

# **O ARTIGO 41-A DA LEI 9.504/97: UMA ANÁLISE DO DISPOSITIVO BASEADA NA SISTEMÁTICA DA LEGISLAÇÃO ELEITORAL BRASILEIRA<sup>1</sup>**

*João Andrade Neto\**

**Sumário:** ESFERA POLÍTICA: 1. O contexto social anterior à vigência do artigo; 1.1. Mecanismos jurídicos precedentes; 2. Valores positivados pela Lei 9.840/99; ESFERA NORMATIVA: 3. O artigo 41-A da Lei 9.504/97 – análise lógica e sistemática; 4. Hipótese normativa – suporte fático abstrato; 4.1. Captação ilícita de sufrágio – definição; 4.2. Outros ilícitos eleitorais – distinção; 4.3. Elementos do suporte fático; 5. Preceito – efeitos da incidência; 5.1. Sanções; 5.2. Inelegibilidade; 6. Aspectos processuais relevantes; 6.1. Rito – representação, investigação ou ação; 6.2 A ação de investigação judicial eleitoral em sede de captação de sufrágio; ESFERA SOCIOLÓGICA: 7. Aplicação jurisprudencial; 7.1. Execução provisória da sentença e caráter definitivo da decisão; 7.2. O problema da inconstitucionalidade do artigo; 8. Conclusão; 9. Bibliografia.

## **RESUMO**

O art. 41-A foi introduzido na Lei 9.504, de 30 de setembro de 1997, por meio da Lei Ordinária 9.840, de 28 de setembro de 1999. Precedeu sua criação a iniciativa de entidades da sociedade civil organizada, motivadas pela necessidade de coibir práticas eleitoreiras questionáveis e dar maior efetividade à atuação da Justiça Eleitoral.

---

\* Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

<sup>1</sup> Recomendada a publicação pelo professor João Batista de Oliveira Filho.

Uma vez em vigor, o dispositivo trouxe normas de natureza jurídica distinta: há regra de direito material e outra, processual.

Materialmente, contém nova hipótese de conduta vedada, a captação de sufrágio, não coincidente com a corrupção eleitoral nem com o abuso do poder econômico e de autoridade. As sanções aplicadas à nova espécie estão prescritas também ali: multa e cassação do registro de candidatura (ou do diploma, se já se houver consumado o pleito), ambas devendo-se aplicar simultaneamente.

Processualmente, apontou a ação de investigação judicial eleitoral (art. 22 da Lei Complementar 64/90) como meio adequado para o exame judicial da representação contra o candidato sobre cuja conduta incide a norma.

O dispositivo é suficientemente claro quanto a sua hipótese de incidência. Ainda assim, sua interpretação e aplicação têm sido controversas. Pairam inúmeras dúvidas, tanto sobre como conciliá-lo com os demais Institutos do Direito Eleitoral pátrio, como a respeito de sua constitucionalidade.

## **ABSTRACT**

The article 41-A was introduced into the law 9.504/97, by the ordinary law 9.840/99. Its creation was preceded by movements organized by non governmental organizations, which were motivated by the necessity they felt to restrain questionable electoral practices and to give more effectiveness to actuation of the electoral justice.

Once created, the law brought norms of two different categories: of material law and of procedural law.

Materially, it has a new hypothesis of forbidden conduct, the suffrage capitation, not coincident with the electoral corruption nor the economic or authority power abuse. The sanctions applied to this new species are described there as well: fine and candidature register disability (or of the

diploma, if the vote has been consummated), both having to be applied simultaneously.

Procedural, it pointed the electoral judicial investigation action (article 22 of the complementary law 64/90) as the adjusted mode to the judicial exam of the representation against the candidate on whose behavior the norm occurs.

The law is clear enough about its possibility of occurrence. Even so, its interpretation and application have been varied. There are innumerable doubts about how to conciliate it with the other Electoral Law Institutes and about its constitutionality.

## **ESFERA POLÍTICA**

### **1. O contexto social anterior à vigência do artigo**

Assiste-se, nos últimos anos, a uma crescente preocupação, manifestada por diversos setores da sociedade, de fortalecer a prática democrática brasileira. Faz-se perceptível a exigência social de que o processo eleitoral pátrio efetivamente se moralize.

Enorme repercussão tem sido dada às ações eleitoreiras praticadas com o intuito de, ilícitamente, obter vantagem para determinado candidato em flagrante desrespeito à real vontade do eleitor. Mais especificamente, a campanha eleitoral de 1996 acabou ganhando notoriedade devido aos casos de compra de votos amplamente noticiados pela imprensa à época.<sup>2</sup>

Diante do número de denúncias e do conseqüente descontentamento da opinião pública, em 1997, a Comissão Brasileira de Justiça e Paz (CBJP) da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) lançou o projeto

---

2 CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. *Direito eleitoral brasileiro: o Ministério Público Eleitoral, as eleições em face da Lei 9.504/97*. 2. ed. ver., ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 1003-1007.

“Combatendo a corrupção eleitoral”, dando continuidade à Campanha da Fraternidade do ano anterior, cujo tema era “Fraternidade e Política”. Tal comissão foi responsável pela elaboração de um Projeto de Lei que, patrocinado por cerca de 60 entidades, visava a coibir esses abusos.

Chegou-se mesmo a promover uma “Semana Nacional de Coleta de Assinaturas” nos dias 07 a 13 de setembro de 1998, que contou com a efetiva participação do Conselho Federal da OAB.

Em 18 de agosto de 1999, foi entregue ao Presidente da Câmara de Deputados o texto do Projeto acompanhado da assinatura de 952.314 eleitores. Embora altamente representativo, não satisfazia à exigência mínima de 1% do eleitorado nacional, prevista no art. 61, § 2º, da CRF/88, que, na data da entrega, equivaleria a 1 milhão e 60 mil eleitores.<sup>3</sup>

Optou-se, portanto, pela tramitação como projeto de iniciativa parlamentar subscrito por todos os partidos presentes naquela Câmara de Deputados.

### **1.1. Mecanismos jurídicos precedentes**

O prélio eleitoral de 1996 tornou notória, também, a inefetividade da Justiça Eleitoral – e das regras componentes da legislação vigente – para coibir a compra e venda de sufrágio.

O Código Eleitoral (CE) vigente já estabelecia em seu artigo 299 que essa prática constitui um crime eleitoral. A Lei Complementar nº 64/90, no art. 22, referia-se à mesma conduta como abuso de poder econômico ou de autoridade.

Trata-se de ilícitos para os quais se previu, direta (no segundo caso) ou indiretamente (no primeiro), a sanção de perda de direito de concorrer ao

---

3 SILVA, José Antônio Figueiredo de Almeida. *Eleições 2000: comentários à Lei 9.504/97 (com as alterações da Lei 9.480/99)*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 136.

pleito<sup>4</sup>. Em ambos os casos, contudo, a inelegibilidade decorrente está expressamente condicionada ao trânsito em julgado da decisão, “[...] o que, sob a ótica de algumas lideranças sociais, seria aguardar tempo demais para ver cassado o registro ou diploma daquele que teria subvertido a liberdade do eleitor com dádivas e benesses eleitoreiras”<sup>5</sup>.

Pretendia-se que tal restrição de direitos fosse infligida ao agente do ilícito de forma rápida, ainda dentro do período de campanha eleitoral.

Destarte, “Buscou-se [...] a inserção no ordenamento jurídico eleitoral de mecanismo que possibilitasse a cassação de registro ou do diploma independentemente do trânsito em julgado da decisão condenatória [...]”<sup>6</sup>.

## 2. Valores positivados pela Lei 9.840/99

Composta por apenas cinco artigos, a Lei ordinária nº 9.840, de 28 de setembro de 1999, alterou dispositivos das Leis nº 9.504/97 e nº 4.737/65 – o Código Eleitoral –, e estabeleceu a denominada captação de sufrágio como um novo ato ilícito.

Ainda que não se tratasse tecnicamente de uma lei de iniciativa popular, assim ficou conhecida por ter-se originado da vontade social, através da organização do eleitorado.

No que interessa a este trabalho, logo em seu art. 1º, o documento legislativo trouxe inovação na esfera eleitoral, determinando o acréscimo do art. 41-A à Lei nº 9.504.

