

Antônio Augusto Mayer dos Santos

Campanha ELEITORAL

Teoria e prática

4^a edição
Revista, ampliada
e atualizada

2024

 EDITORA
*Jus*PODIVM

www.editorajuspodivm.com.br

CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO (ART. 41-A)

14.1. EXCLUSÃO DE TERCEIRO NÃO CANDIDATO

Voto, do substantivo *votum*, desdobrado do verbo *votare*, significa prometer, escolher. Captação, igualmente do latim, *captatio*, de *captare*, expressa apanhar, tomar. O art. 41-A da Lei nº 9.504/97 tem como finalidade a proteção da liberdade de sufrágio para garantir ao eleitor o direito de votar livremente, destituído de influências sociais, materiais e outras. A regra almeja reprimir a mercancia eleitoral, na linguagem corrente, a *compra de voto*.

Para Edson de Resende CASTRO, “(...) a captação ilícita do sufrágio, prevista no art. 41-A, ganhou expressiva importância no cenário eleitoral, tendo em vista o número significativo de casos que são levados à apreciação da Justiça Eleitoral. tornou-se um importante instrumento de moralização das campanhas eleitorais, de combate à corrupção do eleitorado e, portanto, de prevalência da liberdade de escolha do eleitor” (2012, p. 360). Em complemento, como bem observou o tratadista português José Joaquim Gomes CANOTILHO (2010, p. 303), o princípio da Liberdade do Voto precisa “garantir ao eleitor o exercício de voto sem qualquer coação física ou psicológica de entidades públicas ou de entidades privadas”.

O TSE, ao interpretar o dispositivo, consignou: “O artigo 41-A visa a proteger a liberdade de voto do cidadão eleitor contra a compra de voto,

contra o oferecimento de qualquer tipo de bem ou vantagem que venha a levar o eleitor a votar naquele que lhe corrompe, que lhe deforma, a vontade livre do seu voto” (AgR-RESpe nº 36.601/GO, DJE de 18/04/2011, p. 40). Indissociavelmente atrelado a esse contexto, um dos deveres do Estado é zelar pela lealdade processual. Desta feita, visando evitar os percalços causados por uma ação infundada ou temerária, previamente ao mérito da imputação, é inarredável, no plano preliminar, proceder na verificação da legitimidade passiva daqueles que figuram como acusados nas demandas relativas à prática de captação ilícita de sufrágio. A aplicação desta regra reflete um aspecto essencial do Devido Processo Legal que não pode ser relativizado.

Consta ao mencionado dispositivo da Lei das Eleições: ”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 UFIR¹, 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”.

Relativamente ao voto do eleitor, a regra, em termos claros, exprimiu vedação *numerus clausus* para quatro condutas envolvendo bens e vantagens pessoais de qualquer natureza:

- Doação;
- Oferecimento;
- Promessa; ou
- Entrega.

Como se viu, o texto legal previu punições exclusivamente ao candidato. O esboço histórico do processo legislativo deflagrado na Câmara dos Deputados a partir de iniciativa popular organizada pela Comissão Brasileira Justiça e Paz (CBJP) da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) registra a rejeição da versão original contida ao Projeto de Lei nº 1.517-A/99 prevendo a pluralidade de agentes. A locução “*o candidato ou alguém por ele*” foi rejeitada durante a sua tramitação. Em 08/09/1999, acolhendo sugestões apresentadas por integrantes da Comissão de Constitui-

1. Extinta pela Lei nº 10.522/02.

ção e Justiça, o relator retirou-a definitivamente do PL (*Diário da Câmara dos Deputados*, 15/09/1999, p. 41599)².

Cravada a redação vigente, o legislador optou restringir o agente ativo da conduta infracional ao partícipe que disputa o pleito e, nesta condição, pratica diretamente ou anui à ilicitude. Se apropriada ou não, o certo é que a norma não mencionou a possibilidade de responsabilização do terceiro envolvido nos ilícitos do art. 41-A. Respeitados os entendimentos erigidos em sentido diverso, mas diante da taxatividade com que está redigida, a disposição legal autoriza o intérprete concluir que os demais partícipes da infração perpetrada que não concorrem a cargo eletivo não podem constar como representados relativamente ao seu descumprimento. À vista disso, não há como equiparar situações distintas. "O tipo do art. 41-A da Lei nº 9.504/97 requer que o candidato realize as condutas ali capituladas, delas participe, ou a elas anua explicitamente" (AgRg-Ag nº 5.881/MS, DJ de 22/06/2007).

