

C

aptação ilícita de sufrágio à luz da Lei nº 12.034/2009.

Novos elementos, novo ilícito e sua aplicação.

Rafael de Medeiros Chaves
Mattos

Advogado eleitoralista. Membro do Instituto
Brasileiro de Direito Eleitoral (Ibrade).

Sumário

1. Introdução
 2. Da anterior caracterização da captação ilícita de sufrágio: elementos
 3. A inserção dos §§ 1º e 2º pela Lei nº 12.034/2009
 - 3.1 A dispensa do pedido expresso de voto
 - 3.2 A captação ilícita de sufrágio por violência ou grave ameaça
 4. Aplicabilidade das novas disposições do art. 41-A a fatos já ocorridos
 - 4.1 Da plena aplicação do § 1º do art. 41-A a fatos anteriormente ocorridos: norma meramente explicativa não incriminadora
 - 4.2 Da inaplicabilidade do § 2º a fatos já ocorridos
 5. Conclusão
- Bibliografia

1 Introdução

A inserção do art. 41-A na Lei nº 9.504/1997 e a consequente previsão de cassação de registro de candidatura ou diploma em razão da prática de captação ilícita de sufrágio, por iniciativa popular (Lei nº 9.840, de 28/9/1999), por certo consistiram em um grande avanço da legislação eleitoral rumo ao aperfeiçoamento da democracia em nosso país, posto que prestigia a liberdade de intenção de voto do eleitor, em especial daquele menos

favorecido economicamente, que remanesce livre das amarras criadas por suas próprias necessidades pessoais aliadas a propostas de benesses com o específico fim de lhe obter o sufrágio.

A configuração da captação ilícita de sufrágio somente se perfaz mediante a identificação subjetiva ativa e passiva da conduta.

O presente artigo presta-se à análise da reforma sofrida pelo art. 41-A da Lei das Eleições, por força da promulgação da Lei nº 12.034/2009, que acrescentou a tal dispositivo os §§ 1º e 2º, ampliando o conceito de captação ilícita de sufrágio, tornando dispensável para a sua caracterização o pedido expresso de voto, além de criar hipótese antes não contemplada, atinente à captação ilegal de voto mediante violência ou grave ameaça.

Nessa perspectiva, analisaremos inicialmente os novos elementos essenciais à configuração da captação ilícita de sufrágio, sem pretensão de esgotamento, para em seguida avaliarmos a aplicabilidade dos dispositivos em questão a fatos ocorridos na eleição transacta, em processos em curso.

2 Da anterior caracterização da captação ilícita de sufrágio: elementos

Nos termos da redação originária,¹ a captação ilícita de sufrágio restaria configurada pela ação de

1. “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 Ufir, e cassação do registro ou do diploma, observado o procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 18/5/1990.”

candidato que consistisse em doação, oferta, promessa ou entrega de bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza a eleitor, visando à obtenção de seu voto.

Do preceito legal era possível extrair elementos subjetivos, objetivos e temporais próprios do ilícito eleitoral em questão, cuja ausência não permitiria a aplicação da norma ao caso concreto.

Assim é que, no campo dos elementos subjetivos, fazia-se necessária a coparticipação de dois sujeitos indispensáveis à prática do ato, um ativo (candidato) (VELLOSO; AGRA, 2009, p. 361) e outro passivo (eleitor), sempre, a nosso ver, nessa ordem, ainda que a promessa, a entrega, etc. de bem ou vantagem pessoal pelo candidato adviesse de anterior solicitação do eleitor. Pois aqui, diferentemente do quanto previsto em sede criminal pelo Código Eleitoral em seu art. 299 (com a tipificação do crime de corrupção eleitoral tanto ao candidato quanto ao eleitor), a norma contém sanção exclusiva àquele que tenta desviar o eleitor do seu voto livre, de sorte que entendemos que o sujeito ativo do ilícito será sempre aquele que postula o sufrágio, jamais aquele que o exerce (CONEGLIAN, 2008, p. 235).

Não obstante, como vimos, a configuração da captação ilícita de sufrágio somente se perfaz mediante a identificação subjetiva ativa e passiva da conduta. Isso porque, pertinente à atuação ativa, o texto legal é taxativo ao prever a conduta do candidato. E, no que respeita à atuação passiva, de igual forma, especifica o destinatário da benesse revestida de interesse na pessoa do eleitor. Diferente não poderia ser, de todo modo, se o mote da conduta é a obtenção do voto.