4 O art. 299 do CE, reitera-se, tem natureza penal. Da interpretação constitucional depreende-se que a condenação criminal transitada em julgado, por implicar a suspensão de direitos políticos, dá causa a hipótese de inelegibilidade. Infere-se, pois, que um dos efeitos jurídicos decorrentes da aplicação judicial da norma descritiva da corrupção eleitoral é a cominação de inelegibilidade, nos termos dos arts. 14 e 15 da CRF/88.

5 SOUZA, Adrianna Belli Pereira de. *O Artigo 41-A da Lei 9.504/97: inconstitucionalidade formal, agressão às regras constitucionais materiais e processuais e às garantias fundamentais do jurisdicionado*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2002. p. 21.

6 SOUZA, 2002, p. 22.

O movimento político que gerou a edição dessa norma e sua introdução no ordenamento pôs em destaque os objetivos de: garantir o respeito à real vontade do eleitor, condição para o exercício de uma Democracia verdadeiramente representativa; e combater a impunidade advinda de instrumentos legais pouco céleres, que se julgavam insuficientes para o combate de práticas eleitoreiras manifestamente ilícitas que ameaçavam a lisura do pleito. Neste sentido, buscou-se possibilitar à Justiça Eleitoral uma atuação mais efetiva.

Por fim, a publicação se deu em 29 de setembro de 1999, “um dia antes do prazo fatal para que vigorasse nas eleições de 1º de outubro do ano de 2000”<sup>7</sup>.

## **ESFERA NORMATIVA**

### **3. O artigo 41-A da Lei 9.504/97 – análise lógica e sistemática**

Este o teor do dispositivo em pauta:

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 n. 64, de 18 de maio de 1990.

Inicialmente, em uma análise lógica<sup>8</sup> do texto legal, nota-se a presença de dois enunciados de natureza jurídica distinta:

---

<sup>7</sup> CERQUEIRA, 2002, p. 1008.

<sup>8</sup> “No emprego do *processo lógico*, o que se pretende é desvendar o sentido e o alcance da norma, estudando-a por meio de raciocínios lógicos, analisando os períodos da lei e combinando-os entre si, com o escopo de atingir perfeita compatibilidade”. (DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 5. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 389, grifo da autora).

“Ao fato jurídico ilícito da captação de sufrágio a norma [...] prescreve a sanção de cassação de registro ou do diploma, além da multa de mil a cinqüenta mil UFIR. Essa norma é direito material. A parte final do texto normativo, o qual estipula a norma que define o remédio processual próprio para a aplicação jurisdicional da sanção de cassação do registro à captação de sufrágio [...] é norma de direito processual. Embora postas no mesmo texto legal, a diferença de suas naturezas ressalta.”<sup>9</sup>

A primeira parte, de natureza eminentemente material, pode ser – tomando a norma, nos termos da teoria não sancionista<sup>10</sup>, como uma proposição que estabelece que, ocorrendo determinado fato (concretização do suporte fático), a ele devem ser atribuídas certas conseqüências (efeitos jurídicos)<sup>11</sup> – subdividida em duas partes: uma, que descreve o suporte fático do qual resultará o fato jurídico, e outra, que prescreve efeitos atribuídos a este.

Há, então, uma hipótese normativa e um preceito (tese): “[...] sob pena de multa de mil a cinqüenta mil UFIR, e cassação do registro ou do diploma [...]”.

A hipótese diz respeito à possibilidade de concreção do suporte fático abstratamente descrito (enunciado lógico da norma), no caso, a captação ilícita de sufrágio<sup>12</sup>. Ou seja, é a condição para que se produzam os efeitos jurídicos preceituados: as sanções administrativas de multa e cassação de registro ou diploma.

Já a segunda parte do artigo, norma de natureza processual, dispõe sobre o procedimento judicial a ser adotado: “[...] observado o procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990”.

---

<sup>9</sup> COST3A, Adriano Soares da. Instituições de Direito Eleitoral: teoria da inelegibilidade; direito processual eleitoral; comentários à lei eleitoral. 5. ed. rev., ampl., e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 562.

<sup>10</sup> MELLO, 1986, p. 46.

<sup>11</sup> Ibid., p. 37.

<sup>12</sup> Ibid., p. 53.

Em todo caso, o correto entendimento do enunciado do art. 41-A implica não apenas seu exame lógico, mas também sistemático. Mostra-se necessário compreender também como se dá sua integração ao ordenamento jurídico.

Ambas as normas que compõem o dispositivo, tanto a material quanto a processual, podem ser vistas como regras jurídicas remissivas, ou seja, “apanham outras normas e as consideram parte de seu conteúdo”<sup>13</sup>.

Isso se observa já no início do artigo, quando o legislador faz uma ressalva de que os atos previstos pelo art. 26 (e incisos) da Lei 9.504/97 não se incluem no suporte fático sobre o qual incide a norma sancionadora.

Trata-se, logo, de situação em que a incidência de uma norma tem como efeito a pré-exclusão de juridicidade de outra. A entrada do fato no mundo jurídico é impedida porque o suporte fático da norma material em questão, que define o que é captação vedada de sufrágio, passa a ser considerado insuficiente, não abrangendo os atos dispostos na norma pré-excludente.

Dessa maneira, “[...] não seria captação de sufrágio a doação de camisetas, bonés e todos os brindes previstos no artigo 26 como sendo gastos eleitorais de campanha com propaganda”<sup>14</sup>.

A outra norma remissiva ali contida compreende toda a disposição de natureza processual. Nesse caso, o procedimento previsto no art. 22 da LC 64/90 é tomado como preceito, enquanto a hipótese normativa não mais se refere a um ato volitivo do mundo do ser (compra de votos): é a captação ilícita de sufrágio, **fato jurídico**, considerada na condição de **fato do mundo**.

---

13 MELLO, 1986, p. 40.

14 CERQUEIRA, 2002, p. 1017.

#### 4. Hipótese normativa – suporte fático abstrato

Observando a norma jurídica como dogma em sua abstração lógica<sup>15</sup>, seu suporte fático abstrato compreende a primeira parte do dispositivo, que começa em “Ressalvado o disposto” e termina com “da eleição, inclusive”.

##### 4.1. Captação ilícita de sufrágio – definição

Embora o art. 41-A enuncie que “[...] constitui **captação de sufrágio** [...]”, o conceito ali expresso é o de **captação ilícita**, vedada por lei, uma vez tratar-se de uma ação voluntária dolosa praticada por pessoa imputável que, implicando infração a dever absoluto, viola direito.<sup>16</sup>

Parece óbvio, mas não custa ressaltar que ilícito é fato que a ordem normativa qualifica como tal. No já discutido caso de remissão às hipóteses de gastos eleitorais com campanha, por exemplo, a distribuição de brindes e camisetas não constitui infração “por ser material de propaganda lícita”<sup>17</sup>.

Essa distinção (entre captação lícita e ilícita) faz-se imperiosa diante da premissa de que a disputa eleitoral ocorre essencialmente pelo convencimento do eleitorado, ou seja, é eleito o candidato que consegue captar (licitamente) o maior número de votos “[...] por intermédio de propaganda eleitoral, comícios, debates nos meios de comunicação social, exposição de suas idéias e ideologia etc”<sup>18</sup>.

“Porém, o convencimento dos eleitores 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 votantes.”<sup>18</sup>

15 MELLO, op. cit., p. 30.

16 Ibid., p. 210.

17 CERQUEIRA, 2002, p. 1018.

18 COSTA, 2002, p. 482.

Portanto, seria indevido tolher o candidato “[...] na prática de atos normais de doação, pela própria natureza da disputa em que se envolve”.<sup>19</sup>

Da mesma forma, “não se pode confundir captação [ilícita] de sufrágio com programa de governo”<sup>20</sup>: “[...] o primeiro se caracteriza pela promessa de vantagem pessoal, enquanto que o programa de governo [...] se caracteriza por metas a serem cumpridas caso o candidato seja vencedor (promessas gerais, abstratas, sem vantagem pessoal a uma ou determinadas pessoas)”.<sup>20</sup>

#### **4.2. Outros ilícitos eleitorais – distinção**

A primeira novidade trazida pelo art. 41-A foi a definição de captação de sufrágio, que passou a ser um termo distinto do abuso de poder econômico ou político. Antes da vigência da nova norma, a compra de votos, fato do mundo, era juridicizada, adentrava o ordenamento jurídico, como abuso de poder.

