

A CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO COMO OBSTÁCULO À LIBERDADE DEMOCRÁTICA

*THE CAPTURE OF ILEGAL SUFFRAGE AS AN OBSTACLE TO
DEMOCRATIC FREEDOM*

Patricia Maria dos Santos¹

SUMÁRIO: Introdução, 1. Princípios Constitucionais aplicáveis ao Direito Eleitoral: Democrático, Poder Soberano e o Sufrágio Universal; 2. Captação ilícita de sufrágio – artigo 41-A da Lei das eleições (Lei n.º 9.504/97); 3. Do bem jurídico tutelado sob influência da captação ilícita de sufrágio: Liberdade de escolha do eleitor; Considerações finais; Referências das Fontes Citadas.

RESUMO

Propõe-se no presente artigo na análise das condutas ilícitas no disposto no art. 41-A da Lei 9.504/97 que afetam e comprometem a liberdade do eleitor em exercer o seu voto de forma livre e consciente e, a democracia.

Tendo em vista que tais condutas ilícitas tendem a se tornar ainda mais frequentes, cumpre repensar e investigar através de consultas bibliográficas e na lei, se, a prática do ato ilícito a denominada captação de sufrágio, compromete-se o voto extraído nas urnas e se tal mecanismo processual é compatível na realização da tutela do exercício do voto.

PALAVRAS-CHAVE: Direito eleitoral; Democracia; Liberdade de voto; Captação ilícita de sufrágio.

ABSTRACT

It is proposed in this article the analysis of unlawful conduct on the provisions of art. 41-A of Law 9,504 / 97, which affects and compromises the freedom of the voter to cast his vote freely, consciously, and democratically.

¹ Aluna Especial do Programa de Pós Graduação Stricto Sensu (Mestrado) em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Advogada. E-mail: santos.mpatria@hotmail.com.

Considering that such unlawful conduct is likely to become even more frequent, it should be reconsidered and investigated through bibliographic queries and legal research, the practice of so-called tort suffrage capture commits the extracted vote at the polls, and whether this procedural mechanism is consistent in carrying out the supervision of the voting exercise.

KEYWORDS: Electoral law; Democracy; Freedom to vote; Capturing of unlawful suffrage.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo central um estudo sobre a captação ilícita do sufrágio a partir da problemática estabelecida em tela. Adota-se como metodologia a análise bibliográfica a partir dos escritos selecionados acerca da temática. Adotou-se uma abordagem interdisciplinar, com autores do campo da ciência política e do direito.

A Constituição Federal de 1988 instituiu o Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício de direitos, em especial os Direitos Políticos, através da soberania popular constantes no seu preâmbulo e no artigo 14 que serão exercidos pelo sufrágio universal e pelo voto, direto e secreto, cabendo ao povo brasileiro, representado pelos seus eleitores a escolha dos seus representantes.

Visando à proteção do voto do eleitor, foi inserido na legislação eleitoral o art. 41-A da lei 9.504/97, na qual prevê sanções aos candidatos que praticam a captação ilícita de sufrágio, também conhecida como, a compra de votos, demonstrando ser mais um mecanismo processual na busca da garantia de liberdade do eleitor ao exercer o voto no pleito eleitoral.

Contudo, para investigar a prática desse ato ilícito, deve-se verificar se o candidato ou o terceiro ligado ao mesmo prática os atos de doar oferecer, prometer ou entregar ao eleitor, bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza com uma finalidade, a de obter o voto do eleitor.

O presente dispositivo surgiu mediante ao projeto de lei de iniciativa popular, diante do clamor da sociedade por instrumentos jurídicos que pudessem atacar mais um ilícito eleitoral, o problema da compra de votos.

A finalidade das presentes linhas além de uma explanação acerca do mencionado dispositivo é expor que a prática da captação ilícita de sufrágio, agride diretamente os princípios constitucionais e a violação da vontade do eleitor ao exercer o voto, no pleito eleitoral.

1. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO DIREITO ELEITORAL: DEMOCRÁTICO, PODER SOBERANO E O SUFRÁGIO UNIVERSAL

Um dos fatores para a concretização da democracia está ligado tanto à compreensão e a importância dos princípios que regem o Direito Eleitoral. Nesse aspecto, merecem destaque os seguintes princípios aplicáveis ao Direito Eleitoral Brasileiro: democrático, poder soberano e o sufrágio universal.

Inseridos nesse contexto, as suas finalidades para se garantir um Estado Democrático de Direito, nas palavras de Francisco de Assis Vieira Sanseverino² são as seguintes:

(1) assegurar, de um lado, o exercício do direito do voto direto, secreto, com valor igual para todos, de forma livre por parte do cidadão e, de outro, o exercício do direito de ser eleito, com tratamento igual, através da liberdade de manifestação; (2) proteger a normalidade e legitimidade das eleições, contra as diferentes formas de fraude, corrupção e abusos, do poder econômico e do poder político; (3) alcançar a verdade eleitoral, no sentido de que os votos votados sejam os votos apurados e contabilizados e consagre os eleitos.

² SANSEVERINO, Francisco de Assis Vieira. **Compra de votos. Análise à luz dos princípios democráticos**. Porto Alegre: verbo Jurídico, 2007, p. 226.

A Constituição Federal institui em seu artigo 1º, que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, no qual eleva o princípio democrático à condição de fonte do Estado Brasileiro.

Nessa linha de raciocínio, importante ressaltar a advertência feita por José Afonso da Silva³ no sentido de que o eixo da democracia encontra-se no governo do povo, nos dando o significado de tal eixo:

Governo do povo significa que este é fonte e titular do poder (todo poder emana do povo), de conformidade com o princípio da soberania popular que é, pelo visto, o princípio fundamental do regime democrático. Governo pelo povo quer dizer governo que se fundamenta na vontade popular, que se apoia no consentimento popular; governo democrático é o que se baseia na adesão livre e voluntária do povo à autoridade, como base de legitimidade do exercício de poder, que se efetiva pela técnica da representação política (o poder é exercido em nome do povo). Governo para o povo há de ser aquele que procure liberar o homem de toda a imposição autoritária e garantir o máximo de segurança e bem-estar.

Nessa concepção, importante também mencionar as colocações de Del Negri⁴, segundo a qual, além do voto que deve ser visto como uma parcela mínima da democracia, democracia deverá ser efetivada através dos direitos e garantias fundamentais assegurados ao povo e aos seus representantes políticos. Assim:

É oportuno dizer que a democracia é um sistema exercitado pelos cidadãos (destinatários do Direito), os quais não podem ser infantilizados por um Estado maternal (doação de direito/assistencialismo), como se fossem apenas consumidores, e não gestores-fiscalizadores do Direito. De todo modo, quando se diz que a sociedade não está praticando democracia, o que está havendo é uma confissão de omissão dos operacionalizadores do sistema (cidadãos e instituições), na execução da Constituição (projeto democrático). Tudo isso pode ser resumido pela ótica de que

³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 135.

⁴ DEL NEGRI, André. **Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.77.

a cidadania além de ser fundamento da democracia é o comprometimento com os fundamentos de autoexistência e essa inclusão deve ser solicitada pelo processo (direito garantia de reivindicar e fiscalizar os direitos já assegurados na Constituição).

Indo um pouco mais adiante, a democracia vigente no Brasil é a democracia representativa, onde o povo exerce seu poder (direito de voto), por meio de representantes eleitos (art.1º, parágrafo único da CF), embasado na democracia (Princípio Democrático), além do Estado de direito, na cidadania e de certo modo, nos direitos e garantias individuais, como uma forma de limitação dos poderes do Estado em relação aos governados.

Com efeito, Canotilho⁵, faz na seguinte passagem na ligação entre o princípio democrático (democracia) e o direito de voto:

O sufrágio universal é um instrumento fundamental na realização do princípio democrático: através dele, legitima-se democraticamente a conversão da vontade política em posição de poder e domínio, estabelece a organização legitimamente de distribuição de poder, procede-se à criação do 'pessoal político' e marca-se o ritmo da vida política de um país. Daí a importância do direito de voto como direito estruturalmente do próprio princípio democrático e a relevância do procedimento eleitoral justo para a garantia da autenticidade do sufrágio.

