CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO NOVAS REFLEXÕES EM DECALQUE (1)

Adriano Soares da Costa *

§ 1. - Conceito de captação de sufrágio (art. 41-A da Lei nº 9.504/97).

A Lei nº 9.840, de 28 de setembro de 1999, trouxe em seu corpo uma norma de iniciativa popular, acrescentando à Lei nº 9.504/97 o art. 41-A, que estabeleceu uma nova previsão de ato ilícito: a denominada captação de sufrágio. Segundo o texto legal, 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 cinqüenta 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.

O chamado macro-processo eleitoral é o procedimento pelo qual os candidatos habilitados pela Justiça Eleitoral buscam captar os votos dos eleitores, com a finalidade de serem eleitos para os mandatos eletivos em disputa. Os candidatos, entendidos tais aqueles que estejam registrados perante a Justiça Eleitoral, devem buscar captar o voto dos eleitores através de propaganda eleitoral, comícios, debates nos meios de comunicação social, exposição de suas idéias e ideologia etc. O convencimento dos eleitores é, em uma última análise, o fim da campanha eleitoral.

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. Assim, são repelidos pelo ordenamento jurídico o uso abusivo do poder econômico ou político, o uso indevidos dos meios de comunicação social, além de outras condutas que a legislação atribui a pecha de ilícitas e, para inibi-las, impõe a sanção de inelegibilidade.

Como a vivência da legislação eleitoral estava ocorrendo de maneira insatisfatória, começou a surgir na sociedade organizada um sentimento cada vez mais forte contra a impunidade daqueles políticos beneficiários de condutas ilícitas, em detrimento da democracia e da plenitude do exercício do direito do voto. Afinal, às pessoas comuns, aos cidadãos que pagam os seus impostos, parecia absurdo que os processos judiciais eleitorais demorassem tanto, fossem lenientes com os infratores da legislação e, quando conseguissem efetivamente punir alguém, a sanção fosse inexecutável por excesso de tempo na tramitação processual. Essa realidade gerou um sentimento de indignação, consubstanciado no projeto de lei de iniciativa popular, liderado pela Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) e por sindicatos de trabalhadores, que findou por resultar na edição do art. 41-A da Lei nº 9.504/97.

Constitui captação ilícita de sufrágio, prescreve o art. 41-A, 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.

Quem pode cometer o ato ilícito é o candidato, e apenas ele. Se alguém, em nome dele, promete, doa, oferece ou entrega ao eleitor algum bem ou vantagem pessoal, com a finalidade de obter-lhe o voto, comete abuso de poder econômico ou corrupção, mas não captação de sufrágio. O candidato é que tem de ser flagrado praticando o ato ilícito, hipotizado naquele texto legal. Não poderá ser ele acusado de captação de sufrágio se outrem, ainda que em seu nome e em seu favor, estiver aliciando a vontade do eleitor. Para que a norma viesse de ter esse alcance, haveria de estar prescrevendo que o candidato ou alguém por ele

captasse ilicitamente o sufrágio. Dado que não é possível emprestar interpretação elástica às normas que prescrevem sanções, apenas o candidato poderá realizar a conduta descrita no suporte fático da norma. A redação do texto legal, como se vê, limitou o campo material de sua incidência, condicionando apenas ao candidato a realização da conduta descrita como antijurídica.

Nada obstante, o Tribunal Superior Eleitoral atribuiu a norma jurídica um sentido que ela não possuía, para fazer alcançar a sanção ao candidato que tenha concordado ou anuído com o ato ilícito: “Recurso especial. Inelegibilidade. Arts. 22 da LC nº 64/90 e 41-A da Lei nº 9.504/97. Caracterização. Cassação de diplomas. Prova. Enunciados sumulares do STF e STJ. Imprescindibilidade ou não de revisor. CPC, art. 397. Desprovemento. I. 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. II. Para a configuração do ilícito previsto no art. 22 da LC nº 64/90, as condutas vedadas podem ter sido praticadas antes ou após o registro da candidatura. III. Quanto à aferição do ilícito previsto no art. 41-A, esta Corte já decidiu que o termo inicial é o pedido do registro da candidatura. IV. Em ação de investigação judicial, irrelevante para o deslinde da matéria se a entidade assistencial é mantida com recurso público ou privado, sendo necessário aferir se houve ou não o abuso. V. Na legislação eleitoral há intervenção de revisor, essa intervenção é mais restrita e expressamente prevista, como, *verbi gratia*, quando se trata de recurso contra expedição de diploma, nos termos do art. 271, § 1º, do Código Eleitoral - a respeito, REsp nº 14.736-RJ, rel. Min. Eduardo Alckmin, DJ de 7.2.97” (REsp 19566/MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, in: RJTSE - Revista de Jurisprudência do TSE, v.13, t.2, p.278)(2) . Portanto, o TSE não apenas permite a apuração de fatos anteriores ao registro de candidatura, como também admite enquadrar no descritor da norma os atos praticados por terceiros, desde que o candidato tenha explicitamente anuído às condutas que hipotizem captação de sufrágio. A interpretação ofertada ao texto legal é amplíssima, buscando trazer para a incidência da norma o maior número possível de fatos, a justificar uma execução imediata, inexistente para as hipóteses de abuso de poder econômico ou político. Sem embargo, há temperamentos. Em decisão monocrática, a Ministra Ellen Gracie Northfleet Averbou: “O TSE entende que, para a caracterização da captação de sufrágio, é indispensável a prova de participação direta ou indireta dos representados, permitindo-se, no caso de participação indireta, que essa o seja na forma de explícita anuência da conduta objeto da investigação, não bastando, para a configuração, o proveito eleitoral que com os fatos tenham auferido, ou a presunção de que desses tivessem ciência” (MC 1330/AP, DJ de 18/03/2004, p. 139).

Para que o ilícito ocorra, não há a necessidade de que o eleitor obtenha, de fato, vantagem pessoal ou algum bem do candidato. À incidência da norma basta a promessa ou o oferecimento de vantagem de qualquer natureza. A entrega ou a consumação do benefício prometido apenas qualifica o fato ilícito, vez que a prova da sua ocorrência fica mais facilitada. Todavia, o simples aliciamento da vontade do eleitor através de promessa de futura vantagem, em troca do seu voto, já é ato ilícito punível. Destarte, enquanto o abuso de poder econômico ou político tem de ser provado, com a demonstração de sua repercussão para desequilibrar o processo eleitoral (relação de causalidade), à captação ilícita de sufrágio basta a prova do oferecimento ou da promessa de vantagem pessoal de qualquer natureza, para que ao candidato venha a ser aplicada a sanção de cancelamento do seu registro de candidatura. Noutro giro, o candidato pode até não consumir o seu intento de conspurcar a vontade do eleitor; pode, inclusive, sequer ser beneficiado pelo aliciamento que venha a fazer: pouco importa, ele terá mondado o seu registro. Assim, não há possibilidade de tentativa na realização do tipo legal: havida a promessa de vantagem, a norma infalivelmente incide, juridicizando a conduta do candidato como ilícita e deflagrando os efeitos nela previstos. Claro que a efetivação da sanção depende, nessa hipótese, de decisão judicial transitada em julgado.

A vantagem pessoal oferecida ao eleitor pode ser de qualquer natureza: dinheiro, bicicleta, lotes de terreno, vestido de noiva, feira, cheque, cestas básicas, dentadura, sapatos, painéis etc. Além de bens materiais, vantagens imateriais como cargo ou emprego, público ou privado, ensejam a sanção prevista de perda do registro de candidatura. Como a simples oferta já implica a ocorrência da captação ilícita de sufrágio, os bilhetes – muito comuns em eleições – autorizando o eleitor a apanhar feira ou cestas básicas em mercadinhos, ou tijolos e telhas em armazéns, irão ter muita importância para a efetiva infligência de pena aos candidatos corruptores.

A vantagem que constitui captação de sufrágio é aquela que não é coletiva (ou seja, que não é outorgada a um número indeterminado de pessoas) e que visa a cooptar o voto de um eleitor específico, individualizado, e não o de uma comunidade difusa. Se a vantagem outorgada transcender a pessoas determinadas, específicas, não haverá captação ilícita de sufrágio. Além disso, ainda que as pessoas sejam determináveis ou determinadas, é necessário que a vantagem outorgada seja individualmente usufruída, não as beneficiando coletivamente. Nessa segunda hipótese, em que a vantagem ofertada ou efetivamente dada não tem natureza pessoal, poder-se-á estar diante de abuso de poder econômico, a depender da probabilidade que tenha para influenciar o resultado do pleito (relação de causalidade). O Acórdão nº 19.176, de 16.10.2001 (rel. Ministro Sepúlveda Pertence, in: Informativo TSE – Ano IV – nº 05, 04 a 10 de março de 2002, p.07 et seq.) trouxe alguns delineamentos nesse sentido: “(...) II – Captação ilícita de sufrágios (Lei nº 9.504/97, art. 41-A): não-caracterização. Não configura a captação ilícita de sufrágios, objeto do art. 41-A da Lei nº 9.504/97, o fato, documentado no ‘protocolo de intenções’ questionado no caso, firmado entre os representantes de diversas igrejas de determinado município – travestidos de membros do conselho ético de um partido político – e certos candidatos a prefeito e vice-prefeito que formalmente se comprometem, se eleitos, ao atendimento de reivindicações imputadas à ‘comunidade evangélica’ e explicitadas no instrumento, entre elas, a doação de um imóvel do patrimônio municipal, se não voltadas as promessas a satisfazer interesses individuais privados”.

