ORBIS: Revista Científica
Volume 3, n. 1
ISSN: 2178-4809 Latindex Folio 19391

CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO: ASPECTOS DOUTRINÁRIOS E O RETRATO DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

Rafael da Silva Santiago[1]

Resumo

O estudo aborda a captação ilícita de sufrágio, buscando delimitar as suas variadas formas de incidência no ordenamento jurídico eleitoral. A combinação de doutrina e jurisprudência confere uma noção ampla acerca do assunto, além do conhecimento específico pertinente a algumas hipóteses do ilícito em questão. Ademais, no que diz respeito à farta pesquisa jurisprudencial – mais de cinquenta acórdãos e decisões – o presente estudo tem o condão de conferir o retrato da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral - TSE, principal órgão do Poder Judiciário em matéria eleitoral. Dessa forma, além de desenvolver exaustiva análise doutrinária acerca da captação ilícita de sufrágio, o enfoque jurisprudencial enriquece as bases formuladas, no sentido de se aliar doutrina à prática forense. Vale ressaltar que o caráter crítico do estudo também se faz presente, nos casos em que se mostre necessária a adoção de entendimentos diversos, que se compatibilizem com o sistema jurídico nacional.

Palavras-chave: Processo eleitoral. Captação ilícita de sufrágio. Benefício. Voto. Tribunal Superior Eleitoral.

Illicit catchment of suffrage: doctrinal aspects and the picture of the jurisprudence of the Superior Electoral Court

Abstract

This study discusses the illicit catchment of suffrage institute, limiting its different impact forms on Election Law. A combination of doctrine and jurisprudence gives an open sense about the subject, besides the specific knowledge upon some chances of incidences that permeate the illegal under review. Furthermore, because of the large case law research, this study will confer the jurisprudence picture of the Superior Electoral Court, the main judiciary court in electoral matters. Therefore, beyond developing a doctrinal analysis about the illicit catchment of suffrage, the jurisprudential prominence legitimates the formulation that combines theory and practice. Moreover, the critical view of the study is also present, when it is necessary to adopt different understandings which comply with Brazilian legal system.

Keywords: Electoral Process. Illicit catchment of suffrage. Benefit. Vote. Superior Electoral Court.

[1] Graduando em direito pela Universidade de Brasília – UnB. Email: ra.fasantiago@hotmail.com

Introdução

Partindo da premissa de que o Direito Eleitoral é o ramo do Direito Público que se dedica ao estudo das normas e procedimentos que organizam e disciplinam o funcionamento do poder de sufrágio popular, com o objetivo de se estabelecer uma precisa adequação entre a vontade do povo e a atividade governamental[2], é de fácil compreensão a importância do estudo da captação ilícita de sufrágio.

Tal importância, inclusive, é refletida pela positivação desse instituto na regra que estabelece normas gerais para eleições brasileiras, a Lei nº 9.504/97, por intermédio da Lei nº 9.840/99, produto de iniciativa popular.

Dentre outros aspectos, a referida positivação significou um grande avanço da legislação eleitoral em busca do aperfeiçoamento da democracia brasileira, tendo em vista o prestígio à liberdade de intenção de voto do eleitor[3].

Ademais, como todo poder emana do povo, que o exerce direta ou indiretamente, é imprescindível que se realize uma cuidadosa reflexão acerca dos elementos do processo eleitoral, seus bens jurídicos tutelados e os mecanismos de sua garantia[4], dentre os quais os ditames legais e jurisprudenciais pertinentes à captação ilícita de sufrágio.

Nesse sentido, faz-se mister ressaltar que o Estado Democrático de Direito tem como premissa uma democracia com efetivos elementos de participação[5] e controle do Poder Político. Na seara do processo eleitoral, dentre outros aspectos, merecem destaque os efeitos da sentença que reconhece a captação ilícita de sufrágio, a qual pode resultar no cancelamento do registro de candidatura ou na desconstituição do mandato eletivo[6].

Além disso, não resta qualquer dúvida de que o poder político, o uso intensivo dos meios de comunicação e o poder econômico, sobretudo, influenciam o resultado das eleições[7]. Destarte, o papel a ser assumido pelo direito deve passar pelo seu entendimento como conjunto de regras que estruturam e disciplinam, dentre outros aspectos, a organização e limitação dos diversos poderes que influenciam a sociedade.

---

[2] ALMEIDA, Roberto Moreira de. **Curso de Direito Eleitoral**. 5. ed. Salvador: Editora *Jus*PODIVM. 2011. p. 39.
[3] MATTOS, Rafael de Medeiros Chaves. Captação ilícita de sufrágio à luz da Lei 12.034/2009: novos elementos, novo ilícito e sua aplicação. **Revista do advogado**. São Paulo. n. 109. p 100-110. ago. 2010.
[4] MILAGRES, Marcelo de Oliveira. Abuso de Poder no Processo Eleitoral. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte. n. 100. p. 155-172. jan./ jun. 2010.
[5] *Idem, ibidem.*
[6] *Idem, ibidem.*
[7] ALMEIDA, Roberto Moreira de. **Curso de Direito Eleitoral**. *Op. cit.* p. 419.

Com efeito, será possível conferir às leis que regulam a matéria e aos juízes que a aplicam ao caso concreto a qualidade de mecanismo garantidor da efetividade e da legitimidade do processo eleitoral, em outras palavras, da lisura do exercício do sufrágio.

Ressalte-se, também, que, frente à importância do TSE como órgão do Poder Judiciário que trata de assuntos eleitorais, entender o seu posicionamento sobre o tema significa entender a interpretação que está sendo realizada da captação ilícita de sufrágio. Sendo assim, com a função de delimitar a hermenêutica sobre o assunto, será apresentada, a seguir, uma farta pesquisa jurisprudencial pertinente ao ilícito.

Entendidas essas premissas, cumpre iniciar o estudo em questão, a partir da análise dos fundamentos gerais que se relacionam com a captação ilícita de sufrágio, deixando-se claro que os princípios, também aqui, são normas jurídicas de importante função.

1. Fundamentos gerais: princípios aplicáveis

Como já mencionado, o direito eleitoral é ramo do direito público. Sendo assim, não obstante suas especificidades e institutos próprios, deve-se deixar clara a necessidade de suas normas jurídicas se adequarem ao sistema normativo de direito público.

Com efeito, qualquer análise que pretenda abordar aspecto de direito eleitoral deve, de início, consolidar suas bases a partir da abordagem dos fundamentos de direito público que legitimam e orientam a aplicação do ilícito em foco.

Prima facie, é cediça a constatação de que o ordenamento jurídico é composto por duas espécies de normas jurídicas: as regras e os princípios. Dessa forma, os princípios, no direito público, são dotados de valor normativo, constituindo a própria realidade jurídica[8].

Celso Antonio Bandeira de Mello, inclusive, ensina que:

> **Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos.** É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais [...].[9] (grifo nosso)

Os princípios, também no direito eleitoral, são normas jurídicas de extrema importância. Além de comporem o espírito das regras eleitorais, sendo parte integrante, em

---

[8] SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2008. p. 146.

[9] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2010. p. 959.

última análise, de seu próprio conteúdo, eles servem de critério para a exata compreensão dessas regras, pelo fato de conferirem racionalidade ao sistema normativo eleitoral[10].

Por tudo isso, deve-se iniciar o estudo da captação ilícita de sufrágio por intermédio dos princípios que compõem seu conteúdo e orientam a sua aplicação, conferindo-lhe racionalidade.

Ressalte-se que a proposta não reside na análise de todos os princípios aplicáveis ao tema, mas no entendimento de apenas três dos mais importantes ditames principiológicos: (i) moralidade, pois intimamente ligada à captação ilícita de sufrágio; (ii) proporcionalidade, visto se tratar de princípio recorrente nas decisões do TSE e (iii) potencialidade lesiva, pois a sua não aplicação constitui caráter fundamental do ilícito.

1.1. Moralidade

De acordo com o princípio da moralidade, a Administração e seus agentes devem atuar na conformidade de princípios éticos. Não observá-los resulta na violação ao próprio direito, configurando ilicitude que pode implicar invalidação da conduta viciada[11].

Da mesma forma, deve-se expandir o espectro de abrangência do princípio da moralidade, no sentido de se exigir conduta que com ele se conforme para aqueles que, embora não se qualifiquem como agentes públicos, postulem tal qualificação.

Ademais, Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que:

> [...] Segundo os cânones da *lealdade* e da *boa-fé*, a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhaneza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos. [12]

Vale ressaltar, também, que o princípio da moralidade não se configura em remissão à moral comum. Destarte, não é qualquer ofensa à moral social que se considerará como lesão a seu conteúdo. O correto é que]este será havido transgredido quando houver violação a uma

---

[10] Essas características dos princípios no direito eleitoral derivam da noção de princípio apresentada pelo professor Celso Antônio Bandeira de Mello, a seguir: "[...] Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico [...]" (*Idem*, p. 43).
[11] *Idem*, p. 43.
[12] *Idem*, p. 120.

norma de moral social que traga consigo **menosprezo a um bem juridicamente valorado**"[13] (grifo nosso).

Dessa forma, resta fácil delinear a íntima relação entre o princípio da moralidade e a configuração da captação ilícita de sufrágio. Isso porque o candidato que pratica conduta que enseje a caracterização do ilícito está incorrendo contra a liberdade de voto do eleitor, direito tutelado pelo art. 41-A da Lei nº 9.504/97.