Para José Afonso da Silva⁶, rege-se a democracia sobre os seguintes princípios:

a) o da soberania popular, segundo o qual o voto é a única fonte de poder, que se exprime pela regra de que todo poder emana do povo; b) a participação, direta ou indireta, do povo no poder, para que este seja efetiva expressão da vontade popular.

⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 294.

⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 119.

Segundo a concepção majoritária, a democracia para Ronald Dworkin⁷ "*es el gobierno de la voluntad de la mayoría, es decir, el gobierno de acuerdo com la voluntad del número mayor de personas expresada em elecciones com sufragio universal o casi universal.*" Para o autor, democracia é o exercício do governo efetivado pelo povo, pela vontade da maioria no pleito eleitoral.

Com a instituição do princípio democrático, podemos destacar que os direitos políticos constituem nas lições de Adriano Sant'Ana Pedra e Anderson Sant'Ana Pedra⁸:

Os direitos políticos constituem o poder que os cidadãos ativos têm de participar direta ou indiretamente das decisões do seu Estado. Os direitos políticos são direitos públicos subjetivos que investem o indivíduo no status *activae dvitatis*, constituídos de instrumentos que visam disciplinar as formas de atuação da soberania popular, permitindo o exercício da liberdade de participação nos negócios políticos do Estado.

O sufrágio universal está previsto na Constituição Federal, em seu art. 14, que permite ao eleitor o direito de votar e ser votado, ligando o voto ao votante e ao votado, viabilizando o sistema da democracia representativa. Para garantir a liberdade de votar, a Constituição também nesse dispositivo estabelece que o voto deve ser direto, secreto e igualitário.

Sendo assim, é preciso que haja a vontade do eleitor, através de sua consciência e sua concepção ideológica e política, sem que qualquer influência nefasta, garantido-se o livre exercício do voto e sua espontânea vontade de escolha.

Canotilho⁹ aos abordar os princípios materiais do sufrágio, ensina que "princípio da liberdade do voto significa garantir ao eleitor um voto formulado sem

⁷ DWORKIN, Ronald. **La democracia posible: principios para un nuevo debate político.** Trad. Ernest Weikert García. Barcelona: Paidós, 2007, p. 167.

⁸ PEDRA, Adriano Sant'Ana; PEDRA, Anderson Sant'Ana. **A inelegibilidade como consequência da rejeição de contas.** In: COELHO, Marcus Vinicius Furtado; AGRA, Walber de Moura (prg.). Direito eleitoral e democracia: desafios e perspectivas. Brasília: OAB, 2010, p. 10.

qualquer coação física ou psicológica exterior de entidades públicas ou entidades privadas”.

Assim, para que a democracia seja efetivada, deverá haver o exercício da cidadania de forma consciente, não se podendo admitir a intervenção de terceiros, candidatos ou não, no voto do eleitor. Gomes¹⁰ assim se manifesta acerca da democracia:

Mais que princípio inscrito na Lei Magna, a democracia constitui fundamento e valor essencial das sociedades ocidentais, definindo sua estética, o modo como elas existem e operam. [...] As idéias de liberdade e igualdade necessariamente participam da essência da democracia. A liberdade denota o amadurecimento de um povo, que passa a ser artífice do seu destino e, conseqüentemente, responsável por seus atos. Já não existe um ser divino a quem se possa ligar o direito de exercer a atividade estatal, de sorte a legitimá-la. É o próprio povo, soberano, que se governa. De outro lado, a igualdade significa que a todos é dado participar do governo, sem que se imponham diferenças artificiais e injustificáveis como a origem social, a cor, o grau de instrução, a fortuna ou o nível social.

Nesse passo, com o advento da Lei das Eleições - Lei nº 9.504/97 se possibilitou a punição do candidato que infere na vontade popular e no exercício da cidadania, nos casos do voto.