No caso deste, cuja previsão se encontra no *caput* do art. 22 da LC 64/90, o candidato ou alguém por ele (um terceiro interessado em beneficiá-lo) pode dar causa ao abuso, que não pode ser eleitoralmente insignificante. Exige-se uma relação de causalidade, ou seja, “demonstração de sua repercussão para o desequilíbrio de processo eleitoral”<sup>21</sup>. Não que a decisão das eleições seja efetivamente afetada (garantindo a vitória do beneficiado pelo abuso), mas que tal influência nociva tenha potencialidade de fazê-lo, seja significativa (princípio da proporcionalidade). Só assim o uso do poder econômico será abusivo e, portanto, ilícito.<sup>22</sup>

---

19 CERQUEIRA, op. cit., p. 1019.

20 Ibid., p. 1009.

21 COSTA, op. cit., p. 484.

22 Relativamente à captação de sufrágio, pouco importando se há relevância ou não para a eleição.

Já o crime de corrupção eleitoral, que encontra descrição no art. 299 do CE, possui um suporte fático abstrato mais amplo, abrangendo, além da captação ilícita, o pedido de voto em nome de candidato (nestas duas situações, corrupção ativa) e a solicitação de vantagem em troca de voto (corrupção passiva).

Ademais, não compõem o tipo penal circunstâncias temporais. Diferentemente da captação de sufrágio, a corrupção eleitoral pode se dar em qualquer tempo.

#### 4.3. Elementos do suporte fático

As diferenças entre a hipótese do art. 41-A e outros ilícitos eleitorais (penais ou não) tornam-se mais evidentes quando se analisa ontologicamente<sup>23</sup> o suporte fático abstrato descrito naquele.

Tal verificação, todavia, exige equiparar, analogicamente, o enunciado lógico da norma a um **tipo de injusto de ação doloso**, e, por fim, decompô-lo analiticamente em seus caracteres objetivos e subjetivos.<sup>24</sup>

“[...] o tipo objetivo é composto de um núcleo (verbo – ação ou omissão) e de elementos secundários ou complementares [...]”<sup>24</sup>.

O cerne do suporte fático complexo<sup>25</sup> são as ações nucleares do tipo: doar (conceder), oferecer (expor vantagem indevida), prometer (gerar expectativa de doação), ou entregar (passar às mãos de).<sup>26</sup>

23 “Para configurar a contrariedade a direito caracterizadora da ilicitude não importa a que ramo da Ciência Jurídica pertença a norma violada. Por essa razão, *não há uma diferença ontológica entre ilícito civil, penal, administrativo ou de qualquer outra espécie*; todos têm o mesmo cerne. Por isso a distinção entre eles é puramente metodológica e se estabelece em razão da espécie de norma que incide sobre o suporte fático concreto. Assim, o ilícito é penal porque incidentes normas de direito penal, como há ilícito administrativo quando se contrariam normas de direito administrativo. [...] A substância ontológica de todos eles, porém, é a mesma: a violação da ordem jurídica.” (MELLO, 1986, p. 199, grifo do autor).

24 PRADO, 2000, p. 222-223.

25 MELLO, op. cit., p. 61.

26 CERQUEIRA, 2002, p. 1011.

Cumpra-se destacar que, para que o ilícito ocorra, não há necessidade de que o eleitor obtenha, de fato, vantagem pessoal ou algum bem do candidato. Aproxima-se, pois, de um ilícito de atividade ou de mera conduta: “o comportamento exaure o conteúdo do tipo legal, isto é, a sua simples realização consome o delito”<sup>27</sup>.

“[...] não há possibilidade de tentativa na realização [...]; havida a promessa de vantagem, a norma infalivelmente incide, juridicizando a conduta do candidato como ilícita e deflagrando os efeitos nela previstos.”<sup>28</sup>

Partindo do mesmo raciocínio, não se fala, também, em nexo de causalidade entre a conduta e o resultado do pleito. E mais, diferentemente da interpretação jurisprudencial predominante em relação ao abuso de poder, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) já assentou ser desnecessária até a potencialidade de influenciar o resultado das eleições (não se verifica a proporcionalidade).

Cabe, então, discorrer agora sobre o alcance da norma quanto à autoria do fato.

O sujeito ativo do tipo é o candidato. Este termo encerra um elemento normativo que tem seu significado conferido pela ordem jurídica interna. Diz respeito ao cidadão elegível, que, em pleno gozo dos direitos políticos e indicado por convenção partidária, tem seu pedido de registro de candidatura deferido.<sup>29</sup>

“Resta caracterizada a captação de sufrágio prevista no art. 41-A da Lei nº 9.504/97, quando **o candidato** praticar, participar ou mesmo anuir explicitamente às condutas abusivas e ilícitas capituladas naquele artigo”<sup>30</sup>.

---

27 PRADO, op. cit., p. 151.

28 COSTA, 2002, p. 484.

29 Ibid., p. 72-84.

30 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial. Recurso Especial Eleitoral n. 19.566. Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Acórdão 18 dezembro 2001. Diário Oficial da União. Brasília, 26 de abril de 2002. Diário da Justiça, Volume 1. p. 185.

Para tanto, porém, exige-se dele a prática da conduta vedada, mais do que ser por tal ação beneficiado.

Se o sujeito ativo remete a um termo específico, o mesmo se pode dizer do sujeito passivo. A caracterização da conduta típica “pressupõe oferta a eleitores individualizados (pessoas portadoras de títulos eleitorais próprios, com seção eleitoral específica)”.<sup>31</sup>

A norma não alcança a vantagem outorgada (ou prometida) a um número indeterminado de pessoas, e, se se trata de um grupo de pessoas determináveis, cada um deve fruir individualmente do bem ofertado<sup>32</sup>:

Isso posto, averigúia-se neste ponto o objeto da ação contrária ao direito.

Excluindo aqueles enumerados no art. 26, *caput* e incisos, os bens ou vantagens ofertados podem ser de qualquer natureza, incluindo, além de benefícios materiais, os imateriais. No entanto, não podem ser de fruição coletiva. Reitera-se o objeto do verbo típico não compreender a outorga genérica. O favorecimento de coletividades das quais pode participar qualquer cidadão, como quando se calça uma rua ou se constrói uma escola, não pode ser considerado ilícito<sup>33</sup>. Noutras palavras, não se confundem com as promessas vedadas no artigo as propostas de campanha. “A primeira hipótese é de corrupção eleitoral; a segunda, de composição de interesses políticos, que é moeda legítima dos pleitos.”<sup>34</sup>

Conforme já exposto, a caracterização do ilícito não exige se consume a transferência do bem para o patrimônio do eleitor. A eventual entrega ou consumação do benefício serve somente à instrução processual, facilitando a fundamentação probatória.

31 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral n. 21.022. Relator Ministro Fernando Neves da Silva. Acórdão 05 dezembro 2002. *Diário Oficial da União*. Brasília, 07 de fevereiro de 2003. Diário da Justiça, Volume 1. p. 144.

32 COSTA, op. cit., p. 485-486.

33 Ibid., p. 486.

34 Voto do Ministro José Paulo Sepúlveda Pertence. In: BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral n. 19.176. Relator Ministro José Paulo Sepúlveda Pertence. Acórdão 16 outubro 2001. *Diário Oficial da União*. Brasília, 22 de fevereiro de 2002. Diário da Justiça, Volume 1. p. 181).

Contudo, ainda que um candidato tenha executado ação correspondente a verbo descrito pelo art. 41-A, e mesmo que comprovado o recebimento de vantagem por eleitor, pode não se consumir a incidência. Para a concretização do suporte fático abstratamente previsto, tal conduta deve ocorrer durante um intervalo temporal específico.

Em relação ao marco que encerra o interregno, não parece haver divergências. Resta pacificado o dia da eleição.

Quanto ao termo *a quo*, entretanto, embora a norma seja clara ao determinar a data em que foi deferido o registro de candidatura, a jurisprudência tem firmado entendimento em direção contrária: “o termo inicial do período de incidência da regra do art. 41-A da Lei nº 9.504, de 1997, é a data em que o registro da candidatura é requerido, e não a do seu deferimento”<sup>35</sup>.

“Desde que o candidato está autorizado a desenvolver sua campanha eleitoral antes do deferimento do registro de sua candidatura, não me parece legítimo isentá-lo das penas aplicáveis pela eventual prática da grave conduta descrita no referido art. 41-A, se essa se der entre o pedido e o deferimento.”<sup>50</sup>

Finalmente, cumpre fazer algumas considerações sobre o bem jurídico protegido pelo dispositivo.

