



RENATO BESERRA DOS REIS

**A ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 41-A DA LEI
DAS ELEIÇÕES (9.504/97)**

BACHARELADO EM DIREITO

UNIVERSIDADE FEDERAL DO TOCANTINS

PALMAS
2006

RENATO BESERRA DOS REIS

A Biblioteca P/ disponibilizar aos interessados.
P. 12/06/06

Y. Colliado
José Machado dos Santos
Diretor Geral
TRE/TO

Ciente.
Palmas, 12/06/06
A. Barbosa
Andréia Teixeira Marinho Barbosa
Secretária Judiciária
TRE-TO

A ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 41-A DA LEI DAS ELEIÇÕES (9.504/97)

Monografia apresentada à Coordenação de Monografia do Curso de Direito da Fundação Universidade Federal do Tocantins como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. João Rodrigues Portelinha e a co-orientação do Prof. José Machado dos Santos.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO TOCANTINS

PALMAS
2006

RENATO BESERRA DOS REIS

**A ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 41-A DA LEI
DAS ELEIÇÕES (9.504/97)**

BANCA EXAMINADORA

Palmas, ____ de junho de 2006.

Dedico este trabalho ao meu pai, já falecido, pelo seu exemplo de vida e força de vontade invejáveis; a minha mãe por acreditar em meus sonhos e por sempre me deixar livre para vivê-los ou abandoná-los; à minha esposa pelo constante apoio em juntos caminharmos; aos meus irmãos e irmãs por torcerem pelo meu sucesso; às minhas filhas Priscila e Érica, pelo simples fato de existirem; e aos amigos, pois não existe tesouro maior que a amizade.

A realização deste trabalho só foi possível graças à colaboração de muitas pessoas. Manifestamos nossa gratidão a todas elas e forma especial:

A Deus pela misericórdia de proporcionar momentos de felicidade que não mereço;

Às minhas filhas Priscila e Érica, pois foram a força que fez com que eu não desistisse e continuasse nesta caminhada;

A todos os colegas do curso que compartilharam da nossa caminhada;

Aos professores do Curso de Direito, pelos ensinamentos ministrados;

“Embora ninguém possa voltar atrás e
fazer um novo começo, qualquer um pode
começar agora a fazer um novo fim.”

(Chico Xavier)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. COMPRA DE VOTOS.....	9
1.1. Referência Histórica	9
1.2. Contexto Histórico da Edição da Lei 9.840/99	11
2. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO	13
2.1 O Art. 41-A	14
2.2 Elementos integrantes da norma.....	15
3. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 41-A – POSIÇÃO DOUTRINÁRIA	21
3.1 Adriano Soares da Costa.....	23
3.2 Joel J. Cândido	25
3.3 Alberto Lopes Mendes Rollo	30
3.4 Marlon Jacinto Reis	36
3.5 Antonio Edílio.....	44
4. POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL DA JUSTIÇA ELEITORAL	54
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	56
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	59

INTRODUÇÃO

Este trabalho se propõe a apresentar uma análise crítica sobre a inclusão do art. 41-A na Lei 9.504/97, a chamada Lei das Eleições, pela Lei 9.840/99, que trata da vedação à captação ilícita do sufrágio, buscando entender seu contexto histórico, sua motivação, objetivos e consequências para propiciar a análise da conformidade deste preceito jurídico inovador e polêmico, à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tanto pela doutrina atual quanto pela jurisprudência vigente dos Tribunais Eleitorais, Regionais e Superior.

A aprovação da lei 9.840/99 deu-se em momento de grande comoção social no Brasil, em razão de nas eleições anteriores, as de 1996, terem sido marcadas por inúmeros casos noticiados de compras de votos, em exploração das carências e misérias de um eleitorado que, entre a cruz e a espada, optava pela subsistência, em detrimento da Democracia e igualdade eleitoral.

Apesar de vedada a compra de votos pelo art. 299 do Código Eleitoral (Lei 4.737/65), com a edição da Lei 9.840/99 e a conseqüente inclusão do art. 41-A na lei 9504/97, foi introduzida uma novidade no ordenamento jurídico eleitoral nacional, acrescentando ao mesmo um novo instituto jurídico, o da

Captação ilícita de sufrágio, ato ilícito administrativo, com procedimentos e sanções próprias do âmbito da Justiça eleitoral.

O instituto jurídico então inserido visava combater, com eficácia imediata, a prática de abuso do poder econômico ou do poder político, caracterizada pela compra do voto por políticos inescrupulosos.

Conduzida de modo apaixonado, com a coleta de acima de um milhão de assinaturas por quase todo o Brasil, o projeto pretendia ser incluído na pauta do Congresso Nacional como de iniciativa popular, conforme previsão constitucional.

Por sua natureza passional, o projeto não teve discutidas suas novas nuances jurídicas tanto materiais quanto formais, principalmente decorrente das emendas parlamentares que sofreu, proporcionando, portanto, após sua aprovação, debates acalorados acerca de como realmente seria operacionalizada e utilização deste instituto e mesmo da inconstitucionalidade de algumas de suas normas.

Grandes doutrinadores do Direito Eleitoral Brasileiro opinaram pela inconstitucionalidade da recém aprovada norma, por uma ou outra razão.

O Tribunal Superior Eleitoral, que em última análise, é quem efetivamente interpreta e aplica a legislação eleitoral, inclusive com poderes para regulamentá-las, tem formado importante arcabouço jurisprudencial que norteia, e, como veremos, por vezes desnorteia, a interpretação e a aplicação da mesma.

É nesse caldeirão em ebulição que pretende se imiscuir esse singelo trabalho de análise crítica, buscando aclarar as idéias e, separando o joio do trigo, conseguir entrever onde se encontra a justa e reta *conclusão* sobre o tema, sempre sem retirar de vista o interesse do cidadão, na perene busca por realizar a democracia.

1. COMPRA DE VOTOS

1.1. Referência Histórica

Desde a antiguidade que o homem se apresenta corrupto. A corrupção, em todas as suas vertentes, parece ser inerente à natureza humana.

Assim, a possibilidade de que alguém consiga, mediante pagamento ou promessa de vantagens quaisquer, que outra pessoa sirva a seus propósitos pessoais, muitas vezes de forma contrária às normas vigentes, sempre foi e será uma realidade no seio da sociedade.

Nesse contexto, a corrupção eleitoral, ou compra de votos, nada mais é que uma modalidade específica da velha corrupção, que sempre está presente nas relações interpessoais, tão antiga quanto a existência da instituição do voto.

Cerqueira(2004), ao escrever sobre o tema, cita que Plutarco, na sua *Vida dos homens ilustres*, ao narrar a vida de Caio Mário, conta ter sido este acusado de compra a dinheiro de votos do povo romano, tendo escapado à

punição porque o intermediário argüido respondeu que não fora comprar votos, mas beber água.

Cita também Cerqueira(2004) que Montesquieu, na *Preparação do espírito das leis*, ao dissertar sobre a corrupção dos romanos, citando uma das cartas de Cícero a Atticus, assim se exprime:

“Memmius acaba de comunicar ao Senado o acordo que seu competidor e ele próprio haviam estabelecido com os cônsules, através do qual estes se haviam comprometido a favorecê-lo na obtenção do consulado para o ano seguinte, mediante a paga aos cônsules de quatrocentos mil sestércios. E Por isso profliga: Quantos desonestos num só contrato!”

No Brasil também o tema é antigo. Gabriel Portella Fagundes Neto, em artigo sobre o tema publicado na obra *Direito Eleitoral Contemporâneo*, já confirma que a prática da captação ilegal de sufrágio é chaga antiga no processo eleitoral brasileiro.

“Em sua obra “História do Brasil”, [...], registrou o professor Boris Fausto de que no Segundo Reinado grassava na política a utilização de meios escusos para lograr vitórias eleitorais. Afirmou que se conduziam dessa forma tanto os conservadores como os liberais, “concedendo favores aos amigos e empregando a violência com relação aos indecisos”. [...]

Adiante, relata-nos fatos semelhantes vividos pela sociedade brasileira na Primeira República (1889-1930), onde os coronéis visando a obter votos para os chefes políticos do respectivo Estado, trocavam votos por “favores tão variáveis como um par de sapatos, uma vaga no hospital, um emprego de professora”.

Deve, ainda, serem citadas as palavras da Senadora Marina Silva, na seção de discussão e votação do projeto, no Senado, em 23/09/1999, *verbis*:

“Com apenas 26 anos, ousei candidatar-me a Deputada Federal Constituinte. Um dos meus adversários – não vou citar o seu nome – um homem muito rico, disse-me em um debate dentro da universidade: “Essa é a beleza da nossa democracia, essa nossa democracia é fantástica, porque eu, um homem rico, com uma casa de 700 metros quadrados, posso estar aqui competindo com a professorinha Marina, que ganha em torno de R\$ 300,00.” Disse-me ainda, que o compromisso dele terminava após as eleições. Ele comprava os votos, pagava-os e, depois, não queria ouvir os eleitores ou mesmo ver a cara deles”.(Apud Neto, 2003)

Diante do exposto, é perfeitamente perceptível, portanto, a necessidade urgente de leis que coíbam essa modalidade de corrupção no seio da sociedade.

Foi nesse contexto, tanto histórico quanto cultural, que se mostrou oportuna a idéia, à sociedade civil brasileira, da apresentação de projeto de lei que procurasse combater a corrupção eleitoral no Brasil.

1.2. Contexto Histórico da Edição da Lei 9.840/99

A história da Lei 9840, de 28 de setembro de 1999, inicia-se com o lançamento do Projeto "Combatendo a corrupção eleitoral", em fevereiro de 1997, pela Comissão Brasileira Justiça e Paz - CBJP, da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB. Com o tempo foram se apresentando diversas entidades totalizando mais de cinquenta, sendo a principal delas a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB.

Conforme cita a CBJP:

"É Sabido que dois terços da população brasileira vive em situação de carência, com baixo nível de consciência política. Em consequência disso, a quantidade de votos que podem ser "comprados" junto a essa parcela da população chega a ser, portanto, decisiva numa eleição. Por outro lado, essa prática é perversa: para aqueles que se elegem "comprando" votos, torna-se muito útil manter na miséria e na ignorância política um "exército eleitoral de reserva" o mais numeroso possível."

Diante desse quadro, a CBJP identificou, como uma mudança estratégica a obter, a modificação da legislação eleitoral, visando dar mais eficácia

à ação da Justiça Eleitoral no combate ao crime da compra de votos. E dado o caráter cultural do problema, a Comissão decidiu utilizar a Iniciativa Popular de Lei, para obter essa mudança com a maior participação social possível.