Assim, deve-se exigir do candidato, postulante à qualificação de agente público, que seu comportamento não caracterize, em qualquer aspecto, atos que confundam, dificultem ou minimizem o exercício do direito à livre vontade do eleitor, sob pena de se atentar contra o princípio da moralidade, configurando-se a captação ilícita de sufrágio.

1.2. Proporcionalidade

Tendo em vista o elevado número de significados que se costuma listar ao princípio em questão, não se mostra necessário ater-se a questões conceituais. Pelo contrário, vale destacar duas das suas especificidades nos casos em que relacionado à captação ilícita de sufrágio.

Uma das aplicações do princípio da proporcionalidade reside nas hipóteses de fixação da pena. De acordo com a lei, constatada a captação ilícita de sufrágio, a multa e a cassação do registro ou do diploma são penalidades que se impõem. Com efeito, deve o juiz, para tanto, isto é, no momento da fixação dessas penas, observar os ditames da proporcionalidade[14].

Outra curiosa especificidade da captação ilícita de sufrágio, que suscita a necessidade de aplicação do princípio da proporcionalidade, envolve o fato de, comumente, sua incidência estar relacionada com a troca do voto do eleitor por benefícios econômicos.

Dessa forma, por diversas vezes é imprescindível, para a caracterização do ilícito, que se proceda à quebra do sigilo bancário do candidato, dotado de proteção constitucional no sistema normativo brasileiro.

Entretanto, a garantia constitucional à intimidade não tem caráter absoluto. Por isso, conforme entendimento do TSE:

> [...] O afastamento da incidência de direito fundamental é providência que se reveste de caráter de exceção, a **depender de um profundo juízo de ponderação, à luz do**

---

[13] *Idem, ibidem.*
[14] BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. RESPE 27737. rel. Min. José Delgado. Julgamento: 04.12.2007. **Diário da Justiça Eletrônico do Tribunal Superior Eleitoral**: 01.02.2008.

> **princípio da proporcionalidade entre o interesse público na produção da prova visada e as garantias constitucionais em questão** [...][15] (grifo nosso).

1.3. Potencialidade lesiva: não aplicação

Em matéria de direito penal eleitoral, a legitimidade do direito de punir tem como pressuposto a afetação de um bem jurídico indispensável à convivência da sociedade[16]. Dessa forma, os juízes devem, com base no princípio da lesividade, exercer função seletiva das condutas humanas, a fim de que se reduza a incidência da norma penal eleitoral apenas àquelas realmente graves e intoleráveis ao bem jurídico tutelado[17].

O direito penal, como se sabe, deve ser evocado apenas para preservar bens valiosos e essenciais contra determinadas condutas que a eles sejam ofensivas. Isso significa que se deve examinar de qual forma e medida essas condutas se apresentam, calculando-se, assim, a potencialidade lesiva[18].

Resumindo, em boa parte dos crimes eleitorais, é necessário que os magistrados desenvolvam uma interpretação restritiva segundo a *ratio* de proteção do bem jurídico penal. "Isso pois, não é somente por revestir a conduta abstrata descrita na norma penal incriminadora que a conduta em concreto deverá ser punida"[19].

Passando-se à ótica da captação ilícita de sufrágio, de início faz-se mister constatar que o art. 41-A da Lei nº 9.504/97, que abrange as possibilidades do ilícito, não tem conotação na esfera penal eleitoral, mas apenas no aspecto do registro e do diploma do candidato[20].

As lições anteriores de direito penal eleitoral, portanto, serviram para que se ilustrasse o conteúdo do princípio da potencialidade lesiva. Em matéria de captação ilícita de sufrágio, contudo, não há que se falar na aplicação desse princípio.

Isso porque a consumação do ilícito é de natureza formal. Destarte, não se faz necessário que o resultado (obtenção do voto do eleitor) seja efetivamente alcançado. Sendo assim, o tão-só ato de doar, oferecer ou entregar bem ou vantagem pessoal com a intenção de

---

[15] BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. RMS 583. rel. Min. Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira. Julgamento: 23.02.2010. **Diário da Justiça Eletrônico do Tribunal Superior Eleitoral**: 24.03.2010.
[16] BEM, Leonardo Schmitt de; CUNHA, Mariana Garcia. **Direito Penal Eleitoral**. 2. ed. São Paulo: Conceito Editorial. 2011. p. 27.
[17] *Idem, ibidem.*
[18] *Idem*, p. 28.
[19] *Idem, ibidem.*
[20]RAMAYANA, Marcos. **Captação de sufrágio**. Disponível em: < http://www.mp.ba.gov.br/atuacao/caocif/eleitoral/dourinas/orientacoes/captacao_ilicita_de_sufragio.PDF>. Acesso: 14.11.2011. p. 2.

obter o voto do eleitor, praticado no lapso temporal legal, configura captação ilícita de sufrágio[21].

Como já mencionado em momento anterior, o bem juridicamente tutelado pelo art. 41-A da Lei nº 9.504/97 consubstancia-se na liberdade de votar do eleitor. Não se quer proteger, de maneira imediata, o resultado da eleição. Pelo contrário, a proteção direta recai sobre o direito fundamental do eleitor de exercer o sufrágio com liberdade.

Sendo assim, a potencialidade lesiva é irrelevante para que se caracterize a captação ilícita de sufrágio. O simples fato de o candidato incorrer nas condutas descritas pela aludida lei enseja a aplicação das sanções previstas, porque a liberdade de voto, bem juridicamente tutelado, foi afetada.

Destarte, Marino Pazzaglini Filho ressalta que:

> [...] não tem lugar, em sede de captação ilícita de sufrágio, a aferição da potencialidade do ilícito para influir no pleito ou desequilibrar a disputa eleitoral, porque o interesse aqui tutelado é a livre vontade do eleitor e não a normalidade e o equilíbrio do pleito.[22]

Nesse sentido, o TSE também se posiciona pela desnecessidade de prova da potencialidade lesiva em se tratando de captação ilícita de sufrágio[23], bastando mera ocorrência dos atos proibidos para atrair as sanções legais[24].

Por fim, é imprescindível que se faça uma ressalva sobre o assunto. Não obstante, como se mencionará, o meio processual para a apuração da captação ilícita de sufrágio ser a ação de investigação judicial eleitoral (AIJE)[25], existe a possibilidade de declaração de procedência da ação de impugnação de mandato eletivo (AIME) com fundamento em captação ilícita de sufrágio. Nesses casos, o TSE[26] entende ser necessária a demonstração da potencialidade lesiva.

Muito embora possa parecer uma contradição entre os entendimentos, essa orientação encontra harmonia com o fundamento da AIME. Isso porque essa ação se destina a

---

[21] ALMEIDA, Roberto Moreira de. **Curso de Direito Eleitoral**. *Op. cit.* p. 433.
[22] PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Eleições gerais 2010: elegibilidade e inelegibilidades, registro de candidatos...** São Paulo: Atlas. 2010. p. 134.
[23] BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. RESPE 26118. rel. Min. José Gerardo Grossi. Julgamento: 01.03.2007. **Diário da Justiça Eletrônico do Tribunal Superior Eleitoral**: 28.03.2007
[24] BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. RESPE 27737. *Op. cit.*
[25] PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Eleições gerais 2010: elegibilidade e inelegibilidades, registro de candidatos...** *Op. cit*. p. 134.
[26] BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. ARESPE 28459. rel. Min. Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira. Julgamento: 02.09.2008. **Diário da Justiça Eletrônico do Tribunal Superior Eleitoral**: 17.09.2008.

impugnar, ante a Justiça Eleitoral, mandato eletivo obtido com abuso de poder econômico, corrupção ou fraude, constituindo-se em ação civil-eleitoral de natureza constitucional[27].

Ademais, Roberto Moreira de Almeida aborda de forma precisa e sucinta o fundamento da aludida ação:

> **A AIME se destina a proteger as eleições contra a influência dos abusos econômicos, políticos, corrupção e/ou fraudes**. Assim, somente serão julgados procedentes os pedidos nela contidos se o autor comprovar: a) o abuso do poder econômico ou político; b) corrupção eleitoral; ou c) fraude.[28] (grifo nosso)

Ora, como a AIME se destina a proteger as eleições contra a influência dos abusos, nada mais óbvio do que o seu fundamento, ainda que se restrinja à captação ilícita de sufrágio, demonstre a potencialidade lesiva para influenciar no resultado dessas eleições.

Em final, ressalte-se que a necessidade da influência é, inclusive, propugnada por diversas decisões do TSE, desde muitos anos atrás, como se percebe a seguir: "A fraude que pode ensejar ação de impugnação de mandato é aquela que tem reflexos na votação ou na apuração de votos"[29].

2. Conceito de captação ilícita de sufrágio: elementos configuradores

Antes de qualquer consideração sobre os elementos específicos que configuram a captação ilícita de sufrágio, é imprescindível que se proceda ao entendimento e à análise de seus elementos conceituais.

Prima facie, a Lei das Eleições, nº 9.504/97, em seu artigo 41-A, preceitua que constitui captação de sufrágio, ressalvados os gastos eleitorais sujeitos a registro, nos limites fixados pela própria lei:

> o candidato doar, oferecer, prometer, ou entregar, ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto, bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública, desde o registro da candidatura até o dia da eleição, inclusive, sob pena de multa de mil a cinqüenta mil UFIR, e cassação do registro ou do diploma[...].[30]

Roberto Moreira de Almeida, quase que como uma repetição dos termos utilizados na lei, afirma existir captação ilícita de sufrágio nos casos em que "o candidato doa, oferece, promete, ou entrega, ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto, bem ou vantagem pessoal de

---

[27] ALMEIDA, Roberto Moreira de. **Curso de Direito Eleitoral**. *Op. cit.* p. 550.
[28] *Idem*, p. 551.
[29] BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. AG 3009. rel. Min. Fernando Neves. Julgamento: 09.10.2011. **Diário da Justiça Eletrônico do Tribunal Superior Eleitoral**: 16.11.2001.
[30] BRASIL. **Lei nº 9.504/97**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm>. Acesso em 30.10.2011.

qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública, desde o registro da candidatura até o dia da eleição"[31].