Da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral colhe-se persuasivo pronunciamento³ em torno do tema:

RECURSO ORDINÁRIO. ELEIÇÕES 2010. REPRESENTAÇÃO. ARTIGO 41-A DA LEI Nº 9.504/97. PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DO TERCEIRO NÃO CANDIDATO.

2. A partir do histórico legislativo da matéria, os debates parlamentares ocorridos na sessão plenária de 22/09/1999 referem emenda apresentada pelo deputado Roberto Batochio (SP), apoiada pelos líderes partidários. Na oportunidade, o proponente expôs que "Do ponto de vista técnico, quero crer que a redação do art. 41-A. da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997 e também as alterações introduzidas pelo texto da Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965, que é o Código Eleitoral, conseguiram atingir o melhor possível ao longo de uma negociação em que presidiu o interesse em servir à causa pública, em que dominou o espírito de obter o consenso, para que efetivamente pudéssemos aperfeiçoar o nosso processo eleitoral. O art. 41-A ficou redigido de maneira objetiva, clara e explícita, de modo a não ensejar qualquer dúvida quanto à sua interpretação" (*Diário da Câmara dos Deputados*, Ano LIV, nº 154, p. 43576).
3. Impende registrar que esse entendimento, o qual remonta ao Recurso em Habeas Corpus nº 46 (RTSE 14 (1)25), continua sendo prestigiado, conforme evidenciam os julgados a seguir registrados:
 ELEIÇÕES 2014 - RECURSOS ORDINÁRIOS. CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES TEMPORÁRIOS EM PROL DA CANDIDATURA DA IRMÃ DO PREFEITO. CONFIGURAÇÃO DO ABUSO DE PODER E CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. INSUFICIÊNCIA DO CONJUNTO PROBATÓRIO, PARA A RESPONSABILIZAÇÃO DE CANDIDATO A DEPUTADO FEDERAL RESCISÃO DE CONTRATOS TEMPORÁRIOS APÓS AS ELEIÇÕES E ANTES DA POSSE, DOS ELEITOS. CONFIGURAÇÃO DE CONDUTA VEDADA NO CASO CONCRETO APESAR DE NÃO PRATICADA NA CIRCUNSCRIÇÃO DO PLEITO. IMPOSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO DE MULTA AO NÃO CANDIDATO.
 (...) Impossibilidade da condenação do não candidato por captação ilícita de sufrágio. 13. Somente o candidato tem legitimidade para responder pela captação ilícita de sufrágio prevista no art. 41-A da Lei nº 9.504/1997. Precedentes do TSE. (...). (RO nº 2229-52/AP, rel^a. Min^a. Rosa Weber, DJE de 14/09/2018).
 ELEIÇÕES 2014 - DEPUTADO ESTADUAL. RECURSO ORDINÁRIO. REPRESENTAÇÃO. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. IMPROCEDÊNCIA. PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE RECURSAL AFASTADA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DE TERCEIRO. NÃO CANDIDATO. AUSÊNCIA DE PROVAS ROBUSTAS. MANUTENÇÃO DO ACÓRDÃO REGIONAL. DESPRÓVIMENTO. (RO nº 1334-25, rel^a. Min^a. Luciana Lóssio, DJE de 06/03/2017).

RECONHECIDA. PRECEDENTE. CANDIDATO A DEPUTADO ESTADUAL. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. AUSÊNCIA DE PROVA ROBUSTA E INEQUÍVOCA. RECURSO ORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.

1. O terceiro não candidato não tem legitimidade para figurar no polo passivo da representação calcada no artigo 41-A da Lei nº 9.504/97. Precedente.
2. O conjunto fático-probatório - prova testemunhal e material - não é suficiente para a caracterização da prática de captação ilícita de sufrágio, preconizada no artigo 41-A da Lei das Eleições.
3. Recurso ordinário conhecido e provido.⁴

O fato de não ser o candidato, e sim um terceiro a *prometer, doar, oferecer* ou *entregar* ao eleitor algum bem ou vantagem de natureza pessoal com a finalidade de obter-lhe o voto, não desnatura a representação encetada porquanto o ilícito de campanha foi perpetrado por este último em nome e em função daquele primeiro, beneficiário direto da conduta abusiva. Por conta disso, a medida subsiste para a apuração e responsabilização daquele que restou eleitoralmente beneficiado, o qual, ante a procedência da representação, está sujeito à cassação do seu registro ou diploma, ao passo que “Não há o que se cassar do terceiro”, anotou o Recurso Especial Eleitoral nº 39364-58/MS.