Segundo a Constituição, é necessária, para a apresentação de Iniciativas Populares de Lei, a subscrição de no mínimo 1% do eleitorado. Isto cria a possibilidade da proposta ser discutida por pelo menos um milhão e sessenta mil pessoas.

Dois anos após o início dos trabalhos, conseguiu-se as assinaturas necessárias à apresentação do projeto, que, por sua força popular e repercussão na mídia, rapidamente foi aprovado e sancionado, passando a ser a Lei nº 9840, de 28 de setembro de 1999, a tempo viger nas eleições do ano 2000.

A rapidez da tramitação foi devida, sem dúvida, à força que mostrou ter uma Iniciativa Popular de Lei, aliada à oportunidade da proposta. O milhão de subscritores expressou um grande anseio nacional pelo fim da corrupção no país. Apesar de formalmente tramitar como um projeto de iniciativa parlamentar em razão das dificuldades burocráticas e da urgência necessária para o caso, ele foi discutido como uma Iniciativa Popular, constituindo o primeiro Projeto de Lei de Iniciativa Popular aprovado pelo Congresso Nacional desde que esse instrumento foi criado pela Constituição de 1988.

A Lei nº 9.840 de 28 de setembro de 1999, dentre outras alterações, acrescentou à Lei 9.504/97 o art. 41-A, que estabelece uma nova previsão de ato ilícito administrativo: a denominada "captação ilícita de sufrágio".

2. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO

Necessário é, para que se dê inteligibilidade ao texto contido nesse trabalho, que possamos contextualizar para conceituar juridicamente o ato ilícito administrativo da “captação ilícita de sufrágio”, criado pelo art. 41-A, objeto desse estudo.

A campanha eleitoral é o procedimento por meio do qual candidatos devidamente registrados na Justiça Eleitoral buscam captar os votos dos eleitores, com a finalidade de serem eleitos para os mandatos eletivos a que se propuseram concorrer. Os candidatos devem buscar captar o voto dos eleitores através vários meios permitidos e regulamentados pela lei como propaganda eleitoral, comícios, debates nos meios de comunicação social, exposição de suas idéias e ideologia etc. O convencimento dos eleitores para captar-lhe o voto é, em suma, o objetivo 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) por sindicatos de trabalhadores e pela OAB nacional, junto com diversas organizações não governamentais, que resultou na edição do art. 41-A da Lei nº 9.504/97.

2.1 O Art. 41-A

O texto puro da norma já esclarece de forma satisfatória o que seja este instituto conforme disciplina o art. 41-A da Lei das Eleições (Lei 9.504/97) in verbis:

"Art. 41-A. Ressalvado o disposto no art. 26 e seus incisos, constitui captação de sufrágio, vedada por esta Lei, o candidato doar, oferecer, prometer, ou entregar, ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto, bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza,

inclusive emprego ou função pública, desde o registro da candidatura até o dia da eleição, inclusive, sob pena de multa de mil a cinquenta mil Ufir, e cassação do registro ou do diploma, observado o procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar no 64, de 18 de maio de 1990". *(Redação dada pela Lei nº 9.840, de 28.9.1999)*

Já desde sua edição que este artigo tem causado discussões.

Pode-se citar, como exemplo, o dizer de Cândido(2005), que lembra que:

"esse artigo foi mal colocado no texto da Lei das Eleições. Ao invés de estar no capítulo "Da Propaganda Eleitoral em Geral" , onde se encontra, deveria ter sido colocado no capítulo que vai do art. 73 ao 78, que lhe é próprio em razão da matéria".

2.2 Elementos integrantes da norma

Para que haja pleno conhecimento do conteúdo exarado pela norma em estudo, deve-se, em primeiro lugar, fazer uma análise de todo o seu texto, de forma a deixar claro todo o significado de suas palavras. Impõe-se fundamental esta análise interpretativa, para que seja apanhado todo o seu conteúdo normativo.

Iniciando com uma ressalva do disposto no art. 26 e seus incisos, assunto sobre o qual se falará mais à frente, o artigo continua por indicar ser captação de sufrágio vedada, o candidato executar uma ou mais das ações indicadas pelos seguintes verbos:

- Doar = ato de liberalidade consistente em conceder; transmitir gratuitamente; conceder;

- Oferecer = colocar à disposição; exhibir; expor a vantagem indevida; apresentar para que seja aceito como dádiva; proporcionar;

- Prometer = pronunciar; pressagiar; dar esperanças ou probabilidade de; dar esperanças de um bom futuro; obrigar-se verbalmente ou por escrito a fazer ou dar alguma coisa.

-Entregar = passar às mãos de; dar; confiar.

O ato ilícito deve iniciar-se pelo próprio candidato (sujeito ativo), que, com o objetivo de captar o voto do eleitor (sujeito passivo), pratica um ou mais dos verbos acima listados.

A ação descrita pelos verbos acima deve ser executada em relação direta a um eleitor que pertença à jurisdição a que o candidato concorre a cargo eletivo. Não se configura o tipo se o eleitor não tiver a possibilidade de votar no candidato em questão.

Costa(2000), sobre o tema, explica que 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 a captação ilícita de sufrágio. A redação do texto legal, como se vê, limitou o campo material de sua incidência, condicionando apenas ao candidato da conduta descrita como antijurídica.

Contrariamente ao pensamento acima, o Tribunal Superior Eleitoral estende o alcance da norma ao candidato que tenha concordado ou anuído com o ato ilícito conforme Respe 19566/MG, que preceitua:

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.

A norma também impõe que a ação de doar, oferecer, prometer ou entregar ao eleitor seja de um bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública.

Nesse sentido assenta Costa(2000) que 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.

Também Rollo(2003) restringe a afronta ao art. 41-A a benefício concreto, individualizado, dirigido a uma ou mais pessoas determinadas, não configurando o delito promessas genéricas de campanha ocorridas em comícios ou mesmo através de televisão, quando não resulta evidenciado nem mesmo o compromisso de entrega da vantagem tendo como contraprestação o voto ou a abstenção.

Porém, este não tem sido o entendimento uniforme do TSE, que no REsp nº 21.120/ES, tendo como relator o Min. Luiz Carlos Madeira, que preceitua:

“para a configuração da infração do art. 41-A da Lei nº 9.504/97 não é necessária a identificação do eleitor. Precedente: REsp nº 21.022, rel Min. Fernando Neves. Oferta feita a membros da comunidade. A pluralidade não desfigura a prática da ilicitude.”

Costa(2000), também sobre o tema, explica que para que o ilícito ocorra, não há necessidade de que o eleitor obtenha, de fato, vantagem pessoal ou algum bem de candidato. Para que a norma incida 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 de sua ocorrência fica mais facilitada.

A norma prevê, ainda, que a ação acima descrita tenha como objetivo principal a obtenção do voto do eleitor abordado.

Esta parte da norma não existia em seu projeto inicial. Somente foi incluída pelos parlamentares durante a discussão do projeto, pois no projeto havia a presunção *juris tantum* de que, sendo período eleitoral, qualquer vantagem seria óbvio que tinha essa intenção, cabendo ao candidato o ônus da prova. Todavia, com essa inclusão o ônus foi alterado, cabendo à parte autora provar que o fim da vantagem ou bem oferecido era eleitoral, de captar voto.

O TSE, confirmando a locução legal, confirmou:

Campanha eleitoral – propaganda eleitoral – captação de sufrágio: Representação pela prática de conduta vedada pelo artigo 41-A da Lei 9.504/97. Cassação de registro. Termo inicial do interregno previsto na norma indicada. Finalidade eleitoral necessária para a caracterização da conduta punível.

O termo inicial do período de incidência da regra do art. 41-A da Lei 9.504/97 é a data em que o registro de candidatura é requerido e não a do seu deferimento.

Para a caracterização de conduta descrita no artigo 41-A da Lei 9.504/97 é imprescindível a demonstração de que ela foi praticada com o fim de obter o voto do eleitor.

(Acórdão 19.229 de 15.02.2001 – Recurso Especial Eleitoral 19.229 – Classe 22ª/MG – 259ª Zona – São Lourenço, Relator Min. Fernando Neves – decisão unânime em não conhecer o recurso.

Sobre o tema, Cerqueira(2004) alerta que com o art. 26 da lei 9.504/97 que traz os gastos permitidos em campanha, um argumento muito comum de defesa do candidato, de que o presente dado ao eleitor não tem fim eleitoral, uma vez que não estaria havendo pedido expresso de voto, mas sim um ato de generosidade do candidato, ficou muito insossa, funcionando, muitas vezes, como confissão tácita.

A previsão da norma para os termos a quo e ad quem, conforme claramente indicada, é desde o registro da candidatura até o dia da eleição, inclusive. Portanto, o dia a quo da captação de sufrágio é o do registro da candidatura e o dia ad quem é o dia da eleição. É nesse interregno que as condutas acima descritas podem caracterizar captação ilícita de sufrágio.

Tendo em vista que há candidatos que têm seus registros de candidatura deferidos muito tarde, podendo acontecer de haver deferimentos de registros de candidatura até mesmo após as eleições, decidiu o TSE, em decisão de caso concreto – Respe 19.229/MG antes descrito – que a expressão “desde o registro da candidatura” deve ser entendida como “desde o pedido do registro de candidatura”, eis que se trata de efeito meramente declaratório, já que a decisão que concede o registro é meramente declaratória, com efeito ex tunc à data do pedido.

No início do artigo, ressaltaram os legisladores que não seria captação de sufrágio a doação de camisetas, bonés e todos os brindes previstos no art. 26 como gastos eleitorais de campanha com propaganda. Portanto, o candidato não fica tolhido da prática de atos normais de doação, pela própria natureza da disputa em que se envolve.

Para Cerqueira(2004), o critério da razoabilidade, em cada caso concreto, será o elemento diferenciador, no aspecto subjetivo(presença ou não do dolo específico) e objetivo(haver ou não permissão da lei em doar determinados bens, como para propaganda – camisetas, bonés, brindes – art. 26 da Lei 9.504/97, bem como estar ou não dentro dos limites legais), pois, em muitas situações poderá haver condutas de compra indireta de votos, por meio de uma pretensa autorização dada pelos incisos do artigo 26 da Lei 9.504/97, o que configurará compra de votos velada ou por escudo legal.

A norma em estudo comina, então, penas para candidato que cometer os atos acima especificados, quais sejam, a multa de mil a cinqüenta mil UFIR e a cassação do registro ou do diploma.

Finalmente, o preceito termina por determinar que seja observado o procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar nº 64 de 1990.