O Tribunal Superior Eleitoral caracteriza a captação de sufrágio quando presentes três elementos indispensáveis: (a) a prática de uma ação (doar, prometer etc.), (b) a existência de uma pessoa física (o eleitor), e (c) o resultado a que se propõe o agente (a obtenção do seu voto). Como no caso julgado se entendeu que os atos prometidos (cargos públicos e terreno municipal a ser doado para a comunidade evangélica) não configuravam vantagem pessoal para os subscritores do protocolo de intenções, deixou o TSE de caracterizar a existência de captação de sufrágio. Nesse passo, seguiu-se o entendimento segundo o qual nenhum dos atos prometidos implicava vantagem pessoal para os signatários do documento, porque seria fruída por certa coletividade.

É preciso aqui chamar a atenção para o fato de que não se pode colocar em um mesmo patamar as promessas, feitas em campanha, de construção de escolas, calçamentos de rua etc., que são legítimas e dizem respeito à justa aspiração da comunidade de eleitores, com as promessas de vantagem de natureza privada, ainda que seja para uma igreja ou denominação religiosa (que é pessoa jurídica privada, ainda que venha a representar uma comunidade de fiéis e se proponha a defender interesses públicos), com a finalidade de obtenção de apoio político e de captação de votos. Essa postura, eticamente reprovável, deixa de constituir captação ilícita de sufrágio por lhe faltar um pressuposto legalmente exigível: a promessa de vantagem pessoal. A vantagem ofertada é para pessoas indeterminadas, posto possam ser determináveis. Além disso, fruem do seu resultado coletivamente, e não individualmente.

Ademais, é necessário que se demonstre, para a caracterização do ilícito, que a finalidade da vantagem oferecida ou efetivamente dada seja a captação de sufrágio, é dizer, tenha fins explicitamente eleitorais. Não basta provar que houve a oferta de ganho, ou que tenha havido a entrega de algum bem ao eleitor individualmente caracterizado: é fundamental que haja a demonstração de que esse benefício ou promessa de benefício tenha a finalidade eleitoral de cooptar à sua vontade. Sem esse plus, não estará também configurada a captação ilícita de sufrágio, consoante já se pronunciou o Tribunal Superior Eleitoral: “Representação (art. 41-A, da Lei nº 9.504/97). Termo inicial. Finalidade eleitoral. Caracterização. (...) Para a caracterização da conduta descrita no referido artigo é imprescindível a demonstração de que ela foi praticada com o fim de obter o voto do eleitor. O Tribunal não conheceu do recurso. Unânime (Recurso Especial Eleitoral nº 19.229/MG, rel. Min. Fernando Neves, em 15.2.2001, in: Informativo TSE – Ano III – nº 02, 12 a 18 de fevereiro de 2001, p.01). Ao art. 41-A, consoante se vê, vem sendo aplicada a mesma interpretação outorgada ao art. 299 do Código Eleitoral, que tipifica criminalmente a corrupção eleitoral. De fato, para que resulte configurada o crime de corrupção eleitoral, necessário que o pedido de obtenção de voto seja específico, caracterizado pela intenção de cooptar a vontade do eleitor. “Recurso especial. Crime eleitoral. Art. 299 do Código Eleitoral. 1. Pedido de obtenção de voto efetuado de forma genérica, ou meramente implícito, não se enquadra na ação descrita no art. 299 do Código Eleitoral, que

exige dolo específico, caracterizado pela intenção de obter a promessa de voto do eleitor. Recurso especial conhecido e provido” (Recurso Especial Eleitoral nº 16.108/MG, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 17.12.1999, in: Informativo TSE – Ano II – nº01, 31 de janeiro a 06 de fevereiro de 200, p.03). É dizer, na linha jurisprudencial adotada pelo TSE, o pedido genérico ou implícito não ensejam as sanções do art. 299 do CE, nem tampouco do art. 41-A da Lei nº 9.504/97.

O difícil, do ponto de vista prático, é estremar o que seja pedido genérico de obtenção de voto, do que seja pedido específico. Se algum candidato distribui cestas de alimentos para várias pessoas, em um caminhão com vários adesivos e cartazes com o seu nome e foto pregados no veículo, sem que peça explicitamente votos para si, estará praticando captação ilícita de sufrágio? Da mesma forma, se um outro candidato é flagrado distribuindo tijolos e sacos de cimento para uma comunidade carente, sem que esteja pedindo votos, haverá captação de sufrágio? Nessas hipóteses, e em outras similares, o pedido de votos decorre do gesto filantrópico, todavia não se enquadraria no pedido explícito exigido pelo TSE: seria um pedido genérico de votos, e como tal poderia configurar abuso de poder econômico, mas não se qualificaria como captação ilícita de sufrágio, não incidindo o art. 41-A da Lei nº 9.504/97.

Nada obstante, o Tribunal Superior Eleitoral, no REsp nº 21.120/ES (rel. Min. Luiz Carlos Madeira, pub. no DJ de 17.10.03, p.132), passou a ampliar o espectro da captação de sufrágio, alcançando hipóteses em que a vantagem ofertada indevidamente não é dirigida a um eleitor determinado, mas a uma coletividade difusa: “Recurso especial. Representação com base nos arts.41-A e 73 da Lei nº9.504/97. (...) P ara a configuração da infração do art.41-A da Lei nº 9.504/97 não é necessária a identificação do eleitor. Precedente: REsp nº 21022, rel. Min. Fernando Neves. Oferta feita a membros da comunidade. A pluralidade não desfigura a prática da ilicitude”. A decisão se refere à pavimentação asfáltica de ruas, que teria sido objeto de placas e cartazes, os quais “foram manipulados pelo requerente para fazer crê à população do bairro que se tratava de obra sua ...”. Ou seja, no caso concreto julgado, não houve promessa ou concessão de vantagem de natureza pessoal, mas a entrega de uma obra para determinada comunidade, que seria usufruída por todos indistintamente. Exemplo típico, quando muito, de abuso de poder econômico ou político. Nesse sentido, dissentedo da douta maioria naquele julgado, o Min. Fernando Neves adequadamente averbou: “... Não tenho dúvidas de que o caso é típico de abuso do poder político. O recorrente, explorando o fato de ter aprovado uma lei – parece que o projeto era dele – trouxe para si a responsabilidade de investimentos que estariam sendo feitos em determinada parte do estado...” E adiante, após novos debates, asseverou: “No caso em tela, parece-me que ele exerceu uma atividade explorando indevidamente o poder que tinha, até com esta lei para atribuir-lhe a responsabilidade, mas não vi negociação direta com eleitor para cobrar dele: ‘Eu estou fazendo isso em troca do seu voto’”.

É bem verdade que o Min. Fernandes Neves foi relator do precedente que tornou desnecessária a indicação dos eleitores beneficiários: “Investigação judicial - Representação - Art. 41-A da Lei nº 9.504/97 - Multa - Inelegibilidade - Art. 22 da LC nº 64/90. Não identificação dos nomes dos eleitores corrompidos - Desnecessidade. 1. Estando comprovada a prática de captação ilegal de votos, não é imprescindível que sejam identificados os eleitores que receberam benesses em troca de voto. 2. Em representação para apurar captação vedada de sufrágio, não é cabível a decretação de inelegibilidade, mas apenas multa e cassação de registro ou de diploma, como previsto no art. 41-A da Lei nº 9.504/97” (REsp nº 21.022/CE, pub. DJ de 07/02/2003, p.144 – grifos apostos). Assim, da desnecessidade de identificação do eleitor que obteve a vantagem indevida para a desnecessidade de demonstração da vantagem de natureza pessoal foi um salto normal e perigoso. De fato, se formos analisar a evolução da jurisprudência do TSE na aplicação do art.41-A, veremos que cada vez mais se foi dando elastério à sua interpretação, de tal sorte a abarcar todos os ilícitos eleitorais. A norma originariamente introduzida pelo art.41-A foi modificada pela interpretação pretoriana, sendo hoje irreconhecível em sua vivência.

A distinção entre a captação ilícita de sufrágio e o abuso de poder econômico consistia justamente na percussão dos fatos ilícitos: no primeiro caso, haveria uma negociação direta com o eleitor, pela qual o candidato, ou mesmo alguém com a sua anuência, ofereceria alguma vantagem pessoal em troca do voto; no segundo caso, seriam outorgadas vantagens

impessoais, para um universo indeterminado de beneficiários, que necessitaria gerar, para configurar a ilicitude, a potencialidade de alterar o resultado do pleito. Agora, abre-se um precedente em que não há mais a distinção entre os conceitos, com a consequência de que os fatos que caracterizariam abuso de poder econômico podem se travestir de captação de sufrágio, de modo que também não mais gerarão inelegibilidade, mas, de acordo com a jurisprudência do TSE, “apenas” cassação do registro de candidatura com executividade imediata. Como se observa, há um crescente recrudescimento da jurisprudência, empenhada na obtenção de resultados de efeitos rápidos, com o máximo de efetividade, ainda que para isso a segurança jurídica seja abolida ou secundada.