A necessidade de que a conduta conte com atuação do candidato não afasta, no entendimento pretoriano, a possibilidade de sua caracterização sem que haja a sua participação direta e efetiva. Com efeito, os Tribunais Eleitorais capitaneados pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE) há anos flexibilizaram a norma em questão, para considerar a ocorrência do ilícito quando haja a participação

indireta do candidato, valendo-se de intermediários para alcançar o intento maléfico, ainda que sua atuação se restrinja à simples anuência. Confirma-se nesse sentido o recente julgado do TSE, sob a relatoria do Ministro Felix Fischer, em Agravo Regimental em Recurso Especial nº 35692.²

Não entendemos possível, todavia, qualquer tipo de flexibilização no que toca ao elemento sujeito passivo, o eleitor. A nosso modo de ver, somente quando demonstrada a condição de eleitor do beneficiário de promessa ou entrega de vantagem pessoal se torna possível a capitulação do art. 41-A. De sorte que desmerecem idêntico tratamento fatos que envolvam doação de bens ou vantagens de caráter pessoal a pessoas não identificadas ou, se identificadas, não apresentem a situação de eleitor da circunscrição do pleito em que concorra o candidato.

Outrossim, no campo dos elementos objetivos, tinha-se de apurar a ocorrência de uma ação (consistente em doação, oferta, promessa ou entrega de bem ou vantagem de caráter pessoal), aliada a pedido de voto, que seria exatamente o fim almejado com tal prática. A introdução do § 1º ao art. 41-A pela Lei nº 12.034/2009 veio a promover, como veremos adiante, supressão do pedido de voto como elemento caracterizador da captação ilícita de sufrágio, em clara sintonia com a jurisprudência do TSE, que já vinha admitindo a aplicação das sanções previstas no art. 41-A mesmo quando inócua o pedido expresso do voto em contraprestação à benesse, uma vez que, das circunstâncias do caso, se pudesse aferir a intenção de obtenção do sufrágio.³

Por fim, entendemos haver elemento temporal para a prática do ilícito estabelecido no art. 41-A, qual seja, o período eleitoral, assim compreendida a faixa de tempo entre o pedido de registro de candidatura e o dia da eleição, conforme a expressa disposição (CERQUEIRA, 2006, p. 707-709).

3 A inserção dos §§ 1º e 2º pela Lei nº 12.034/2009

A recente reforma eleitoral, levada a cabo no ano de 2009 mediante a promulgação da Lei nº 12.034/2009, trouxe para o campo da captação ilícita de sufrágio uma nova roupagem, com a inserção dos §§ 1º e 2º ao art. 41-A da Lei das Eleições, que culminou por apresentar a seguinte redação, *in verbis*:

“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,

2. Agravo Regimental. Recurso Especial Eleitoral. Captação ilícita de sufrágio. Participação Direta. Prescindibilidade. Anuência. Comprovação. Dissídio jurisprudencial não demonstrado. 1. No tocante à captação ilícita de sufrágio, a jurisprudência desta C. Corte Superior não exige a participação direta ou mesmo indireta do candidato, 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 (RO nº 2.098-RO, Rel. Min. Arnaldo Versiani, DJ de 4/8/2009). No mesmo sentido: conforme já pacificado no âmbito desta Corte Superior, para a caracterização da infração ao art. 41-A da Lei das Eleições, 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 (AgRg no AI nº 7.515-PA, Rel. Min. Caputo Bastos, DJ de 15/5/2008).

3. Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados recentes do TSE: “Eleições 2008. Agravo Regimental. Recurso Especial. Ação de investigação judicial eleitoral. Captação ilícita de sufrágio. Existência de prova consistente e suficiente da existência de captação ilícita de votos. Aquisição e doação de pulverizador em momento crítico do período eleitoral por interposta pessoa. Utilização de cheque de empresa do candidato para a aquisição do equipamento. Especial fim de agir caracterizado. Desnecessidade de pedido expresso de voto. Precedentes do TSE. Fundamentos da decisão agravada não infirmados. Impossibilidade de inovação de teses jurídicas e de reexame de provas. Súmula nº 279 do Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental ao qual se nega provimento” (TSE, AgR-REsp nº 35.804, Rel. Min. Carmen Lucia Antunes Rocha, DJe - Diário da Justiça Eletrônico - de 4/5/2010, p. 26-27).

“Representação. Art. 41-A da Lei nº 9.504/1997. Candidato. Deputado Estadual.

1. Se o feito versa sobre representação por captação ilícita de sufrágio em face de candidato que concorreu a mandato de Deputado Estadual, cabível recurso ordinário a esta Corte Superior contra a decisão regional.