“Nas ações eleitorais, o objeto litigioso nunca é de natureza privada [...]. [...] *o interesse tutelado é de natureza pública, dizendo respeito à legitimidade do prélio eleitoral, protegendo, como valor absoluto a ser perseguido, o respeito à vontade popular que livremente escolhe os representantes e dirigentes do povo.*”<sup>36</sup>

35 Voto do Ministro Fernando Neves, in: BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral n. 19.229. Relator Ministro Fernando Neves. Acórdão 15 fevereiro 2001. *Diário Oficial da União*. Brasília, 05 de junho de 2001. Diário da Justiça, Volume 1. p. 111.

36 COSTA, 2002, p. 507-508, grifo do autor.

Logo, depreende-se que a vontade do eleitor é o bem jurídico imediatamente ameaçado, ao passo que, mediatamente, o perigo de dano recai sobre a legitimidade da disputa eleitoral, ou seja, sobre toda a eleição.

Portanto, parece infundado o entendimento do TSE segundo o qual “[...] ao contrário dos procedimentos de abuso do poder político, em que se protegia a eleição como um todo, aqui o bem protegido é outro sim: a vontade do eleitor”<sup>37</sup>.

Mais coerente é a conclusão de que, em última análise, “tanto na hipótese de abuso do poder econômico, como na de captação de sufrágio, se busca coibir a perturbação da livre manifestação popular [...]”<sup>38</sup>.

Quanto aos elementos típicos que compreendem “as circunstâncias que pertencem ao campo psíquico-espiritual e ao mundo de representação do autor”<sup>39</sup>, cabe tratar do dolo e do elemento subjetivo especial.

“Entende-se por dolo a consciência e a vontade de realização dos elementos objetivos do tipo de injusto doloso (tipo objetivo).”<sup>40</sup> Ou seja, consiste em saber e querer a realização da conduta qualificada como típica.

No caso da captação ilícita de sufrágio, o que se exige é “[...] o dolo específico do agente [que oferece vantagem a eleitor] visando obter o voto [...]”<sup>41</sup>.

Isto é, além do dolo, “Para a caracterização de conduta descrita no art. 41-A da Lei nº 9.504, de 1997, é imprescindível a demonstração de que ela foi praticada com o fim de obter o voto do eleitor”<sup>42</sup>.

37 Voto do Ministro Fernando Neves, in: BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral n. 19.739. Relator Ministro Fernando Neves. Acórdão 13 agosto 2002. *Diário Oficial da União*. Brasília, 04 de outubro de 2002. Diário da Justiça, Volume 1. p. 233.

38 COSTA, 2002, p. 492.

39 PRADO, 2000, p. 226 apud WESSELS, Johannes. *Direito Penal*. Tradução de Juarez Tavares. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1976. p. 34.

40 Ibid., p. 224.

41 Voto do Ministro Nelson Jobim. In: BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral n. 19.739. Relator Ministro Fernando Neves. Acórdão 13 agosto 2002. *Diário Oficial da União*. Brasília, 04 de outubro de 2002. Diário da Justiça, Volume 1. p. 233.

42 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral n. 19.229. Relator Ministro Fernando Neves. Acórdão 15 fevereiro 2001. *Diário Oficial da União*. Brasília, 06 de junho de 2001. Diário da Justiça, Volume 1. p. 111.

Equipara-se, portanto, aos delitos de intenção, nos quais “faz parte do tipo de injusto uma finalidade transcendente”. Mais especificamente, ilustra um delito de resultado cortado, que consiste “[...] na realização de um ato visando à produção de um resultado, que fica fora do tipo e sem a intervenção do autor [...]”.<sup>43</sup>

“[...] sem a evidência cabal da finalidade exigida pela norma legal, não há como concluir pela sua incidência e conseqüente violação”<sup>44</sup>.

## 5. Preceito – efeitos da incidência

Os efeitos que o ordenamento normativo dispõe à concretização do suporte fático descrito no art. 41-A não derivam exclusivamente dessa norma. O ato jurídico ilícito da captação de sufrágio pode gerar, além das sanções eleitorais mencionadas no dispositivo da Lei 9.504/97, as penas previstas ao crime de corrupção eleitoral.<sup>45</sup>

“Este novo dispositivo não derogou e tampouco revogou o art. 299 do Código Eleitoral. Aquele crime permanece no ordenamento, tal como nele se encontra, e os agentes devem ser por ele punidos, quando for o caso. [...] O que o art. 41-A alterou, em parte, foi o modo de se auferir a responsabilidade extrapenal do infrator, somente.”<sup>46</sup>

Trata-se, pois, de situação na qual duas normas incidem simultaneamente sobre a mesma conduta<sup>47</sup>. “A responsabilidade do agente pela infração conhecida como ‘compra de votos’ continua bilateral, acarretando ela tanto um processo criminal, como um processo extrapenal”<sup>48</sup>.

<sup>43</sup> Ibid., p. 227.

<sup>44</sup> BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral n. 19.229. Relator Ministro Fernando Neves. Acórdão 15 fevereiro 2001. *Diário Oficial da União*. Brasília, 06 de junho de 2001. Diário da Justiça, Volume 1. p. 111.

<sup>45</sup> CERQUEIRA, 2002, p. 1021.

<sup>46</sup> CÂNDIDO, Joel José. *Direito eleitoral brasileiro*, 8. ed. rev. e atual. Bauru, SP: Edipro, 2000. p. 446.

<sup>47</sup> “O mesmo fato ou complexo de fatos pode ser suporte fático de mais de uma regra jurídica. Então, as regras jurídicas incidem, fazem-no fato jurídico de cada uma delas, com a respectiva irradiação de eficácia. No mundo jurídico, ele é múltiplo; entrou ou reentrou por várias aberturas, levado por diferentes regras jurídicas, sem deixar de ser, fora desse mundo, ou nele mesmo, inicialmente, um só.” (COSTA, 2002, p. 140 apud MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, 4. ed., t. I. São Paulo: RT, 1977. p. 27, grifo do autor).

“[...] incide no delito tipificado no art. 299 Do Código Eleitoral tanto o candidato como qualquer outra pessoa que realiza as figuras típicas ali descritas. [...] sendo o autor da infração um candidato, além de responder criminalmente, [...] submete-se, também, às penas previstas no art. 41-A [...]”<sup>48</sup>

Desse modo, devem-se aplicar as sanções previstas em cada norma, uma sem prejuízo da outra. Não há erro, pois, em afirmar que “[...] a corrupção [...] passou a ser também causa da perda do registro da candidatura ou do diploma”<sup>49</sup>.

### 5.1. Sanções

À Captação ilícita de sufrágio, o art. 41-A da Lei 9.504/97 comina “[...] multa de mil a cinqüenta mil UFIR, e cassação do registro ou do diploma [...]”, ambas, sanções de natureza administrativa *lato sensu*<sup>50</sup> (em oposição à pena de reclusão preceituada pelo art. 299 do CE) e cumulativas (sempre se aplicarão em conjunto; imposta multa, dar-se-á necessariamente a cassação).

Quanto à medida pecuniária, “a aplicação [...] entre 1.000 (mil) e 50.000 (cinqüenta mil) unidades fiscais de referência (UFIR) é dosada de acordo com a prudente descrição judicial, em face da gravidade do caso concreto”<sup>51</sup>.

Em se tratando da segunda sanção prevista, cassa-se o registro se a decisão que julgar procedente a ação for prolatada antes da diplomação. Se

48 GOMES, 2000. p. 203-204.

49 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Medida Cautelar nº 970. Relator Waldemar Zveiter. Acórdão 1º março 2001. *Diário Oficial da União*. Brasília, 27 de abril de 2001. Diário de Justiça, Volume 1. p. 236.

50 “[...] o entendimento doutrinário é no sentido de que tal norma não pode ser considerada como revestida de caráter penal, vez que a sanção cominada ao autor do fato nela descrito não é uma restrição de liberdade. Afirma a doutrina majoritária que o que caracteriza uma norma como revestida de caráter penal é justamente a pena de restrição da liberdade de ir e vir.” (SOUZA, 2002, p. 57).