O art. 41-A prescreve que os fatos reputados como captação ilícita de sufrágio são aqueles que ocorrerem desde o registro de candidatura até a eleição. O marco temporal de incidência da norma ficou assim definido, nada obstante a jurisprudência comece a apanhar fatos anteriores ao pedido de registro. Temos que ler o texto do art. 41-A como se ele prescrevesse que a captação de sufrágio é vedada desde o pedido de registro de candidatura, que é quando nasce para o nacional o direito expectado de ser candidato, já podendo exercer algumas das faculdades próprias daqueles já reconhecidos como candidatos pela Justiça Eleitoral. Há casos lamentáveis em nossa prática eleitoral, em que o pré-candidato tem o seu pedido de registro negado e, malgrado isso, continua atuando como se fosse candidato, tendo acesso ao horário eleitoral gratuito e quejandos. Ora, sem registro de candidatura não há elegibilidade, não podendo o nacional ser reputado validamente candidato. Imagine-se a hipótese de uma eleição municipal, em que o juiz eleitoral negasse ao interessado o registro de sua candidatura. Interposto recurso, cujo efeito é apenas o devolutivo, o interessado continuaria sem ser candidato, não podendo praticar atos de campanha. Nada obstante isso, a justiça eleitoral permite que alguém, sem se revestir da qualidade de candidato, continue a participar dos atos de campanha inerentes aos candidatos. Como poderia esse nacional ter sobre ele irrogada a sanção de perda do registro, se age como candidato sem ter o registro, que foi indeferido? O absurdo ressalta! Ora, se o registro de candidatura foi negado pelo juiz eleitoral, não há candidatura nem elegibilidade, não havendo com incidir o art. 15 da LC 64/90. Nada obstante isso, o TSE vem entendendo que o pedido de registro de candidatura, por já ensejar o direito expectado à candidatura, habilitaria o candidato a participar das eleições, ainda que o registro lhe seja negado em todas as instâncias, até o trânsito em julgado dessa decisão: “Reclamação. Agravo regimental. Candidato. Contas. Rejeição. Inelegibilidade. Decisão do TSE. Art. 15, LC nº 64/90. Não-aplicabilidade. (...) 3. Ausência de deferimento do registro em todas as instâncias ordinárias inviabiliza a aplicação do art. 15, LC nº 64/90. 4. Concluída a prestação jurisdicional, há de ser dado imediato cumprimento à proferida, mormente quando não atacada por remédio jurídico suspendendo sua eficácia. 5. Precedentes. 6. Agravo regimental a que se nega provimento (Acórdão nº 107, de 15.02.2001, relator Min. Waldemar Zveiter, DJU de 27.4.2001, in: Informativo TSE – Ano III – nº 12, de 23 a 29 de abril de 2001, p. 3 - grifei). Note-se que o pedido de registro de candidatura já estaria habilitando o nacional, sob condição resolutive: negado o registro em definitivo, seriam sem valor os votos dados. Esse entendimento termina beneficiando, nas eleições proporcionais, os partidos políticos que lancem um candidato sabidamente inelegível e que seja reconhecidamente bem votado, para que aumente o seu quociente eleitoral, na forma do § 4º do art. 175 do Código Eleitoral. Eis a prova de que, por vezes, a ilicitude compensa.

Dissemos que o marco inicial em que a captação ilícita de sufrágio pode ocorrer é o momento do pedido de registro de candidatura. Não do registro efetivamente deferido, que seria consectário de um procedimento com prazos determinados pela legislação, mas apenas do pedido de registro, quando todos os pré-candidatos escolhidos em convenção partidária já manifestaram, perante a Justiça Eleitoral, o seu pleito de se lançarem candidatos a um mandato eletivo. Nesse sentido: “Representação (art. 41-A, da Lei nº 9.504/97). Termo inicial. Finalidade eleitoral. Caracterização. O termo inicial do período de incidência do art. 41-A da Lei nº 9.504/97, é a data em que o registro da candidatura é requerido e não a do seu deferimento. (...). O Tribunal não conheceu do recurso. Unânime” (Recurso Especial Eleitoral nº 19.229/MG, rel. Min. Fernando Neves, em 15.2.2001, in: Informativo TSE – Ano III – nº 02, 12 a 18 de fevereiro de 2001, p.01 – grifei).

A sanção prevista pelo art. 41-A, visando a fustigar os que cometerem a captação ilícita de sufrágio, é desdobrada em uma multa pecuniária e na perda do registro de candidatura

ou do diploma. A aplicação de multa entre 1.000 (mil) e 50.000 (cinquenta mil) unidades fiscais de referência (Ufir) é dosada de acordo com a prudente discricção judicial, em face da gravidade do caso concreto. Já a cassação do registro ou do diploma não está na zona de discricionariedade judicial: ocorrida e comprovada a captação ilícita de sufrágio, além da multa, deve o juiz eleitoral também cassar o registro de candidatura ou o diploma do apenado. As penas são cumulativas e devem, obrigatoriamente, ser aplicadas em conjunto.

§ 2º – Captação de sufrágio e abuso de poder econômico: a evolução pretoriana.

No Recurso Especial Eleitoral nº 19.229/MG, foi submetida à cognição do TSE a ação de investigação judicial eleitoral proposta contra o candidato à reeleição para o cargo de prefeito municipal, por ter ele doado quatro tíquetes-refeição a uma eleitora e por ter solicitado à concessionária de água e esgoto que não suspendesse o fornecimento de água na residência dessa mesma eleitora. Note-se que o fato objeto da ação é potencialmente inofensivo para o equilíbrio da eleição: afinal, tratava-se da entrega de quatro tíquetes-refeição para uma única eleitora, bem como de um pedido para que o fornecimento de água lhe fosse suspenso. Não se tratava, portanto, de um esquema de grandes proporções eleitorais. Em razão disso, “ante a pequenez do fato”, no dizer do Ministro Pertence, e porque “não estabelecida na inicial a clara imputação de uma conexão ideológica entre a doação e o objetivo de conseguir votos”, haveria a própria inépcia da petição inicial (Vide Acórdão nº 19.229, de 15.2.2001, DJ de 5.6.2001, rel. Min. Fernando Neves, in: Informativo TSE – Ano III – nº 19, 11 a 17 de junho de 2001, p.04 a 06).

No Acórdão nº 16.242, de 1º.3.2001 (rel. designado Min. Néelson Jobim, DJ 22.6.2001, in: Informativo TSE – Ano III – nº 21, de 25 a 30 de junho de 2001, p. 5-12), o Tribunal Superior Eleitoral julgou uma ação de investigação judicial eleitoral proposta, por abuso de poder econômico, contra um candidato a deputado federal que havia doado, em uma partida de futebol realizada em cidade do interior, uma kombi para uma associação de bairro do município. O veículo doado era utilizado para fazer o transporte de doentes, idosos e entrega de cestas básicas, circulando com propaganda do candidato e uma inscrição chamando a atenção a origem da doação do veículo. A tônica do debate travado no plenário do Tribunal, durante o julgamento, dizia respeito à existência do nexo de causalidade entre o fato reputado ilícito (abuso de poder econômico) e o resultado das eleições. Durante o debate, o Ministro Néelson Jobim, querendo realçar a necessidade de se demonstrar, além das provas da ocorrência do fato abusivo, a relação entre os votos obtidos e o delito praticado, afirmou o seguinte: “(...) Mas lembro que a lei complementar exige, para efeito da prática de abuso de poder econômico, o risco de perturbação da livre manifestação popular. É isso que tem que ser demonstrado. Ou seja, quando a captação de sufrágio foi criada pelo art. 41-A da Lei nº 9.840/99, não se falou de inelegibilidade, e sim em captação do sufrágio com o fim de obter o voto. No caso concreto poder-se-ia pensar em captação de sufrágio, mas captação de sufrágio não leva à inelegibilidade, que exige o risco de perturbação da livre manifestação popular. Esta é a diferença fundamental. Ou seja, se estivéssemos perante a captação de sufrágio, sim, porque estaríamos discutindo o problema com o fim de obter o voto do art. 41-A; todavia, não é a hipótese” (grifei).

Como se pode observar, naquele primeiro aresto, o TSE exige que os fatos narrados como sendo de captação de sufrágio sejam relevantes e influenciem à eleição; no segundo, a relação de causalidade entre o delito praticado e o resultado das eleições passa a ser considerado apenas para o caso de abuso de poder econômico, sendo próprio para a captação de sufrágio apenas a discussão sobre a finalidade de obtenção de votos, e não sobre a sua probabilidade de modificar o resultado eleitoral (“risco de perturbação da livre manifestação popular”, como dito pelo Ministro Jobim).