Essa linha de interpretação, tal como reiteradamente enfatizada pela jurisprudência, é a que melhor se ajusta ao apenamento previsto quando o escopo do legislador foi o de afastar, da disputa ou do mandato, o candidato que praticou a conduta reprimida.

Noutra banda, sendo as sanções relacionadas pelo art. 41-A fixas e cumulativas, não há possibilidade jurídica de aplicação da multa como pena autônoma para a inclusão de terceiros no polo passivo da representação, consoante entendimento pacificado no Tribunal Superior Eleitoral⁵. Vale dizer: o órgão julgador competente não possui liberalidade para aplicar somente a sanção pecuniária.

Nesse sentido, dado o seu enfoque, trecho do voto do relator no AgR-RCED nº 707/RJ, DJE de 31/05/2012, sublinhou: “A cominação prevista

4. TSE, RO nº 692966/RJ, DJE de 30/05/2014.

5. Dentre outros, refiram-se os seguintes arestos do TSE: AgRgRO nº 413237/AM, DJE de 30/06/2015; ED-RO nº 151012/AP, DJE de 27/03/2014; AgRREspe nº 25579768/SP, DJE 28/02/2014; AgRREspe nº 9559743-77/CE, DJE de 28/08/2013, AgRREspe nº 958697009/CE, DJE de 21/08/2013.

no artigo 41-A da Lei nº 9.504/97 é dupla. No caso, não se abre ensejo, na ação, ao requerimento de aplicação da penalidade de multa ou de cassação. Configurada a captação ilícita de sufrágio, o pedido, necessariamente, deve aludir à imposição de multa e de cassação. É o que decorre, considerado o conectivo “e”, a unir a previsão desta àquela. Admitir o prosseguimento da ação apenas tendo em conta a imputação da penalidade pecuniária, alijando-se a cassação, ofende o dispositivo legal aduzido”⁶.

Diante dos contornos desse instituto repressivo, capaz de revogar o resultado das urnas, cassar mandatos, impor multas elevadas e gerar a inelegibilidade do infrator pelo lapso de oito anos (LC nº 135/10, art. 1º, I, j), o contido no art. 41-A da Lei nº 9.504/97 não pode ser interpretado a ponto de ter os seus preceitos ampliados. É descabida a imposição de vedações não previstas pela ordem jurídica. Uma regra elementar decorrente da hermenêutica constitucional estabelece a proibição de se interpretar ampliativamente uma norma restritiva de direitos. Não resta dúvida, portanto, de que aludida disciplina incide plenamente à captação ilícita de sufrágio, configurando circunstância impeditiva ao alargamento do polo passivo da imputação, sob pena da atuação arbitrária do Estado. Como anotou Alberto ROLLO (2002, pp. 191), “O ato praticado tem que ser personalíssimo, tem que ser praticado pela pessoa que se pretende punir, no caso, o candidato”.

Ao contrário de uma solução simplista como podem cogitar alguns, a inaplicabilidade do art. 41-A aos não candidatos não é sinônimo de incentivo para que candidatos se valham de interpostas pessoas para efetivar práticas ilícitas. E isso se dá por uma razão elementar: as demais responsabilidades do terceiro infrator deverão ser apuradas, *ope legis*, nas vias processuais próprias. O ordenamento eleitoral alcança o infrator noutras esferas não menos importantes e severas. Para Adriano Soares da COSTA (2002, pp. 483), “quem pode cometer o ato ilícito art. 41-A da Lei nº 9.504/97 é o candidato, e apenas ele. Se alguém, em nome dele, promete, doa, oferece ou entrega ao eleitor algum bem ou vantagem pessoal, com a finalidade de obter-lhe o voto, comete abuso de poder econômico ou corrupção, mas não captação de sufrágio”, conforme especificou.