A escolha do candidato pelo eleitor deve ser livre, secreta e igualitária, devendo ser embasada por meio de campanhas eleitorais, de consciência e de concepção ideológica e política do eleitor, com o intuito de se eleger o melhor candidato, sendo uma forma de captação de sufrágio lícita. Em advertência, há várias práticas ilícitas, como é o caso da compra de votos, que leva o eleitor a votar com interesse pessoal e não pensando no interessante do seu país, do seu Estado, do seu Município.

⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 296.

¹⁰ GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 24-25.

2. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO – ARTIGO 41-A DA LEI DAS ELEIÇÕES (LEI N.º 9.504/97)

Diante do surgimento de novos atos ilícitos eleitorais, de políticos beneficiários desses ilícitos, foi criada através do projeto de lei de iniciativa popular, liderada pela Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) e por sindicatos de trabalhadores, a edição do art. 41-A da Lei 9.504/97. Essa mobilização da sociedade e o seu anseio pelo fim da corrupção no país, expressi-se como um governo do povo. Ramayana¹¹ afirma que:

"A democracia, em síntese conceitual, exprime-se como um governo do povo, sendo um regime político que se finca substancialmente na soberania popular, compreendendo-se os direitos e garantias eleitorais, as condições de elegibilidade, as causas de inelegibilidade e os mecanismos de proteção disciplinados em lei para impedir as candidaturas viciadas e que atentem contra a moralidade pública eleitoral, exercendo-se a divisão de funções e dos poderes com aceitação dos partidos políticos, dentro de critérios legais preestabelecidos, com ampla valorização das igualdades e liberdades públicas".

Vê-se aqui, a importância do termo democracia para um estado que preserva os princípios garantidores apontados no tópico anterior, que garante o exercício da soberania popular e a cidadania consciente e participativa.

O conceito da captação ilícita de sufrágio está prevista em própria legislação, tal como apregoa o art. 41-A da Lei 9.504/97:

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

¹¹ RAMAYANA, Marcos. **Direito Eleitoral**. 12 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 25.

procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990.

Observa-se que a conduta vedada no mencionado artigo é semelhante a do crime de corrupção eleitoral que se encontra previsto no art. 299 do Código Eleitoral que assim preconiza: *“Dar, oferecer, prometer, solicitar ou receber, para si ou para outrem, dinheiro, dádiva, ou qualquer outra vantagem, para obter ou dar voto e para conseguir ou prometer abstenção, ainda que a oferta não seja aceita”*.

A Referida diferença, entre tais dispositivos, reside no sentido de que a primeira ilicitude se processa mediante representação onde se objetiva a cassação do registro ou diploma, enquanto a segunda, tem como consequência uma condenação criminal, objetivando-se na perda do mandato e na inelegibilidade. Ademais, o momento da ocorrência de cada uma, pode ser se ocorrer entre o registro da candidatura e o dia da eleição nos casos de captação ilícita de sufrágio, sendo que na corrupção eleitoral, o crime pode ser configurado mesmo antes do registro, até o dia da eleição.

Ainda convém ressaltar que a prática da capacitação ilícita de sufrágio não se confunde, com a conduta de abuso de poder econômico, previsto no art. 22 da Lei Complementar n.º 64/90. Com relação a essa diferenciação, Adriano Soares da Costa¹²:

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 de seu registro de candidatura.

¹² COSTA, Adriano Soares da. **Instituições de direito eleitoral**. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 213.

Para que se configure a captação ilícita de sufrágio é necessário a uma única prática, quais sejam: doar, oferecer, prometer, ou entregar ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto, bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, devendo ser praticada do período do registro da candidatura até o dia da eleição.

Caracteriza-se também a presente conduta ilícita, a desnecessidade do pedido explícito de voto, bastando somente à evidência do dolo, consistente no especial fim de agir. O próprio Tribunal Superior Eleitoral, já possuía precedentes no sentido da desnecessidade da referencia explícita do pedido de voto. Destacamos:

(...) Representação. Captação ilícita de sufrágio. Art. 41-A da Lei nº 9.504/97. Desnecessidade de nexos de causalidade. Anuência do candidato. 1. Manutenção em período eleitoral de "cursinho pré-vestibular" gratuito e outras benesses, as vésperas da eleição, revelam o intuito do candidato em obter votos. 2. Para caracterização da conduta ilícita é desnecessário o pedido explícito de votos, basta a anuência do candidato e a evidencia do especial fim de agir (...) (Ac. nº 773, de 24.08.2001, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Red. Designado Min. Carlos Velloso).