Por sua vez, Marino Pazzaglini Filho conceitua a captação ilícita de sufrágio em termos semelhantes, indo, inclusive, além, ao afirmar a sua qualidade de corrupção eleitoral mediante doação, oferta ou promessa de qualquer vantagem concreta ao eleitor, tendo como contrapartida o seu sufrágio[32]. Nesse sentido, a captação ilícita de sufrágio também pode ser delimitada como o "aliciamento espúrio de eleitores mediante a compra, direta ou dissimulada, de seus votos"[33].

Por fim, vale ressaltar que o TSE também conceituou, ainda que de maneira sucinta, a captação ilícita de sufrágio como sendo "o oferecimento ou promessa de vantagem ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto"[34].

Destarte, da percepção de todos esses conceitos pode-se separar a presença de quatro elementos configuradores[35] da captação ilícita de sufrágio, cujo estudo se mostra crucial para trabalho em questão: (i) a prática de uma conduta punível; (ii) a legitimidade da conduta; (iii) a finalidade dolosa e (iv) o lapso temporal.

2.1. Prática de uma conduta punível

O primeiro elemento configurador da captação ilícita de sufrágio é a prática de uma conduta punível, sendo necessário, assim, doar, oferecer, prometer ou entregar bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza para que haja a captação ilícita de sufrágio.

Com efeito, não são objetos do ilícito as promessas de melhorias na educação, cultura, lazer, etc. Pelo contrário, a lei abrange o chamado "toma lá da cá", a contraprestação, mediante a vantagem pessoal de obter voto[36].

É preciso deixar claro, de início, que a jurisprudência do TSE[37] se posiciona claramente, desde muitos anos, no sentido de que promessas genéricas, sem o objetivo de

---

[31] ALMEIDA, Roberto Moreira de. **Curso de Direito Eleitoral**. *Op. cit*. p. 430.
[32] PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Eleições gerais 2010: elegibilidade e inelegibilidades, registro de candidatos...** *Op. cit.* p. 133. O mencionado autor afirma que a captação ilícita de sufrágio é configurada pela "doação, oferecimento, promessa ou entrega de vantagem pessoal de qualquer natureza ao eleitor com o fim de obter-lhe o voto". (PAZZAGLINI FILHO. 2010. p. 133)
[33] *Idem, ibidem.*
[34] BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução 20531. rel. Min. Maurício Corrêa. Julgamento: 14.12.1999. **Diário da Justiça da União**. Seção 1. n. 101-E. 26/maio/2000. p. 93.
[35] ALMEIDA, Roberto Moreira de. **Curso de Direito Eleitoral**. *Op. cit*. p. 432.
[36] RAMAYANA, Marcos. **Captação de Sufrágio**. *Op. cit.* p. 3.
[37] BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. AG 4.422. rel. Min. Fernando Neves. Julgamento: 9.12.2003. **Diário da Justiça do Tribunal Superior Eleitoral**: 02.02.2004. No mesmo sentido: BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral.

satisfazer interesses individuais e privados, não são capazes de ensejar a caracterização da captação ilícita de sufrágio. Portanto, o Tribunal vem entendendo que a promessa de manter ou criar programa municipal de benefícios, por exemplo, não determina a incidência do artigo 41-A da Lei nº 9.504/97[38].

Por outro lado, a captação ilícita de sufrágio fica caracterizada nos casos em que:

> [...] a promessa se relacionar com benefício a ser obtido concreta e individualmente por eleitor determinado, aí sim há de aplicar o disposto no aludido dispositivo legal. A promessa de vantagem pessoal em troca de voto é parte integrante da *fattispecie* integrante da norma. Sem isso, inviável é a representação.[39]

Dessa forma, é cediça a constatação de que promessas genéricas, que não tenham como objetivo a satisfação de interesses individuais e privados, não são capazes de configurar a captação ilícita de sufrágio.

Nesse sentido, vale mencionar uma das últimas decisões do TSE em relação ao tema:

> [...] A exposição de plano de governo e **a mera promessa de campanha feita pelo candidato** relativamente ao problema de moradia, a ser cumprida após as eleições, **não configura a prática de captação ilícita de sufrágio**. [...] Não há como se reconhecer a conduta descrita no art. 41-A da Lei n° 9.504197 quando, a despeito do pedido de voto, não ficou comprovado o oferecimento de bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza.[40]

Ademais, ainda no que diz respeito às promessas, faz-se mister aduzir que grande diferença há entre promessas de campanha e promessas de bem ou vantagem a eleitor, em virtude, dentre outros aspectos, da generalidade daquela e da finalidade desta.

Em geral, as promessas de bens ou vantagens a eleitor vêm entrelaçadas ao objetivo de obter voto. O vocábulo "prometer", inclusive, está descrito dentre os núcleos caracterizadores da captação ilícita de sufrágio pela Lei nº 9.504/97.

Nesse sentido, o TSE entende que a verificação de quaisquer dos núcleos do artigo 41-A da mencionada lei enseja a presunção do objetivo de obter voto, tornando-se desnecessária a prova visando a demonstrar tal resultado. "Presume-se o que normalmente ocorre, sendo excepcional a solidariedade no campo econômico, a filantropia"[41].

AG 5498. rel. Min. Gilmar Mendes. Julgamento: de 27.09.2005. **Diário da Justiça do Tribunal Superior Eleitoral**: 28.10.2005; BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. RESPE 35.352. rel. Min. Fernando Gonçalves. Julgamento: 08.04.2010. **Diário da Justiça Eletrônico do Tribunal Superior Eleitoral**: 07.06.2010.

[38] BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. RESPE 35.352. *Op. cit.* p. 4.

[39] *Idem, ibidem.*

[40] BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. AgR-AI 196558. rel. Min. Arnaldo Versiani Leite Soares. Julgamento: 30.11.2010. **Diário da Justiça Eletrônico do Tribunal Superior Eleitoral**: 4/2/2011.

[41] BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. RESPE 5146. rel. designado Min. Marco Aurélio Mendes de Farias Mello. **Diário da Justiça do Tribunal Superior Eleitoral**: 20/04/2006. p. 124. Precedente citado na decisão: BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral do Ceará. RE 15219. rel. Juiz Cid Marconi Gurgel de Souza. Julgamento: 09.04.2010. **Diário da Justiça Eletrônico**: 20.04.2010.

Esse entendimento, inclusive, também é reforçado pela doutrina especializada. Marino Pazzaglini Filho, p. ex., destaca que para a configuração do ilícito é indispensável que a vantagem ou benefício, de qualquer espécie, seja específica, concreta e tenha como destinatário eleitor individualizado[42].

Em outras palavras, o autor reforça que a "vantagem oferecida ou prometida tem que ser de caráter pessoal, procurando estabelecer um nexo de cumplicidade entre o candidato e o eleitor para angariar o voto deste em favor daquele"[43].

Dessa forma, o autor exemplifica como ações que configuram a captação ilícita de sufrágio:

> A oferenda e a distribuição de cestas básicas de alimentos, medicamentos, fardamentos esportivos, vales-combustível, material escolar, bolsas de estudo, empregos, sorteio de prêmios a eleitores, durante a campanha eleitoral [...]. E o mesmo se diga das condutas de prestação ou de oferecimento de serviços médicos, odontológicos e jurídicos.[44]

Por final, em sintonia com a exposição anterior acerca do entendimento do TSE, o referido autor afirma que não configuram captação ilícita de sufrágio:

> [...] as meras promessas genéricas de campanha como, por exemplo, as feitas em palanques e programas de rádio ou televisão de ampliação de benefícios sociais à população carente do Município, de regularização de loteamentos clandestinos, de construção de obras de interesse comunitário.[45]

2.2. A legitimidade da conduta

O segundo elemento conceitual imprescindível para a caracterização da captação ilícita de sufrágio é a legitimidade da conduta. Sendo assim, a conduta ilícita deve partir de candidato ou de terceiro que age, via de regra, a seu mando[46].

Sobre a participação do candidato, o Ministro Ricardo Lewandowski, em um de seus recentes votos[47], assentou valiosas considerações acerca da necessidade de se demonstrar a participação do candidato, ainda que de forma indireta, no ilícito eleitoral.

De acordo com o consagrado Ministro, para fins de enquadramento no art. 41-A da Lei nº 9.504/97, o candidato deve ter algum grau de participação, que poderá ser de três espécies: (i) direta; (ii) indireta ou (iii) presumida[48].

---

[42] PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Eleições gerais 2010: elegibilidade e inelegibilidades, registro de candidatos...** *Op. cit.* p. 133.
[43] *Idem, ibidem*.
[44] *Idem, ibidem*.
[45] *Idem, ibidem.*
[46] ALMEIDA, Roberto Moreira de. **Curso de Direito Eleitoral**. *Op. cit*. p. 432.
[47] BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. RO 1539. rel. designado Min. Henrique Neves da Silva. Julgamento: 23.11.2010. **Diário da Justiça Eletrônico do Tribunal Superior** Eleitoral: 04.02.2011.