2. Para a configuração do ilícito previsto no art. 41-A da Lei nº 9.504/1997, não se faz necessário o pedido explícito de votos, bastando que, a partir das circunstâncias do caso concreto, seja possível inferir o especial fim de agir, no que tange à captação do voto” (TSE, RO nº 2.373, Rel. Min. Arnaldo Versiani Leite Soares, DJe - Diário da Justiça Eletrônico - de 3/11/2009, p. 33).

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 Ufir, e cassação do registro ou do diploma, observado o procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990. (Incluído pela Lei nº 9.840, de 28/9/1999)

§ 1º - Para a caracterização da conduta ilícita, é desnecessário o pedido explícito de votos, bastando a evidência do dolo, consistente no especial fim de agir. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

§ 2º - As sanções previstas no *caput* aplicam-se contra quem praticar atos de violência ou grave ameaça a pessoa, com o fim de obter-lhe o voto. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)”

3.1 A dispensa do pedido expresso de voto

O § 1º, como já adiantamos, dispensou a necessidade de expresso pedido de voto para a configuração do ilícito denominado captação ilícita de sufrágio, consignando ser suficiente à sua caracterização a evidência do dolo, consistente no especial fim de agir. A nova disposição em muito se assemelha ao entendimento mais recente do TSE, como já visto, no sentido da prescindibilidade do expresso pedido de voto.

Ainda assim, o novel § 1º representa uma inovação. Isso porque o TSE, somente em casos especiais – quando, apesar de ausente o pedido de voto expresso, se fazia nítido não apenas o interesse subjacente à oferta de benesse ao eleitor (obtenção do sufrágio), bem como a compreensão, por parte do beneficiário, de que se esperava do mesmo, em retribuição, o voto –, entendia possível a aplicação da sanção prevista no art. 41-A.

O § 1º recém-inserido, no entanto, implica uma nova visão dos elementos caracterizadores da conduta. Com efeito, sequer se torna necessária, pela atual redação, qualquer menção à candidatura, eleição, ou mesmo insinuação acerca de expectativas de retribuição pela benesse ofertada ou promessa realizada. Ou seja, se antes já era dispensável, para

a configuração do ilícito, o efetivo acerto em derredor da retribuição por meio do voto sufragado em benefício do candidato infrator, bastando a simples conduta de tentar, por meio ilícito, obter o voto, o que se tem agora é a dispensa da própria tentativa de obtenção do voto.

Somente quando demonstrada a condição de eleitor do beneficiário de promessa ou entrega de vantagem pessoal se torna possível a capitulação do art. 41-A.

Estamos, então, em um campo vasto para enfrentamento fático nos Tribunais, porquanto, apesar de desnecessário o pedido explícito, há que se proceder a uma análise das circunstâncias de cada caso, a fim de averiguar a ocorrência do especial fim de agir (evidência de dolo), por parte do autor do fato, adentrando, dessarte, em uma análise demasiadamente subjetiva. Não será, assim, toda e qualquer conduta de doação ou promessa de bem ou vantagem a eleitor que configurará a captação ilícita de sufrágio, mas somente aquela em cujas circunstâncias se possa aferir, levando-se em conta as evidências do fim almejado pelo candidato, o dolo, a intenção de obter o voto.

Trata-se de uma autorização à Justiça Eleitoral para avaliar, diante das circunstâncias, qual é a intenção do agente, pouco importando, então, se há ocorrência de pedido expresso, implícito, ou mesmo subliminar de voto. Não mais interessa, assim, a compreensão, por parte do eleitor, de que a ação do candidato trazia consigo uma expectativa de retribuição nas urnas. Basta que da análise dos fatos se possa concluir não ser outra a intenção do candidato senão obter o sufrágio.

Nessa linha, pensamos que tal conclusão

somente pode ser alcançada quando não demonstrado, pelo candidato, outro intento em sua conduta. Não se poderá falar em captação ilícita de sufrágio, *v. g.*, diante de doação de medicamentos a uma pessoa carente amiga da família, com laços históricos arraigados. A conclusão em torno do fim especial de obter o voto deve ser obtida por exclusão de outros fins, de outros objetivos.

A intenção da norma é clara: a garantia do livre convencimento do eleitor.

Evidentemente há, dessa forma, uma espécie de inversão do ônus da prova, quando o candidato alegue a existência de uma circunstância que desvie o julgador da evidência do fim especial de obter o voto. Com efeito, posta a materialidade da conduta, caberá ao demandado demonstrar a veracidade de suas alegações atinentes a justificativas para a ação que levem à conclusão de que a sua intenção não fora a de obter o sufrágio. Trata-se, a nosso ver, de uma causa extintiva do direito do autor.

