbar o caro e fundamental equilíbrio de forças da marcha eleitoral.

Em face das gravosas consequências previstas na legislação para o cidadão enquadrado em uma das condutas previstas no artigo 41-A, como a inelegibilidade por oito anos, as provas para a sua caracterização devem ser incontestes. A jurisprudência tem utilizado a palavra “robusta” para definir a prova apta a permitir o reconhecimento da captação ilícita.

Nesse sentido, não basta a mera alegação da oferta de vantagem, ou mesmo a existência de indícios ou evidências da prática ilícita, é preciso que o conjunto probatório seja rígido, hartos, de forma que não restem dúvidas acerca da sua prática e da sua vinculação com o processo eleitoral.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988, acolhendo demandas das mais variadas, nascidas de grupos que defendem interesses políticos, sociais e econômicos diversos, implantou um novo ordenamento jurídico.

A expressiva ampliação das funções institucionais conferidas ao Judiciário, aliada ao surgimento de movimentos da sociedade organizada no século XX, como partidos políticos e ONGs, fez surgir uma nova ordem de relações sociais que aproximou o Judiciário dos anseios populares.

Esse contexto de relações sociais múltiplas transformou as estruturas institucionais e dogmáticas herdadas do século XIX, entre elas a concepção jurídico-formalista da separação dos poderes, conferindo ao Judiciário uma maior participação em decisões antes restritas aos campos político e público.

A ascensão de um Judiciário cada vez mais participativo, com a capacidade de decidir a respeito dos diversos temas que emergem da sociedade, alterou as ditas funções “clássicas” dos juizes.

Na seara eleitoral, muito se tem avançado com as novas interpretações dadas aos textos legais, ampliando o alcance das aspirações populares pela realização de uma política séria, que tenha como principal objetivo a realização do bem estar social.

A mudança na política brasileira começa com a mudança daqueles que exercem a política, impedindo que pessoas indignas exerçam funções públicas, e tornando mais gravosas as penas aos que cometem atos contrários à moralidade.

Como visto, a atuação dos tribunais eleitorais, alargando os limites que o legislador pretendeu emprestar à norma na sua concepção, dão eficácia ao anseio da população pela observância dos princípios de lisura e legitimidade em todas as fases do processo eleitoral.

REFERÊNCIAS

1. AZAMBUJA, Darcy. **Teoria do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006.
2. BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
3. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
4. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
5. COSTA, Adriano Soares da. **Instituições de Direito Eleitoral**. 9. ed. Fórum, 2013.
6. FREIRE, Paulo. **Pedagogia da Autonomia: Saberes Necessários à Prática Educativa**. 8.ed. São Paulo: Paz e Terra, 1998.
7. GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
8. HOBBS. **O Leviatã**. São Paulo: Nova Cultural, 1988.
9. LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: Martin Claret, 2006.
10. MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direitos humanos na ordem jurídica interna**. Belo Horizonte: Interlivros Jurídica de Minas Gerais Editora, 1992.
11. MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. São Paulo: Martin Claret, 2006.
12. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.