A participação direta se consubstancia nos casos em que o próprio candidato realiza a doação, o oferecimento ou a promessa de entrega, ao eleitor, de bem ou vantagem, com a finalidade de obter o seu voto[49].

Por sua vez, a participação indireta é caracterizada pelo fato de o candidato atuar por intermédio de terceiros na concretização dos atos proibidos em lei[50]. Tem-se como exemplo os casos em que ele determina que seus cabos eleitorais realizem as condutas vedadas.

Por fim, acontece a participação presumida nos casos em que o candidato tem ciência ou dá anuência à concretização dos atos vedados[51].

Dessa forma, o TSE admite a aplicação das sanções previstas à captação ilícita de sufrágio apenas nos casos em que o candidato concorra de alguma maneira para a caracterização do ilícito, "sob pena de não se estabelecer o liame entre os sujeitos ativo e passivo da captação vedada de sufrágio"[52].

Nesse sentido, entendida a necessidade de participação direta, indireta ou presumida do candidato e sabendo que essa participação deve ser demonstrada por intermédio das provas, vale perquirir acerca do papel destas na legitimidade da conduta daquele.

2.2.1. Necessidade de prova robusta

Como mencionado há pouco, no que diz respeito à aplicação das sanções por captação ilícita de sufrágio, o TSE – assim como a doutrina, ressalte-se – argumenta no sentido de que não é necessária a participação direta ou indireta do candidato. Basta o consentimento, a anuência, o conhecimento ou até mesmo a ciência dos fatos que resultaram na prática do ilícito eleitoral[53].

À luz desse entendimento, existem decisões do Tribunal[54] que afirmam ser irrelevante, para a caracterização da conduta, se o candidato compareceu como mero espectador ou se teve, efetivamente, posição de destaque no contexto fático.

Com efeito, não seria necessária, inclusive, prova da participação direta, ou até indireta, do candidato, com o intuito de se aplicar o art. 41-A da Lei das Eleições. Seria

---

[48] *Idem*, p. 41.
[49] *Idem, ibidem*.
[50] *Idem, ibidem*.
[51] *Idem, ibidem.*
[52] *Idem*, p. 42.
[53] ALMEIDA, Roberto Moreira de. **Curso de Direito Eleitoral**. *Op. cit*. p. 432
[54] BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. RESPE 19566. rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgamento: 18.12.2001. **Diário da Justiça do Tribunal Superior Eleitoral**: 26.04.2002.

suficiente, para tanto, tais elementos – já destacados: consentimento, a anuência, o conhecimento ou mesmo a ciência dos fatos que resultaram na prática do ilícito eleitoral[55].

Ademais, esses elementos deveriam ser analisados diante do contexto fático do caso concreto. Em outras palavras, o que se admitia era a aplicação de uma sanção prevista em lei, tendo como fundamento certo grau de subjetivismo[56] que deveria ser analisado de acordo com o contexto do caso.

Entretanto, pode-se afirmar, aqui, a inexistência de unidade nos posicionamentos do aludido Tribunal. Isso porque as mesmas decisões que afirmavam a desnecessidade de prova que demonstrasse a participação, direta ou indireta do candidato representado, citavam precedentes do Tribunal que determinavam a indispensabilidade da prova de participação direta ou indireta do candidato para que se qualificasse a captação ilícita[57].

Cumpre ressaltar, nesse momento, que a necessidade de prova para a caracterização do ilícito é a argumentação que melhor se conforma com o atual estágio da democracia brasileira.

Marino Pazzaglini Filho ensina ser indispensável, para a configuração da captação ilícita, a prova de participação direta ou indireta do candidato representado. Participação, inclusive, que pode se caracterizar na explícita anuência às práticas ilícitas objeto de apuração[58], desde que haja prova nesse sentido.

Destarte, o mero argumento do benefício eleitoral que com esses expedientes tenha o candidato auferido ou a presunção de que delas tivesse conhecimento não se faz suficiente[59].

Portanto, tem-se que:

> [...] para a caracterização da captação ilícita de sufrágio, não é necessário que o ato de compra de votos tenha sido praticado diretamente pelo candidato, mostrando-se

---

[55] BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. RCED 755. rel. Min. Arnaldo Versiani. Julgamento: 24.08.2010. **Diário da Justiça do Tribunal Superior Eleitoral**: 28.09.2010.

[56] *Idem, ibidem*. Subjetivismo foi o termo utilizado, inclusive, pelo Ministro Relator desse processo.

[57] Como exemplo dessa prática confusa, tem-se o mesmo RCED 755, que traz, em sua ementa, a seguinte determinação: "A atual jurisprudência do Tribunal não exige a prova da participação direta, ou mesmo indireta, do candidato, para fins de aplicação do art. 41-A da Lei das Eleições, bastando o consentimento, a anuência, o conhecimento ou mesmo a ciência dos fatos que resultaram na prática do ilícito eleitoral, elementos esses que devem ser aferidos diante do respectivo contexto fático". Entretanto, para fundamentar seu posicionamento, o relator do aludido processo cita um julgado (BRASIL Tribunal Superior Eleitoral. RESPE 21327. rel. Min. Ellen Gracie. Julgamento: 04.03.2004. **Diário da Justiça do Tribunal Superior Eleitoral**: 31.08.2006), que tem como foco principal a constatação de que o "TSE entende que, para a caracterização da captação de sufrágio, é indispensável a prova de participação direta ou indireta dos representados, permitindo-se até que o seja na forma de explícita anuência da conduta objeto da investigação, não bastando, para a configuração, o proveito eleitoral que com os fatos tenham auferido, ou a presunção de que desses tivessem ciência".

[58] PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Eleições gerais 2010: elegibilidade e inelegibilidades, registro de candidatos...** *Op. cit.* p. 133.

[59] *Idem, ibidem*.

> suficiente que haja sua participação, de qualquer forma, da captação ilícita, bastando que tenha **consentido explicitamente** nas condutas abusivas de aliciamento de votos feitas por terceiro em seu benefício. Basta, assim, o consentimento, a anuência do candidato à atuação de captação ilícita de sufrágio empreendida pelos seus "cabos eleitorais".[60] (grifo nosso)

Não obstante a aparente semelhança do entendimento anteriormente exposto do TSE com o entendimento de Marino Pazzaglini Filho, as decisões do Tribunal não se sustentavam, tendo em vista o atual estágio do direito processual constitucional.

O entendimento a ser questionado é o seguinte: é válido que se permita a aplicação de uma sanção legal, que tenha como fundamento conduta de um sujeito que, segundo conclusões oriundas de análise subjetiva, incorreu em uma de suas hipóteses de incidência?

A princípio, como contra-argumento daquelas decisões do TSE, cumpre ressaltar não ser legítimo que se conceda ao Poder Judiciário a prerrogativa de análise subjetiva da conduta de um candidato, dispensando-se a análise de provas para tanto.

Isso porque o Brasil, em matéria de direito processual, adota o princípio da persuasão racional do juiz. Sendo assim, ele não é desvinculado das provas e dos elementos existentes nos autos, muito embora a sua apreciação independa de critérios legais pré-determinados[61].

Com efeito, o juiz deve decidir apenas com base nos elementos existentes no processo. No entanto, essa decisão se dá segundo critérios críticos e racionais[62], e não subjetivos. Até porque a liberdade de convicção conferida ao juiz não equivale a um desenvolvimento arbitrário, devendo, o convencimento, ser motivado.

Ademais, o devido processo legal abrange, modernamente, o direito do procedimento adequado, que deve se produzir de acordo com o contraditório, além de estar em sintonia com a realidade social e conforme a relação de direito material controvertida[63].

Nesse sentido, não se compatibiliza com o devido processo legal a aplicação de uma sanção que resultará em restrição de direito político de um candidato tendo como base uma análise subjetiva do contexto fático.

A diplomação, ressalte-se, que pode ser cassada caso o candidato pratique a captação ilícita de sufrágio, é um ato jurídico jurisdicional eleitoral constitutivo[64]. Delosmar Mendonça Junior a qualifica como:

---

[60] *Idem, ibidem*.
[61] CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2005. p. 69.
[62] *Idem, ibidem*.
[63] CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. *Op. cit.* p. 84.

> ato jurisdicional eleitoral típico, de caráter não contencioso (assim como o registro de candidatura) visando a constituir situação jurídica substancial de candidato eleito, **criando para o cidadão o direito subjetivo de tomar posse no mandato** (inexistindo impedimentos de natureza pessoal e independentemente da eleição).[65] (grifo nosso)

Com efeito, não se pode conceber a retirada de um direito subjetivo de candidato a partir de decisão judicial que tenha como fundamento elementar o subjetivismo da análise de um contexto fático, desprezando-se a necessidade de provas para tanto.

Diante do exposto, o TSE parece ter notado a falta de uma interpretação sistemática nas suas decisões e resolveu conceber a necessidade de prova da participação do candidato.

Nesse sentido, passou a dominar no Tribunal o entendimento pela imprescindibilidade de prova robusta (i) de pelo menos uma das condutas já assinaladas e previstas no art. 41-A, da Lei nº 9.504/97, (ii) da finalidade de obter o voto do eleitor e (iii) da participação ou anuência do candidato beneficiado[66], afastando-se a mera presunção, fundada em análise subjetiva do contexto fático.

Ora, nada mais lógico e conforme o ordenamento jurídico nacional. Isso porque não é razoável a presunção de que o candidato a cargo eletivo tenha conhecimento acerca de todos os atos de campanha praticados por pessoas ligadas a ele[67].

Destarte, é necessária prova segura dos elementos que compõem o ilícito em questão, no sentido de se comprovar a anuência do candidato ou de sua participação efetiva, sendo inadmissível condenação com base em mera presunção[68].