Recurso especial. Representação com base nos arts. 41-A e 73 da Lei nº 9.504/97. (...) Oferta feita a membros da comunidade. A pluralidade não desfigura a prática da ilicitude. (...) NE: Candidato dava entender aos eleitores que obras públicas deveriam ser a ele creditadas. (Ac. nº 21.120, de 17.06.2003, Rel. Min. Luiz Carlos Madeira)

Caracterizadas as condutas da prática ilícita mencionada, importante mencionar que a conduta vedada seria somente realizada pelo candidato, ou seja, o agente tem que ser somente o candidato. Nessa linha, Adriano Soares da Costa¹³ afirma que:

Não poderá ser ele acusado de captação ilícita de sufrágio se outrem, ainda que, em seu nome e em seu favor, estiver

¹³ COSTA, Adriano Soares da. **Instituições de direito eleitoral**. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 483.

aliciando a vontade do eleitor. Para que a norma viesse ter esse alcance, haveria de estar prescrevendo que o candidato ou alguém por ele captasse ilicitamente o sufrágio.

Costa¹⁴, ainda entende que:

Se alguém, em nome dele, promete, doa, oferece ou entrega ao eleitor algum bem ou vantagem pessoal, com a finalidade de obter o voto, comete abuso de poder econômico ou corrupção, mas não captação de sufrágio. O candidato é que tem que 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 antijurídica. Nada obstante, o Tribunal Superior Eleitoral atribuiu à norma jurídica um sentido que ela não possuía para fazer alcançar a sanção ao candidato que tenha concordado ou anuído com o ilícito.

Assim, entende-se que será punido somente o candidato. Contrariamente a esse entendimento, o terceiro, que o tenha auxiliado e colaborado nessa prática, situação que essa modalidade de ilicitude é a mais cometida, até porque evita-se a exposição do candidato, este também poderia responder por tal prática, tendo em vista que implica na ofensa do bem jurídica tutelado, que é a vontade do eleitor, praticado por um terceiro não candidato, devendo ser aplicado a multa prevista na lei.

¹⁴ COSTA, Adriano Soares da. **Instituições de direito eleitoral**. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 212.

As condutas previstas na prática ilícita de sufrágio têm uma pena severa: a cassação do registro ou do diploma e a previsão de multa de mil a cinquenta mil UFIR¹⁵.

Verifica-se que sem dúvida, a imposição da cassação do registro ou do diploma é a sanção mais temida, uma vez que a Lei Complementar n.º 135 de 2010, conhecida como "Lei da Ficha Limpa" acrescentou em um de seus parágrafos a inelegibilidade por oito anos a quem tenha sido condenado à cassação do registro ou do diploma, tendo a multa por si só não tem o caráter educativo necessário na prática da conduta.

Nos casos de decisão fundada na captação ilícita de sufrágio, referente à cassação do registro, que é uma espécie de requerimento para o candidato participar do pleito eleitoral, ou ainda, novamente nas lições de Adriano Soares da Costa¹⁶ "registro de candidatura é o ato jurídico que faz nascer o direito de ser votado (elegibilidade)" o candidato, por sua conta e risco, tem o direito de dar continuidade a sua campanha e de ver o seu nome mantido na urna eletrônica mesmo tendo sido representado à presente prática. O mesmo ocorre na hipótese de cassação do diploma, onde decreta-se a inelegibilidade do candidato.

Para que isso não continue o pleito eleitoral envolvendo o candidato representado à captação ilícita de sufrágio, é necessário que a decisão que condena o mesmo na referida prática, deve ser proferida o mais breve possível, de forma imediata. Sobre esse entendimento, em voto proferido no julgamento do Recurso Especial Eleitoral nº 19.644/SE, de 3 de dezembro de 2002, o Ministro Barros Monteiro¹⁷ afirmou que "Na hipótese prevista no indigitado art. 41-A da Lei nº 9.504/97, 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."