É nesse momento que se apresenta a grande polêmica desta norma cível-eleitoral. Em poucas palavras, há quem sustente ser este preceito inconstitucional, pois que lei ordinária estaria a criar uma nova modalidade de inelegibilidade, qual seja, a cassação do registro de candidatura.

O TSE e outros entendem, contrariamente, ser cassação de registro coisa diferente de inelegibilidade, não havendo, portanto, falar-se em inconstitucionalidade desse artigo.

É sobre esse embate que pretende tratar esse estudo. Fazer uma pesquisa no seio do Direito Eleitoral, tanto da Doutrina quanto da Jurisprudência firmada pelo Tribunal Superior Eleitoral, para, contrapondo todos os argumentos enunciados, procurar concluir pela opção que seja a mais reta, justa conforme com os ditames dos princípios fundamentais da Ciência do Direito.

3. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 41-A – POSIÇÃO DOUTRINÁRIA

O artigo em estudo teve sua adaptabilidade à Constituição Federal, já desde sua publicação em 29 de setembro de 1999, contestada, tendo sido alvo de muitos debates e embates jurídicos.

Grandes doutrinadores do Direito Eleitoral Brasileiro têm opinado sobre o tema, adotando uns e outros posicionamentos por vezes antagônicos.

Também o TSE, órgão supremo de consecução dos julgamentos da Justiça Eleitoral e condutor-mor do processo eleitoral em todas as suas extensões, tem apresentado posições que poucas vezes se apresentam unânimes.

É nesse terreno ainda em formação, com posições ainda não consolidadas e que ainda está por ser decidido para que lado penderá a madura interpretação do Direito Eleitoral brasileiro, que este estudo compilativo pretende se apresentar, procurando, ao final, expor humilde parecer acerca da tendência que se poderá extrair dos textos e posições que a seguir serão analisados.

Com o intuito de buscar melhor inteligibilidade à análise que a seguir será feita, é imprescindível que se faça um estudo sobre a Teoria das inelegibilidades.

A grande polêmica sobre a análise da constitucionalidade do art. 41-A da Lei 9.504/97 está grandemente focada na questão da inelegibilidade.

A Constituição Federal é clara nesse sentido quando estabelece que somente Lei Complementar poderá criar outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, conforme assenta o § 9º do art. 14, in verbis:

§9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

É incontroverso o entendimento de que nenhuma inelegibilidade poderá ser instituída no arcabouço jurídico nacional senão pelos trâmites mais complexos e maior exigência de quorum e maioria de votos requeridos para a aprovação de uma Lei Complementar.

A questão em estudo, portanto, pode se dizer, tem ponto nevrálgico na análise do conceito jurídico de inelegibilidade.

Na doutrina nacional há diversos entendimentos que apontam para caminhos bem diferentes.

De forma bem elaborada e assentada em fundamentos científicos bem construídos está a Teoria das Inelegibilidades publicada por Adriano Soares da Costa(2000), que se baseia na Teoria do Fato Jurídico de Pontes de Miranda, sobre a qual serão dadas breves pinceladas, com o fito de se externar como se dá a divergência hoje existente entre partes da doutrina e a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral.

3.1 Adriano Soares da Costa

Para Costa(2000), inelegibilidade é “o estado jurídico de ausência ou perda da elegibilidade”. De outro modo dizendo: “a inelegibilidade é a situação de inexistência do direito de ser votado”. Ainda: “a impossibilidade jurídica de concorrer às eleições é o que denominamos de inelegibilidade [...]; a inelegibilidade, por conseguinte, não é apenas sanção; todavia, é sempre e tão-somente efeito jurídico.”

Pode-se aferir que para o doutrinador a impossibilidade de concorrer ao prélio eleitoral é o que qualifica e define a inelegibilidade; Que a inelegibilidade pode ser bem aferida pela simples verificação da inexistência da elegibilidade.

Assim, as inelegibilidades, segundo Costa(2000), se dividem em: Inata ou originária – aquela ligada à falta de condições de elegibilidade próprias (previstas no artigo 14 § 3º da CF/88 como: nacionalidade brasileira; pleno exercício dos direitos políticos, ou seja, não incidir nas hipóteses de perda ou suspensão de direitos políticos; alistamento eleitoral; domicílio eleitoral na circunscrição; filiação partidária; idade mínima exigível) ou à falta de condições de elegibilidade impróprias (previstas em outras normas constitucionais ou infraconstitucionais – analfabetismo; condições especiais para militares; indicação em convenção partidária ou desincompatibilização) ou “condições de registrabilidade”, sem conteúdo sancionatório, apenas preventivo do equilíbrio da disputa, ou seja, para o eleitor poder concorrer a cargo público eletivo, terá que cumprir alguns pressupostos, sem os quais não poderá registrar validamente sua

candidatura, sendo o registro o fato gerador da elegibilidade. Assim, “a joeira que separa os eleitores elegíveis daqueles inelegíveis é o ato de registro de candidatura” (Costa, 2000).

Cominada ou ocasional – é a sanção imposta pelo ordenamento jurídico, em virtude da prática de algum ato ilícito eleitoral – ou de benefício dele advindo – consistente na perda de elegibilidade ou na impossibilidade de obtê-la. Há perda de elegibilidade quando se corta, cerce, pelo cancelamento do registro de candidatura, elegibilidade que se adquiriu, dada a prática ou benefício obtido de algum ato escalpelado pelo direito positivado; há obstáculo-sanção quando o ordenamento especifica um determinado trato de tempo no qual o nacional fica impossibilitado de vir a registrar-se, como apenamento de Direito Eleitoral não-penal. Significa o corte na elegibilidade para a eleição que está se realizando (para essa eleição – inelegibilidade cominada simples), de modo a obstruir a participação do candidato no prélio, ou os efeitos de uma possível vitória nas urnas, bem como a inelegibilidade para a eleição futura (inelegibilidade cominada potenciada), quando a gravidade do fato ilícito eleitoral necessitar de uma reprimenda mais grave.

Há, ainda, a inelegibilidade cominada potenciada de natureza não eleitoral, também conhecida como Inabilitação. Decorre de previsão legal não eleitoral, como nos casos de: condenação criminal transitada em julgado enquanto durarem seus efeitos (art. 15, III da CF/88); crimes de responsabilidade; improbidade administrativa ou falta de decoro parlamentar.

A inelegibilidades, conforme a doutrina eleitoral brasileira, também podem ser classificadas em absolutas ou relativas.

Absolutas são as inelegibilidades que valem para qualquer cargo sem distinção. São absolutamente inelegíveis os inalistáveis e os analfabetos.

Assim, são inalistáveis os menores de 16 anos, os estrangeiros, os conscritos e os privados temporariamente de seus direitos políticos.

Os analfabetos são inelegíveis por força do § 4º do art. 14 da Constituição Federal e da alínea “a” do inciso “I” do art. 1º da LC 64/90.

Relativas são as inelegibilidades que referem-se a determinados mandatos. Podem ser oriundas de motivos funcionais ou por motivos de parentesco.

É possível, então, depreender da classificação acima descrita, afirma Costa(2000), que a pena de cassação do registro de candidatura prevista no art. 41-A da Lei 9.504/97 nada mais é que uma forma de inelegibilidade. Trata-se, portanto, de inelegibilidade cominada simples.

Cerqueira(2004), sobre o tema:

“não resta dúvida que a cassação de registro ou diploma prevista na Lei 9.840/99 (artigos 41-A e 73 da Lei 9.504/97) são causas de inelegibilidades cominadas simples (para essa eleição)”.

Para este doutrinador, “inelegibilidades são os impedimentos à capacidade eleitoral passiva”(Cerqueira, 2004). Assim, por serem analisadas após o registro de candidatura, as causas de inelegibilidade constituem hipóteses inatas à inexistência de registro (devido à falta de condições de elegibilidade) ou cominadas por lei (face a ocorrência de uma transgressão eleitoral).

3.2 Joel J. Cândido

Já Cândido(2005) tem entendimento particular sobre o tema:

“Em relação à eventual cassação do registro ou do diploma, a Lei 9.840/99 em nada melhorou o que já constava da lei anterior. Ao contrário, trouxe inconstitucionalidade que naquela não havia, à medida em que a cassação do diploma erege-se em inelegibilidade, sanção política absolutamente incompatível com a lei ordinária.”

Segundo seu pensamento, com a edição da denominada lei da “compra de votos” (Lei nº 9.840/99), a sociedade só não foi enganada porque ninguém duvidou da boa intenção que levou seus autores a redigirem o projeto. Com ele, organizações como a CNBB, a CUT, a OAB, dentre outras, bem como diversas pastorais católicas, e mais um milhão de eleitores, sonharam em punir, rápida e exemplarmente, antes mesmo do dia do pleito, o candidato que captasse sufrágio doando, oferecendo, prometendo ou entregando ao eleitor bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública.

A lei, também conhecida como “lei anticorrupção”, ou “lei dos bispos”, foi um fiasco e frustrou a sociedade. O novo sistema, que se queria intimidativo e repressivo, quiçá preventivo, não é nem uma nem outras. O texto editado é pior que o anterior. Ele nem de longe merecia o aplauso que lhe devotou a mídia, o que gerou uma falsa expectativa no agrupamento social, com indiscutível ônus para a Justiça Eleitoral.

Na nova lei, a pena prevista ao infrator é somente a de multa. O pobre não a paga; o rico a paga rindo e os remediados a pagam em parcelas, mas nenhum deles fica inelegível, podendo concorrer novamente no próximo pleito, apesar do dano social que causaram à normalidade e legitimidade das eleições. O ordenamento anterior previa inelegibilidade ao infrator, sanção moderna, barata e de facilíssima executoriedade, adequada para este tipo de infração. Os condenados ficavam temporariamente afastados da vida política eletiva. Em relação à eventual cassação do registro ou do diploma, a Lei 9.840/99 em nada melhorou o que já

constava da lei anterior. Ao contrário, trouxe inconstitucionalidade que naquela não havia, à medida em que a cassação do diploma erege-se em inelegibilidade, sanção política absolutamente incompatível com a lei ordinária.

Sob a ótica dos destinatários da norma, o projeto oriundo da chamada “iniciativa popular” reduziu o alcance do combate ao ilícito, com grave prejuízo à ordem jurídica, posto que só puniu o corruptor. A lei então vigente punia o comprador e o vendedor de voto, ambos igualmente culpados e merecedores de sanção. O período temporal em que a lei veda a mercancia do voto é bem menor no projeto oriundo da “democracia semi-direta”, ficando restrito ao período que vai dos registros ao pleito. Na lei anterior, a vedação abrangia todo o microprocesso eleitoral, independente de raias delimitadoras, bastando que a infração conspurcasse a normalidade e legitimidade das eleições.