Apesar do elevado grau de subjetivismo necessário ao julgamento das representações fundadas no art. 41-A em razão do § 1º em questão, o que se mostra, de certo modo, delicado e mesmo perigoso para a segurança jurídica, entendemos salutar a dispensa do explícito pedido de votos para a configuração do ilícito ali capitulado. É que os candidatos se desdobram no exercício da criatividade, especialmente quando difundida a notícia, hoje corriqueira, de detentores de mandato eletivo casados pela prática de abusos, com destaque para a captação ilícita de sufrágio. E por muitas vezes o intento legal de coibir a prática, visando assegurar ao eleitor a plena liberdade de seu voto, sem interferências indevidas, termina por não ser alcançado, ante a mudança de postura de candidatos reprováveis que continuam a abusar de seu poder

econômico, ou de sua posição jurídica, para doar, entregar, ofertar ou prometer aos eleitores bens ou vantagens pessoais, sem, contudo, fazer qualquer menção a voto, ou mesmo à eleição. Com efeito, contam tais candidatos com a gratidão do eleitor, independentemente de compromisso firmado, para ampliar a sua margem de votação. Diante da nova interpretação do art. 41-A, acrescido das explicações do § 1º, tem-se a reprovação exatamente dessa conduta, que tem na expectativa de gratidão a configuração do dolo, do fim especial, que é o voto.

É curioso notar que a inserção do § 1º tenha tido origem inicialmente na Emenda nº 60 ao Projeto de Lei nº 5.498/2009, por iniciativa do Deputado Federal Bonifácio de Andrada, que, pelas suas justificativas, entendia necessário fixar que a conduta somente se configuraria mediante a comprovação do dolo. A necessidade do dolo permaneceu, afinal, no texto legal, porém com uma conotação bastante diferente da pretendida na emenda. Isso porque, em vez de ter restringido a configuração da captação ilícita de votos, culminou em facilitar a sua caracterização, já que o dolo pode ser aferido pelas evidências que circundam o caso concreto, como já vimos.

3.2 A captação ilícita de sufrágio por violência ou grave ameaça

O art. 41-A, inserido que está no capítulo destinado a tratar da propaganda eleitoral em geral, tem indiscutível caráter restritivo de direito, de sorte que a sua interpretação deve se dar de modo estrito. O ilícito descrito, de seu turno, relacionava-se exclusivamente com a ocorrência de benefícios concedidos por candidatos a eleitores com o fim de obter o voto. A intenção da norma é clara: a garantia do livre convencimento do eleitor. Havia, sem dúvida, uma lacuna legal no que concerne ao comportamento inverso ao benefício, o malefício.

Veio em bom tempo a Emenda nº 110 ao Projeto de Lei nº 5.498/2009 (transformado na Lei

nº 12.034/2009), por iniciativa dos Deputados Federais Mendes Ribeiro Filho e Cândido Vaccarezza, inicialmente com a criação do art. 41-B, posteriormente aprovado texto com resultado semelhante como § 2º do art. 41-A, sendo de bom-tom a transcrição parcial da justificativa, especialmente quando asseveram os Legisladores que

“a jurisprudência eleitoral, tomada de fatos concretos que não eram e ainda não são acobertados pela legislação tópica, viu-se diante de comportamentos igualmente relevantes e que têm o condão de viciar o convencimento do eleitor, verificando-se quanto a isso uma lacuna que não pode subsistir – sob pena de se legitimar comportamentos que de fato contribuem para a não convicção do eleitor –, ou, pior ainda, a viabilização da ‘convicção forçada’, orientada por diretrizes autoritárias que afetam sobremaneira a democracia brasileira.”

De fato, por meio do art. 41-A (Lei nº 9.840/1999), protegeu-se a liberdade de convicção do eleitor contra as influências que o poderio econômico ou político se mostrava capaz de realizar por meio de propostas, benesses, promessas de bens ou vantagens de caráter pessoal. Deixou-se desnuda, contudo, a incolumidade física e moral dos eleitores, que continuavam passíveis, com especial atenção para as classes menos esclarecidas e favorecidas, de pressões de toda ordem que afetavam a sua liberdade de convicção por meio de ameaças e violência, contra si ou seus familiares. De efeito, enquanto a vantagem pode parecer tentadora, de modo a gerar no eleitor um compromisso de sufrágio, ou quando muito uma gratidão que decerto o influenciará na escolha de candidatos, as situações que geram medo não apenas lhe retiram a ampla liberdade de escolha, mas chegam mesmo a viciar-lhe a vontade, posto que a escolha (manifestação da vontade numa eleição) se dará sob coação, causa de anulabilidade de negócios jurídicos, prevista no art. 151 e ss. do Código Civil (CC) brasileiro.