¹⁵ Com relação a UFIR, trata-se de uma Unidade de Referência Fiscal que possui o valor de R\$ 1,0641.

¹⁶ COSTA, Adriano Soares da. **Instituições de direito eleitoral**. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 238.

¹⁷ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Jurisprudência do TSE**: Temas selecionados. Captação de sufrágio. Brasília: SGI/Cojur, 2008, p. 13.

No entanto, é assegurado ao candidato que esteja respondendo a representação por captação ilícita de sufrágio, caso seja eleito. Caso o candidato venha a ser condenado, o mesmo não poderá seguir com seu mandato, devido à cassação de seu registro ou da diplomação.

Por fim, havendo sentença que declara a prática da presente ilicitude, Adriano Soares da Costa¹⁸ afirma que “haverá a cassação do registro de candidatura (plano existência), cortando-se o direito de ser votado (plano da eficácia). Aqui, a cassação do registro é sanção que mutila a elegibilidade, gerando a inelegibilidade cominada simples, apenas para “essa” eleição em que o ilícito se deu”.

Sobre os aspectos materiais referentes à norma processual em comento, a apuração das condutas que configurarem a captação ilícita de sufrágio, dá-se por meio de representação, conforme previsão em seu §3º, com rito previsto no art. 22, I a XIII, da Lei das Inelegibilidades (Lei Complementar n.º 64 de 1990). Encontra-se aqui uma omissão na lei, pois não se esclarece se é um procedimento autônomo ou integra um pedido dentro da ação de investigação judicial eleitoral.

A legitimidade ativa na propositura da ação, nas lições de Ribeiro¹⁹ “é dos partidos políticos, coligações candidatos e do Ministério Público Eleitoral, que não sendo autor, deve atuar no processo sob pena de nulidade absoluta. Ainda os partidos políticos, embora coligados, podem ajuizar a ação de forma isolada”.

Uma vez comprovada e havendo a cassação por força do disposto no art. 41-A, os votos obtidos pelo candidato serão considerados nulos, conforme disposto no art. 175, § 3º do Código Eleitoral.

¹⁸ COSTA, Adriano Soares da. **Instituições de direito eleitoral**. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 239.

¹⁹ RIBEIRO, Renato Ventura. **Lei eleitoral comentada**. Quartier Latin, São Paulo, 2006, 298.

3. DO BEM JURÍDICO TUTELADO SOB INFLUÊNCIA DA CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO: LIBERDADE DE ESCOLHA DO ELEITOR

Prevista como garantia constitucional, e por isso deve ser protegida, a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos (art. 14, *caput*). Ainda na interpretação deste dispositivo, o Ministro Gilmar Mendes (2009, p. 783) acrescenta “embora não esteja explícito nessa norma constitucional, é evidente que esse voto tem outra qualificação: ele há de ser livre”.

Ainda sobre essa norma constitucional e diante dessa interpretação, destaca-se a ementa da decisão proferida na ADI n.º 3.592-4/DF que consignou também como exercício da soberania o voto livre. Nesse sentido, o acórdão restou assim ementado:

O voto secreto é inseparável da ideia de voto livre. A ninguém é dado o direito de interferir na liberdade de escolha do eleitor. A liberdade do voto envolve não só o próprio processo de votação, mas também as fases que a precedem, inclusive relativas à escolha de candidatos e partidos em número suficiente para oferecer alternativas aos eleitores. Tendo em vista reforçar essa liberdade, enfatiza-se o caráter secreto do voto. Ninguém poderá saber, contra a vontade do eleitor, em quem ele votou, vota ou pretende votar. Portanto, é inevitável a associação da liberdade do voto com uma ampla possibilidade de escolha por parte do eleitor. Só haverá liberdade de voto se o eleitor dispuser de conhecimento das alternativas existentes. (ADI n.º 3.592-4/DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 26, de outubro de 2006.)

Conforme já exposto, em nosso país vigora o regime de democracia representativa, onde o povo exerce seu poder, por meio de representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único, CF), através do voto do eleitor. Para que o povo exerça o seu poder de voto, por meio de representantes, há necessidade de se saber se ele possui o direito individual de votar e de ser votado, conforme disposto no art. 1º do Código Eleitoral.