Ora, se a norma do art. 41-A prevê como ilícita a conduta do candidato de apenas prometer uma vantagem pessoal de qualquer natureza, com a finalidade de obter do eleitor o voto, está claro que não se há falar em relação de causalidade ou em gravidade do ato do candidato para se lhe infligir uma sanção. Havida a promessa – note-se, basta a promessa –, consumado está o tipo da captação ilícita de sufrágio. Seja como for, parece-nos que tanto na

hipótese de abuso de poder econômico, como na de captação de sufrágio, se busca coibir a perturbação da livre manifestação popular, sendo essa joeira retórica utilizada naquele julgamento sem densidade alguma para servir de critério para apartar ambos os ilícitos eleitorais. Quem oferece ou promete vantagem pessoal ao eleitor, com o fito de lhe obter o voto, está perturbando a livre manifestação popular, corrompendo assim a vontade a ser manifestada pelo eleitor.

O que sobreleva do aresto glosado é a afirmação clara de que a captação de sufrágio não enseja a inelegibilidade, mas apenas o cancelamento do registro. Tal posicionamento do TSE vem se repetindo ad nauseam quando o assunto é a sanção de cassação do registro, prevista para as condutas vedadas ao agente público (art. 73 da Lei nº 9.504/97) e para a captação de sufrágio (art. 41-A): “Representação. captação ilegal de sufrágio. art. 41-A da lei n. 9.504/97. Inconstitucionalidade parcial afastada. Infração configurada. Imediata cassação do diploma. - Segundo já teve ocasião de assentar esta Corte, a cassação do diploma por infração ao art. 41-A da Lei n. 9.504/97 não implica declaração de inelegibilidade. O escopo do legislador, nessa hipótese, é o de afastar imediatamente da disputa aquele que no curso da campanha eleitoral incidiu no tipo captação de sufrágio vedada por lei. Inconstitucionalidade parcial da norma afastada. - Apanhados os fatos tais como descritos pela decisão recorrida, resta configurada a infração prevista no art. 41-A da Lei n. 9.504/97, uma vez evidenciado que a candidata ofereceu ou prometeu dinheiro a determinado grupo de eleitores em troca de voto. Recurso especial eleitoral conhecido e provido parcialmente” (REsp nº 19.644/SE, rel. Min. Barros Monteiro, pub. DJ de 14/02/2003, p.190, grifos apostos).

Aqui há importante consequência, que merece uma meditação mais aprofundada, para a qual chamo a atenção do leitor: diz respeito à aplicação ou não do efeito suspensivo da sanção de inelegibilidade, prevista no art. 15 da LC 64/90.

§ 3. – Crítica ao art. 41-A da Lei nº 9.504/97: cassação de registro vs. Inelegibilidade.

O Tribunal Superior Eleitoral vem decidindo, em diversos julgados, no sentido que a cassação do registro por captação ilícita de sufrágio não induz a inelegibilidade, mas apenas a perda da condição de candidato. Como não gera inelegibilidade, não haveria a incidência do art. 15 da Lei Complementar nº 64/90, que prescreve que havendo o trânsito em julgado a decisão que declara a inelegibilidade do candidato, ser-lhe-á negado o registro, ou cancelado, se já tiver sido feito, ou declarado nulo o diploma, se já expedido.

A inelegibilidade é a principal sanção prevista pela legislação eleitoral. Não discrepa a doutrina, nem tampouco a jurisprudência, em defini-la como o impedimento para alguém concorrer a um mandato eletivo. Não há outra definição que se possa dar ao termo inelegibilidade. Sempre que haja uma sanção contra alguém, impedindo que ele possa se lançar candidato, estará submetido à cominação de inelegibilidade. Quando alguém pratica abuso de poder econômico ou abuso de poder político, sua pena será a decretação de inelegibilidade. Ou seja, é a inelegibilidade efeito de algum fato jurídico ilícito: não é ela o próprio fato jurídico que lhe dá origem. A inelegibilidade não é o abuso de poder; é o abuso de poder, ao revés, que gera a inelegibilidade.

Se alguém tem decretada a sua inelegibilidade, não pode ser registrado candidato. Se for candidato registrado e vier a ser inelegível, por sentença transitada em julgado, terá o seu registro cancelado, porque o inelegível é aquele que não pode candidatar-se. Sendo inelegível, não pode estar habilitado: o ato de habilitação (o registro) é, por consequência, cancelado.

O ponto fundamental, então, diz respeito ao papel que juridicamente possui o registro de candidatura. Se for ele tido apenas para o candidato como “a passagem que o legitima a constar na urna eletrônica” (Ministro Nelson Jobim), então sua função instrumental é absolutamente secundária e sem relevo. Porém, se sua função for apenas essa, qual o

significado de uma sanção que determina o cancelamento do registro de candidatura? Por certo, terá ela por finalidade excluir o candidato da urna eletrônica ou, com muito maior razão, excluir o candidato do próprio prélio eleitoral, retirando-lhe a candidatura. Se o candidato é podado de sua candidatura, deixando de ser candidato e ficando impedido de concorrer àquela eleição, qual a natureza jurídica da sua nova situação? Parece-nos absolutamente forçado dizer que ele não estará inelegível. E quem o afirmasse, ficaria com o ônus de apontar qual seria a sua situação diante do ordenamento jurídico: se quem sofre a sanção de não poder se candidatar não é inelegível, então qual seria a natureza do seu status jurídico?

O Ministro Maurício Corrêa, sobre o art. 41-A da Lei nº 9.504/97, em comunhão com o entendimento prevalecente no TSE, fez a seguinte observação: “Trata-se de um tipo definido, bem explicitado, que constitui o motivo da cassação do registro, posterior, inclusive, à candidatura, e que não é caso específico de inelegibilidade” (Acórdão nº 970, de 1º.3.2001, rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ 27.4.2001, in: Informativo TSE – Ano III – nº 12, de 23 a 29 de abril de 2001, p. 8)

Nesse mesmo aresto, o Ministro Fernando Neves tira importantes conseqüências desse entendimento. Segundo ele, “se não há declaração de inelegibilidade, a eficácia da decisão proferida pela Justiça Eleitoral não está condicionada ao seu trânsito em julgado. Incide a regra geral de que os recursos eleitorais não têm efeito suspensivo (Código Eleitoral, art. 257)”. E mais adiante assevera: “No registro de candidatura, como dito, o fim perseguido é a demonstração da presença das condições de elegibilidade e a ausência das inelegibilidades, para que se dê o candidato como apto a participar do pleito. Nessa situação, o legislador expressamente determinou que se aguarde a existência de decisão definitiva, o que se justifica para evitar dano irreparável e dar prevalência à vontade popular até que haja pronunciamento definitivo do Poder Judiciário sobre a elegibilidade ou não do candidato...”. E prossegue: “A representação com base no art. 41-A, no entanto, tem, como objeto, não mais a aferição das condições para o deferimento do registro, mas apurar condutas ilegais praticadas pelo já candidato durante sua campanha eleitoral. O fato de que, na apuração do delito, seja observado o previsto no art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 1990, não altera o meu entendimento, pois o que deve ser seguido é apenas o procedimento, não as punições lá previstas, entre as quais se encontra a inelegibilidade por três anos. Aliás, as penas próprias do art. 41-A nele estão perfeitamente definidas: multa de mil a 50 mil Ufirs e cassação do registro ou do diploma”. E em conclusão assevera: “Observo que as alterações da Lei nº 9.504/97, entre as quais consta a introdução do art. 41-A, vieram ao encontro da vontade da sociedade de ver rapidamente apurados e punidos os ilícitos eleitorais, razão pela qual a corrupção, que constitui crime previsto no art. 299 do CE, passou a ser também causa da perda do registro da candidatura ou do diploma, sem que o legislador condicionasse os efeitos da decisão proferida na representação ao seu trânsito em julgado”.

Parece-nos contraditória, com a devida vênia, a afirmação segundo a qual, no processo de registro de candidatura se deva aguardar “a existência de decisão definitiva, o que se justifica para evitar dano irreparável e dar prevalência à vontade popular até que haja pronunciamento definitivo do Poder Judiciário sobre a elegibilidade ou não do candidato”, e o mesmo não deva ocorrer com a sanção do art. 41-A da Lei nº 9.504/97, que tem o mesmo efeito prático: retirar do candidato a sua candidatura. Dano irreparável ocorreria em ambas hipóteses, porque as situações materiais e práticas são idênticas.

Tanto isso é verdade, que a Resolução-TSE nº 20.993, de 26.2.2002 (Instrução nº 55 – Classe 12ª - Distrito Federal), que dispunha sobre a escolha e o registro dos candidatos para as eleições de 2002, tendo por relator também o Ministro Fernando Neves, prescreveu que no caso de o candidato ser considerado inelegível ou ter o seu registro cassado, os tribunais regionais eleitorais cancelarão o registro após o trânsito em julgado da decisão (parágrafo único do art. 56). Ora, se o cancelamento do registro de candidatura, nas hipóteses de inelegibilidade e cassação de registro, apenas ocorreria após o trânsito em julgado da decisão, é patente que o Tribunal Superior Eleitoral teria apagado a última linha de giz criada para diferenciar as sanções de inelegibilidade e de cassação de registro (essa última advinda da captação de sufrágio, prevista no art. 41-A da Lei nº 9.504/97).