E os casos, Brasil afora, em que eleitores são forçados, por coação, a votar de tal ou qual forma, e muitas vezes a não votar, são os mais variados possíveis, *v. g.*, ameaça de perda de emprego, de suspensão de benefícios sociais, de suspensão de fornecimento de água e luz, de não concessão de algum benefício a que teria direito o eleitor e, até mesmo, ameaças físicas contra a pessoa do eleitor ou seus familiares.

Os Tribunais pátrios, contudo, diante das amarras legais, não se viam na possibilidade de sancionar os candidatos responsáveis por tais condutas, ante a ausência de previsão legal, ao menos sem o necessário enfrentamento da potencialidade dos fatos, acaso configuradores de abuso de poder político ou econômico. O Tribunal Regional Eleitoral de Alagoas, por exemplo, julgando o Recurso Eleitoral nº 840, sobre o enfrentamento de matéria fática envolvendo ameaças de demissão de servidores municipais que não sufragassem candidato indicado pela Chefe do Executivo municipal, entendeu que tal conduta não corresponderia à captação ilícita de sufrágio, mas tão somente a abuso de poder político, posto que a ameaça não é benefício a eleitor.

Assim é que veio em muito boa hora a inserção do § 2º ao art. 41-A, estabelecendo nova modalidade de captação ilícita de sufrágio, qual seja, aquela exercitada por meio de violência ou grave ameaça. Não há que se aplicar ao novel ilícito eleitoral, no entanto, o conceito de coação de que se vale o CC, porquanto o modo de atuação das normas são divergentes, sendo certo que, ao passo que o CC garante a livre manifestação da vontade, por meio de anulação do negócio jurídico decorrente da vontade viciada, a Lei Eleitoral visa à não interferência na vontade do eleitor, por isso, em vez de invalidar-lhe o voto, pune com graves sanções aquele que tentar (ainda que sem sucesso) alterar a livre convicção para o voto. Veja-se que o negócio jurídico será viciado, tornando-se anulável apenas quando a vontade seja efetivamente

manifestada em consonância com a coação. Já no que diz respeito ao § 2º do art. 41-A, não há que se falar em sanção do agente apenas quando este obtém o voto, ou mesmo o compromisso de voto, por parte do eleitor ameaçado, bastando para que se lhe apliquem as penas previstas a tão só ocorrência da ameaça ou da violência.

Outro ponto interessante que nos remete à reflexão é a disposição contida no art. 153 do CC,⁴ que exclui a coação por simples ameaça de exercício regular de um direito. Tal excludente não deve ter aplicação ao ilícito previsto no § 2º do art. 41-A. Isso porque o que se deseja evitar é a ameaça em si, desde que de natureza grave. Nesse caso, haver-se-á de enfrentar o caso concreto e as circunstâncias que o cercam, de modo a averiguar se a ameaça de exercício regular de um direito poderá ou não caracterizar a captação ilícita. Entendemos que, quando seja imposta pelo agente, em face do eleitor, uma condição para o não exercício regular do direito daquele em face deste, e essa condição seja justamente o compromisso do voto, restará devida a sanção prevista no art. 41-A, v. g., quando o credor ameaça o devedor (eleitor) de cobrança judicial, salvo se este sufragar em favor do primeiro, o mesmo ocorrendo quando, por exemplo, o Prefeito municipal ameaça eleitor de promover fiscalização em seu estabelecimento comercial, ou de cobrança de IPTU, ou ainda de não liberar alvará de construção e/ou funcionamento caso não declarado em seu favor o apoio político ou o voto. Nessas circunstâncias tem-se que a ameaça contém, em si, também uma promessa de benesse, posto que, uma vez declarado o voto, o eleitor será beneficiado, seja com o perdão da dívida, seja com a omissão fiscalizatória, seja com a concessão de alvará, etc.

Desse modo, qualquer conduta de candidato que implique ameaça ou violência contra eleitores com o fim de obter-lhes o voto levará à idêntica sanção prevista no *caput* (cassação do registro ou

do diploma e pagamento de multa que variará entre 1.000 e 50.000 Ufir).