Neste diapasão, torna-se importante assinalar que a regra do inciso XVI do art. 22 da Lei Complementar nº 64/90, alterada pela Lei Complementar nº 135/10, prevê a declaração de “inelegibilidade do representado e de quantos hajam contribuído para a prática do ato”:

6. Na mesma linha: AgR-AgR-AI nº 1329-58/RJ, j. 07/11/2013; AgR-REspe nº 958697009/CE, DJE de 21/08/2013.

REPRESENTAÇÃO. INVESTIGAÇÃO JUDICIAL. ALEGAÇÃO. ABUSO DO PODER POLÍTICO E DE AUTORIDADE. ATOS DE CAMPANHA EM EVENTO OFICIAL. INFRAÇÃO AOS ARTS. 73, I, E 74 DA LEI Nº 9.504/97. PRELIMINARES. INÉPCIA DA INICIAL. CARÊNCIA DA AÇÃO. AUSÊNCIA DE CANDIDATURA FORMALIZADA. REJEIÇÃO. FALTA DE COMPROVAÇÃO. POTENCIALIDADE. DESEQUILÍBRIO. RESULTADO DO PLEITO. IMPROCEDÊNCIA. ARQUIVAMENTO.

(...).

Na hipótese de a investigação judicial ser julgada procedente, a sanção de inelegibilidade alcança o candidato beneficiado e todos os que hajam contribuído para a prática do ato abusivo, nos termos do inciso XIV do art. 22 da Lei Complementar no 64/90.

É pacífica a jurisprudência do TSE no sentido de que a ação de investigação judicial pode ter como objeto fato ocorrido em momento anterior ao da escolha e registro do candidato

O abuso do poder apenado pelo art. 22 da Lei das Inelegibilidades se configura quando há a comprovação da efetiva potencialidade do ato irregular para influir no resultado do pleito.⁷

Na esteira pretoriana, aludida conclusão, a despeito de cível-eleitoral, é extensível à seara criminal. O art. 299 do Código Eleitoral não exige a condição jurídica de candidato para a aplicação de sancionamento pelo fato de alguém “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”. Se a conduta do agente se ajusta ao modelo abstrato previsto no tipo penal, o mesmo é passível de denúncia, seja ou não candidato:

AÇÃO PENAL PÚBLICA - DIVISIBILIDADE. Ao contrário da ação penal privada, a ação penal pública é divisível.

ELEITOR - INSCRIÇÃO. O tipo do artigo 290 do Código Eleitoral presuppõe o induzimento do eleitor, ou seja, o fato de o agente, valendo-se da boa-fé, levá-lo à inscrição.

VOTO - OBTENÇÃO OU DAÇÃO - PRÁTICA CRIMINOSA. A teor do disposto no artigo 299 do Código Eleitoral, pratica crime quem dá, oferece, promete, solicita ou recebe, para si ou para outrem, dinheiro,

7. TSE, RP nº 935/DF, DJ de 10/11/2006.

dádiva ou qualquer outra vantagem, para obter ou dar voto e para conseguir ou prometer abstenção, ainda que a oferta não seja aceita.

Em síntese, o tipo alcança não só aquele que busca o voto ou a abstenção, mas também o que solicita ou recebe vantagem para a prática do ato à margem da cidadania.

(...).⁸

Resumindo e encerrando, malgrado entendimentos em contrário, é cediço que "a lei não contém palavras inúteis". Se o legislador incluiu na parte nuclear do dispositivo trazido pela Lei nº 9.840/99 a expressão *candidato*, é evidente, numa interpretação teleológica, que pretendeu confiná-lo, repelindo outros possíveis infratores. Uma vez verificada a gênese desse dispositivo, não é possível transpô-la para ampliar o polo passivo. A presença de não candidatos em ações movimentadas por ofensa ao art. 41-A da Lei nº 9.504/97 confere amplitude incompatível à finalidade da norma, o que conduz à declaração da ilegitimidade passiva *ad causam*. No entanto, a dispersão do sistema sancionatório não impede a responsabilização dos demais infratores nas searas próprias.

14.2. DISTRIBUIÇÃO DE COMBUSTÍVEL PARA EVENTOS DE CAMPANHA ELEITORAL

A doação de combustível ou vale-combustível no período eleitoral não constitui, por si só, captação ilícita de sufrágio. A conduta descrita pelo art. 41-A exige o *especial fim no agir* ou a individualização da promessa dirigida a determinado eleitor ou grupo de eleitores a quem se promete um bem ou vantagem pessoal que somente será entregue caso o voto lhe seja obtido. É imperiosa a análise pormenorizada das circunstâncias fáticas e pessoais para que se possa distinguir o episódio de campanha do aliciamento espúrio.