51 COSTA, 2002, p. 490.

tal pronunciamento judicial se der depois, poda-se o diploma<sup>52</sup>. Observa-se, entretanto, não estar a cassação “[...] na zona de discricionariedade judicial: ocorrida e comprovada a captação ilícita de sufrágio, [...] deve o juiz eleitoral também cassar o registro de candidatura ou o diploma do apenado”<sup>51</sup>.

## 5.2. Inelegibilidade

As penas cominadas pelo artigo em comento tornam inviável a disputa do candidato para o pleito em virtude do qual se praticou a captação ilícita do sufrágio, incidindo em claro caso de inelegibilidade.

Para chegar a tal conclusão, tomou-se como premissa que o registro de candidatura não se apresenta, na ordem jurídica pátria, como um mero pressuposto – ou ainda requisito legal – da elegibilidade (*ius honorum*). É, porém, o próprio fato jurídico que faz nascer o direito de ser votado: o ato que dá existência à condição de candidato. Por consequência, quem não possui o registro de candidatura é inelegível.<sup>53</sup>

O que se denomina inelegibilidade é, em suma, “*A impossibilidade jurídica de concorrer às eleições [...], pouco importando se tal impedimento decorre do fato de não se ter obtido o registro de candidatura ou do fato de tê-lo perdido por seu cancelamento*”<sup>54</sup>.

Mesmo quando o objeto da cassação é o diploma, a hipótese remete à interdição temporária de direitos cujos efeitos são análogos aos da inelegibilidade (proíbe-se o exercício de mandato eletivo).

Portanto, tornar o candidato inelegível é o efeito jurídico **inafastável** da cassação. Trata-se de uma hipótese de inelegibilidade cominada simples,

---

52 Voto do Ministro Barros Monteiro. In: BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral n. 19.644. Relator Ministro Barros Monteiro. Acórdão 03 dezembro 2002. *Diário Oficial da União*. Brasília, 14 de fevereiro de 2003. Diário de Justiça, Volume 1. p. 190.

53 Ibid., p. 73-75.

54 Ibid., p. 225, grifo do autor.

para a eleição em que se deu a captação de sufrágio apenas<sup>55</sup>, e consideram-se nulos os votos dados ao autor do ilícito.

## 6. Aspectos processuais relevantes

O legislador não criou um procedimento próprio para que os legitimados pudessem exercer judicialmente seu direito material de ação e levassem adiante a pretensão de ver afastado da disputa eleitoral o candidato cooptador da vontade do eleitorado. Ao contrário, estabeleceu como rito a ser seguido o previsto no art. 22 da LC 64 – dispositivo que regula a ação específica para os casos de abuso de poder político ou econômico, a investigação judicial eleitoral (AIJE).

“[...] o agente continua a sofrer um processo pelo rito do art. 22 da LI (que é a IJE), mas só que com os limites materiais em sua responsabilidade impostos pelo art. 41-A, acrescido pela Lei nº 9.840/99, que é lei ordinária.”<sup>56</sup>

### 6.1. Rito – representação, investigação ou ação

Consoante se lê no caput do art. 22, “qualquer partido político, coligação, candidato ou Ministério Público Eleitoral poderá representar à Justiça Eleitoral [...] e pedir abertura de investigação judicial [...]”.

O uso do termo “representar” acabou por induzir parte da doutrina, amparada pela interpretação estritamente literal do texto legal, a, erroneamente, distinguir a representação de que trata o dispositivo de uma verdadeira ação.

Nesse sentido, para a jurisprudência predominante, a apuração da captação vedada de sufrágio dá-se em representação, prevista no art. 96 da Lei nº 9.504/97, que apenas segue o procedimento estabelecido no art. 22 da LC nº 64.<sup>57</sup>

<sup>55</sup> COSTA, 2002, p. 494.

<sup>56</sup> CÂNDIDO, 2000, p. 446.

<sup>57</sup> BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral n. 21.022. Relator Ministro Fernando Neves da Silva. Acórdão 05 dezembro 2002. *Diário Oficial da União*. Brasília, 07 de fevereiro de 2003. Diário da Justiça, Volume 1. p. 144.

Não se percebe que o art. 41-A prevê ação de direito material contra captação de sufrágio que, apenas judicialmente, segue o rito da AIJE, continente processual que tem por conteúdo a pretensão decorrente do ato jurídico ilícito.<sup>58</sup>

O fato de as sanções previstas pelo inciso XIV do art. 22 não se aplicarem à representação amparada pela norma da Lei das Eleições não serve à distinção científica da AIJE e da Representação. Isso porque não se pode estabelecer para tanto um critério de natureza jurídica material. O que se compara são elementos processuais. Por este prisma, desaparece qualquer diferença significativa: o procedimento é o mesmo nos dois casos.

A LC 64/90 chamou de investigação o que, em verdade, constitui uma ação típica e atribuiu ao termo representação (significante) o significado de outro instituto jurídico. Ingressa-se, na realidade, em um processo que, subsidiariamente, terá de seguir os pressupostos estabelecidos pelo Código de Processo Civil.

Não há erro, pois, em afirmar que “[...] a representação da Lei 9.504/97 tem natureza de ação [...]. Como tal, deve ser feita pelos legitimados, bem como observar a capacidade postulatória, ou seja, ser subscrita por advogado regularmente inscrito na OAB [...]”.<sup>59</sup>

## **6.2. A Ação de Investigação Judicial Eleitoral em sede de captação de sufrágio**

O art. 22 da LC 64/90 contém normas de natureza jurídica distinta: no que dispõe sobre representação, tem caráter material; quando se refere à AIJE, formal.

---

58 COSTA, 2002, p. 502-503.

59 CERQUEIRA, 2002, p. 683.

A norma processual do art. 41-A remete ao artigo da Lei Complementar, mas determina que a captação ilícita de sufrágio seja só **judicialmente** apreciada conforme o procedimento disposto por este. A incidência, no caso, está limitada apenas às normas de natureza formal. Processualmente, à hipótese normativa captação ilícita de sufrágio, corresponde a tese AIJE.

O inciso XIV do art 22, no entanto, mostra não somente enunciado processual – “[...] determinando a remessa dos autos ao Ministério Público Eleitoral, para instauração de processo disciplinar, se for o caso, e processo-crime, ordenando quaisquer outras providências que a espécie comportar [...]” –, senão também material:

[...] julgada procedente a representação, o Tribunal declarará a inelegibilidade do representado e de quantos hajam contribuído para a prática do ato, cominando-lhes sanção de inelegibilidade para as eleições a se realizarem nos 3 (três) anos subseqüentes à eleição em que se verificou, além da cassação do registro do candidato diretamente beneficiado pela interferência do poder econômico e pelo desvio ou abuso do poder de autoridade, [...].

Partindo do que já se expusera, não há como cogitar a aplicação de tais sanções, inerentes à representação por abuso de poder, à captação de sufrágio<sup>60</sup>. Deve-se seguir apenas o procedimento, não as punições lá previstas.

Inexiste, por outro lado, razão para não aplicar o enunciado processual contido no mesmo inciso XIV. A decisão que julgar a ação fundada no art. 41-A procedente deve determinar a remessa dos autos ao Ministério Público Eleitoral.

---

<sup>60</sup> O art. 41-A da Lei 9.504/97 contém uma norma materialmente completa. No mesmo dispositivo, o legislador cuidou de expor o suporte fático abstrato (elemento normativo descritivo ou hipótese: captação vedada de sufrágio) e o efeito jurídico decorrente de sua concretização (preceito ou tese: sanções de multa e cassação do registro ou do diploma).

Aspira-se com ela à abertura de ação penal motivada pelo crime de corrupção do art. 299 do CE, não a interposição da ação de impugnação de mandato eletivo (AIME) prevista na CRF/88. A jurisprudência majoritária nega à espécie a incidência do inciso XV, que prevê tal remessa “[...] no caso em que a representação for julgada procedente após a eleição do candidato, ‘para os fins previstos no art. 14, §§ 10 e 11, da Constituição Federal, e art. 262, inciso IV, do Código Eleitoral’.”<sup>61</sup>

Como o disposto no inciso, em princípio, visa a preservar o candidato escolhido pelas urnas<sup>62</sup>, negando a incidência quando se fala em captação de sufrágio, afirma-se possível cassar, desde logo, em sentença recorrível, o mandato ou o diploma.