O que nos cabe questionar, nesse caso, é se os elementos subjetivos, objetivos e temporais previstos para a conduta de captação ilícita de sufrágio do *caput* se aplicam igualmente a essa nova conduta, tipificada no § 2º.

No que tange aos elementos subjetivos, candidato e eleitor, entendemos parcialmente aplicável a esse novo ilícito o quanto dantes explicitado. Com efeito, se o intento é a obtenção do voto, evidentemente o sujeito passivo da ação (vítima) deverá ser, necessariamente, eleitor da circunscrição eleitoral em que ocorre o pleito. Já no que tange ao sujeito ativo, a norma do § 2º se mostra mais ampla que a do *caput*. Isso porque, ao passo que a cabeça do artigo faz referência expressa ao destinatário da prescrição legal, o candidato, a previsão normativa contida no § 2º (de novo ilícito) faz referência genérica ao sujeito ativo da conduta (... contra **quem** praticar atos de violência ou grave ameaça...). A lei não contém disposições inúteis. Nessa toada, temos que a previsão normativa, *in casu*, dirige-se a qualquer pessoa que promova ameaça de natureza grave ou violência contra eleitor, de sorte que não apenas os candidatos, mas qualquer um do povo pode ser alvo das sanções previstas no *caput*. Não obstante, parece óbvio que aqueles que não sejam candidatos somente sofrerão a sanção pecuniária, excluída qualquer possibilidade de cassação de registro ou diploma de quem não seja candidato.

Pertinente ao candidato como sujeito ativo, a jurisprudência firmada acerca da participação indireta do candidato, ainda que por aquiescência, deve ser de igual modo aplicada ao novo ilícito, posto que, tal como se dá na oferta de benesses, dificilmente será o próprio candidato quem ameaçará os eleitores ou lhes impingirá atos de violência. O que não pode ser dispensada, jamais, é a comprovação

4. “Art. 153 - Não se considera coação a ameaça do exercício normal de um direito, nem o simples temor reverencial.”

de participação indireta do candidato, ainda que por mera aquiescência, que não pode ser presumida, quer por relações pessoais e familiares com o agente que pratica ameaça ou violência, quer por vínculos políticos e/ou de subordinação. A conduta, nesse caso, envolve grave sanção dirigida à pessoa do candidato, de sorte que há de restar sobejamente provada nos autos não apenas a ocorrência da ameaça e/ou da violência, mas também a participação dele.

O que não pode ser dispensada, jamais, é a comprovação de participação indireta do candidato.

O elemento temporal das condutas não é coincidente. E não se diga que a disposição temporal contida no *caput* se estenderia ao § 2º, até porque entendemos que seria de melhor técnica legislativa a criação de um novo artigo, tal qual previsto originariamente na Emenda nº 110 ao Projeto de Lei nº 5.498/2009, já que se trata de um novo ilícito de natureza eleitoral, não penal. Diferentemente do *caput*, não há qualquer marco temporal inicial para a prática de captação ilícita de sufrágio mediante ameaça ou violência, sequer por dedução lógica, na medida em que não apenas o candidato, mas qualquer pessoa pode figurar como sujeito ativo. Daí se conclui que, por exemplo, a prática da conduta antes do registro de candidatura por quem, posteriormente, venha a assumir a condição de candidato poderá possibilitar a cassação de registro ou diploma, por fato ocorrido antes mesmo da escolha em convenção, no que esse ilícito se mostra mais amplo que aquele previsto no *caput*.

Também não se podem dizer coincidentes os elementos objetivos, até por razões óbvias, já que as condutas em questão são inteiramente divergentes entre o *caput* e o § 2º. Com efeito, enquanto

a captação ilícita de sufrágio prevista no *caput* ocorre quando ofertada ou prometida benesse ou vantagem pessoal de qualquer natureza ao eleitor, a conduta que leva à caracterização do ilícito previsto no § 2º é a ocorrência de grave ameaça ou emprego de violência contra o eleitor, com o fim de obter-lhe o voto.