Por fim, com o intuito de afastar qualquer eventual dúvida, participação presumida não se confunde com condenação por captação ilícita de sufrágio baseada em mera presunção.

Como já dito, a participação presumida é caracterizada pela anuência ou consentimento do candidato em relação à prática dos atos vedados pela lei. Não há

---

[64] ALMEIDA, Roberto Moreira de. **Curso de Direito Eleitoral**. *Op. cit*. p. 396.
[65] MENDONÇA JÚNIOR, Delosmar. Manual de Direito Eleitoral, p. 109. *In:* ALMEIDA, Roberto Moreira de. **Curso de Direito Eleitoral**. *Op. cit*. p. 396-397.
[66] BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. RESPE 36335. rel. Min. Aldir Guimarães Passarinho Junior. Julgamento: 15.02.2011. **Diário da Justiça Eletrônico do Tribunal Superior Eleitoral**: 21.03.2011. Nesse sentido: BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. RESPE 35589. rel. Min. Marcelo Ribeiro. Julgamento: 20.10.2009. **Diário da Justiça Eletrônico do Tribunal Superior Eleitoral**: 11.11.2009; BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. AgR-AI 123547. rel. Min. Aldir Guimarães Passarinho Junior. Julgamento: 16.12.2010. **Diário da Justiça Eletrônico do Tribunal Superior Eleitoral**: 16.02.2011.
[67] BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. RESPE 36335. *Op. cit*. p. 11. Nesse sentido: BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. RO 1539. rel. Min. Joaquim Benedito Barbosa Gomes. Julgamento: 23.11.2010. **Diário da Justiça Eletrônico do Tribunal Superior Eleitoral**: 04.02.2011.
[68] BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. RESPE 36335. *Op. cit*. p. 10-11.

participação direta ou indireta. Pelo contrário, há consentimento explícito nas condutas de aliciamento de votos feitas por terceiro em seu proveito.

Por sua vez, a mera presunção como fundamento de condenação por captação ilícita de sufrágio constitui flagrante ofensa ao ordenamento jurídico em vigor, porque se afasta dos institutos e princípios da teoria geral do processo.

Dessa forma, não se pode fazer tal confusão. A (i) participação presumida é admitida pelo TSE. No entanto, a (ii) mera presunção não pode servir de motivação para condenar candidato com base na captação ilícita de sufrágio, conforme farta jurisprudência do Tribunal[69].

2.2.2. Provas em espécie

Algumas características pontuais vêm sendo determinadas pelo TSE sobre certas provas capazes de demonstrar a prática ilícita em questão. É interessante que se determine algumas dessas especificidades, tendo em vista conferir melhor entendimento das decisões do TSE acerca dos mais diversos comportamentos sociais que permeiam o tema.

Prima facie, vale ressaltar o posicionamento do Tribunal no sentido de que prova exclusivamente testemunhal pode ser admitida para fins de comprovação da captação ilícita de sufrágio. Basta que ela demonstre, consistentemente, a ocorrência do ilícito[70].

Vale lembrar, nesse momento, que testemunha: "[...] é a pessoa que declara ter tomado conhecimento de algo, podendo, pois, confirmar a veracidade do ocorrido, agindo sob o compromisso de estar sendo imparcial e dizendo a verdade"[71].

Ressalte-se, ademais, que a prova testemunhal, para a finalidade em questão, não pode ser vaga, contraditória ou inconclusiva. Pelo contrário, os depoimentos devem ser firmes e coesos, narrando os fatos e suas circunstâncias com apurada similitude, além de demonstrar, com segurança, a ocorrência da captação ilícita de sufrágio[72].

---

[69] Nesse sentido: BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. AgR-AI 123547. rel. Min. Aldir Guimarães Passarinho Junior. Julgamento: 16.12.2010. **Diário da Justiça Eletrônico do Tribunal Superior Eleitoral**: 16.02.2011; BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. RO 1533. rel. Min. Carmen Lucia Antunes Rocha. Julgamento: 14.12.2010. **Diário da Justiça Eletrônico do Tribunal Superior Eleitoral**: 24.02.2011.
[70] BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. AgR-AI 234666. rel. Min. Marcelo Ribeiro. Julgamento: 25.08.2011. **Diário da Justiça Eletrônico do Tribunal Superior Eleitoral**: 23.09.2011.
[71] NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e execução penal**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2006. p. 427.
[72] BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. AgR-AI 234666. *Op. cit.* p. 18.

Portanto, como bem ressaltou o Ministro Arnaldo Versiani, em uma de suas decisões[73]: "de acordo com a jurisprudência deste Tribunal, a comprovação da captação ilícita de sufrágio lastreada exclusivamente em prova testemunhal é perfeitamente admitida, desde que esta demonstre, de maneira consistente, a ocorrência do ilícito eleitoral"[74].

Outra questão interessante acerca das provas em espécie utilizadas para caracterização do ilícito analisado diz respeito à admissibilidade do uso, como meio de prova, de gravação ambiental efetivada por um dos interlocutores[75].

As comunicações ambientais, como bem ensina Denilson Feitoza, são expressões:

> [...] cujo uso tende a se referir às comunicações realizadas diretamente no meio ambiente, sem transmissão e recepção por meios físicos artificiais, como fios elétricos, cabos óticos etc. Nesse sentido, fala-se, por exemplo, em *interceptação ambiental* ou em *gravação ambiental*. Podem ser divididas em comunicações ambientais: g.1) acústicas [...]; g.2) ópticas [...]; g.3) radioelétricas [...]; g.4) eletromagnéticas [...].[76]

Portanto, pode-se conceituar a gravação ambiental como a "captação de conversas orais audíveis realizadas diretamente entre pessoas humanas"[77].

Em relação a esse assunto, a posição majoritária do TSE firma-se no sentido de que a gravação ambiental de diálogos e conversas entre pessoas – tratando-se de fato cujo conhecimento é de apenas uma ou algumas das partes – não configura prova ilícita, ainda mais quando visa à demonstração da prática de ilícito por parte daquele que não tem conhecimento da gravação[78].

Cumpre ressaltar que essa orientação se mostra presente nas decisões de outros Tribunais pátrios, como, por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça – STJ. O Ministro Og Fernandes, do aludido Tribunal, inclusive, proferiu brilhante decisão[79] sobre o tema, que vale a pena ser mencionada.

---

[73] BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. AgR-REspe 29776. rel. Min. Arnaldo Versiani Leite Soares. Julgamento: 21.06.2011. **Diário da Justiça Eletrônico do Tribunal Superior Eleitoral**: 12.08.2011.
[74] *Idem*, p. 7-8.
[75] BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. AgR-AI 76984. rel. Min. Cármen Lúcia Antunes Rocha. Julgamento: 16.12.2010. **Diário da Justiça Eletrônico do Tribunal Superior Eleitoral**: 15.04.2011
[76] PACHECO, Denilson Feitoza. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 5. ed. Niterói. Rj: Impetus. 2008. p. 668.
[77] *Idem*, p. 687.
[78] BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. AgR-REspe 36359. rel. Min. Gilson Lagaro Dipp. Julgamento: 01.07.2011. **Diário da Justiça Eletrônico do Tribunal Superior Eleitoral**: 18.08.2011. Nesse sentido, também: BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. AgR-REspe 36035. rel Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento: 18.03.2010. **Diário da Justiça Eletrônico do Tribunal Superior Eleitoral**: 10.5.2010; BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. AgR-REspe 36992. rel. Min. Cármen Lúcia Antunes Rocha. Julgamento: 19.08.2010. **Diário da Justiça Eletrônico do Tribunal Superior Eleitoral**: 28.09.2010.
[79] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1113734. rel. Min. Og Fernandes. Julgamento: 28.09.2010. **Diário da Justiça Eletrônico do Superior Tribunal de Justiça**: 06.12.2010.

Como se sabe, é proibida pela Constituição Federal a violação do sigilo das comunicações, sem autorização dos interlocutores, tendo em vista o respeito assegurado à intimidade e à vida privada das pessoas, assim como o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas, de acordo com o seu art. 5º, inciso XII.

Contudo, em se tratando de registro de comunicação própria, isto é, em que há tão-somente os interlocutores e a captação é realizada por um deles sem o conhecimento da outra parte, a situação muda de tratamento.

Nos casos em que essa prova tenha sido obtida não com o intuito de violar a intimidade de qualquer pessoa, mas para fins de demonstrar a prática de conduta ilícita por parte de outrem, não há que se falar nos casos mencionados de proteção constitucional.

Como bem ressalta o Ministro Og Fernandes:

> Por não se enquadrar nas hipóteses de proteção constitucional do sigilo das comunicações, tampouco estar disciplinada no campo infraconstitucional, pela Lei 9.296/96, a gravação unilateral feita por um dos interlocutores com o desconhecimento do outro deve ser admitida como prova, em face do princípio da proporcionalidade.[80]

Frise-se que esse é, também:

> [...] o entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal, que reiteradamente tem admitido a gravação ambiental, seja de conversa pessoal ou telefônica, sem o consentimento dos demais, notadamente quando se destinar a fazer prova, em juízo ou inquérito, em favor de quem a gravou.[81]

2.2.3. Desnecessidade de litisconsórcio passivo

Exaurida a maioria das questões atinentes à legitimidade da conduta e à prova no ilícito em análise, cumpre esclarecer um rápido aspecto acerca da desnecessidade de litisconsórcio passivo na condenação por captação ilícita de sufrágio.