Esse pronunciamento judicial deve cumprir as exigências formais estabelecidas pelo art. 22 e pelo Código de Processo Civil. Sendo válida, ou seja, estando em consonância aos requisitos formais, produzirá seus efeitos, que, em caso de procedência, serão os seguintes:

A) declarativo – declara-se a ocorrência do ilícito, a incidência da norma que define como captação vedada de sufrágio o ato consumado no mundo dos fatos;

B) de condenação – “limita-se a exortar que o condenado cumpra voluntariamente o que está obrigado, sob pena de sofrer a execução forçada”<sup>63</sup>–, correspondente ao pagamento de multa;

61 Voto do Ministro Barros Monteiro. In: BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral n. 19.644. Relator Ministro Barros Monteiro. Acórdão 03 dezembro 2002. *Diário Oficial da União*. Brasília, 14 de fevereiro de 2003. Diário de Justiça, Volume 1. p. 190.

62 “[...] não basta a decretação da procedência da investigação judicial, mas se faz necessário também o exame da matéria em sede de ação de impugnação de mandato e em recurso contra expedição de diploma.

Nessa circunstância, a partir do momento em que sejam conhecidos os candidatos vitoriosos – o que se dá com a proclamação – a lei passa a proteger o eleito com a exigência de que seja examinada a questão também mediante vias processuais específicas.” (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Mandado de Segurança n. 2.945. Relator Ministro Nelson Jobim. Despacho 19 dezembro 2000. *Diário Oficial da União*. Brasília, 01 de fevereiro de 2001. Diário de Justiça. p. 104).

63 COSTA, 2002, p. 119.

C) constitutivo – “cria, modifica ou extingue situações jurídicas, inovando no mundo jurídico”<sup>64</sup>. Cassando o registro de candidatura ou o diploma, suspende-se temporariamente o *ius honorum*. Modifica-se a condição do candidato, que deixa de sê-lo.

Antes da sentença, inexistia situação de inelegibilidade, sendo esse ato judicial o seu causador. Eis que caracteriza uma decisão constitutiva da inelegibilidade cominada simples.<sup>65</sup>

Essa constituição do candidato em cidadão inelegível, como os demais efeitos explicitados, não é anexa à decisão. Trata-se, ao contrário, de um efeito interno, derivado do próprio conteúdo decisório, não da lei.<sup>66</sup>

Cabe constatar, então, se a produção dos efeitos anteriormente expostos, em especial a cassação, dá-se imediatamente.

Já que a restrição enunciada no art. 22, XV, só se refere à decisão cujo mérito implica abuso de poder, não incidindo no caso de captação ilícita de sufrágio, a sentença procedente na AIJE tem por si só carga executiva para podar o registro ou o diploma.

Ademais, por força do art. 257 do CE, os recursos eleitorais não têm efeito suspensivo, produzindo a decisão efeitos desde que proferida.

Resta, todavia, averiguar mais detidamente o art. 15 da LC 64/90<sup>67</sup>:

Embora venha ensejando dúvidas quanto a sua incidência, o dispositivo legal parece-nos suficientemente claro à luz da interpretação lógica e gramatical. Não trata o artigo acima de qualquer decisão na qual se comine inelegibilidade. Apenas daquela que a declara. Só neste caso a produção dos efeitos da sentença se efetiva após o trânsito em julgado.<sup>68</sup>

64 COSTA, 2002, p. 119.

65 Ibid., p. 362.

66 Ibid., p. 124-125.

67 Art. 15. Transitada em julgado a decisão que declarar a inelegibilidade do candidato, ser-lhe-á negado registro, ou cancelado, se já tiver sido feito, ou declarado nulo o diploma, se já expedido.

68 Consoante voto do Ministro Fernando Neves: “O art. 15 da LC nº 64/90 apenas deve ser observado quanto aos efeitos da declaração de inelegibilidade, ou seja, o recorrente somente poderá ser impedido de se registrar como candidato após o trânsito em julgado da decisão.” (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Medida Cautelar n. 994. Relator Ministro Fernando Neves. Acórdão 31 maio 2001. *Diário Oficial da União*. Brasília, 15 de outubro de 2001. *Diário da Justiça*, Volume 1. p. 133).

Ora, a carga declaratória da decisão, no caso do art. 41-A, diz respeito à existência da captação vedada. É a ocorrência desta o objeto da declaração, não a inelegibilidade. Esta é, em verdade, constituída, o que afasta a incidência do art 15 em comento.

A impossibilidade de execução provisória da sanção fundamenta-se, portanto, em outra norma: o princípio constitucional da segurança jurídica.

Trata-se de direito fundamental do indivíduo<sup>69</sup> e “[...] em outras palavras significa o respeito à estabilidade das relações ou a não surpresa [...]”<sup>70</sup>.

“Ao se entender pela possibilidade desta execução provisória, estar-se-ia agredindo princípios basilares do Estado Democrático de Direito [...]. Estar-se-ia decotando [...] o direito político do agente de candidatar-se e o direito político do cidadão de ter aquele candidato como opção para depositar-lhe o voto, sem ponderar que todo poder emana do povo [...]”<sup>71</sup>

Decorre que “[...] nem sempre se poderá autorizar a execução provisória, notadamente quando ela ocasiona dano irreparável ou de difícil reparação, ou mesmo seja irreversível [...]”<sup>72</sup>.

O TSE já emitiu pronunciamentos nesse sentido, que, embora se referissem especificamente à decisão procedente cujo mérito trata do cancelamento do registro de candidatura, podem ser usados analogicamente como argumentos contra a execução da decisão, antes de transitada em julgado, no que diz respeito à cassação do registro e conseqüente inelegibilidade.

69 “O direito à segurança (classificável como direito individual, ao arrepio do ensinamento de tantos, que o reputam como garantia [...]) expande-se no texto constitucional através e diversos incisos.

Verificamos sua afirmação no item XXXVI, que dispõe – ‘A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada’.” (RUSSOMANO, Rosah. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997. p. 257, grifo da autora).

70 ICHIHARA, Yoshiaki. *Direito tributário*. 12. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2003. p. 63.

71 SOUZA, 2002, p. 86.

72 COSTA, 2002, p.507.

“[...] decorre da absoluta necessidade de assegurar a permanência do nome do candidato na urna eletrônica e a continuidade de sua propaganda eleitoral até a eleição, devido à possibilidade de a decisão ser revista, senão [SIC] o dano seria irreparável. Aliás, se assim não fosse, [...] não estaria assegurada a garantia prevista no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, ‘ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes’.”<sup>73</sup>

Em todo caso, não se deve enxergar a questão só em relação ao candidato irreversivelmente lesado. O objeto jurídico tutelado pela norma tem natureza substancialmente pública, embora, imediatamente, implique as partes envolvidas.

[...] quando o bem jurídico tutelado não seja a incolumidade da esfera jurídica do réu, mas sim o interesse público ou, como ocorre na seara eleitoral, a democracia e a legitimidade das eleições [, não se autoriza a execução provisória].

[...] Termina a Justiça Eleitoral agindo à Robespierre e seus seguidores, guilhotinando em juízos sumários, ou ainda sujeitos a recursos, os escolhidos pelo voto popular, entronando o segundo colocado e fazendo nenhum o significado de eleições livres, pois não se pode legitimamente apelar do mandato aquele eleito, cuja decisão que desqualifica a licitude de seu mandato ainda está pendente de recursos, devendo ser apreciada por outra ou outras instâncias.<sup>74</sup>

73 Voto do Ministro Fernando Neves in: BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Questão de Ordem em Instrução n. 55. Relator Ministro Fernando Neves. Resolução n. 21.051, 26 de março de 2002. *Diário Oficial da União*. Brasília, 12 de abril de 2002. *Diário de Justiça*. p. 186.

74 *Ibid.*, p. 507-508.

## ESFERA SOCIOLÓGICA

### 7. Aplicação jurisprudencial

Partindo agora para a análise da aplicação normativa, confrontar-se-ão os aspectos teóricos expostos com o sentido que sucessivas decisões do TSE têm dado a eles.

Não se furtará, também, à abordagem da constitucionalidade do dispositivo. Embora essa questão seja própria da esfera normativa – pois se trata da passagem da lei, ato jurídico *stricto sensu*, pelo plano da validade –, discorre-se aqui sobre os desentendimentos jurisprudenciais relativos à matéria, o que, afinal, diz respeito à aplicação do Direito.