Nesse sentido, ensina Bandeira de Melo²⁰ “quem vota e em que condições se vota são algumas das questões absolutamente fundamentais para que os mandatos a serem recebidos pelos eleitos, possam vir a se reais instrumentos de representação da cidadania.”

Com efeito, a vinculação do exercício do poder do voto (vontade do eleitor) e os representantes eleitos também foi tema de abordagem de Hans Kelsen²¹ que assim sinteticamente pontuou:

“A resposta à questão de saber se, de *lege ferenda*, o membro eleito de um corpo legislativo deveria estar juridicamente obrigado a executar a vontade de seus eleitores e, portanto, a ser responsável para com o eleitorado depende da opinião sobre a amplitude em que é desejável que se concretize a ideia de democracia. Se é democrático a legislação a ser exercida pelo povo, e se por motivos técnicos, é impossível estabelecer uma democracia direta e se torna necessário conferir a função legislativa a um parlamento eleito pelo povo, então é democrático garantir, tanto quanto possível, que a atividade de cada membro do parlamento reflita a vontade de seus eleitores.”

Nos termos postos, a prática da captação do sufrágio no pleito eleitoral, onde o candidato faz o pedido explícito para obter-lhe o voto, utilizando-se de meios ou vantagem pessoal junto ao eleitor, ou seja, pretendendo-se o voto do eleitor no candidato, recebe dele, ou de alguém em seu nome, alguma vantagem ou promessa da mesma.

As condutas descritas no artigo 41-A, “Doar, oferecer, prometer, ou entregar” bem como a vantagem pessoal, ao eleitor podem ser de qualquer natureza, emprego, lotes de terreno, dinheiro, cestas básicas etc. Cumpre ainda destacar novamente, a conduta de uma simples oferta, também implica na ocorrência da captação ilícita de sufrágio. Assim é de extrema importância à aplicação das

²⁰ BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **Representatividade e democracia**. In: ROCHA, Cármem Lúcia Antunes; VELLOSO, Carlos Mário da Silva (Coord.). Direito eleitoral. Belo Horizonte: Del Rey, p. 41.

²¹ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. trad. Luiz Carlos Borges. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes. 1998, p. 417.

sanções previstas nas leis aos candidatos corruptores, como forma de punição àqueles que utilizam de mecanismos ardis tendentes a atrair de forma ilegal a vontade do eleitor.

O bem jurídico tutelado na presente infração eleitoral é o da livre manifestação do eleitor, da vontade pura e livre de qualquer coação, um pleito legítimo, liso, transparente, sem qualquer interferência na manifestação do eleitor. Deve ser expressa a vontade do eleitor, da sua convicção a acerca do que é melhor, dos benefícios que aquele candidato vai trazer ao seu Município, Estado ou o País, e principalmente, uma reflexão de quem melhor representará os interesses do povo no governo.

A intenção do presente dispositivo é de afastar o candidato no momento do registro na candidatura, tendo como marco inicial nas lições de Adriano Soares da Costa²² “quando todos os pré candidatos escolhidos em convenção partidária já se manifestaram, perante a Justiça Eleitoral, o seu pleito de se lançarem candidatos a um mandato eleito” para que realmente não haja interferência no voto do eleitor, por prestígio à livre vontade do eleitor e por um processo eleitoral livre.

Mesmo havendo proteção constitucional quanto ao voto e ao exercício da democracia, havia ainda a necessidade de uma lei que atestasse sanções a aqueles que captam de forma ilícita o voto do eleitor, o que foi devidamente efetivado com o advento da Lei 9.504/97, protegendo assim a vontade do eleitor e o voto dado de acordo com liberdade de cada um.

Assim, pode-se observar que essas normas, tanto a constitucional (art. 14, caput) como a eleitoral (art. 41-A da Lei das Eleições), visam que os resultados das urnas tenham por base a na vontade popular e o livre exercício da cidadania, cabendo ao Estado a tomar medidas para objetivar garantias adequadas ao

²² COSTA, Adriano Soares da. **Instituições de direito eleitoral**. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 218.

eleitor e ao processo democrático, não tornando vazio o significado de eleições livre, do voto livre.