Como bem se sabe, ocorre litisconsórcio nos casos em que há a presença de mais de um sujeito em um dos pólos da relação processual. Por sua vez, o litisconsórcio passivo se dá no pólo passivo dessa relação, correspondendo às hipóteses em que convivem vários réus no mesmo processo[82].

---

[80] *Idem*, p. 11.

[81] *Idem, ibidem*. A decisão cita como precedentes do STF sobre o tema: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 503617. rel. Min. Carlos Velloso. Julgamento: 01.02.2005. **Diário da Justiça do Supremo Tribunal Federal**: 04.03.2005; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 578858. rel. Min. Ellen Gracie. **Diário da Justiça Eletrônico do Supremo Tribunal Federal**: 08.08.2009; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 402717. rel. Min. Cezar Peluso. Julgamento: 02.12.2008. **Diário da Justiça Eletrônico do Supremo Tribunal Federal**: 13.02.2009, dentre outros.

[82] ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual do Processo de Conhecimento**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2006. p. 172-173.

É importante que se perceba, nos termos do entendimento do TSE[83], que o artigo 41-A da Lei 9.504/97 abrange ações que ocorrem entre candidato e eleitor. Sendo assim, trata-se de "norma própria destinada principalmente, à proteção da vontade e liberdade do eleitor, com consequências diretas aos candidatos que a desrespeitarem"[84].

Com efeito, é entendimento majoritário do TSE que:

> não há que se falar, portanto, na obrigatoriedade de formação de litisconsórcio entre o candidato e todos aqueles que teriam participado da captação ilícita de sufrágio, os quais deverão responder em processo criminal próprio, onde se verificará a prática ou não do crime previsto no artigo 299 do Código Eleitoral.[85]

Nesse momento, não se pode fazer confusão, contudo, com a formação de litisconsórcio passivo necessário entre os integrantes da chapa majoritária, considerando-se a possibilidade de o vice ser afetado pela decisão proferida contra o titular, nas ações eleitorais em que se cogita a cassação de registro, diploma ou mandato[86].

Antes de qualquer exposição, existe litisconsórcio necessário, nos termos do artigo 47 do Código de Processo Civil[87], quando, por determinação de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver que decidir o conflito de maneira uniforme para todas as partes

Destarte, o litisconsórcio passivo necessário entre titular e vice da chapa é totalmente diferente da não configuração de litisconsórcio de pessoa que pratica a conduta descrita como captação ilícita, muito embora não seja candidato, com a participação deste.

Por fim, vale destacar trecho de decisão do Ministro Arnaldo Versiani sobre o aludido litisconsórcio necessário, a fim de que se clareie de forma definitiva qualquer possível confusão:

> [...] há litisconsórcio necessário entre o titular e o vice, uma vez que, havendo a possibilidade de imposição da pena de cassação no caso concreto, é exigível que o vice figure na demanda, tendo em vista a possibilidade de ele ser afetado pela eficácia da decisão, em razão da indivisibilidade da chapa majoritária.[88]

Reforçando-se, pois, tal posicionamento, há litisconsórcio necessário entre o chefe do Poder Executivo e seu vice nas ações cujas decisões tenham o condão de acarretar a perda do

---

[83] BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. RO 1539. *Op. cit.*
[84] *Idem*, p. 29.
[85] *Idem, ibidem*.
[86] BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. AgR-REspe 35762. rel. Min. Arnaldo Versiani Leite Soares. Julgamento: 29.04.2010. **Diário da Justiça Eletrônico do Tribunal Superior Eleitoral**: 25.05.2010.
[87] *In verbis*: "Art. 47. Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo". BRASIL. Lei **nº 5.869/73**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso: 13.11.2011.
[88] BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. AgR-RESPE 35762. *Op. cit.* p. 7-8.

mandato. Como um efeito desse posicionamento, inclusive, pode ser mencionada a necessidade de o vice ser citado para integrar tais ações.

Isso porque a eficácia da sentença prevista no art. 47 do CPC é de ordem pública, "motivo pelo qual se faz mister a presença, antes do julgamento, de todas as partes em relação às quais o juiz decidirá a lide de modo uniforme"[89].

2.3. Finalidade

Outro elemento configurador se relaciona com a finalidade da conduta do sujeito. É imprescindível que o infrator tenha agido de forma dolosa, isto é, faz-se mister que se comprove ter tido a real intenção de obter o voto do eleitor, por meio da prática ilícita[90].

Em outras palavras, o oferecimento ou a promessa de vantagem ao eleitor deve ser praticado com a finalidade de obter-lhe o voto[91].

Nesse sentido, Marino Pazzaglini Filho ensina que:

> [...] exige-se, pois, a intenção dolosa, a vontade deliberada de 'captação de sufrágio' por meio de oferta de bem ou outra vantagem ao eleitor, de 'troca de voto' por benefícios pessoais de qualquer natureza (dolo específico), ou seja, que a vantagem ou benefício seja dado ou oferecido com expresso pedido de voto.[92]

Surge, então, um elemento muito importante para que se caracterize a captação ilícita de sufrágio: o dolo específico, proveniente da união da necessidade da configuração da intenção dolosa da conduta e da finalidade de obter o voto do eleitor.

Frise-se que a ausência de conjunto probatório concreto para demonstrar a incidência do dolo específico implica a não caracterização da captação ilícita de sufrágio, tendo em vista a sua indispensabilidade para tanto[93].

Nesse sentido, cumpre ressaltar o §1º do artigo 41-A da Lei das Eleições, acrescentado pela Lei nº 12.034/09: "Para a caracterização da conduta ilícita, é desnecessário o pedido explícito de votos, bastando a evidência do dolo, consistente no especial fim de agir"[94].

---

[89] BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. RESPE 35292. rel. Min. Felix Fischer. Julgamento: 22.09.2009. **Diário da Justiça Eletrônico do Tribunal Superior Eleitoral**:15.10.2009. *In*:Informativo TSE 29/2009.
[90] ALMEIDA, Roberto Moreira de. **Curso de Direito Eleitoral**. *Op. cit*. p. 432.
[91] PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Eleições gerais 2010: elegibilidade e inelegibilidades, registro de candidatos...** *Op. cit*. p. 134.
[92] *Idem, ibidem*.
[93] Nesse sentido: BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. AgR-AI 8857. rel. Min. José Delgado. Julgamento: 21.02.2008. **Diário da Justiça do Tribunal Superior Eleitoral**: 11.03.2008.
[94] BRASIL. **Lei nº 9.504/97**. *Op. cit.* Acesso: 31.10.11.

Por isso é que se exige, para a caracterização do ilícito, prova robusta da finalidade de obter o voto do eleitor, e não apenas indícios ou presunções[95]. A intenção dolosa é, portanto, imprescindível para a sua configuração.

Ainda que não exija, como já demonstrado, a potencialidade lesiva, a captação ilícita de sufrágio precisa de prova de que a benesse foi oferecida em troca de voto[96].

Vale destacar que o TSE, inclusive, vem decidindo no sentido de que caso o elemento subjetivo – dolo específico – do tipo esteja provado, é indiferente, para fins de configuração do ilícito, a existência de habitualidade ou não na realização da conduta[97].

Ademais, ao se exigir que a conduta do candidato tenha por finalidade a obtenção do voto do eleitor, pode parecer que a configuração da captação ilícita fica condicionada à prova de pedido explícito nesse sentido. Entretanto, o TSE firmou orientação diversa.

A jurisprudência do Tribunal, antes até da edição e vigência da Lei 12.034/09, já se determinava no sentido de que, para a caracterização do ilícito, é desnecessário o pedido explícito de voto, bastando o consentimento do candidato e a evidência do especial fim de agir[98].

No entanto, frise-se a necessidade de que o oferecimento de bens ou de vantagens seja condicionado à obtenção do voto. Dessa forma, a simples realização de um evento, p. ex., no qual esteja presente o candidato, não caracteriza, por si só, captação ilícita de sufrágio[99].

Destarte, por fim, não se deve confundir oferecimento de bens ou vantagens para obtenção do voto com mecanismos de organização de campanha.

É inegável que o candidato planeja suas estratégias de campanha, tendo como resultado a prática de certos atos voltados à sua estrutura e organização. Desde que não

---

[95] BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. RESPE 36335. *Op. cit.* p. 12.

[96] BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. RCED 665. rel. Min. Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira. Julgamento: 10.03.2009. **Diário da Justiça Eletrônico do Tribunal Superior Eleitoral**: 01.04.2009.

[97] Nesse sentido: BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. RO 773. rel. Min. Humberto Gomes de Barros. **Diário da Justiça do Tribunal Superior Eleitoral**: 6.5.2006; BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Ag-RRESPE 26101. rel. Min. Cezar Peluso. Julgamento: 27.11.2007. **Diário da Justiça do Tribunal Superior Eleitoral**: 17.12.2007.

[98] BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. AgR-AI 392027. rel. Min. Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira. Julgamento: 05.04.2011. **Diário da Justiça Eletrônico do Tribunal Superior Eleitoral**: 15.06.2011. Nesse sentido: BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. RO 1635. rel. Min. Marcelo Henriques Ribeiro. Julgamento: 30.06.2008. **Diário da Justiça Eletrônico do Tribunal Superior Eleitoral**: 18.09.2009; BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. AG 7530. rel. Min. Joaquim Barbosa. Julgamento: 29.08.2008. **Diário da Justiça Eletrônico do Tribunal Superior Eleitoral**: 03.09.2008; BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. RESPE 28292. rel. Min. Carlos Eduardo Caputo Bastos. Julgamento: 11.03.2008. **Diário da Justiça do Tribunal Superior Eleitoral**: 17.03.2008.