#### 7.1. Execução provisória da sentença e caráter definitivo da decisão

Em respeito à vontade popular, o TSE tem freqüentemente reafirmado uma posição de cautela em relação à aplicação dos incisos XIV e XV do art. 22 da LC 64/90 em AIJE que tenha como causa de pedir abuso de poder econômico e de autoridade.

Interessa observar que tal entendimento não tem sido aplicado à Representação por captação ilícita de sufrágio. Isso porque o egrégio Tribunal edificou uma construção teórica segundo a qual a perda da condição de candidato não implicaria inelegibilidade. Partindo dessa argumentação, afastaram-se a incidência do art. 15 da LC 64/90 e a exigência de trânsito em julgado da decisão<sup>75</sup>. Nesse sentido, decidiu o Ministro Fernando Neves:

“[...] no caso em exame, não foi declarada a inelegibilidade, mas apenas cassado o seu registro, na forma do que dispõe o citado art. 41-A.

---

<sup>75</sup> COSTA, 2002, p. 493.

Neste caso, penso que o interesse a prevalecer é o de afastar imediatamente da disputa aquele que, no curso da campanha eleitoral, incide no tipo captação de sufrágio vedada por lei.”<sup>76</sup>

Não obstante, há, basicamente, dois motivos que têm justificado a não-concessão do efeito imediato à decisão. O primeiro diz respeito ao direito à propaganda eleitoral. O segundo, à urna eletrônica. Uma vez fechado o programa, não existe meio de abri-lo para a inclusão da foto e do nome de candidato algum. Ainda que a decisão que pode o registro seja revista pelo TSE, direitos subjetivos foram irreversivelmente lesados, em flagrante desrespeito aos princípios processuais da recorribilidade e do duplo grau de jurisdição<sup>77</sup>

Diante disso, depois de fixar longamente a linha jurisprudencial da imediata executividade da decisão que declarasse a captação de sufrágio, alterou-se a aplicação do dispositivo com a expedição da Instrução nº 55:

Art. 56. Os tribunais eleitorais deverão cancelar automaticamente o registro de candidato/a que venha a renunciar ou falecer.

Parágrafo único. No caso de o/a candidato/a ser considerado/a inelegível ou ter seu registro cassado, os tribunais regionais eleitorais cancelarão o registro após o trânsito em julgado da decisão.<sup>78</sup>

76 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Medida Cautelar nº 970. Relator Waldemar Zveiter. Acórdão 1º março 2001. *Diário Oficial da União*. Brasília, 27 de abril de 2001. Diário de Justiça, Volume 1. p. 236.

77 “Todo ato do juiz que possa prejudicar um direito ou um interesse da parte deve ser recorrível, como meio de evitar ou emendar os erros e falhas que são inerentes aos julgamentos humanos. [...]”

Não basta, porém, assegurar o direito de recurso, se outro órgão não se encarregasse da revisão do decisório impugnado. Assim, para completar o princípio da *recorribilidade* existe, também, o princípio da dualidade de instâncias ou do *duplo grau de jurisdição*.

Isto quer dizer que, como regra geral, a parte tem direito a que sua pretensão seja conhecida e julgada por dois juízos distintos, mediante recurso, caso não se conforme com a primeira decisão.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 1 v. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.25, grifo do autor).

78 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Instrução. Dispõe sobre a escolha e o registro dos candidatos nas eleições de 2002. Instrução n. 55. Relator Ministro Fernando Neves. Resolução n. 20.993, 26 de fevereiro de 2002. *Diário Oficial da União*. Brasília, 12 de março de 2002. Diário da Justiça. p. 145.

Inexplicavelmente, é entendimento dominante naquele Tribunal, porém, que o art. 56 só se aplica aos processos de registro de candidatura.

“[...] a regra contida no parágrafo único do art. 56 da Res/TSE nº 20.993 refere-se unicamente aos processos de registro de candidatura, regidos pelos arts. 2º a 14 da LC nº 64/90, e [...] não alcança as decisões proferidas em representação fundada nos arts. 41-A, 73 ou 77, todos da Lei nº 9.504/97. Em relação a esta, o prosseguimento da campanha eleitoral é admitido pela Justiça Eleitoral para evitar dano irreparável, mas isso se dá por conta e risco do candidato e do partido político que prefira não substituir seu candidato, sem nenhuma garantia de sua diplomação.”<sup>79</sup>

Todavia, a redação do parágrafo único do artigo não sustenta tal opinião. Como inexiste no texto expressão que restrinja as hipóteses das quais trata, não há por que não o aplicar. Ademais, pode-se facilmente questionar o argumento do Ministro, pois não só o dano em sede de registro de candidatura seria irreparável. Na hipótese da cassação por captação de sufrágio, além de tudo, o ônus recai não apenas sobre o possível candidato. A vontade popular, bem jurídico que deveria ser protegido pela norma, vê-se ela mesma constrangida.

Ciente disso, o TSE optou por garantir a permanência, na urna eletrônica, do nome do candidato (bem como o prosseguimento de sua campanha eleitoral) simultaneamente ao imediatismo da produção dos efeitos da decisão:

“[...] a permanência, na urna eletrônica, do nome do candidato que tenha seu registro cassado [...], bem como o

---

79 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta n. 21.087. Relator Ministro Fernando Neves. Resolução n. 21.087, 02 de maio de 2002. *Diário Oficial da União*. Brasília, 21 de maio de 2002. *Diário da Justiça*. p. 243.

prosseguimento de sua propaganda eleitoral [...] não significa retirar o efeito imediato da mencionada decisão, que, entretanto, não pode ser tido [SIC] como definitiva antes de seu trânsito em julgado.”<sup>80</sup>

Como se percebe, tal entendimento acaba por tornar-se falacioso. A premissa tomada é verdadeira:

“Não se confunde execução imediata com caráter definitivo da decisão. [...] Caráter definitivo da decisão haveria se a decisão transitasse em julgado. E execução imediata é aquilo que se fazia no art. 41-A. Independentemente do trânsito em julgado, cassava-se o registro.”<sup>81</sup>

A conclusão, no entanto, não se sustenta pelos argumentos, pois “A partir do momento em que não se pode mais cassar o registro, acabou a execução imediata, ainda que se diga que ela existe.”<sup>81</sup>

Concluindo, segundo a aplicação jurisprudencial do dispositivo, até a eleição tem o candidato imunidade. Depois de encerrada, executa-se imediatamente a decisão.

Noutros termos, em que pese o absurdo teórico, a recente jurisprudência do TSE afirma a existência de três novas espécies de candidatos: o não registrado, o registrado e o eleito, com ou sem registro<sup>82</sup>.

## 7.2. O problema da inconstitucionalidade do artigo

Partindo-se da já exposta noção de que a cassação do registro implica inelegibilidade cominada simples, não há como não concluir que o art. 41-A está em desacordo com a CRF/88.

80 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Questão de Ordem em Instrução n. 55. Relator Ministro Fernando Neves. Resolução n. 21.051, 26 de março de 2002. *Diário Oficial da União*. Brasília, 12 de abril de 2002. *Diário de Justiça*. p. 186.

81 COSTA, In.: SEMINÁRIO DE DIREITO ELEITORAL, 1., 2002, Belo Horizonte. *Anais...* Belo Horizonte: TRE, 2002. p. 38.

82 COSTA, 2002, p. 501.

A Carta Magna, em seu art. 14, § 9º, estabelece que as hipóteses de inelegibilidade nela não previstas apenas podem ser fixadas por lei complementar.

Todavia, a Lei 9.840/99, introdutora do art. 41-A à Lei 9.504/97, foi notadamente aprovada em votação ordinária. Portanto, uma vez que não se introduziu a norma no ordenamento jurídico através do adequado veículo legislativo, viabilizado através de *quorum* qualificado, resta comprovada situação de inconstitucionalidade formal<sup>83</sup>.

“[...] porque [o art. 41-A] cria inelegibilidade e como lei ordinária que é, não poderia fazê-lo em acatamento ao princípio da supremacia da Constituição. Tal princípio assegura que o texto constitucional, ao determinar uma forma para a validade de uma norma, há que ser integralmente respeitado, sob pena de estabelecer uma incompatibilidade intransponível a ponto de retirar a legitimidade da norma e, com isso, impedir sua aplicação.”<sup>84</sup>

Na tentativa de evitar a declaração da inconstitucionalidade do dispositivo, o TSE tem manifestado entendimentos de que cassação de registro e inelegibilidade são conceitos diversos: “[...] a cassação do registro ou do diploma, cominados na referida norma legal, não constitui nova hipótese de inelegibilidade. Eis por que não se entrevê nela a invocada inconstitucionalidade parcial”<sup>85</sup>; “A decretação de inelegibilidade não é possível em representação para apurar captação vedada de sufrágio, porque, como já dito, cabíveis são multa e/ou a cassação do registro ou do diploma”<sup>86</sup>.