Diante da polêmica, suscitou o Ministro Fernando Neves uma questão de ordem sobre o alcance do parágrafo único do artigo 56 da Instrução nº 55, ficando assentado o seguinte: “Instrução nº 55. Registro de candidatos. Questão de ordem. Cassação de registro de candidato. Art. 41-A da Lei nº 9.504/97. Efeito imediato - Permanência na urna eletrônica. Prosseguimento da campanha. Possibilidade. – A permanência, na urna eletrônica, do nome do candidato que tenha seu registro cassado com base no artigo 41-A da Lei 9.504, de 1997, bem como o prosseguimento de sua propaganda eleitoral – o que se dá por conta e risco do candidato e/ou de seu partido político em virtude da interposição de recurso – não significa retirar o efeito imediato da mencionada decisão, que, entretanto, não pode ser tido como definitiva, antes de seu trânsito em julgado” (Instrução nº 55/DF, rel. Ministro Fernando Neves, em 26.3.2002, in: Informativo TSE – Ano IV – nº 08, de 25 a 31 de março de 2002, p. 3). No voto do relator, foi dito que o disposto no parágrafo único do artigo 56 da Instrução nº 55 (Resolução 20.993, de 2002) não se encontraria em choque com o entendimento do TSE sobre o alcance do art. 41-A da Lei 9.504, de 1997, ou seja, sobre o efeito imediato da decisão que cassa registro de candidato com base nessa norma. E afirmou o Ministro, com grifos acrescidos: “Como já disse, não se confunde eficácia ou execução imediata com caráter definitivo da decisão, o que aconteceria se o candidato tivesse seu nome excluído da urna eletrônica ou afastado da propaganda”. E continuou: “O que não me parece possível, repito, é afastar o candidato da campanha ou retirar seu nome da urna eletrônica. Ou seja, dar efeito definitivo à decisão”. Desse modo, concluiu: “Proponho, dessa forma, que o Tribunal resolva a questão de ordem, explicitando que a permanência, na urna eletrônica, do nome do candidato que tenha seu registro cassado com base no artigo 41-A da Lei 9.504, de 1997, bem como o prosseguimento de sua propaganda eleitoral - o que se dá por conta e risco do candidato e/ou de seu partido político em virtude da interposição de recurso - não significa retirar o efeito imediato da mencionada decisão, que, entretanto, não pode ser tido como definitiva antes de seu trânsito em julgado”.

Há uma distinção, feita no voto citado, entre o efeito imediato da decisão e efeito definitivo, que só adviria com o seu trânsito em julgado. Qual seria, então, o efeito imediato de uma decisão que determina a cassação do registro de candidatura? Parece-nos ser a imediata e efetiva cassação do registro, com todas as suas conseqüências práticas (retirar o nome do candidato da urna eletrônica, proibir a sua propaganda eleitoral etc.), dando-lhe, de conseguinte, pronta execução, ainda que provisória. Ora, como esse resultado seria iníquo, uma vez que poderia trazer dano irreparável ao candidato, cujo recurso interposto contra essa decisão desfavorável ainda estivesse pendente de julgamento, o parágrafo único do art. 56 da Resolução nº 20.993, de 2002, mitigou a veemência com a qual vinha sendo aplicado o art. 41-A da Lei nº 9.504/97. Passou apenas a admitir a sua execução quando do trânsito em julgado, à moda do que já prescrevia o art. 15 da LC 64/90.

Há uma reflexão aqui a ser feita. Se o perigo de dano irreparável já se encontra sempre presente para o candidato a mandato eletivo, o que se dirá em relação à situação do candidato eleito, que gozando da preferência da maioria do eleitorado, ainda se encontra submetido a processo judicial? Esse é ponto relevante, cuja meditação mais acurada se impõe.

É preciso, logo de início, evitar a afirmação de que o preceito introduzido pela Instrução nº 55 se limita à urna eletrônica ou ao processo de registro de candidatura, como pareceu fazer a questão de ordem ora glosada: seria subtrair-lhe a extensão e a loquacidade. Aliás, o texto regulamentar equipara à inelegibilidade a cassação do registro, novamente juntando o que a jurisprudência havia indevidamente separado. Não é pelo fato de o parágrafo único do art. 56 estar situado na resolução que trata do processo de registro de candidatura, que se deva querer amputar a extensão da norma que ele traz abojada. Há quem queira sustentar que a sua localização demonstraria se tratar de normas sobre registro de candidatura, embora se perca de vista que a sua finalidade é limitar a imediata execução das decisões que apliquem o art. 41-A, ou mesmo as sanções cominadas aos ilícitos descritos no art. 73 da Lei nº 9.504/97, quando sejam elas prolatadas antes do dia da eleição. É dizer, o que o Tribunal Superior Eleitoral almeja é a manutenção do candidato registrado nas urnas eletrônicas, enquanto não transitar a decisão que lhe cassar o registro. E isso se torna ainda mais evidente, quando se é consabido que as sanções previstas no art. 73 da Lei nº 9.504/97 são aplicadas mediante a representação de que trata o seu art. 96, enquanto aquelas do art. 41-A o são através da ação de investigação judicial eleitoral. Logo, através de ações

processuais que não dizem respeito ao processo de registro de candidatura. Por isso, parece-nos imprópria a afirmação feita pelo Ministro Fernando Neves, no sentido de que “este Tribunal dispôs que, em sede de processo de registro de candidatura, o cancelamento do registro será automaticamente efetuado apenas após o trânsito em julgado da decisão que cassá-lo”.

Essas aporias criadas pela equação pretoriana, fundamentada em argumentos ad hoc, terminam por gerar lastimável algaravia no sistema jurídico eleitoral. Basta imaginar que o candidato que venha a ter o seu registro cassado pela execução imediata da decisão que lhe aplicou o art. 41-A, perderá seu registro e seu diploma, ainda que tenha a possibilidade de manejar recursos, enquanto aquele que tenha concorrido por todo o prélio eleitoral sem registro de candidatura, apenas poderá ter alguma conseqüência em sua esfera jurídica quando houver o trânsito em julgado da decisão. É dizer, aquele cidadão, que tenha o seu registro de candidatura negado em todas as instâncias, tem mais segurança jurídica do que aquele que tenha o registro deferido e, tendo uma decisão judicial cassado o seu registro posteriormente em razão do art. 41-A, mesmo eleito, terá a sua candidatura e o seu mandato amputados imediatamente, mesmo que ainda sem o trânsito em julgado da decisão. Noutras palavras, pode-se concluir absurdamente: a cassação do registro tem conseqüências mais graves do que o seu indeferimento ocorrido desde o início do processo de registro. O não-candidato (ou seja, o candidato sem registro) tem mais segurança do que o candidato registrado.

Mais ainda: essa interpretação cria uma imunidade para o candidato até o dia da eleição, quando no dia seguinte a ela poderá ser executada imediatamente a decisão que tenha aplicado o art. 41-A, ainda que sujeita a recurso. Passado o dia da eleição, restará encerrada a imunidade do candidato: a execução imediata poderá ser feita, uma vez que a sua participação no prélio eleitoral teria se dado por sua “conta e risco”, no dizer do Ministro Fernando Neves. Ora, aqui há outras evidentes incongruências: o mero candidato teria mais segurança jurídica do que o candidato eleito, já escolhido pela vontade popular. Essa nova concepção ofende a tradição do Tribunal Superior Eleitoral, que sempre buscou proteger os mandatos obtidos através das urnas, até que não fossem desconstituídos por decisão trânsita em julgado. Basta verificar o Acórdão nº 15.061, 23.10.97, tendo por relator o Ministro Eduardo Alckmin, onde se sustentava: “... a partir do momento em que sejam conhecidos os candidatos vitoriosos – o que se dá com a proclamação dos resultados – a lei passa a proteger o eleito com a exigência de que seja examinada a questão também mediante vias processuais específicas”. E prossegue: “Ou seja, uma vez conhecidos os eleitos, não se pode mais cogitar de pura e simples cassação de registro de candidatura, como estabelecido pelo inciso XIV do mencionado dispositivo, mas, em respeito à vontade popular, remete-se a questão à sede própria” (in: Informativo TSE – Ano IV – nº08, de 25 a 31 de março de 2002, p. 8). O TSE, que sempre buscou fundamentar a constitucionalidade do famigerado inciso XV do art. 22 da LC 64/90, no respeito à vontade popular extraída das urnas, agora dá uma imunidade processual ao candidato, negando-a ao candidato eleito. A vontade popular manifestada nas urnas perde qualquer valor quando da executividade imediata das decisões que aplicam o art. 41-A. Entre a manifestação popular e o rigor formal, fica-se com este, ablegando aquela.

Por que deixar alguém concorrer na eleição, para apenas cassar o seu registro (impedindo a sua diplomação) após o dia da eleição, quando ainda pendentes recursos? O dano irreparável que o candidato eleito terá, bem como o enfraquecimento da própria legitimidade do resultado das eleições, grita a não mais poder.