[99] BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. RO 2311. rel. Min. Marcelo Henriques Ribeiro. Julgamento: 06.10.2009. **Diário da Justiça Eletrônico do Tribunal Superior Eleitoral**: 26.10.2009. *In*: Informativo TSE 31/2009.

tenham a finalidade de atingir o eleitor, com a intenção dolosa de se beneficiar com seu voto, não há que se falar na configuração do ilícito.

Com efeito, a distribuição de camisetas, por exemplo, única e exclusivamente para cabos eleitorais não caracteriza a concessão de vantagem a eleitor específico, mas mecanismo de organização de campanha[100].

Da mesma forma, a distribuição de combustível para os mesmos cabos eleitorais participarem de ato lícito de campanha não caracteriza captação ilícita de sufrágio[101]. Isso porque, como já exaustivamente demonstrado, a jurisprudência do TSE exige prova de que a conduta foi praticada com a finalidade de troca de votos.

Por sua vez, caracteriza, entretanto, o ilícito em questão a prática de compra de votos por distribuição de combustível a eleitores para participarem de carreata, quando houver pedido explícito ou implícito de voto[102].

Portanto, pode-se afirmar que o liame existente entre mecanismos de campanha e captação ilícita de sufrágio é caracterizado pela finalidade da conduta: de obter ou não a troca de votos.

2.4. Lapso temporal

Em final, o último elemento configurador da captação ilícita de sufrágio consubstancia-se no fato de ser indispensável apurar que a prática ilícita tenha sido efetivada após o registro da candidatura até o dia da eleição, nos termos do art. 41-A da Lei 9.504/97.

Pela simplicidade da questão, a única observação que se impõe é a de que o TSE, desde muitos anos, já definiu a orientação de que, para a configuração do ilícito, o termo inicial é o pedido de registro da candidatura, e não o seu deferimento[103].

Cumpre destacar, por fim, as razões acolhidas pelo Tribunal para se posicionar dessa forma, resumidas pelo relator da primeira decisão[104] sobre o tema:

> [...] desde que o candidato está autorizado a desenvolver sua campanha eleitoral antes do deferimento do registro de sua candidatura, não me parece legítimo isentá-

---

[100] BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. RCED 719. rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento: 23.06.2009. **Diário da Justiça Eletrônico do Tribunal Superior Eleitoral**: 1.09.2009. *In*: Informativo TSE 26/2009.

[101] BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. AgR-RCED 726. rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento: 08.10.2009. **Diário da Justiça Eletrônico do Tribunal Superior Eleitoral**: 03.11.2009. *In*: Informativo TSE 32/2009.

[102] BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. AgR-REspe 35933. rel. Min. Felix Fischer. Julgamento 10.12.2009. **Diário da Justiça Eletrônico do Tribunal Superior Eleitoral**: 10.02.2010. *In*: Informativo TSE 41/2009.

[103] BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. RESPE 19566. *Op. cit*.

[104] BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. RESPE 19229. rel. Min. Fernando Neves. Julgamento: 15.02.2001. **Diário da Justiça do Tribunal Superior Eleitoral**: 05.06.2001.

> lo das penas aplicáveis pela eventual prática da grave conduta descrita no referido art. 41-A, se essa se der entre o pedido e o deferimento [do registro].[105]

3. Breves considerações procedimentais

Não obstante o objetivo do presente estudo seja abordar as mais diversas características da captação ilícita de sufrágio enquanto norma jurídica material, faz-se pertinente a exposição de breves considerações procedimentais sobre o tema.

De início, nota-se que a Justiça Eleitoral deve utilizar o procedimento da ação de investigação judicial eleitoral (AIJE), propugnado pelo art. 22 da Lei Complementar 64/90, para a apuração das condutas ilícitas e, eventualmente, aplicação das sanções previstas em lei[106].

Ressalte-se que (i) o prazo máximo para o seu ajuizamento é a data da diplomação, nos termos do art. 41-A, §3º da Lei nº 9.504/97 e (ii) os legitimados para a propositura da ação são candidato, partido ou coligação ou Ministério Público Eleitoral.

A AIJE é uma ação civil-eleitoral de conhecimento, que se destina a apurar certos comportamentos em campanha eleitoral que, por causa de abuso e influência dos poderes econômico, político ou administrativo, podem prejudicar a liberdade de voto, a isonomia entre candidatos e a lisura das eleições[107].

Ela pode ser ajuizada para a persecução de diversas transgressões eleitorais: (i) abuso do poder econômico e político em detrimento da liberdade de voto; (ii) utilização indevida de veículos e meios de comunicação social; (iii) arrecadação e gastos ilícitos de recursos na campanha eleitoral e (iv) captação ilícita de sufrágio[108].

Quanto a esse último ilícito eleitoral – que interessa ao estudo proposto – os efeitos postulados são a cassação do registro ou diploma e a aplicação da multa[109].

Com efeito, pode-se afirmar que:

> [...] julgada procedente ação eleitoral que cuida da captação ilícita de sufrágio, serão aplicados, **cumulativamente**, as sanções de multa e de cassação do registro do candidato corruptor ou do seu diploma, caso, por ocasião da sentença, já tenha sido expedido.[110] (grifo nosso)

---

[105] *Idem*, p. 3.
[106] ALMEIDA, Roberto Moreira de. **Curso de Direito Eleitoral**. *Op. cit.* p. 434.
[107] PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Eleições gerais 2010: elegibilidade e inelegibilidades, registro de candidatos...** *Op. cit.*. p. 125.
[108] *Idem, ibidem.*
[109] *Idem*, p. 126.
[110] *Idem*, p. 135.

Contudo, como se pode perceber, a sentença que julga procedente a AIJE que cuida do ilícito em questão não submete o candidato cassado à pena de inelegibilidade.

Nesse sentido, afastando argumentos que interpretavam inconstitucional o art. 41-A, por, supostamente, tratar-se de nova hipótese de inelegibilidade criada por lei ordinária e não por lei complementar, como exige a Constituição, o STF[111] já enfrentou o tema.

Como bem ressaltado pela Suprema Corte:

> [...] a sanção de cassação de registro ou do diploma cominada pelo art. 41-A da Lei nº 9.504/97 não se confunde com a declaração de inelegibilidade diante da ocorrência de alguma das hipóteses definidas no art. 14 da Constituição e na Lei Complementar nº 64/90.

Sendo assim:

> as sanções de cassação do registro ou do diploma previstas pelo art. 41-A da Lei nº 9.504/97 não constituem novas hipóteses de inelegibilidade. [...] A captação ilícita de sufrágio é apurada por meio de representação processada de acordo com o art. 22, incisos I a XIII, da Lei Complementar nº 64/90, [...] pois **não implica a declaração de inelegibilidade**, mas apenas a cassação do registro ou do diploma [..].[112]

Em outras palavras, pode-se afirmar que a punição decorrente da captação ilícita de sufrágio se restringe às eleições nas quais fora verificada, não implicando o seu reconhecimento, por si só, a inelegibilidade do candidato condenado[113].

Vale ressaltar que, em consonância com tal entendimento, a sentença que julgue procedente a representação por captação ilícita de sufrágio tem eficácia imediata, tendo em vista não implicar inelegibilidade[114]. No que diz respeito, inclusive, a essa execução imediata não há qualquer divergência nas decisões TSE[115].

Mesmo assim, é possível que o recurso eleitoral, interposto contra a referida sentença, no prazo de três dias, contados a partir da data da publicação do julgamento no DJe (art. 41-A, § 4º), seja recebido com efeito suspensivo, quando presentes os pressupostos do perigo na demora e da plausibilidade do direito[116].

---

[111] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3592. rel. Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 26.10.2006. **Diário da Justiça do Supremo Tribunal Federal**: 2.02.2007.
[112] *Idem, ibidem*.
[113] PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Eleições gerais 2010: elegibilidade e inelegibilidades, registro de candidatos...** *Op. cit.*. p. 135.
[114] *Idem, ibidem*.
[115] BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. AgR-AC 41069. rel. Min. Arnaldo Versiani Leite Soares. Julgamento: 06.10.2011. **Diário da Justiça Eletrônica do Tribunal Superior Eleitoral**: 11.11.2011.
[116] PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Eleições gerais 2010: elegibilidade e inelegibilidades, registro de candidatos...** *Op. cit.*. p. 135. Essa é a orientação predominante no TSE, conforme se depreende a seguir: "Em regra, os recursos eleitorais são recebidos tão somente no efeito devolutivo. Admite-se o recebimento do recurso no duplo efeito apenas excepcionalmente, desde que pleiteado mediante ação cautelar na qual fique evidenciada a presença de *fumus boni juris* e *periculum in mora*. Precedentes: AgR-AI n° 10.157/SC, DJE de 20.2.2009; AgR - A C n° 3.000/MT, DJE de 15.12.2008, ambos de minha relatoria." (BRASIL. Tribunal Superior

Ressalte-se que essa é a única forma de se suspender a execução imediata da aludida sentença. Destarte, "não evidenciada a relevância dos fundamentos da ação cautelar, não se deve suspender a execução de acórdão regional que julgou procedente representação por captação ilícita de sufrágio"[117].

Ademais, nas hipóteses de decisão posterior às eleições governamentais ou presidenciais que reconhece a captação ilícita de sufrágio, os votos obtidos pelo candidato infrator, diplomado ou empossado, e computados a ele na eleição, são anulados, devendo ser desconstituídos o seu mandato e o do vice da sua chapa[118].