83 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 10. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 49-50.

84 SOUZA, 2002, p. 26-27, grifo da autora.

85 Voto do Ministro Barros Monteiro. In: BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral n. 19.644. Relator Ministro Barros Monteiro. Acórdão 03 dezembro 2002. *Diário Oficial da União*. Brasília, 14 de fevereiro de 2003. Diário de Justiça, Volume 1. p. 190.

86 Voto do Ministro Fernando Neves. In: BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral n. 21.022. Relator Ministro Fernando Neves da Silva. Acórdão 05 dezembro 2002. *Diário Oficial da União*. Brasília, 07 de fevereiro de 2003. Diário da Justiça, Volume 1. p. 144.

## 8. Conclusão

Tendo em vista tudo o que se expusera, constata-se caracterizar a redação do art. 41-A da Lei 9.504/97 uma imprecisão técnica que acabou por comprometer ainda mais a já frágil integração dos institutos e conceitos do Direito Eleitoral brasileiro.

A fim de escapar da evidente inconstitucionalidade do dispositivo, o TSE optou por aplicar a ele uma interpretação inadequada, “[...] que mais não fez senão propiciar um mistifório ainda maior [...]”<sup>87</sup>.

“[...] como se fosse possível afirmar que a poda da elegibilidade, do direito do cidadão de concorrer a um mandato eletivo, não fosse decorrente da sua inelegibilidade”<sup>88</sup>, partiu-se da (incorreta) premissa de que não se confundiria com esta sanção a cassação do registro de candidatura.

Tal manipulação semântica gera graves conseqüências para a aplicação da norma, “[...] a mais saliente [delas] diz respeito ao sepultamento do próprio instituto da inelegibilidade, em casos de poder econômico e político”<sup>89</sup>, nos quais não se opera de imediato a cassação do registro de candidatura.

Tal dedução, porém, não esgota os absurdos derivados da opinião jurisprudencial prevalente, em destaque, se considerada a potencial ameaça à soberania popular (e, conseqüentemente, à democracia) intrínseca ao posicionamento.

Na aplicação do dispositivo defendida pelo TSE, “A vontade popular manifestada nas urnas perde qualquer valor quando da executividade imediata das decisões que aplicam o art. 41-A”<sup>90</sup>.

---

87 COSTA, 2002, p. x.

88 Ibid., p. x-xi.

89 COSTA, 2002, p. xi.

90 Ibid., p. 500.

“Basta imaginar [...] as eleições municipais em que o juiz eleitoral [...] Amasiado com o grupo político concorrente ao candidato eleito, cassa-lhe o diploma e empossa o segundo colocado nas eleições para o cargo de prefeito municipal.”<sup>91</sup>

Ora, a CRF/88 instituiu o Estado Democrático de Direito e inseriu na ordem legal, através do art. 14, III, a possibilidade lícita da iniciativa popular de lei.

O TSE reconhece a importância desse direito e, com a finalidade de incentivar seu exercício, optou por considerar constitucional o art. 41-A. Ao fazê-lo, no entanto, abriu a possibilidade de se tornar sem valor a vontade popular diretamente manifestada nas urnas.

Para fortalecer a participação política da sociedade, enfraqueceu-se a mais efetiva forma de que dispõem os cidadãos-participantes. Fragilizou-se, portanto, a própria soberania popular que se queria efetivar.<sup>92</sup>

## 9. Bibliografia

- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Mandado de Segurança n. 2.945. Relator Ministro Nelson Jobim. Despacho 19 dezembro 2000. *Diário Oficial da União*. Brasília, 1º de fevereiro de 2001. Diário de Justiça. p. 104.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Medida Cautelar nº 970. Agravante: Ercy Rodrigues do Nascimento. Agravado: Diretório Municipal Provisório do PSDB. Relator Waldemar Zveiter. Acórdão 1º março 2001. *Diário Oficial da União*. Brasília, 27 de abril de 2001. Diário de Justiça, Volume 1. p. 236.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral n. 19.229. Relator Ministro Fernando Neves. Acórdão 15 fevereiro 2001. *Diário*

---

91 Ibid., p. 505-506.

92 SOUZA, 2002, p. 127.

*Oficial da União*. Brasília, 05 de junho de 2001. Diário da Justiça, Volume 1. p. 111.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Medida Cautelar n. 994. Relator Ministro Fernando Neves. Acórdão 31 maio 2001. *Diário Oficial da União*. Brasília, 15 de outubro de 2001. Diário da Justiça, Volume 1. p. 133.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral n. 19.176. Relator Ministro José Paulo Sepúlveda Pertence. Acórdão 16 outubro 2001. *Diário Oficial da União*. Brasília, 22 de fevereiro de 2002. Diário da Justiça, Volume 1. p. 181.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Instrução. Dispõe sobre a escolha e o registro dos candidatos nas eleições de 2002. Instrução n. 55. Relator Ministro Fernando Neves. Resolução n. 20.993, 26 de fevereiro de 2002. *Diário Oficial da União*. Brasília, 12 de março de 2002. Diário da Justiça. p. 145.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Questão de Ordem em Instrução n. 55. Relator Ministro Fernando Neves. Resolução n. 21.051, 26 de março de 2002. *Diário Oficial da União*. Brasília, 12 de abril de 2002. Diário de Justiça. p. 186.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial. Recurso Especial Eleitoral n. 19.566. Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Acórdão 18 dezembro 2001. *Diário Oficial da União*. Brasília, 26 de abril de 2002. Diário da Justiça, Volume 1. p. 185.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta n. 21.087. Consulente: deputado federal Bispo Rodrigues. Relator Ministro Fernando Neves. Resolução n. 21.087, 02 de maio de 2002. *Diário Oficial da União*. Brasília, 21 de maio de 2002. Diário da Justiça. p. 243.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral n. 19.739. Relator Ministro Fernando Neves. Acórdão 13 agosto 2002. *Diário Oficial da União*. Brasília, 04 de outubro de 2002. Diário da Justiça, Volume 1. p. 233.

- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral n. 21.022. Relator Ministro Fernando Neves da Silva. Acórdão 05 dezembro 2002. *Diário Oficial da União*. Brasília, 07 de fevereiro de 2003. Diário da Justiça, Volume 1. p. 144.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral n. 19.644. Relator Ministro Barros Monteiro. Acórdão 03 dezembro 2002. *Diário Oficial da União*. Brasília, 14 de fevereiro de 2003. Diário de Justiça, Volume 1. p. 190.
- CÂNDIDO, Joel José. *Direito eleitoral brasileiro*. 8. ed. rev. e atual. Bauru, SP: Edipro, 2000.
- CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. *Direito eleitoral brasileiro: o Ministério Público Eleitoral, as eleições em face da Lei 9.504/97*. 2. ed. ver., ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de Direito Eleitoral: teoria da inelegibilidade; direito processual eleitoral; comentários à lei eleitoral*. 5. ed., rev., ampl., e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 5. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 1993.
- GOMES, Suzana de Camargo. *Crimes eleitorais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- ICHIHARA, Yoshiaki. *Direito tributário*. 12. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2003.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 – tomo I (Arts 1º - 7º)*, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*, 2. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- RUSSOMANO, Rosah. *Curso de direito constitucional*, 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997.

SEMINÁRIO DE DIREITO ELEITORAL, 1., 2002, Belo Horizonte. Anais...  
Belo Horizonte: TRE, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 10. ed. rev.  
São Paulo: Malheiros, 1995. p. 49-50.

SILVA, José Antônio Figueiredo de Almeida. *Eleições 2000: comentários à  
Lei 9.504/97 (com as alterações da Lei 9.480/99)*. Brasília: Brasília  
Jurídica, 2000.

SOUZA, Adrianna Belli Pereira de. *O Artigo 41-A da Lei 9.504/97:  
inconstitucionalidade formal, agressão às regras constitucionais  
materiais e processuais e às garantias fundamentais do jurisdicionado*.  
Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade  
Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, v. 1. Rio  
de Janeiro: Forense, 2002.