Diante do que expomos, podemos resumidamente afirmar a existência de três novas espécies de candidatos, criadas pela recente jurisprudência do TSE: (a) o candidato não-registrado, que teve o seu registro indeferido desde o início do pleito e pode concorrer toda a eleição sem registro de candidatura; (b) o candidato registrado, que tem imunidade processual para a execução imediata da decisão que aplica o art. 41-A, podendo concorrer livremente até o trânsito em julgado da sentença; e (c) o candidato eleito, em duas subespécies: (c1) candidato eleito sem registro, que pode exercer o mandato até o trânsito em julgado da decisão que lhe negou, desde o início do prélio, o seu registro de candidatura; e (c2) candidato eleito com registro, que não possui imunidade processual, sendo imediatamente executada a decisão do art. 41-A, com a cassação do seu registro e a impossibilidade de ser diplomado, ou, se já diplomado, com a cassação imediata do seu diploma e do seu mandato.

Moral da história: o candidato sem registro tem mais segurança jurídica do que aquele registrado, e esse tem mais segurança jurídica do que aquele já eleito.

Por isso, nos parece pertinente a construção pretoriana anterior ao revisionismo do conceito de inelegibilidade, como aquela exposta no AgRgRcl nº 112/RJ (Acórdão nº 112/RJ, rel. Min. Fernando Neves, pub. DJ de 09.06.2001, p.111), em que se sustentou, com fundamentos jurídicos seguros, que “o art.15 se refere a três situações: aquela em que foi deferido o registro (‘ser-lhe-á negado o registro’), aquela na qual este foi deferido (‘ou cancelado, se já tiver sido feito’) e, ainda, aquela em que tenha havido até mesmo a diplomação (‘ou declarado nulo o diploma, se já expedido’)”. Adiante, falando sobre o registro de candidatura, passou-se a analisar o conteúdo da norma do art.215 do CE, afirmando-se: “A legislação eleitoral, ao assegurar a diplomação do eleito (e o exercício do mandato), sem qualquer referência à necessidade de decisão definitiva sobre o registro, atribuiu maior importância à vontade do eleitor, que deve prevalecer até que ocorra o trânsito em julgado da decisão que declarar a inelegibilidade do candidato”. E prossegue: “Esse é o ponto ao qual atribuo maior significado. Se ainda não existe uma decisão final do Poder Judiciário sobre a elegibilidade de algum candidato, deve ser preservada a vontade manifestada, de modo livre e soberano, pela maioria dos eleitores”. E continua: “... Portanto, até que ocorra o julgamento definitivo, creio ser de todo conveniente que prevaleça o resultado das urnas. Sob a minha ótica, essa é a finalidade da norma em debate – o art.15 da Lei Complementar nº 64, de 1990 -, essa foi a vontade do legislador”. Mais adiante, adverte: “É oportuno assinalar, de outra parte, que o art.216 do Código Eleitoral assegura o amplo exercício do mandato até a decisão do Tribunal Superior Eleitoral no recurso contra a diplomação, que, em tese, pode versar sobre a mesma questão discutida no processo de registro”. Diante de todas essas ponderações, conclui: “Finalmente, Senhor Presidente, penso deva ser considerada a conveniência de ser mantido no cargo o candidato que venceu as eleições, foi diplomado e está exercendo o mandato, até que o Poder Judiciário dê a palavra final sobre sua elegibilidade”.

Noutras palavras, a corrente majoritária do Tribunal Superior Eleitoral sempre privilegiou o resultado das urnas, que apenas poderia ser infirmado através de decisão transitada em julgado. Em homenagem à vontade do eleitor no exercício da soberania popular, seria necessário o aguardo do pronunciamento do TSE, para que houvesse possibilidade de execução da decisão que decretasse a inelegibilidade ou a cassação do mandato eletivo do candidato, com o cancelamento do seu registro de candidatura ou do seu diploma. Aliás, até mesmo em homenagem à teoria clássica da inelegibilidade, para a qual a presunção é a elegibilidade (“todos os nacionais são elegíveis”). Nesse sentido, fundamentou o seu voto o Min. Nélson Jobim (Idem, ibidem): “A presunção é de elegibilidade, ou seja, o cidadão, apresentadas as condições de registro de partido, presume-se elegível. O fato de ter sido indeferido no primeiro e no segundo grau, sem transitar em julgado, não lhe elidiu a presunção de elegibilidade. No caso específico, realizadas as eleições, esse cidadão obteve 53% dos votos válidos no município: a presunção não foi afastada”. E adiante, comentando o art.15 da LC 64/90, asseverou: “Haverá a negação do registro, se for antes; se depois, será cancelado. Mesmo depois da eleição, aguarda-se o trânsito em julgado: aquele cidadão cujo registro tivesse sido negado em primeiro e segundo grau e que viesse reconhecido aqui, teria tratamento diverso daquele que, obtido o registro em primeiro grau, o tivesse negado aqui. Temos de fixar este ponto que é a presunção da elegibilidade, que só é afastada com o trânsito em julgado contido no art.15”.

Insisto em um ponto, amiúde aqui tratado: a inelegibilidade é efeito de fato jurídico. Ao fato jurídico ilícito do abuso de poder econômico, por exemplo, se aplica a sanção de inelegibilidade. Logo, buscar estabelecer a separação entre a inelegibilidade e a captação ilícita de sufrágio é o mesmo que buscar a separação entre o negócio jurídico e o dever de prestar a obrigação pactuada. É separar categorias que, por si mesmas, já estão separadas. O fato jurídico ilícito da captação de sufrágio enseja, como efeito, o cancelamento do registro de candidatura. A pergunta que nos cabe então fazer é a seguinte: em que medida o efeito do cancelamento de registro difere da inelegibilidade? A resposta que agora vem sendo dada pelo TSE é a de que a inelegibilidade não tem executividade imediata, enquanto a cassação do registro a possui. Ora, a executividade é efeito anexo que pode ser outorgada a inelegibilidade cominada potenciada, bastando para isso a revogação do art.15 da LC 64/90. Do lado do candidato, a consequência é a mesma: perda do registro é perda da possibilidade de concorrer

naquela eleição específica; é inelegibilidade para essa eleição; é inelegibilidade cominada simples.

Na verdade, a interpretação que o TSE está dando ao art. 41-A da Lei nº 9.504/97 visa a salvá-lo de sua evidente inconstitucionalidade, uma vez que é veículo introdutor impróprio de normas sobre inelegibilidade, mercê do que prescreve o § 9º do art. 14 da CF/88. Como apenas através de lei complementar poderia ser criada hipótese nova de inelegibilidade, optou-se por fazê-lo por via oblíqua, sub-repticiamente, através de lei ordinária. E como essa lei é uma das poucas provenientes da iniciativa popular, seria muito difícil para a Justiça Eleitoral expurgar uma lei assim tão bem nascida, pela origem e pela sua reta intenção, nada obstante a sua má técnica.

§ 4. - Ação de investigação judicial eleitoral e captação de sufrágio.

Ao fato jurídico ilícito da captação de sufrágio, a norma do art. 41-A da Lei nº 9.504/97 prescreve a sanção de cassação de registro ou do diploma, além da multa de mil a cinqüenta mil Ufir. Essa norma é de direito material. A parte final do texto normativo, que estipula a norma que define o remédio processual próprio para a aplicação jurisdicional da sanção de cassação do registro à captação de sufrágio – “(...) observado o procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar 64, de 18 de maio de 1990” – , é norma de direito processual. Embora postas no mesmo texto, a diferença de suas naturezas ressalta.

Há quem diga que o art. 41-A teria criado uma representação, que seria processada pelo rito da ação de investigação judicial eleitoral (AIJE), mas que com ela não se confundiria, razão pela qual não seria aplicável os incisos XIV e XV do art. 22 da LC 64/90. É evidente, sem embargo, o equívoco dessa construção teórica. Em verdade, a ação de direito material cabível contra a captação de sufrágio deve ser manejada através da ação processual própria, que é a ação de investigação judicial eleitoral. A ação processual é continente; a ação de direito material, conteúdo. A ação processual diz respeito à forma, ao rito; a ação de direito material, ao objeto litigioso, a res in iudicium deducta. Pontes de Miranda ensinava: “A ação exerce-se principalmente por meio de ‘ação’ (remédio jurídico processual), isto é, exercendo-se a pretensão à tutela jurídica, que o Estado criou. A ação [no sentido de direito material] exerce-se, porém, de outros modos. Nem sempre é preciso ir-se contra o Estado para que ele, que prometeu a tutela jurídica, a preste; nem, portanto, estabelecer-se relação jurídica processual, na qual o juiz haja de entregar, afinal, a prestação jurisdicional. A ação [no sentido de direito material] nada tem com a pretensão à tutela jurídica” .