Entende, ainda, Cândido(2005) que a nova lei queria punir os infratores ainda antes da votação, afastando-os do pleito, livrando os eleitores do perigo de dar o voto a um corrupto. Apregooou-se, à larga, que o processo teria tramitação rápida e que de pronto se cassaria o registro concedido sob fraude. No entanto, ao dar à marcha processual o rito de instituto jurídico existente há dez anos na Lei das Inelegibilidades, não assegurou ela a decantada celeridade, caindo por terra o que seria o seu maior trunfo e mérito. Ademais, foi ingênua ousadia do projeto pensar que em matéria eleitoral se poderia fulminar o são princípio constitucional da presunção de inocência, império que se mantém íntegro até a consagração final da coisa julgada.

Não se diga, ainda, nem de longe, que o projeto trouxe a vantagem de multar aquelas condutas que, por não atingirem diretamente o pleito, ficavam inalcançadas pela inelegibilidade prevista no sistema anterior, e restavam imunes a outra sanção qualquer por falta de previsão legal. Ora, se tais condutas

não maculavam o pleito, não mereciam, realmente, sanção alguma, pois estariam aquém do balizamento punitivo eleitoral previsto no art. 14 § 9º da Constituição Federal. Os ilustres autores do projeto esqueceram de que, em matéria de direitos políticos, ao Estado falece o direito de punir só por punir.

Não socorre ao projeto, tampouco, o argumento de que uma vez aprovado e sancionado, erigiu-se, de qualquer modo, na vontade da nação. Ao congresso Nacional e ao Presidente da República não restou outro caminho, senão o que tomaram, à medida em que poderiam passar ao Brasil e ao mundo a equivocada idéia de não estarem engajados no combate a tão grave espécie de corrupção eleitoral, e de não estarem interessados em prestigiar o instituto da “iniciativa popular”, pela primeira vez usado sob a égide da Constituição Federal de 1988.

Portanto, em não se sabendo, de antemão, da boa intenção de seus autores, seria possível dizer que o projeto que essas entidades transformaram em lei, sem um estudo profundo e criterioso, à margem de uma revisão capacitada, científica e desinteressada, resultou num texto imprestável, prejudicial ao Brasil, arrogante e neo-autoritário.

Portanto, da inovação trazida pelo art. 41-A Lei das Eleições se extrai as seguintes conclusões, dentre outras:

- 1) Por ser Lei especial, esse artigo retirou a corrupção praticada na modalidade de “compra de voto” da órbita de incidência da LC 64/90; a infração, a partir a vigência daquele artigo, só por ele pode, agora, ser punida, de forma prevalente e exclusiva, no campo extra-penal, sem prejuízo, quando for o caso, do processo crime pelo art. 299 do Código Eleitoral. A não ser assim, inócuo e sem função seria o art. 41-A e intérprete algum pode supor lei ou expressão legal sem sentido no seio do ordenamento jurídico;
- 2) a sanção da cassação do registro só é possível se o processo for julgado até a eleição, pois, a partir desta, de registro não se pode mais falar; e,
- 3) a sanção da cassação do diploma é absolutamente inviável e inaplicável pela via do art. 41-A, pois a medida se erigiria em inelegibilidade, mesmo que só para uma eleição, restrição aos

direitos políticos insuscetível de constar em sede de lei ordinária como o é a Lei nº 9.840/99.(Cândido, 2005)

Ainda para Cândido(2005), cabe, aqui, aprofundar um pouco mais a questão dada a sua relevância. A cassação de registro será possível – sem contradição com a impossibilidade da cassação do diploma – porque isso não é inelegibilidade. O partido ou a coligação poderão substituir os cassados, na forma da lei, e continuar disputando o pleito. A natureza do indeferimento ou cassação do registro, neste caso, é idêntica àquelas ocorridas quando, por exemplo, o candidato não tem uma condição de elegibilidade ou não completa o rol de documentos necessários ao deferimento de seu pedido de registro. Sanada a irregularidade, o registro pode, tranquilamente, ser deferido para o mesmo pleito; ou ser deferido a candidato substituto, se for o caso. Já na cassação do diploma, a situação não é processual e é totalmente diversa. Se se fala em diploma, fala-se em diplomação e, por conseguinte, fala-se em eleição já ocorrida validamente. Se assim é, já ocorreu a manifestação da soberania – que nada mais é que a vontade popular explicitada livremente nas urnas – e, daí, a questão já não é só processual. Neste caso, estar-se-ia a cassar não só os interesses de um candidato ou partido político, mas a vontade de milhares de eleitores, mesmo que só para aquele pleito.

Nestas alturas da marcha eleitoral, então, jamais seria possível a substituição do ex-candidato, e, por isso, haveria pura e simples inelegibilidade. E esta grave sanção política, como se sabe, não pode ser imposta com base em lei ordinária, mas só com supedâneo em lei complementar ou na própria constituição federal. Por isso se diz que o art. 41-A, nesta parte, é potencialmente inconstitucional, podendo afrontar o art. 14, § 9º da Constituição Federal, não podendo, destarte, ser aplicado.

Continua Cândido(2005): como o art. 41-A explicitou, exaustivamente, as sanções que para essa infração quis aplicar – multa, cassação de registro e cassação do diploma -, e como só adotou o procedimento do art. 22 da LC 64/90, jamais – dentro do campo da seriedade na exegese – se poderá “transplantar” a inelegibilidade, enquanto sanção prevista neste artigo da Lei das Inelegibilidades para, sem base alguma, aumentar o rol de punições explicitadas no art. 41-A pelo legislador. Procedimento é o rito, rito é direito adjetivo, e as punições sempre são direito substantivo, estando a integrar a norma em seu substrato ontológico material o não processual.

Em conclusão, é profundamente lamentável dizer que a idéia tão boa quanto louvável tenha se perdido, causando enorme estrago no sistema punitivo até então vigente. Este, agora, não pode mais ser aplicado neste tipo de corrupção, porque perdeu espaço e vigência para o art. 41-A, cujo escopo e função são perfeitamente definidos.

A solução, salvo se por razões alheias ao campo jurídico se quiser salvar o art. 41-A da sua própria incompetência e inaptidão, deveria ser a sua pura e simples revogação, para que outro, de melhor técnica, venha perseguir e alcançar tão meritório objetivo.

3.3 Alberto Lopes Mendes Rollo

Rollo(2003), sobre o tema da constitucionalidade do art. 41-A da Lei 9.504/97, entende que o mesmo não tem vida autônoma no tocante à sua

aplicação. E afirma isso por várias razões, uma das quais advinda da inconstitucionalidade do dispositivo se analisado autonomamente pó ter sido fruto de lei ordinária, e não de lei complementar, como seria de rigor.

A Constituição Federal proclama, já em seu artigo 1º e inciso II que um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito em que vivemos é a cidadania. E a cidadania é implementada pelo exercício de dois direitos: o jus honorum e o jus suffragium. Este último diz respeito ao direito de votar, que toda pessoa não estrangeira e, durante o período do serviço militar, os conscritos, pode exercer, sendo essa uma obrigação para maiores de 18 anos.

O jus honorum é o direito de ser votado. E o direito de ser votado passa pela situação do candidato que deve preencher as condições de elegibilidade e não ser atingido pelas inelegibilidades decorrentes da Constituição Federal e da Lei Complementar.

Estudo a respeito dessas condições de elegibilidade deixam claro que as mesmas são as elencadas no parágrafo 3º do art. 14 da Constituição Federal. Já as situações de inelegibilidade são as previstas no mesmo artigo 14, em seus parágrafos 4º a 9º, inclusive.

O parágrafo 9º do art. 14 estabelece que Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação”.

Assim, para penalizar aqueles que atuarem contra a legitimidade e normalidade das eleições através da prática de abusos do poder econômico e ou poder de autoridade deverá haver lei complementar. Não pode, uma lei ordinária, criar novas situações de inelegibilidade porque isso é defeso constitucionalmente. E a lei 9.840/99 é uma lei ordinária.

Porém, conforme assenta o doutrinador, o art. 41-A da Lei 9.504/97 não tem vida autônoma sendo, quando muito, uma exemplificação dos

abusos perseguidos, esses sim, em seu gênero, previstos pela Constituição Federal.

Para Rollo(2003), o artigo em comento é constitucional, salvo a expressão “e a cassação do registro ou do diploma, observado o procedimento previsto no art. 22 da LC 64/90”, que deve ser retirada do texto.

O processo de registro vem definido no art. 3º da Lei complementar 64/90, em complemento ao quanto anotado na Lei Ordinária 9.504/97. A Lei Ordinária nº 9.504/97 fixa a forma e os prazos para a escolha dos candidatos e a apresentação do pedido de registro em seus artigos 10 a 17. ali está dito, no § 1º do art. 11 quais os documentos que deverão ser juntados com o pedido de registro para exame da elegibilidade e da não incidência pelo candidato em situação de inelegibilidade. Sempre estão presentes os dois temas.

Já o art. 3º da LC 64/90 diz como impugnar a candidatura apresentada, impugnação que não terá como tema origem racial, condição profissional ou situação financeira, para citarmos exemplos, mas, tão somente o não preenchimento de alguma condição de elegibilidade ou a incidência em uma das vedações de participação por inelegibilidade. Só para isso serve o processo de registro. Processo para o qual já se proclamou o direito de o Juiz agir de ofício declinando a existência de uma dessas situações.

Registra-se o candidato que pretende exercer essa face da cidadania provando suas condições de elegibilidade e a não existência e qualquer inelegibilidade. Caso contrário, o registro é indeferido e o indivíduo vê-se impossibilitado de exercer essa face da cidadania que é o direito de ser votado. Não há qualquer elemento ou restrição ao exercício do direito-cidadão de ser votado que não passe pelos elementos da elegibilidade e da inelegibilidade.

Assim, quando uma lei determina a cassação do registro de um candidato ela o faz por considerá-lo inelegível por incidência em um tipo legal. O cidadão que tem cassado seu registro para um pleito, em verdade tem contra si aplicada pena de inelegibilidade ou declaração de falta de preenchimento de condição de elegibilidade. Se o processo de registro só serve para o exame dessas condições, sua negação ou sua cassação é o reconhecimento da incidência de uma dessas situações. O cidadão que se vê proibido de disputar um pleito tem-lhe retirada a própria cidadania, constitucionalmente prevista no inciso II do art. 1º da Carta magna, em um de seus dois aspectos que é o direito de ser votado. E não se estabelece restrição ao exercício da cidadania plena nos seus dois elementos constitutivos a não ser através de disposição constitucional ou de dispositivo estabelecido em Lei Complementar como ordenado pelo § 9º do art. 14 da Constituição Federal.