Resta a enfrentamento a aplicabilidade ou não do quanto estabelecido no § 1º do art. 41-A para a conduta tipificada no § 2º do mesmo artigo. Ou seja, pode-se prescindir, no caso de ameaça e/ou violência, do pedido de voto, deduzindo-se o dolo pelas circunstâncias que evidenciem o especial fim de obter o voto por meio da conduta? A resposta a tal indagação se impõe negativa. Como dito alhures, entendemos que a previsão do § 2º deveria estar contida em outro artigo, de sorte que ao menos o § 1º não se lhe é de aplicação, sequer lógica. Com efeito, ao passo que se prescinde do pedido de voto explícito na captação ilícita mediante vantagens ao eleitor, posto que a simples ocorrência de entrega ou promessa de benesse induz no eleitor sentimento de gratidão, o inverso ocorre no emprego de ameaça ou violência, desde que desacompanhado de exigência do voto. Aquele que sofre ameaça, ou violência, por parte de candidato, sem que lhe seja exigido o sufrágio, tenderá, por certo, a votar exatamente contra o agente que lhe agrediu, moral ou fisicamente. O fim de obter o voto, nesses casos, somente será alcançado caso a ameaça e/ou a violência dirigida a eleitor seja explícita no que é pertinente à intenção do voto favorável. De resto, qualquer conduta que não preencha tais condições deverá ser tratada sob aspectos cíveis e criminais, posto que nada repercutirá, a nosso modo de ver, na regularidade do pleito, ou mesmo na liberdade de convicção do eleitor.

4 Aplicabilidade das novas disposições do art. 41-A a fatos já ocorridos

É certo que a inserção dos novos parágrafos ao

art. 41-A teve lugar entre dois pleitos, passada a eleição municipal há menos de um ano da entrada em vigor da Lei nº 12.034/2009. E não se pode olvidar que se encontram ainda em curso inúmeras causas judiciais eleitorais em todo o Brasil, visando à apuração de captação ilícita de sufrágio. A questão que se põe para acerto é a seguinte: aplicam-se as disposições previstas nos §§ 1º e 2º do art. 41-A a fatos já ocorridos, referentes à eleição de 2008, para fins de caracterização da captação ilícita de sufrágio? Toma-se por base para responder a tal indagação, por óbvio, e soberanamente, o Princípio da Irretroatividade da Lei Penal, insculpido na nossa Constituição Federal (CF) em seu art. 5º, inciso LX. Tenha-se em conta, ainda, que o Direito Eleitoral, tal qual o Tributário, é regido pelo Princípio da Anterioridade e da Anualidade (CERQUEIRA, 2006). Alie-se a isso a aplicação do inciso XXXVI do art. 5º da CF, o art. 6º da Lei de Introdução ao CC, além da circunstância de que a Lei nº 12.034/2009 não trouxe em seus dispositivos qualquer ressalva quanto a eventuais efeitos retro-operantes, tal como poderia fazê-lo, a teor do quanto decidido pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADI 605 MC-DF, sob a relatoria do Ministro Celso de Mello.

Traçadas essas premissas, analisemos separadamente os dois parágrafos de que cuida a presente análise sob o aspecto de sua aplicabilidade a fatos ocorridos antes de sua vigência.

4.1 Da plena aplicação do § 1º do art. 41-A a fatos anteriormente ocorridos: norma meramente explicativa não incriminadora

O teor da norma contida no § 1º do art. 41-A não nos remete à inovação em termos de ilícito de natureza eleitoral. Com efeito, o preceptivo legal não inova, não cria novo tipo. O objetivo normativo, *in casu*, é claramente o de explicar, de esclarecer. Chega-se a essa conclusão, com facilidade, da simples leitura dos seus termos. O dispositivo faz referência explícita ao ilícito previsto

no *caput*, consignando que para a sua caracterização não se faz necessária a ocorrência de pedido explícito de votos. Ou seja, tomando-se por base o ilícito da captação ilícita de sufrágio e, especialmente, a parte final do tipo, que estabelece como elemento objetivo o fim de obter o voto, tornou-se necessária uma explicitação, no sentido de que para a averiguação desse fim específico (obtenção do voto) não é imprescindível que a doação, a entrega, a promessa ou a oferta de bem ou vantagem de caráter pessoal ao eleitor seja seguida ou mesmo precedida de pedido explícito de voto.

Aplicam-se as disposições previstas nos §§ 1º e 2º do art. 41-A a fatos já ocorridos, referentes à eleição de 2008, para fins de caracterização da captação ilícita de sufrágio?

Saliente-se que, como já asseverado alhures, o TSE já vinha manifestando entendimento pela desnecessidade de pedido expresso de votos quando as circunstâncias do caso denotassem o intento ilícito. A norma explicativa, dessarte, teve por função pacificar entendimento jurisprudencial, evitando-se interpretações outras que não aquela pretendida pelo Legislador. A conduta ilícita continua sendo exatamente a mesma dantes prevista no *caput*. A sua caracterização, todavia, dada a explicação advinda com a inserção do § 1º, resta mais facilmente realizável, ante a desnecessidade de comprovação do pedido expresso de votos. Não há, como se disse acima, inovação em qualquer dos elementos do tipo ilícito eleitoral.