O texto legal do inciso XIV do art. 22 da LC 64/90 talvez seja a causa da confusão. É que há uma mistura de normas de direito material com normas processuais no seu corpo, que termina induzindo a erro. Quando a norma prescreve que julgada procedente a representação, o tribunal declarará a inelegibilidade do representado..., está se referindo à AIJE proposta por abuso de poder econômico, abuso de poder político e uso indevido dos veículos ou meios de comunicação social, previstos no art. 1º, inciso I, alínea d e art. 22, caput, ambos da mesma LC 64/90. Se a representação (designação dada à ação de direito processual) for proposta, no entanto, contra a captação ilícita de sufrágio, não incide o inciso XIV do art. 22 da LC 64/90, porque não está sendo manejada contra o abuso de poder econômico ou político. A sentença procedente, nessa última hipótese, aplica a sanção prevista no art. 41-A: a cassação de registro ou do diploma e a multa. E não se aplica a sanção de inelegibilidade cominada potenciada por quê? Porque ao fato jurídico ilícito de captação de sufrágio é irrogada, pela norma jurídica de direito material do art. 41-A, a cassação de registro de candidatura (inelegibilidade cominada simples).

A captação de sufrágio gera o cancelamento do registro de candidatura, expurgando o candidato da eleição, através da ação de investigação judicial eleitoral. Mais do que isso: por não ser tratada como sanção de inelegibilidade – como seria próprio –, a decisão que cancelar o registro de candidatura não sofre a incidência do art. 15 da LC 64/90, sendo logo executada. Mais ainda: à captação de sufrágio basta o provar que houve a promessa de vantagem pessoal com a finalidade de obtenção do voto, sem necessidade de demonstrar a

relação de causalidade entre o delito e o resultado das eleições. Já no caso de abuso de poder econômico ou político não basta a prova do ato abusivo, fazendo-se necessária a demonstração da probabilidade de que o ato vicie a eleição, tendo como resultado uma sentença que decreta a inelegibilidade por três anos, mas não teria o condão de cassar o mandato do candidato beneficiado (art. 22, inciso XIV da LC 64/90). Com isso, a distinção entre cassação de registro e inelegibilidade gerou consequências práticas profundas na sistemática eleitoral, tornando naquela primeira hipótese mais efetivo o processo, porque a inelegibilidade para essa eleição em que o ilícito se deu possui executividade imediata, diferentemente daquele outro cuja decisão mantenha o registro de candidatura e apenas decreta a inelegibilidade por três anos, enquanto o candidato eleito exerce o mandato obtido ilicitamente.

§ 5. - A executividade imediata da cassação de registro de candidatura e o dano irreparável à democracia.

Sempre criticamos a redação do inciso XV do art. 22 da LC 64/90, que tira a efetividade da sanção de inelegibilidade aplicada àquele candidato eleito com abuso de poder econômico ou político. Todavia, a jurisprudência recente do Tribunal Superior Eleitoral foi de um extremo ao outro: ao interpretar o art. 41-A da Lei nº 9.504/97, deu à decisão judicial executividade imediata, cassando o registro de candidatura e o diploma, independentemente do seu trânsito em julgado. A vontade do eleitor e a legitimidade do seu voto passam a ser irrelevantes: o candidato eleito pode agora perder o mandato por decisão judicial assujeitada ainda aos tribunais superiores, através de manejo de via recursal própria.

Nem tanto ao mar, nem tanto à terra. Nem a lenidade do inciso XIV do art. 22 da LC 64/90, nem tampouco a interpretação justicosa atribuída ao art. 41-A da Lei nº 9.504/97. Ambas as posições pecam pelo excesso e são extremistas.

Basta imaginar, para justificar uma maior reflexão sobre o art. 41-A, as eleições municipais, em que o juiz eleitoral venha a ter relações com grupos políticos, ou alguma desestima pessoal com determinado candidato. Amasiado com o outro grupo político concorrente ao candidato eleito, cassa-lhe o diploma e empossa o segundo colocado nas eleições para o cargo de prefeito municipal. Quem fez o novo prefeito? Acaso foi o povo? Não, uma autoridade judiciária que não honra o seu elevado cargo público. O candidato eleito, desse modo, passa agora a correr processualmente para reverter a execução provisória da decisão, ficando com o ônus de dar movimento ao processo. O ônus do tempo passa a ser seu e da comunidade de votantes, que lhe outorgou o mandato.

De fato, o conceito de execução provisória está ligada à distribuição do ônus do tempo no processo. Historicamente, o procedimento ordinário sempre esteve ligado à busca da verdade real e definitiva, prisioneiro da ideologia burguesa da revolução francesa, em que a esfera jurídica do indivíduo apenas poderia ser manietada pelo Estado, após o amplo conhecimento da causa e a certeza advinda da coisa julgada material. Com isso, coube sempre ao autor o ônus do tempo no processo, ficando o réu beneficiado pela lenta marcha processual da cognição plena e exauriente. Com a sociedade de massa e suas demandas pela prestação de uma tutela jurisdicional mais célere, ainda que menos segura, aos poucos foi sendo mitigada a necessidade imperiosa de cognição plena, passando a serem admitidas algumas ações em que a tutela fosse antecipada, como eram exemplos clássicos as ações possessórias, as quais tutelassem a chamada posse nova (de menos de ano e dia). Todavia, essas exceções apenas não bastavam. Na experiência brasileira, a demora do processo ordinário foi atalhada pelas liminares concedidas em ações cautelares, cuja satisfatividade e antecipação dos efeitos pretendidos com a ação principal eram evidentes. Tal foi o uso indiscriminado e excessivo das ações cautelares, que acabou sendo introduzida na legislação processual a antecipação de tutela (art. 273 do CPC), que na prática pôs fim à ordinariade do processo de cognição brasileiro: todas as ações passaram a admitir decisões liminares, tendo aquele sincretismo que tanto era objurgado pelos processualistas clássicos. Mesmo os limites dados à possibilidade de execução provisória da sentença, ainda sujeita a recurso, foram ampliados, conforme são exemplos notáveis o art. 588 e o § 3º do art. 461, ambos do CPC.

A execução provisória, hoje, passou a ser o meio processual pelo qual melhor se distribui o ônus do tempo no processo, possibilitando ao autor que tem aparente razão o imediato resultado processual almejado, ficando para o réu o ônus de fazer andar o processo, com os recursos que lhe sejam de possível manejo. Essa é inspiração da execução provisória e da tutela antecipada, como bem ensina Sérgio Cruz Arenhart (4), advertindo que o tempo do processo deve ser visto como um “inimigo contra o qual o juiz deve lutar sem tréguas” (Carnelutti), não sendo o autor que tem de exclusivamente suportá-lo, como se fosse o único responsável pela demora inerente à definição dos litígios. O que se quer dizer, prossegue Arenhart, é justamente que o processo que desconhece a tutela antecipatória e sujeita a sua sentença à confirmação de um segundo juízo, é um processo que beneficia exclusivamente o réu, porque não há distribuição do ônus do tempo. Porém, dizemos nós, nem sempre se poderá autorizar a execução provisória, notadamente quando ela ocasione dano irreparável ou de difícil reparação, ou mesmo seja irreversível, bem assim 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.

Nas ações eleitorais, o objeto litigioso nunca é de natureza privada, embora possa mediatamente beneficiar às partes envolvidas. Imediata e principalmente, todavia, 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. Como, nessa hipótese, se admitir a execução provisória da sentença, ainda sujeita a recurso, destituindo aquele candidato eleito – ainda que provisoriamente –, para colocar em seu lugar, exercendo o mandato eletivo, o segundo colocado nas eleições – ainda que também provisoriamente –, que não foi proclamado eleito e que também ficará com a sua situação sub judice? Se for para alguém exercer o mandato eletivo, enquanto se discute judicialmente se a sua obtenção foi lícita ou não, que seja aquele proclamado eleito, escolhido pela maioria dos eleitores, em homenagem à soberania popular.

Não nos parece que a execução imediata da cassação do registro do candidato eleito, posto que o candidato ainda concorrendo está imunizado pela interpretação dada pelo TSE, seja a solução mais justa e coerente. Não é. Enfraquece a nossa democracia, empalidece a importância do voto, torna o eleitor mero coadjuvante do processo de escolha dos seus líderes. 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 tornando vazio 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. Lembremo-nos, por oportuno, que a execução provisória é sempre a tutela da aparência e que, na seara eleitoral, não há aparência mais veemente do que aquela que sai das urnas: a expressão da vontade do eleitor, traduzida na proclamação do resultado das eleições pela Justiça Eleitoral.

É evidente que o art. 41-A é produto do desejo da sociedade brasileira por eleições limpas, como também por decisões judiciais efetivas. Esses desejos legítimos emantam o texto legal, ao tempo que deveriam também afastar aquelas interpretações excessivas, as quais confundem efetividade com execução provisória, bem como lisura eleitoral com macarthismo.

Por outro lado, a cassação imediata do candidato eleito gera a possibilidade de sucessivas modificações no comando do poder executivo, sobretudo em eleições municipais, trazendo imenso prejuízo à população e à administração pública. Surpreendentemente, o TSE, que tradicionalmente garantia a presunção de legalidade advinda das urnas, como expressão da vontade do eleitor, agora inverte a lógica democrática, optando por privilegiar o segundo colocado, que, assumindo o cargo provisoriamente, deverá nele ser mantido até o provimento final, para evitar o vai-e-vem de liminares. Todavia, houve vozes que ainda buscaram seguir a anterior corrente majoritária: “Medida cautelar. Pleito de concessão de efeito suspensivo a recurso especial. Inviabilidade. Devem ser evitadas sucessivas alterações no comando da administração municipal. Precedente. Recurso especial já admitido, a ser brevemente submetido ao julgamento do TSE. Juízo de prelibação que não permite seja inferida, de plano, a prática de abuso de poder econômico, de corrupção eleitoral e de improbidade administrativa.