Restrição ao exercício pleno da cidadania através de imposição feita por lei ordinária é algo não aceito pelo Direito eleitoral. Assim também quanto à cassação do diploma. Ao se cassar o diploma através de aplicação autônoma do art. 41-A estar-se-á, em verdade, proclamando que, por fatos ocorridos no período decorrente entre o dia do registro e o dia do pleito, o candidato tornou-se inelegível, perdendo parte de sua cidadania consistente no direito de ser votado. Como se cassa registro de candidato eleito, cassa-se o seu diploma o que vem a ter rigorosamente o mesmo efeito. Em verdade, o que se aplicou ao candidato foi uma pena de inelegibilidade para aquele pleito, sem prejuízo de maior extensão dessa pena.

Daí porque, se se entender o art. 41-A, como tendo vida autônoma, ele tem a expressão supra dita, "e cassação do registro ou do diploma

observado o procedimento previsto no art. 22 da LC 64/90”, como inteiramente inconstitucional (Rollo, 2003).

Em verdade, a questão jurídica de ordem constitucional que se apresenta está ligada ao princípio da hierarquia das leis apresentado no art. 59 da Constituição Federal. Se se aceita a tese de que o art. 41-A altera os termos do art. 22, inciso XV da LC 64/90 possibilitando a cassação do diploma diretamente através da investigação judicial, independentemente do Recurso Contra a Diplomação ou da Ação de Impugnação de Mandato Eletivo, em verdade estar-se-ia revogando esse inciso XV do art. 22 da lei citada por procedimento legal de hierarquia inferior.

O TRE-SP proclamou no Acórdão 139.851 que é viável a cassação de diploma através dessa investigação processada de forma autônoma do TCD e da AIME “posto que esta é uma das consequências do texto do art. 41-A em estudo.

Entende Rollo(2003) que, em sentido contrário, deve haver uma perfeita compatibilização entre tal dispositivo e aquele apresentado na Lei Complementar 64/90. Não sendo isso possível, estar-se-ia diante de um conflito de normas. Aceitar o pensamento defendido no Acórdão citado aplicando o art. 41-A da lei ordinária em detrimento do inciso XV do art. 22 da Lei complementar 64/90 é praticar inconstitucionalidade face ao art. 59 da Constituição Federal e ao princípio da hierarquia das leis.

Em verdade, o art. 41-A e a expressão impugnada só podem viver sem a eiva da inconstitucionalidade se aplicados através do inciso XV do art. 22 da lei complementar 64/90.

Para o doutrinador resta incontroverso, neste confronto de normas, o que se segue:

- a) Pela previsão legal do art. 41-A, deve ser proposta investigação nos exatos termos do art. 22 da LC 64/90. Não há restrição a qualquer de seus incisos nem é afastado o inciso XV desse mesmo artigo;
- b) O art. 22, inciso XV da Lei Complementar 64/90 é expresso ao mencionar a necessidade de AIME e/ou RCD para se atacar mandatos eletivos e/ou diplomas, se o julgamento da investigação vier a ocorrer após a eleição do candidato;
- c) O art. 41-A fala em cassação de diploma, mas não revoga (e nem poderia) os termos da lei complementar, especialmente o inciso XV do art. 22. (Rollo, 2003)

Para o seu pensamento, não há dissenso entre o que ele afirma e o fato de o art. 41-A referir-se ao art. 22 da LC 64/90 para dar suporte processual à investigação. Sem dúvida fica anotado que o processamento das faltas incluídas no núcleo do art. 41-A deve ocorrer através dos regramentos do art. 22 da LC 64/90.

Sendo as infrações anotadas espécies do gênero abuso de poder econômico e político, tem-se que a investigação deve percorrer os incisos do art. 22. Serão feitas as notificações para o exercício de defesa ampla, juntada de documentos e apresentação de rol de testemunhas. Existe a previsão de oitiva de testemunhas em uma só assentada, que comparecerão independentemente de intimação. Pode haver diligências, se entendidas pelo juízo como importantes, e oitiva de terceiros referidos. Testemunhas arroladas e que não compareçam, a critério do Juiz, poderão ser intimadas para serem ouvidas nessa oportunidade. Haverá alegações a serem produzidas, sendo que, a falta delas implica no ferimento do devido processo legal, como já julgado pela Corte Paulista em caso de candidato à Prefeitura de Campinas, independentemente da importância que essas razões possam ter.

E mais importante: quando do julgamento será declarada a inelegibilidade do candidato e dos que contribuíram para a prática do ato. Essa sanção será de três anos, a partir da data do pleito e atingirá os que abusaram do

poder econômico e do poder de autoridade. Além do abuso dos meios de comunicação social. Aqui são três os gêneros que advêm do caput do art. 22 da LC 64/90.

Porém, só os que fizeram mau uso do poder econômico e do poder de autoridade são atingidos pela cassação do registro. Os que abusaram dos meios de comunicação social estão excluídos dessa cassação de registro. E ser impedido de disputar um pleito pela cassação de registro é ver reconhecida a inelegibilidade para aquele pleito, decorrente do ato praticado.

Mas, para que a investigação não perca o objeto pela eleição do candidato, o inciso XV veio acrescentar determinação processual para que, investigação julgada procedente após o pleito sirva como base ao Recurso contra Diplomação (art. 262, I) e a Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (art. 14, X e XI da CF/88).

Essa é a razão porque Rollo(2003) entende constitucional todo o disposto no art. 41-A. Tem a ver com o fato de a investigação com essa origem servir de suporte ao RCD e a AIME. Há, para ele, perfeita consonância ente as normas legais confrontadas pela exata aplicação do inciso XV do art. 22 da LC 64/90.

3.4 Marlon Jacinto Reis

Para Reis(2005), na análise ora efetuada, há que se lembrar, de início, que o dispositivo em questão foi introduzido no ordenamento jurídico pela

primeira lei de iniciativa popular da história do País, a Lei nº 9.840/99, como resultado da mobilização de mais de um milhão de brasileiros, por iniciativa da CNBB, OAB, CUT, FENAJ, Associação Juízes para a Democracia e dezenas de outros organismos e movimentos sociais com atuação em todo o Brasil.

Referida lei tornou possível a cassação do registro ou do diploma do candidato descoberto na prática da captação ilícita de sufrágio e de algumas das condutas vedadas a agentes públicos.

Questão desde o início deduzida em juízo pelos patronos dos representados por captação ilícita de sufrágio foi a relativa à possível inconstitucionalidade da norma, por ofensa ao disposto no art. 14, § 9º, da CF.

A alegação funda-se no fato de que, ao impedir o acesso ao mandato pela via da desconstituição do registro ou do diploma, criou o art. 41-A, modificados pela lei de iniciativa popular, novas hipóteses de inelegibilidade.

Os defensores dessa tese baseiam-se no conceito amplo segundo qual tudo o que prive o nacional do acesso ao mandato constitui uma inelegibilidade.

A cassação do registro ou do diploma por captação ilícita de sufrágio corresponderia a uma das formas de inelegibilidade - a inelegibilidade cominada simples, derivando sua inconstitucionalidade do fato de haver sido autorizada por lei ordinária, quando a espécie exigiria a edição de lei complementar.

Essa linha de raciocínio foi superada pela pacífica jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral. A tese da inconstitucionalidade do art. 41-A, apesar de respeitáveis os seus defensores, não guarda qualquer consonância com o sistema jurídico eleitoral brasileiro.

Para o Reis(2005), não é correto afirmar que toda e qualquer circunstância capaz de afastar do nacional o direito eleitoral passivo constitui obrigatoriamente uma inelegibilidade. Pode até sê-lo no plano fático, ou para o conhecimento vulgar, mas não em termos de Ciência do Direito Eleitoral.

Inúmeros argumentos sustentam a distinção entre a cassação autorizada pelo art. 41-A e a declaração de inelegibilidade.

Primeiramente, cumpre observar que a Constituição, no mesmo art. 14, em seu § 3º, elenca o que denomina "condições de elegibilidade". Por força da expressa dicção constitucional, estão ali assentadas circunstâncias cuja ausência impede o acesso aos cargos de provimento eletivo. A Constituição declarou, *expressis verbis*, a existência de condições outras que, além das inelegibilidades, podem afastar de alguém a possibilidade de ascender ao mandato eletivo. Só isso já prova que não é das inelegibilidades o monopólio do afastamento do nacional dos pleitos eleitorais.

É possível, então, afirmar que não basta existir causa normativa capaz de afastar alguém do pleito para que esta possa ser tratada juridicamente como "inelegibilidade".

A Constituição brasileira descreve algumas situações impeditivas da acessibilidade ao mandato por via eletiva, às quais concede a denominação de inelegibilidades. Algumas foram relacionadas nos §§ 4º a 8º; outras ficaram de ser relacionadas pelo legislador complementar (§ 9º). Em todas elas há um mesmo princípio, eleito pelo constituinte para orientar a definição das inelegibilidades já contidas no texto fundamental, bem como para servir de guia para a definição das demais, deixadas a cargo do legislador. Esse princípio está explicitamente revelado no § 9º: proteção da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato.

Toda e qualquer inelegibilidade tem essa mesma finalidade de estabelecer o "mínimo moral", fora do qual devem ser afastados os pleiteantes de cargos eletivos. O que se deseja, nessa matéria, é evitar que o futuro mandato venha a ser alcançado por pessoa destituída dos alicerces éticos mínimos indicadores de uma propensão pela probidade e pela moralidade administrativas.

Com esse mesmo fim, o constituinte impôs ainda ao legislador que, no exercício do seu mister, atentasse para "a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta".

Por tais razões, a Lei Complementar nº 64/90, seguindo tradição legislativa, albergou, dentre outras, inelegibilidades relativas a condenações criminais, indignidade para o oficialato e rejeição de contas. Mas também incluiu no rol os praticantes do abuso do poder econômico ou político. Em nenhuma dessas hipóteses quis o legislador proteger outro objeto jurídico senão aquele ditado pelo constituinte: "a probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato".