Tomamos de empréstimo, por pertinente, do Direito Penal, o conceito de norma não incriminadora explicativa ou interpretativa, que não cria novo tipo penal nem tampouco agrava

sanção, mas tão somente se presta a explicar ou dar linha de interpretação de crime já tipificado. É exatamente o que ocorre no caso do § 1º do art. 41-A.

O teor da norma contida no § 1º do art. 41-A não nos remete à inovação em termos de ilícito de natureza eleitoral.

E, nessas condições, temos de admitir a plena aplicabilidade do referido dispositivo a fatos ainda que preteritamente ocorridos e ainda pendentes de apreciação judicial. Afinal, não há qualquer alteração no campo de atuação da norma contida no *caput*. A conduta de doação, entrega, promessa ou oferta de bem ou vantagem a eleitor com o fim de obtenção do voto continua exatamente a mesma. O novo dispositivo serviu, tão somente, para deixar clara a desnecessidade de pedido expresso de votos para a caracterização desse intento de conquista do voto.

Importa ressaltar, de todo modo, que não se pretende aqui esgotar o tema, passível de longas discussões, até mesmo em face da insegurança jurídica que a aplicação imediata e com efeitos retroativos do § 1º gera, especialmente no curso dos processos judiciais, ante a já demonstrada inversão do ônus da prova. Pretende-se tão somente lançar a semente para uma discussão mais aprofundada.

4.2. Da inaplicabilidade do § 2º a fatos já ocorridos

Partindo de idênticas premissas, à mesma conclusão não se pode chegar quanto à possibilidade de aplicação retroativa do preceito contido no § 2º do art. 41-A. É que, como já visto alhures, não se trata aqui de mera explicitação ou direção interpretativa de um ilícito já previsto na legislação. Trata-se, em verdade, de novo

tipo penal, com elemento objetivo diverso, que não se confunde, de modo algum, com a figura da captação ilícita de sufrágio capitulada no *caput*.

A conduta agora tipificada, de captação ilícita de sufrágio por grave ameaça ou violência, não continha qualquer previsão legal sancionatória. Dessarte, a prescrição de uma sanção que importa não apenas em pagamento de multa, mas também na cassação de registro ou de diploma não pode ter aplicação retroativa, sob pena de malferimento do Princípio Constitucional da Irretroatividade. Com efeito, traçando um paralelo com o Direito Penal, como fizemos acima, estaríamos diante de uma norma penal material.

5 Conclusão

Os recentes acréscimos ao art. 41-A da Lei das Eleições, especialmente os §§ 1º e 2º, inseridos por força da Lei nº 12.034/2009, são de grande valia para o aperfeiçoamento da nossa democracia, posto que consistem em elevação da garantia de liberdade de convicção do eleitor em sua escolha de candidatos, livre de influências, positivas ou negativas, indevidas e ilegais.

A previsão do § 1º, que exclui a necessidade de existência de pedido expresso de voto, tem caráter de norma meramente explicativa, não criando nova ilicitude de conduta, mas tão somente servindo a orientar a caracterização da captação ilícita de sufrágio, razão pela qual tem aplicação inclusive sobre fatos ocorridos antes de sua entrada em vigor.

O § 2º do art. 41-A, de seu turno, preencheu uma lacuna da legislação no que tange à caracterização de conduta de candidato que implica grave ameaça ou violência contra eleitor com o fim de obtenção de voto, criando, assim, um novo ilícito eleitoral, de sorte que não se mostra possível a sua aplicação aos fatos ocorridos preteritamente à sua vigência, sob pena de violação ao Princípio da Irretroatividade. ■

Bibliografia

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito Penal, Parte Geral*. v. I. 6. ed. Saraiva, 2008.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. *Preleções de Direito Eleitoral*. t. I. Direito Material. Lumen Juris, 2006.

CONEGLIAN, Olivar. *Lei das Eleições Comentada*. 5. ed. rev. e atual. Juruá, 2008.

COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de Direito Eleitoral*. 6. ed. rev., ampl. e atual. Del Rey, 2006.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 4. ed. rev., ampl. e atual. Del Rey, 2010.

MAIOR FILHO, Marcos Souto. *Direito Eleitoral – Lei da Compra de Votos e a Reforma Eleitoral*. Juruá, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 8. ed. Revista dos Tribunais, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 6. ed. Malheiros, 2009.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. *Elementos de Direito Eleitoral*. Saraiva, 2009.