Medida cautelar indeferida. Pedido de concessão de liminar tido como prejudicado” (MC nº 1.302/CE, rel. Min. Barros Monteiro, DJ de 28/11/2003, p.140). Todavia, tem prevalecido o entendimento contrário, prestigiando aquele que não foi eleito, em detrimento do candidato escolhido pela maioria e com sua situação sub judice: “Recurso especial. Abuso do poder econômico e captação ilícita de sufrágio. Violação ao art. 41-A da Lei nº 9.504/97. Necessidade de reexaminar matéria fático-probatória. Súmulas do STJ e STF (7 e 279). Infringência ao art. 460 do CPC. Não-ocorrência. Prestação jurisdicional deferida nos termos propostos na inicial. Art. 41-A da Lei nº 9.504/97. Inconstitucionalidade afastada. O escopo do legislador é o de afastar imediatamente da disputa aquele que no curso da campanha eleitoral incidiu no tipo “captação ilegal de sufrágio”. A cassação do registro ou do diploma, cominados na referida norma legal, não constitui nova hipótese de inelegibilidade. Prevendo o art. 222 do Código Eleitoral a captação de sufrágio como fator de nulidade da votação, aplica-se o art. 224 do mesmo diploma no caso em que houver a incidência do art. 41-A da Lei nº 9.504/97, se a nulidade atingir mais de metade dos votos. Recursos especiais e recurso adesivo não conhecidos (REsp nº21.221. rel. Min. Luiz Carlos M. Madeira, DJ 10/10/2003, p.152).

Há, nesse compasso, um sentimento profundo de insegurança jurídica, de modo que já uma evolução da jurisprudência do TSE sobre a executividade imediata, que não admitia, sob hipótese alguma, a concessão de efeito suspensivo aos recursos manejados contra decisões que determinassem a imediata cassação do registro de candidatura. Hoje, alguns ministros já admitem a concessão de efeito suspensivo da execução imediata, em caso de recurso ordinário, que permite àquele tribunal ingressar na análise do acervo probatório. Nesse sentido, decidiu monocraticamente a Ministra Ellen Gracie Northfleet: “... Em exame prefacial, e considerando tratar-se de pretendido efeito suspensivo a recurso ordinário, no qual não se veda o exame do acervo probatório, tenho por presente, nas razões apresentadas, o essencial requisito da fumaça do bom direito. Ademais, tendo o TRE determinado a imediata execução do acórdão, e, conforme alude o requerente, já tendo sido iniciado o procedimento de perda do mandato na Câmara dos Deputados (art. 55 da CF), há risco de prejuízo irreparável. A referendar a cautela, observo que o Recurso Ordinário a que se visa a concessão do efeito suspensivo (RO nº 777) já se encontra com vista à PGE, desde 9.3.2004, o que aponta para decisão definitiva em breve. 3. Ante o exposto, defiro a liminar para emprestar efeito suspensivo ao Recurso Ordinário nº 777, assegurando o exercício do mandato do requerente até que a decisão de primeira instância seja revista pelo TSE no julgamento do referido recurso” (MC 1330/AP, DJ de 18/03/2004, p. 139).

Doutra banda, o Tribunal Superior Eleitoral tem entendido, ainda que implicitamente, que a execução imediata da decisão depende de expresse pronunciamento judicial. Assim, podem o juiz eleitoral ou o tribunal regional eleitoral negar a execução imediata, ainda que determinem a cassação do registro de candidatura. Nesse sentido: “Cassação de registro (L. 9.504/97, art. 41-A): eficácia imediata. 1. A decisão que, com base no art. 41-A, cassa o registro de candidato tem eficácia imediata, despidos os recursos cabíveis de efeito suspensivo. 2. Decisão de TRE que, em sentido contrário, determina que a cassação só gere efeitos após o trânsito em julgado não é oponente ao acórdão do TSE que, substituindo o da instância a quo, ordena o cumprimento imediato do julgado. 3. Entretanto, se se cuida de decisão individual tomada no TSE pelo relator de recurso, o seu cumprimento deve aguardar a exaustão do prazo para o agravo regimental ou o julgamento desse” (QOREsp nº 19.528/PA, rel. Min. designado Sepúlveda Pertence, pub. DJ de 26/04/2002, p.184). Assim, abre-se espaço para que a prudência judicial evite a cassação imediata do registro de candidatura, sobretudo em respeito à soberania popular.

§ 6. Conclusão.

Como se pode observar, a evolução da jurisprudência do TSE, em matéria de captação de sufrágio, é preocupante. Afinal, não se precisaria mais demonstrar a realização de promessa ou efetiva concessão de alguma vantagem pessoal ao eleitor: qualquer ato que possa importar uma obtenção imprópria de voto, como a realização de propaganda pessoal em obra pública realizada, poderia ser qualificada com captação de sufrágio, ensejando a cassação imediata do registro de candidatura, não havendo sequer a necessidade de se apontar algum eleitor como beneficiário do ato reputado ilícito.

Percebe-se o avanço da captação de sufrágio como o remédio para todos os males da legislação eleitoral. Com isso, se avanesceu o conceito de inelegibilidade, bem assim o descrimine entre abuso de poder econômico e captação de sufrágio: esse ilícito absorveu aquele outro. Com isso, aprofundou-se a insegurança jurídica, perdendo-se de vez qualquer vinculação do aplicador da norma com o conteúdo do art.41-A da Lei nº9.504/97. É como se o seu sentido ganhasse vida própria, sem qualquer relação, por mínima que seja, com o enunciado produzido pelo legislador. Aqui, de modo absoluto e definitivo, significado e significante estão divorciados, sem peias.

A norma do art.41-A sancionava o ato de prometer ou dar ao eleitor, visando obter o seu voto, bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza. Agora, segundo a recente jurisprudência do TSE, o ato ilícito consiste em beneficiar eleitores, ainda que indeterminados e sem necessidade de apontá-los, com bem ou vantagem fruída por todos indistintamente. Se fôssemos nos perguntar como ocorreu essa adulteração do sentido original da norma, que ganhou uma extensão impensada, com certeza encontraríamos a resposta na primeira concessão teórica feita, cuja conseqüência foi a separação entre cassação do registro de candidatura e inelegibilidade, e, posteriormente, com o afastamento da garantia jurídica positivada no art.16 da LC 64/90 e art.216 do Código Eleitoral. Fez-se uma profunda revisão pretoriana, fundada em postulados ad hoc, sempre com a finalidade de dar efetividade às decisões judiciais, ainda que para isso fossem sacrificados princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito. Os que começaram a desconstrução do conceito de inelegibilidade, para justificar o afastamento daquelas garantias jurídicas positivadas, não imaginavam até onde o revisionismo iria. Hoje, o que temos é um sistema jurídico eleitoral amorfo, confuso e contraditório, razão pela qual nem sistema, a rigor, temos. As decisões judiciais não possuem um mínimo de previsibilidade, de modo que cada processo judicial é uma aventura única através de um mundo desconhecido e surrealista.

Mas, afinal, quem se importará com essas preocupações?

NOTAS DE RODAPÉ:

(1) Esse texto é uma atualização do texto intitulado Captação de sufrágio e inelegibilidade: análise crítica do art. 41 -A da lei nº9.504/97.

(2) Todavia, o TSE tem ainda decisões vacilantes: "Recurso ordinário em habeas-corpus. Trancamento de ação penal. Denúncia que descreve fatos já apurados em representação julgada improcedente. Co-réus. Tratamento isonômico. O acusado se defende dos fatos narrados na inicial, e não da capitulação dada pelo Ministério Público. Precedentes. O delito do art. 41-A da Lei nº 9.504/97 é exclusivo de candidato... Atipicidade da conduta. O fato de a recorrente ter o hábito de doar gêneros alimentícios a filha de eleitor não caracteriza de per si delito previsto no art. 299 do Código Eleitoral. Recurso provido" (HC 46/SP, rei. Min. Ellen Gracie Northfleet, pub. DJ de 11/10/2002, p.147 - grifamos)

(3) Tratado das ações. São Paulo: RT, 1970, t. I, p.10-11. Sobre o tema, vide ainda: Ovídio Baptista da Silva. Curso de processo civil, 4ª ed., São Paulo: RT, v. 1, pp. 73-109; Araken de Assis. Cumulação de ações, São Paulo: RT, pp.61-72.

(4) ARENHART, Sérgio Cruz & MARINONI, Luiz Guilherme. Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento. São Paulo: RT, 2001, p. 475, passim.

* Advogado. Sócio de Motta & Soares – Advocacia & Consultoria S/C. Ex-Juiz de Direito. Professor do CCJUR/Cesmac, em Alagoas - Esse texto é uma atualização do texto intitulado Captação de sufrágio e inelegibilidade: análise crítica do art. 41-A da lei 9.504/97.