É esse o conceito fundamental de inelegibilidade, de que depende qualquer interpretação a ser dada ao dispositivo: as inelegibilidades visam a impedir o acesso aos mandatos por parte daqueles que:

- a) podem ser eleitoralmente beneficiados por sua posição na estrutura do Poder Público;
- b) podem tirar proveito eleitoral de relações de parentesco com os titulares do poder;
- c) lançaram mão de meios ilícitos e indignos para a obtenção do sufrágio, capazes de influir no resultado do pleito; ou

d) praticaram atos outros capazes de indicar objetivamente sua inaptidão para a prática de atos de gestão da coisa pública.

Há, porém, além da ausência de condições de elegibilidade ou da presença de causas de inelegibilidade, outra ordem de fatos capazes de afastar alguém do prélio eleitoral. São as normas administrativas voltadas a garantir o cumprimento, pela Justiça Eleitoral, do seu dever de dirigir de modo eficiente e escoreito o processo de seleção democrática de candidatos.

Essas normas não se situam em foro constitucional, integrando validamente o mundo jurídico como decorrência simples da missão concedida à Justiça Eleitoral, que é a de gerir o processo eletivo.

É o caso, por exemplo, daquele que, sem ter sido escolhido em convenção, pleiteia o registro de sua candidatura. Ele pode preencher todas as condições de elegibilidade e não haver incidido em nenhuma causa de inelegibilidade, mas não pode concorrer, sujeitando-se a cassação do registro ou do diploma indevidamente concedidos, por pura e simples ofensa a regra administrativa eleitoral.

O mesmo se pode dizer daquele que, sendo filiado a partido político, não pode candidatar-se nas eleições municipais por falta da instalação tempestiva de órgão local de direção partidária (art. 4º da Lei 9.504/97).

E é também o que ocorre no caso do candidato que, devidamente notificado, recusa-se a apresentar uma mera fotografia para inclusão digital na urna eletrônica, ou que só vem a fazê-lo quando ultrapassado o tempo em que a administração técnica da eleição não mais possa admiti-lo.

O art. 28 da Resolução TSE nº 21.608, de 05.02.2004, relaciona os documentos que devem acompanhar o Requerimento de Registro de Candidatura (RCC). O parágrafo 3º do aludido dispositivo estatui o seguinte:

"Se a fotografia não estiver nos moldes exigidos, o juiz determinará a apresentação de outra, e, caso não suprida a falha, o registro deverá ser indeferido".

Essas são hipóteses que demonstram, de maneira bastante simples, o óbvio: dentre os poderes administrativos do juiz eleitoral está o de indeferir registros ou diplomas obtidos com menoscabo às regras básicas voltadas a permitir a correta administração das eleições.

Se o candidato malfere normas administrativas eleitorais que inviabilizam sua permanência no prélio eleitoral, deve, por força dessas mesmas regras, ser afastado da disputa.

Entre as regras administrativas eleitorais devem estar aquelas que garantam a lisura do "jogo democrático", impedindo que os eleitores tenham violado o direito à formação livre de suas opções.

O que o legislador popular constatou foi a evidente inexistência de instrumentos administrativos mínimos capazes de garantir a realização eleições limpas.

Como foi dito, as inelegibilidades têm destino certo, qual seja a proteção do futuro mandato. Daí sua incapacidade técnica de embasar medidas eficazes, céleres e suficientes para garantir a correta ordenação dos trabalhos eleitorais. Simplesmente porque não é essa a sua missão.

Até o advento da Lei nº 9.840, em 28 de setembro de 1999, a Justiça Eleitoral era responsável por uma missão que não tinha como cumprir. Recebera a nobre tarefa de gerir as ações voltadas à seleção dos mandatários, mas se lhe negou os instrumentos administrativos necessários para repreender, no curso do processo administrativo de escolha dos candidatos, aqueles que insistissem em afrontá-lo por meio da prática de atos de corrupção.

O que se deve perceber é que, enquanto as inelegibilidades tutelam o futuro mandato, o bem protegido pelo art. 41-A é a lisura na administração das eleições. Daí decorre sua natureza puramente administrativa, além de todas as demais conseqüências práticas de sua aplicabilidade, dentre as quais avulta em importância a exeqüibilidade imediata das decisões fundadas no aludido dispositivo.

Nem mesmo a Lei de Inelegibilidades (LC nº 64/90) escapa a essa leitura distintiva entre o que é inelegibilidade e o que constitui cassação administrativa.

Ao estabelecer o procedimento para a repressão ao abuso de poder econômico, político e de meios de comunicação, o legislador complementar estipulou o seguinte:

Art. 22, XIV - julgada procedente a representação, o Tribunal declarará a inelegibilidade do representado e de quantos hajam contribuído para a prática do ato, cominando-lhes sanção de inelegibilidade para as eleições a se realizarem nos 3 (três) anos subseqüentes à eleição em que se verificou, além da cassação do registro do candidato diretamente beneficiado pela interferência do poder econômico e pelo desvio ou abuso do poder de autoridade, determinando a remessa dos autos ao Ministério Público Eleitoral, para instauração de processo disciplinar, se for o caso, e processo-crime, ordenando quaisquer outras providências que a espécie comportar.

Do dispositivo acima transcrito vê-se claramente qual a sanção aplicável aos praticantes de tais modalidades de abuso: "cominando-lhes sanção de inelegibilidade para as eleições a se realizarem nos 3 (três) anos subseqüentes à eleição em que se verificou".

Mas não seria razoável que a Justiça Eleitoral reconhecesse a ocorrência de tais abusos e aplicasse sanção com repercussões apenas futuras. Por isso, o legislador definiu que, além dessa inelegibilidade, proceder-se-ia também à cassação do registro do candidato diretamente beneficiado. A redação

é clara: "cominando-lhes sanção de inelegibilidade para as eleições a se realizarem nos 3 (três) anos subseqüentes à eleição em que se verificou, além da cassação do registro do candidato diretamente beneficiado".

Como se vê, nem mesmo a Lei de Inelegibilidades prevê a cassação do registro como sanção de inelegibilidade. Cassação do registro e inelegibilidade são medidas repressivas ontologicamente distintas.

Prova inconcussa da existência de distinção entre a inelegibilidade e a cassação do registro reside no fato de que a renúncia do candidato eleito a quem se atribua a prática de abuso de poder econômico afasta a possibilidade da sua cassação, mas não impede a declaração da inelegibilidade.

Inelegibilidade é sempre uma sanção prévia ao requerimento do registro. O primeiro momento processual adequado para sua arguição é a impugnação ao registro de candidatura (art. 3º da LC nº 64/90). Além disso, nas hipóteses de inelegibilidade definidas no art. 14 da Constituição da República, admite-se a sua alegação em sede de recurso contra a expedição de diploma (art. 262, I, do Código Eleitoral).

Captação ilícita de sufrágio: Não exige a prova da influência no resultado da eleição, bastando a mera tentativa de corrupção da vontade de um único eleitor.

Tutela a formação livre da vontade do eleitor.

Admite a execução imediata (art.257 do CE).

Só pode ser considerada infração eleitoral se praticada após o pedido de registro da candidatura.

As considerações acima demonstram o grande número de distinções passíveis de realização entre as inelegibilidades e as infrações administrativas eleitorais.

A tese da constitucionalidade do dispositivo supracitado repousa nessa leitura do Direito Processual Eleitoral, compatível não apenas com a vigente ordem constitucional, mas com a efetividade e eficiência que sempre foram negadas a tão importante ramo do Direito.

3.5 Antonio Edílio

Entende o Edílio(2005) que apenas numa análise apressada, o intérprete do direito pode ser tentado a concluir que as disposições do artigo 41-A da Lei 9.504/97, introduzido pela Lei 9.840/99, padecem do vício de inconstitucionalidade.

Tal conclusão decorre do enfrentamento da matéria face ao artigo 14º, parágrafo 9º, da Constituição Federal.

Isto porque a Carta Política somente admite o estabelecimento de causas de inelegibilidade no seu próprio texto ou por meio de legislação complementar. Neste acepção, por se tratar de lei ordinária, não poderia a Lei 9.840/99 disciplinar a matéria.

Mas é preciso maior prudência nessa avaliação, de forma a não se deixar conduzir pela primeira impressão que se possa ter do inovador comando de conduta. A avaliação superficial pode levar o aplicador do direito a conclusões precipitadas, com o entendimento falho da norma e de sua sustentação no cenário constitucional.

Não se deve simplesmente fazer um imediato confronto da norma jurídica em observação com o preceito constitucional do artigo 14º, par. 9º. A atividade interpretativa do direito não se resume a isso. O interprete deve ir mais longe. É necessário valer-se dos vários métodos interpretativos ao seu alcance, notadamente os referentes à hermenêutica constitucional, e assim buscar compreender, com profundidade mínima, o conteúdo e significado da norma posta.

É até possível e ocorrente que uma análise rápida e superficial tenha a eficiência necessária, a exemplo de normas que o vício da inelegibilidade salta aos olhos. Mas, algumas vezes, embora se apresente de simples enfretamento, o ato a ser interpretado pode esconder um conteúdo e significado não alcançáveis a um simples piscar de olhos, o que exige do hermeneuta uma reflexão mais acurada.

A elegibilidade, ou capacidade eleitoral passiva, como pré-requisito inafastável para o exercício do direito político passivo, significa a aptidão para ser eleito, o atributo de quem preenche as condições de ser votado ou o direito de postular a designação pelos eleitores a um mandato político no Legislativo ou no Executivo.

Estas condições de ser votado são definidas na Constituição da República como 'condições de elegibilidade', que são os requisitos gerais exigidos de qualquer pretendente a um cargo eletivo. São elas, entre outras: nacionalidade brasileira, alistamento eleitoral, filiação partidária, pleno exercício dos direitos políticos, etc.

Ao tempo em que a Lei Maior dita as condições para ser votado, estabelece algumas situações que não podem se fazer presentes em relação ao candidato, assim denominadas 'causas de inelegibilidade'. Também admitiu que,

através de lei complementar, o legislador estabelecesse outras causas geradoras deste afastamento do exercício do direito de ser votado, com o fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato e normalidade e legitimidade das eleições (CF- art. 14, par. 9º).

O primeiro ponto que a Edílio(2005) importa é o fato do dispositivo em estudo não contemplar, expressamente, a pena de inelegibilidade para quem for enquadrado na conduta reprimida.

Para ele, este fator é de fundamental importância, “pois é do ordenamento jurídico nacional a técnica de se especificar expressamente as causas de inelegibilidade, como se observa dos parágrafos 4º e 7º, do artigo 14º da Constituição Federal, e do artigo 1º da Lei Complementar 64/90, que já iniciam os respectivos textos com a expressão “são inelegíveis...” (Edílio, 2005).