A distribuição isolada e em pequena quantidade a correligionários, simpatizantes ou cabos eleitorais para que possam participar de atos relacionados à campanha eleitoral não corresponde a uma prática infracional. Tal agir pode ser classificado como modalidade de *contrato verbal* de pres-

8. REspe nº 198/SP, DJE de 31/05/2013, p 48. Nesse eixo, a seguinte passagem do voto do Ministro Luiz Carlos Lopes Madeira por ocasião do julgamento do RHC nº 81 (DJ de 10/06/2005): "Em verdade, responderá pelo art. 299 do Código Eleitoral tanto o candidato quanto qualquer pessoa que praticar as figuras típicas ali descritas. A diferença é que o candidato infrator também estará sujeito às sanções de multa e cassação do registro ou diploma a que alude o art. 41-A, devidamente apurado mediante a realização do procedimento previsto no art. 22 da Lei nº 64/90".

tação de serviço. A despeito disso, é válido destacar, com amparo nos incisos II, IV e IX do artigo 26 da Lei nº 9.504/97, que são considerados gastos eleitorais regulares aqueles efetuados com o transporte ou deslocamento de candidatos e do pessoal a serviço das candidaturas.

Carreatas, comícios, almoços, jantares e confraternizações são eventos específicos de campanha que podem ser encaixados nessa rubrica. A princípio, todos gozam de regulamentação e tem finalidade lícita. Neles, as pessoas que assumem a condição de cabos-eleitorais eventuais, participando e utilizando veículos particulares recebendo combustível do próprio interessado (o candidato), expressam a sua legítima vontade. Mais que isso: no cenário da campanha, tais presenças correspondem a uma manifestação democrática e ostensiva de apoio político formada, na maioria das vezes, por eleitores que já fizeram a sua escolha, e que exatamente por tal razão, não estariam sendo indevidamente levados a votar nessa ou naquela candidatura em troca de vantagem. É de se presumir que o combustível que foi entregue a cada um, além de se exaurir no ato eleitoral, não se destine à compra do voto, mas à participação na carreata. Trata-se de uma “conduta praticada com o objetivo de incentivar a participação” (TSE, RO nº 7123-30/MT, DJE de 11/04/2014), incapaz de despertar um sentimento de gratidão.

Sobre haver maior volume de venda de combustível ou fluxo de pessoas na data de um evento específico, isso não configura a hipótese de abuso de poder econômico reprimido pela legislação. Se o registro de gastos com combustível se revela documental e financeiramente compatível com o número de veículos participantes, e os valores despendidos foram contabilizados, não há se falar em irregularidade na prestação de contas, gasto exorbitante ou prática de crime eleitoral.

14.2.1. Carreata

Muitos podem não saber ou lembrar, mas entre as décadas de 30 e 40, nos períodos de carnaval, o povo desfilava festivamente em automóveis e caminhões formando uma *carreata de veículos*. Com a periodicidade das eleições, algumas modalidades de propaganda e participação eleitoral foram se consolidando, inclusive uma que se desenvolve através de veículos automotores para fins de campanha ou manifestação política com a mesma denominação daquela primeira (HOUAISS, 2001, p. 634).⁹

9. O Código de Trânsito Brasileiro define carreata como “deslocamento em fila na via de veículos automotores em sinal de regozijo, de reivindicação, de protesto cívico ou de uma classe” (Lei nº 9.503/97 – Anexo I).

Há razoabilidade, no cenário eleitoral, quando a quantidade de combustível distribuída não é excessiva e satisfaz o percurso estabelecido pelos participantes, não se cogitando de prática infesta ao equilíbrio da disputa eleitoral ou que haveria pedido implícito de voto. Até porque, a carreata é festiva e dá alguma visibilidade ao candidato. Desta feita, havendo a distribuição limitada de combustíveis apenas para efetivar a carreata, descabe presumir a figura do art. 41-A. Perante o TSE, conforme anotou o REspe nº 409-20/PI, “essa é a melhor interpretação do arcabouço normativo, sob pena de inviabilizarem-se certos atos que fazem parte da caminhada rumo à vitória nas eleições”¹⁰. De outro lado, a distribuição configura captação ilícita de sufrágio e pode alcançar contornos de abuso de poder econômico se houver, conjuntamente, o pedido explícito ou implícito de votos (AgR-AI nº 11.434/RJ, DJE de 11/02/2014), visto que para a caracterização da conduta do art. 41-A é necessário que o oferecimento de bens ou vantagens seja condicionado à sua obtenção (RCED nº 766/SP, DJEde 10/05/2010).