Marino Pazzaglini Filho ressalta que:

> Resulta, daí, na hipótese da nulidade atingir mais da metade dos votos válidos, a realização de novo pleito e, no caso de anulação de menos de 50% dos votos válidos, a posse do candidato a Governador ou Presidente segundo colocado na contagem de votos, com seu respectivo vice. [...] **da renovação do pleito (novo escrutínio) não poderá participar quem haja dado causa à nulidade das eleições**. (grifo nosso)[119]

Por fim, cumpre destacar que nas eleições pelo sistema proporcional, os votos recebidos pelo candidato ao parlamento, que teve o seu diploma cassado pela verificação do ilícito, serão contabilizados em favor do partido pelo qual tiver sido feito o seu registro (art. 175, § 4º do Código Eleitoral).

4. Captação ilícita de sufrágio: questões pertinentes

4.1. Iniciativa popular

A origem dos ditames da captação ilícita de sufrágio demonstra o exercício do poder pelo povo de maneira direta, tendo em vista a Lei nº 9.840/99, que acrescentou à Lei nº 9.504/97 a figura do ilícito, ser oriunda de iniciativa popular.

Várias entidades da sociedade civil, coordenadas pela Ordem dos Advogados do Brasil – OAB e pela Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB, com intuito de combater a corrupção eleitoral, buscaram nas ruas a colheita de assinaturas suficientes para dar início ao projeto de iniciativa popular[120].

Eleitoral. AgR-AC 3346. rel. Min. Felix Fischer. Julgamento: 12.11.2009. **Diário da Justiça Eletrônica do Tribunal Superior Eleitoral**: 01.02.2010.

[117] BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. AgR-AC 41069. *Op. cit.*

[118] PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Eleições gerais 2010: elegibilidade e inelegibilidades, registro de candidatos...** *Op. cit.*. p. 136.

[119] *Idem, ibidem*.

[120] ALMEIDA, Roberto Moreira de. **Curso de Direito Eleitoral**. *Op. cit*. p. 430.

Após a obtenção de incríveis um milhão, trinta e nove mil, cento e setenta e cinco adesões de eleitores de todos os locais do país, foi apresentado projeto de lei ao Congresso Nacional, cuja conversão na Lei nº 9.840 se deu em 28 de setembro de 1999[121].

Com efeito, o fato de a captação ilícita de sufrágio se originar de projeto de lei de iniciativa popular constitui caráter tão importante na democracia brasileira que as próprias decisões do TSE vêm admitindo essa qualidade.

Em uma[122] das decisões do Tribunal, inclusive, o Ministro José Delgado concluiu pela:

> [...] impossibilidade de se ignorar a vontade da cidadania, expressada nas mensagens do art. 41-A. Este Tribunal vem construindo, cada vez mais, fortalecendo a vontade da cidadania, porque, como nós sabemos, foi originário de mensagem do povo, com 1,5 milhão de assinaturas.

4.2. Corrupção eleitoral: art. 299 do Código Eleitoral

Em final, é pertinente que se proceda à adequada diferenciação entre a captação ilícita de sufrágio e a corrupção eleitoral. Isso porque a leitura do art. 299[123] do Código Eleitoral pode causar confusão entre os aludidos ilícitos, muito embora ela não exista.

A corrupção eleitoral, prescrita no art. 299 do referido Código, também tem como escopo garantir que se elimine o comércio ilícito de voto, que coloca em risco a própria estrutura da democracia, tutelando penalmente o direito à liberdade de votar[124].

Além disso, o mencionado artigo é dotado de múltiplas condutas que retratam um único crime em duas vertentes: (i) a corrupção ativa eleitoral e (ii) a corrupção passiva eleitoral. Sua caracterização se dá a partir de uma negociação envolvendo duas partes para votar em candidato determinado, que pode ou não ser o agente corruptor[125].

Portanto, o objeto material dos dois ilícitos é o mesmo[126]. O bem juridicamente tutelado também: a liberdade de voto. Entretanto, não há que se falar em exclusão de um em detrimento do outro.

Nesse sentido, por fim, Leonardo Schmitt de Bem e Mariana Garcia Cunha ensinam que:

---

[121] *Idem, ibidem*.
[122] BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. RESPE 26118. *Op. cit.* p. 16.
[123] BRASIL, **Lei nº 4.737/65**. "Art. 299. 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: Pena - reclusão até quatro anos e pagamento de cinco a quinze dias-multa". Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm>. Acesso: 14.11.2011.
[124] BEM, Leonardo Schmitt de; CUNHA, Mariana Garcia. **Direito Penal Eleitoral**. *Op. cit.* p. 89.
[125] *Idem, ibidem*.
[126] *Idem*, p. 96.

> [...] a jurisprudência e a doutrina são majoritárias em afirmar que a apuração do crime eleitoral previsto no art. 299 do Código Eleitoral não exclui a possibilidade da aplicação das punições decorrentes da captação ilícita de sufrágio, porque entendem que são esferas diferentes e independentes.[127]

Sendo assim, fica fácil entender a principal distinção entre a captação ilícita de sufrágio e a corrupção eleitoral: a caracterização daquela repercute tão-somente na esfera eleitoral, enquanto que a configuração desta implica efeitos no âmbito penal.

Conclusão

Ciente de que o poder político, o uso intensivo dos meios de comunicação e o poder econômico, sobretudo, influenciam no resultado da eleição, a captação ilícita de sufrágio, como mecanismo de garantia à liberdade de votar do eleitor, revela sua grande importância no ordenamento jurídico eleitoral.

A partir de seu fundamento, percebe-se a importância de princípios de direito como a moralidade e a proporcionalidade, que, além de orientar sua aplicação, por diversas vezes confundem-se com seu próprio conteúdo.

Ademais, no que diz respeito à regra de captação ilícita de sufrágio, presente no art. 41-A da Lei nº 9.504/97, é imprescindível a demonstração de quatro elementos configuradores: (i) a prática de uma conduta punível; (ii) a legitimidade da conduta; (iii) a finalidade dolosa e (iv) o lapso temporal.

Configura-se, inclusive, o ilícito eleitoral nos casos de prova robusta da participação do candidato, de maneira: (i) direta, quando ele próprio realiza as condutas anteriormente descritas; (ii) indireta, quando ele atua por intermédio de terceiros; ou (iii) presumida, quando se demonstra a sua ciência ou anuência à prática dos atos vedados.

Ressalte-se que é preciso, dentre outros aspectos, apurar, em sede de ação de investigação judicial eleitoral (AIJE), que a prática ilícita tenha sido efetivada após o pedido de registro da candidatura até o dia da eleição, com o intuito de se cassar o registro ou diploma do candidato e aplicar-lhe multa, sempre observados os ditames da proporcionalidade.

Além disso, cumpre destacar que a origem dos ditames da captação ilícita de sufrágio demonstra o exercício do poder pelo povo de maneira direta, tendo em vista a Lei nº 9.840/99, que acrescentou à Lei nº 9.504/97 a figura do ilícito, ser oriunda de iniciativa popular. Esse

---

[127] *Idem*, p. 98.

fato é tão importante que o próprio TSE vem, em suas decisões, reiterando a impossibilidade de se ignorar a vontade da cidadania expressada na positivação do ilícito.

Por fim, mister se faz constatar que o reconhecimento da captação ilícita de sufrágio significou grande avanço da legislação eleitoral, tendo em vista o prestígio à liberdade de intenção de voto do eleitor.

Ademais, isso mostra para a população a necessidade de se fazer protagonista no processo de participação e controle do poder político, no sentido de buscar, sempre, o aperfeiçoamento da democracia brasileira.

Referências

ALMEIDA, Roberto Moreira de. **Curso de Direito Eleitoral**. 5. ed. Salvador: Editora *Jus*PODIVM. 2011.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual do Processo de Conhecimento**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2006.

BEM, Leonardo Schmitt de; CUNHA, Mariana Garcia. **Direito Penal Eleitoral**. 2. ed. São Paulo: Conceito Editorial. 2011.

BRASIL. **Lei nº 4.737/65**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm>. Acesso: 14.11.2011.

_____. **Lei nº 5.869/73**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso: 13.11.2011

_____. **Lei nº 9.504/97**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm>. Acesso em 30.10.2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Diário da Justiça Eletrônico do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em < https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/init>.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Diário da Justiça Eletrônico do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJusticaEletronico/pesquisarDiarioEletronico.asp>.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. **Diário da Justiça Eletrônico do Tribunal Superior Eleitoral**. Disponível em <http://www.tse.gov.br/sadJudDiarioDeJusticaConsulta/>.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2005

MATTOS, Rafael de Medeiros Chaves. Captação ilícita de sufrágio à luz da Lei 12.034/2009: novos elementos, novo ilícito e sua aplicação. **Revista do advogado**. São Paulo. n. 109. p 100-110. ago. 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2010.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira. Abuso de Poder no Processo Eleitoral. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte. n. 100. p. 155-172. jan./ jun. 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e execução penal**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2006.

PACHECO, Denilson Feitoza. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 5. ed. Niterói. Rj: Impetus. 2008.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Eleições gerais 2010: elegibilidade e inelegibilidades, registro de candidatos...** São Paulo: Atlas. 2010.

RAMAYANA, Marcos. **Captação de sufrágio**. Disponível em: < http://www.mp.ba.gov.br/atuacao/caocif/eleitoral/dourinas/orientacoes/captacao_ilicita_de_sufragio.PDF>. Acesso em 14.11.2011.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2008.

Artigo recebido em: 01/03/2012

Artigo aprovado em: 27/03/2012