As sanções cominadas pelo dispositivo legal comentado são as de multa, cassação do registro da candidatura ou, se já eleito, a cassação do diploma, somente. Não há previsão de pena de inelegibilidade, de afastamento da capacidade eleitoral passiva do infrator.

O que se inovou foi que, após o reconhecimento do direito à candidatura, com o deferimento do registro, é possível que o candidato, em razão de práticas irregulares graves, seja penalizado com o cancelamento deste registro. Veja-se que agora o registro da candidatura já não é mais imune ao cancelamento puro e simples. Antes tal registro somente cedia em decorrência de inelegibilidade reconhecida. Hoje basta que se cometa uma das irregularidades do artigo 41-A para que tal se torne possível, independente da avaliação da elegibilidade do candidato.

Numa avaliação das normas eleitorais é possível encontrar outras previsões de cassação de registro ou diploma, e até de mandatos, sem que isso

implique em inelegibilidade. A própria Lei 9.504/97 contempla estas imposições nos artigos 73, par 5º, e 74, quando trata das condutas vedadas aos agentes públicos em campanha. O Código Eleitoral, na autoridade de seus 36 (trinta e seis anos) de existência, prever a pena de cassação do registro da candidatura do candidato que cometer o crime previsto no seu artigo 334. A Lei 6.091, do ano de 1974, também consagra esta punição aos que cometerem o crime previsto no seu artigo 11.

Também nas normas não eleitorais se encontra a previsão da perda do mandato já conquistados nas urnas, a exemplos dos artigos 92 do Código Penal (efeitos da condenação), 1º e 4º do Decreto 201/67 (crimes de responsabilidade), 55 da Constituição Federal (cassação de mandatos parlamentares) e 12 da Lei 8.429/92 (improbidade administrativa, dentre outros).

As punições cominadas pelos dispositivos legais referidos acima são da mesma natureza das previstas no artigo em debate – cassação de registro de candidatura, de diploma e, se já empossado, de mandato.

O único instituto normativo em vigor no sistema jurídico brasileiro que estabelece pena de inelegibilidade é a Lei Complementar 64, de 18.5.90, que, ao disciplinar a aplicação desta reprimenda – inelegibilidade (art. 22, XIV), estabeleceu que caberia ao juiz ou tribunal aplicar também a pena de cassação do registro da candidatura.

Veja-se que norma específica diferenciou os institutos da inelegibilidade e da cassação do registro da candidatura, que realmente são coisas diversas, embora possam caminhar juntas. Podem, mas isto não ocorre necessariamente. Um exemplo típico ocorre nos casos de julgamento de investigação judicial eleitoral após a eleição (sem que haja captação de sufrágio),

em que a pena a ser aplicada é apenas a de inelegibilidade, sem cassação de diploma, como decidido reiteradamente o TSE.

É bastante pertinente registrar que esta possibilidade de perda do cargo conquistado nas urnas, em decorrência da prática das condutas elencadas no artigo 41-A da Lei 9.504/99, já existia desde o ano de 1967. Isto porque a conduta já tipificada como crime eleitoral (art. 299 do Código Eleitoral), e com a entrada em vigor do Decreto-Lei 201, ficou estabelecida a extinção dos mandatos eletivos dos prefeitos e vereadores condenados por crimes desta natureza (arts. 6º e 8º).

O que mudou não foi a penalidade, mas os meios para a sua aplicação. O que antes era possível através de processo criminal, por sua natureza morosa, passou a ser viável também por meio de rito mais célere, o do artigo 22 da LC 64/90.

Antes de adentrar no enfrentamento da norma questionada diretamente em face dos institutos da hermenêutica constitucional, cabe uma rápida passagem sobre as razões que levaram o legislador pátrio à sua inclusão no cenário jurídico eleitoral.

Um dos grandes anseios daqueles que lutam por uma sociedade justa é ver a consagração do princípio da igualdade nas disputas eleitorais, de forma que sejam escolhidos para os cargos eletivos os candidatos que realmente merecem a confiança do eleitorado.

Este desiderato está longe de ser realizado, vez que a atração pelo poder faz das eleições um jogo em que a tentação de ultrapassar as regras impostas seja, muitas vezes, maior do que a capacidade de resistência. Sem falar daqueles que não tem nenhuma resistência em agir desconforme a disciplina.

É aí onde freqüentemente entra em cena o poder econômico e de autoridade, jamais enfrentado com a seriedade e firmeza que deveria ser. O fato mais ocorrente de manifestação deste indevido poder é através da velha prática de 'compra de votos', seja diretamente com dinheiro, seja por meio de outras vantagens.

A cominação de pena de inelegibilidade, estabelecida pela Lei Complementar 64/90 com a finalidade de combater este mal, se mostrou, ao longo dos anos, absolutamente ineficiente para frear tais métodos nefastos de conquista do poder. O tempo evidenciou a compensação de correr o risco de ser penalizado, uma vez que a sanção não atingia o mandato conquistado irregularmente, que passaria a ser exercido em sua plenitude. A relação custo/benefício se pesou em favor do infrator.

Foi em função dessa sensação clara de impunidade, em decorrência da deficiência dos institutos de repressão, que a sociedade civil organizada se mobilizou em meados de 1999, e apresentou projeto de lei de iniciativa popular colocando a disposição do aplicador do direito meio de combater frear esta onda ilimitada de desrespeito à cidadania. Estiveram à frente 60 (sessenta) entidades, merecendo destaque a participação de algumas delas, como a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB, a Comissão Brasileira Justiça e Paz – CBJP, a Associação Brasileira de Imprensa – ABI, a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, e o Sindicato Nacional dos Docentes das Instituições de Ensino Superior – ANDES.

Foi daí que surgiu a Lei 9.840/99, que, ao incluir o artigo 41-A, passou a penalizar a 'compra de votos' com pena de cassação do registro da candidatura ou, se já expedido, do diploma. Incluiu esta nova e bem vinda penalidade, sem, contudo, alterar as normas já existentes em relação à pena de

inelegibilidade, que continuou a ser passível de aplicação, embora não cause tantos arrepios quanto às novas sanções.

Este desiderato legislativo, que surgiu de provocação popular, impõe se enfrentar a compreensão da validade da norma, inicialmente, por meio da interpretação lógica, que é aquela segundo a qual “sobre examinar a lei em conexão com as demais leis, investiga-lhe também as condições e os fundamentos de sua origem e elaboração, de modo a determinar a ratio ou mens do legislador” Edílio(2005).

Tal meio de interpretação busca, portanto, reconstruir o pensamento ou intenção de quem legislou, de modo a alcançar depois a precisa vontade da lei.

Passando para o método histórico-teleológico, ensina Edílio(2005), a escola alemã demonstra que é preciso buscar os subsídios históricos de sua elaboração: a fundamentação do projeto, os debates, as discussões pela imprensa, rádio e televisão, o estado da legislação e sua interpretação na época, bem como o motivo da lei.

Por um dos seus elementos – o histórico – o método traça toda a história da proposição legislativa, desce no tempo a investiga a ambiência em que se originou a lei, procura enfim encontrar o legislador histórico, as pessoas que realmente participaram na elaboração da lei, trazendo a luz os intervenientes fatores políticos, econômicos e sociais, configurativos da *occasio legis*.”

Certamente não se pretendeu, por meio do novo diploma, estabelecer mais uma causa de inelegibilidade, pois a reprimenda surgiu como nova forma de punir as transgressões eleitorais, o que aconteceu em virtude da pouca eficiência das sanções de afastamento da elegibilidade dos infratores. Era preciso, além desta pena, punir com a cassação do próprio registro da candidatura

ou, se for o caso, do diploma. Estes foram os fatores políticos que levaram a sociedade civil organizada a propor, e o Congresso Nacional a aprovar o comando legal.

Também de grande contribuição para a hermenêutica constitucional em todo o planeta, e que oferece valiosos subsídios para o enfrentamento da validade do artigo 41-A da Lei 9.504/97 (trazido ela Lei 9.840/99), ensina Edílio(2005), é a doutrina dos poderes implícitos, originária da escola clássica do constitucionalismo americano, quando assenta que a interpretação de um determinado poder não se consentirá coisa alguma que possa invalidar ou prejudicar os seus confessados objetivos. Se as palavras de um texto forem suscetíveis de duas interpretações, de conformidade com o uso e o senso comum, é de rejeitar-se aquela que colide com um ou com todos os objetivos estabelecidos pela norma e a cuja realização ela se propunha, adotando-se, ao revés, a interpretação tendente a promover e preservar os sobreditos interesses em toda a sua inteireza.

Essas lições levam ao entendimento de que, na atividade interpretativa constitucional se deve considerar o princípio da presunção de constitucionalidade das leis. Embora se haja reservado ao Judiciário o papel de intérprete qualificado das leis, os Poderes se situam no plano de recíproca igualdade e os atos de cada um deles nascem com presunção de validade (Apud Barroso).

É por conta disso que a declaração de inconstitucionalidade de uma norma, em qualquer caso, é atividade a ser exercida com autolimitação pelo Judiciário, devido à referência e ao respeito que deve ter em relação aos demais Poderes. A atribuição institucional de dizer a última palavra sobre a interpretação

de uma norma não o dispensa de considerar as possibilidades legítimas de interpretação pelos outros Poderes.

Para Edílio(2005), em sua dimensão prática, o princípio se traduz em duas regras de observância necessária pelo intérprete e aplicador do direito:

- a) não sendo evidente a inconstitucionalidade, havendo dúvida ou a possibilidade de razoavelmente se considerar a norma como válida, deve o órgão competente abster-se da declaração de inconstitucionalidade;
- b) havendo alguma interpretação possível que permita afirmar-se a compatibilidade da norma com a Constituição, em meio a outras que carreavam para ela um juízo de invalidade, deve o intérprete optar pela interpretação legitimadora, mantendo o preceito em vigor. (Apud BARROSO,2005)

Esta última consiste exatamente na doutrina da Interpretação Conforme a Constituição, já devidamente sedimentada nas decisões do Supremo Tribunal Constitucional, que a adota com bastante frequência.

Significa na essência que nenhuma lei será declarada inconstitucional quando comportar uma interpretação “em harmonia com a Constituição” e, ao ser assim interpretada, conservar seu sentido ou significado.

Uma norma pode admitir várias interpretações. Destas, algumas conduzem ao reconhecimento de inconstitucionalidade, outras, porém, consentem tomá-la por compatível com a Constituição. O intérprete, adotando o método ora proposto há de inclinar-se por esta última saída ou via de solução. Busca-se desse modo preservar a autoridade do comando normativo, fazendo o método ser expressão do “favor legis” ou do “favor actus”, ou seja, um instrumento de segurança jurídica contra as declarações precipitadas de invalidade da norma.