Além das regras constitucionais e eleitorais, também é necessário à prática de outros elementos para se combater a captação ilícita de sufrágio e aperfeiçoar a democracia, como as lições citadas por Marcos Raymayana²³ "ensinamento ao eleitorado de lições de cidadania, direitos e deveres, prestações sociais exigíveis dos Poderes Públicos e dos órgãos existentes, além de permanentes cursos que lecionem, aos futuros candidatos e mandatários políticos."

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Atualmente os movimentos civis organizados têm chamado o eleitor na participação da propositura de leis necessárias para um pleito eleitoral onde se garante a liberdade de votar do eleitor, consolidando a democracia brasileira.

A Constituição Federal através do seu art. 14 inseriu a garantia política ao eleitor de votar e ser votado, escolhendo assim, através de seu poder soberano, aqueles que representem melhor o governo e o povo no poder. Para que esse poder seja soberano, ele tem que se fundamentar na vontade popular, na adesão livre e voluntária do povo.

Como o eleitor, a Justiça Eleitoral também vem adotando a cada pleito eleitoral, o uso de penalidades contra a corrupção e a fraude eleitoral, como é o caso da Lei das Eleições (Lei n.º 9.504/97), que é voltado à proteção do voto do eleitor conforme demonstrado ao longo desse trabalho.

A captação ilícita de sufrágio tem a peculiaridade de punir o candidato e o terceiro ligado a ele, que, por diversas vias, interfere-se na vontade do eleitor de exercer o seu voto, que acaba sendo comprometido.

²³ RAMAYANA, Marcos. **Direito Eleitoral**. 12 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 19.

Ao tornar o candidato inelegível, após a caracterização da conduta ilícita de captação ilícita de sufrágio, uma vez que se pune o candidato com a impossibilidade de concorrerem no pleito eleitoral pelo prazo de oito anos, é possível garantir a democracia e probidade no exercício do voto, combatendo-se aos abusos eleitorais com efetividade.

Mesmo havendo punição para prática dessa infração, é necessário também, o uso de outros mecanismos para com o exercício do voto. Com a proximidade do pleito eleitoral, principalmente no seu início, onde há proximidade entre os eleitores e candidatos, é preciso utilizar uma conscientização sobre o voto, como por exemplo, através de campanhas publicitárias, visitas em escolas, por parte da Justiça Eleitoral, pois assim permite-se que o voto seja realizado com a liberdade de escolha do eleitor.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **Representatividade e democracia**. In: ROCHA, Cármem Lúcia Antunes; VELLOSO, Carlos Mário da Silva (Coord.). Direito eleitoral. Belo Horizonte: Del Rey.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra Ed., 1994.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1998.

COSTA, Adriano Soares da. **Instituições de direito eleitoral**. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DEL NEGRI, André. **Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DWORKIN, Ronald. **La democracia posible: principios para un nuevo debate político**. Trad. Ernest Weikert García. Barcelona: Paidós, 2007.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

DOS SANTOS, Patricia Maria. A captação ilícita de sufrágio como obstáculo à liberdade democrática. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.10, n.4, 3º quadrimestre de 2015. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. trad. Luiz Carlos Borges. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes. 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira; coelho, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

PEDRA, Adriano Sant'Ana; PEDRA, Anderson Sant'Ana. **A inelegibilidade como consequência da rejeição de contas**. In: COELHO, Marcus Vinicius Furtado; AGRA, Walber de Moura (prg.). Direito eleitoral e democracia: desafios e perspectivas. Brasília: OAB, 2010.

RAMAYANA, Marcos. **Direito Eleitoral**. 12 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.
RIBEIRO, Renato Ventura. **Lei Eleitoral Comentada**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

RIBEIRO, Renato Ventura. **Lei eleitoral comentada**. Quartier Latin, São Paulo, 2006.

SANSEVERINO, Francisco de Assis Vieira. **Compra de votos. Análise à luz dos princípios democráticos**. Porto Alegre: verbo Jurídico, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

Submetido em: Julho/2015

Aprovado em: Dezembro/2015