O lado positivo do método, se infere ser ressaltar a fidelidade que ele parece inculcar quanto à preservação do princípio da separação dos poderes. Faz com que juízes e tribunais percebam que sua missão não é desautorar o

legislativo ou nele imiscuir-se por via de sentenças e acórdãos, mas tão-somente controlá-lo, controle aparentemente mais fácil de exercitar-se quando, relutante diante da tarefa de declarar a nulidade de leis ou atos normativos, os órgãos judiciais se inclinam de preferência para a obra de aproveitamento máximo dos conteúdos normativos, ao reconhecer-lhe sempre que possível a respectiva validade.

A interpretação das leis não é uma tarefa tão fácil. Não basta ler superficialmente o comando do artigo 41-A e dizer que consiste em inelegibilidade, e assim sendo, reconhecer o vício da inconstitucionalidade. O fato de que a Constituição Federal prevê o estabelecimento, via lei complementar, de outras causas de inelegibilidade, como forma de coibir faltas, não impede que o legislador pátrio, no exercício legítimo de fazer produzir as regras de condutas, estabeleça outras formas de se chegar a este desiderato moralizante, como aconteceu com o estabelecimento das sanções de cassação de registros de candidaturas e diplomas.

4. POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL DA JUSTIÇA ELEITORAL

O Tribunal Superior Eleitoral, em posição firme, assenta-se sobre a tese da não ocorrência de qualquer vício constitucional no art. 41-A da Lei 9.504/97. Pode-se aferir esta posição nos julgados abaixo:

"Agravo de instrumento provido. Eleição 2000. Recurso especial. Ação de impugnação de mandato eletivo. [...]" NE: A jurisprudência do TSE está consolidada no sentido da constitucionalidade do art. 41-A da Lei nº 9.504/97, que não estabelece hipótese de inelegibilidade e possibilita a imediata cassação do registro ou do diploma.

(Ac. nº 4.659, de 19.8.2004, rel. Min. Peçanha Martins.)

"Recurso especial. Abuso do poder econômico e captação ilícita de sufrágio. Violação ao art. 41-A da Lei nº 9.504/97. [...] 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. [...]"

(Ac. nº 21.221, de 12.8.2003, rel. Min. Luiz Carlos Madeira.)

"Recurso especial eleitoral. Ação de investigação judicial eleitoral. Captação ilegal de sufrágio (art. 41-A da Lei nº 9.504/97). [...] 2. Condenação com base no art. 41-A da Lei nº 9.504/97. Desnecessidade de ajuizamento de recurso contra expedição de diploma e ação de impugnação de mandato eletivo. Precedentes. [...]" NE: Constitucionalidade do art. 41-A da Lei nº 9.504/97 por não versar sobre inelegibilidade, não havendo que se aplicar o art. 22, XV, da LC nº 64/90.

(Ac. nº 21.169, de 10.6.2003, rel. Min. Ellen Gracie.)

"Recurso especial. Investigação judicial. Prefeito. Abuso do poder. Art. 22 da Lei Complementar nº 64/90. Não-caracterização. Doação de telhas e pregos a eleitor. Captação vedada de sufrágio. Art. 41-A da Lei nº 9.504/97. Configuração. Constitucionalidade. Cassação de diploma. Possibilidade. Gravações clandestinas. Prova ilícita. Provas dela decorrentes. Contaminação. Ausência de ofensa aos arts. 22 e 23 da Lei Complementar nº 64/90 e aos princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, da proporcionalidade e da não-admissão das provas ilícitas. Art. 5º, incisos LIV, LV e LVI, da Carta Magna. [...] 6. A jurisprudência deste Tribunal Superior está consolidada quanto à constitucionalidade do art. 41-A da Lei das Eleições, que não estabelece hipótese de inelegibilidade e possibilita a imediata cassação de registro ou de diploma (acórdãos nºs 19.644 e 3.042). [...]"
(Ac. nº 21.248, de 3.6.2003, rel. Min. Fernando Neves.)

"Representação. Captação ilegal de sufrágio. Art. 41-A da Lei nº 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 nº 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. [...]"
(Ac. nº 19.644, de 3.12.2002, rel. Min. Barros Monteiro.)

Como visto, a posição do TSE quanto à constitucionalidade do texto normativo em análise funda-se no entendimento de que não há qualquer referência a inelegibilidades na referida norma. É entendimento pacífico na jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral que a "cassação de registro ou diploma" não tem relação com inelegibilidade. É apenas uma sanção administrativa eleitoral.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O preciso conceito de inelegibilidade nos é fornecido pelo brilhante Djalma Pinto: "É a ausência de aptidão para postular mandato eletivo" (Apud Reis, 2005).

Lição semelhante é a se colhe do brilhante ensinamento de Pedro Henrique Távora Niess, para quem a inelegibilidade "É a negação do direito de ser representante do povo no poder" (Apud Reis, 2005).

Tendo esses conceitos acima em mente, é fácil concluir que se um cidadão está impedido de exercer sua capacidade eleitoral passiva, ele está, inexoravelmente inelegível. Qualquer que seja o outro modo que se denomine este estado, elegível ele não estará. E como se pode depreender dos conceitos listados acima, a inelegibilidade nada mais é que a ausência de elegibilidade.

Portanto, é irretocável, em termos científicos, a *Teoria das Inelegibilidades* anunciada pelo Doutrinador e Filósofo Adriano Soares da Costa.

Porém, nem só de ciência jurídica vive o homem.

Pode-se, a fim procurar compreender o que ocorre no Brasil acerca do tema em estudo, aproveitar a lição de Ferdinand Lassalle, quando ele fala da essência da constituição de um país.

Segundo Lassalle, a Constituição de um País é, em essência, “a soma dos fatores reais de poder que regem nesse País”.

Para Lassalle, convivem num País, paralelamente, duas Constituições: uma Constituição real, efetiva, que corresponde à soma dos fatores reais de poder que regem nesse País; uma Constituição escrita, por ele denominada “folha de papel”. Esta, a Constituição escrita (“folha de papel”), só teria validade se correspondesse à Constituição real, isto é, se tivesse suas raízes nos fatores reais de poder. Assim, em caso de conflito entre a Constituição real (soma dos fatores reais de poder) e a Constituição escrita (“folha de papel”), esta sempre sucumbiria perante aquela, em virtude da força dos fatores reais de poder que regem no País.

Buscando transplantar o pensamento do filósofo para a realidade brasileira, pode-se ousar a chegar à conclusão de que a Constituição escrita brasileira, no que tange à questão da inelegibilidade, não está em conformidade plena com a *Constituição Real* que rege nosso país.

Daí a mitigação do conceito de inelegibilidade por grande parte da doutrina e pela jurisprudência da Justiça Eleitoral.

Como cita Cerqueira(2004), O Ex-presidente Juscelino Kubistcheck já teria dito: “O Congresso Nacional é uma assembléia de vencedores”. E como tal, ela não estaria disposta a criar regras que contrariem essa situação de vencedores que já o são.

Este conceito permite visualizar onde está a causa da discrepância entre a *Constituição Real* brasileira e a sua Constituição Escrita, ou *Folha de papel*.

O Direito Eleitoral, que rege a constituição das instituições democráticas do país, no Brasil, é elaborado pela própria classe dos políticos.

Isso se constitui, como diz o ditado popular, em “colocar a raposa pra cuidar do galinheiro”.

Na busca de um futuro sempre melhor para o país, convém ouvir as sábias palavras do ex-ministro do STJ, Edson Carvalho Vidigal, quando de Seminário sobre o voto, em 2002, no México:

“Sempre que damos um passo à frente com o direito eleitoral, a democracia avança e mais se afirma. Onde a democracia se impõe, há a garantia para a realização da justiça e da paz, os espaços se abrem para o trabalho, a impunidade não tem vez. O direito eleitoral é o primeiro direito na democracia. Sem o direito eleitoral não há democracia e sem democracia os outros direitos nem existem.”(Apud Cerqueira, 2004)

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. **Direito eleitoral brasileiro: O Ministério Público Eleitoral, as eleições em face da Lei 9.504/97**. 3ª ed. rev. amp. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

COSTA, Adriano Soares da. **Instituições de Direito Eleitoral: Teoria da inelegibilidade - direito processual eleitoral – Comentários à Lei Eleitoral**. 4ª ed. rev. amp. Atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

CÂNDIDO, Joel J. **Direito Eleitoral Brasileiro**. 11ª ed. São Paulo: EDIPRO, 2005.

HENRIQUES, Antonio; MEDEIROS, João Bosco. **Monografia no Curso de Direito: trabalho de conclusão de curso: metodologia e técnicas de pesquisa, da escolha do assunto à apresentação gráfica**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

STOCO, Rui; STOCO, Leandro de Oliveira. **Legislação Eleitoral Interpretada: Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

RAMAYANA, Marcos. **Código Eleitoral comentado**. Rio de Janeiro: Roma Victor, 2004.

Tribunal Regional Eleitoral do Tocantins. **Eleições 2004: normas eleitorais e partidárias**. Palmas: TRE-TO, 2004.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Direito Eleitoral Contemporâneo: doutrina e jurisprudência**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

COSTA, Adriano Soares da. **Captação Ilícita de Sufrágio - Novas Reflexões em Decalque**. Par@anaeleitoral, Curitiba, nº 50, Out. 2003. Disponível em: <http://www.paranaeleitoral.gov.br/artigos_impresso.php?cod_texto=176>. Acesso em: 14 fev. 2006.

REIS, Marlon Jacinto. **A Constitucionalidade do Art. 41-A da Lei das Eleições**. Par@anaeleitoral, Curitiba, nº 56, Abr. 2005. Disponível em: <http://www.paranaeleitoral.gov.br/artigos_impresso.php?cod_texto=207>. Acesso em: 14 fev. 2006.

EDÍLIO, Antônio. **Constitucionalidade do Art. 41-A da Lei 9.504/97**. Boletim dos Procuradores da República, São Paulo, v.4, nº 41, p.3-9 Set. 2001.

Comissão Brasileira Justiça e Paz-CBJP. **Roteiro para fiscalizar a aplicação da Lei 9.840**. Dhnet, Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/denunciar/9840/lei_9840_hist.html>. Acesso em 9 fev. 2006.

Lassalle, Ferdinand, **A essência da Constituição**. Inforum.
Disponível em: <http://inforum.insite.com.br/arquivos/2066/A_ESSENCIA_DA_CONSTITUICAO_Ferdinand_Lassalle.doc> Acesso em 28 fev. 2006.