Se o candidato pratica ou anui à conduta descrita no tipo, evidenciando, com isso, o *especial fim de agir* mencionado no início, afigura-se desnecessário o pedido explícito de voto para a captação ilícita de sufrágio (REspe nº 952-46/RJ e RJTSE 20/4/188). Nesses cenários, malgrado não se exija a comprovação da potencialidade lesiva, é necessário que exista a “prova cabal” da conduta ilícita (RO nº 3293824-94/CE, DJE de 24/05/2012).

Já a entrega irrestrita de combustível, a qualquer destinatário, subverte a *ratio essendi* da construção jurisprudencial que admite a distribuição a apoiadores voluntários para participação em carreatas. Quando realizada indiscriminadamente a eleitores, a doação evidencia, ainda que implicitamente, o fim de captar-lhes o voto (REspe nº 35.573/MS, DJE de 31/10/2016).

RECURSO ELEITORAL. AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO. PRELIMINAR DE NULIDADE POR JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE REJEITADA. ABUSO DO PODER ECONÔMICO. NÃO CONFIGURAÇÃO. AUSÊNCIA DE PODER PARA INFLUIR NA NORMALIDADE E LEGITIMIDADE DA ELEIÇÃO. RECURSO DESPROVIDO.

(...).

10. TSE, DJE de 27/11/2012, p.13.

8. É lícita a doação de combustível pela coligação proporcional/majoritária aos candidatos delas integrantes, assim como destes aos eleitores que participem de carreata.

Precedentes.¹¹

RECURSO. REPRESENTAÇÃO. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. ABUSO DE PODER ECONÔMICO. PREFEITO E VICE. IMPROCEDÊNCIA. ELEIÇÕES 2016.

1. Preliminares. 1.1) Não se mostra inepta a petição inicial na qual se apontam elementos fáticos probatórios que, em tese, configurariam abuso de poder e captação ilícita de sufrágio; 1.2) Não há se falar em ausência de profligação da sentença quando deduzidas razões recursais suficientes para impugnar juízo de improcedência.

2. Doações de campanha sob a forma de aquisição de combustível em favor de candidatos à vereança e para o partido. Vales combustíveis confeccionados e registrados nos recibos eleitorais. Distribuição que se deu em razão de carreata, não estando atrelada a pedido de voto. Construção jurisprudencial que admite a doação de combustível a eleitores correligionários e cabos eleitorais para participação em carreatas.

3. Oferecimento de dinheiro à eleitora para obtenção do voto. Inexistente liame documental, fotográfico ou indício a corroborar o depoimento da testemunha. A condenação por captação ilícita de sufrágio exige prova robusta, não podendo se fundar em meras presunções.

Provimento negado.¹²

Diante das penalidades previstas, a diretriz jurisprudencial que o TSE firmou neste tema, calcada num sistema estável de precedentes, averba ser necessário que as provas da prática ilícita sejam cabais e robustas revelando a vantagem ilícita em detrimento dos demais concorrentes, conforme, por exemplo, o Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 35.933/MG:

INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. DISTRIBUIÇÃO DE COMBUSTÍVEL ATRELADA A PEDIDO DE VOTOS. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. ART. 41-A DA LEI Nº 9.504/97. ABUSO DE PODER ECONÔMICO. ART. 22 DA LC Nº 64/90. CONFIGU-

11. TRE/GO, Recurso Eleitoral nº 138, DJE de 14/03/2018.

12. TRE/RS, Recurso Eleitoral nº 25345, DJE de 09/06/2017.

DIA DO PLEITO

19.1. PROPAGANDA ELEITORAL

Art. 39-A (*omissis*)

§ 1º É vedada, no dia do pleito, até o término do horário de votação, a aglomeração de pessoas portando vestuário padronizado, bem como os instrumentos de propaganda referidos no *caput*, de modo a caracterizar manifestação coletiva, com ou sem utilização de veículos.

Até às 17 horas do dia do pleito é proibida a aglomeração de pessoas utilizando roupas padronizadas identificando candidaturas. Após o horário assinalado, nada impede que as mesmas se reúnam.

19.2. CRIMES ELEITORAIS

Art. 39 (*omissis*)

§ 5º Constituem crimes, no dia da eleição, puníveis com detenção, de seis meses a um ano, com a alternativa de prestação de serviços à comunidade pelo mesmo período, e multa no valor de cinco mil a quinze mil UFIR¹:

1. Extinta pela Lei nº 10.522/02.

I - o uso de alto-falantes e amplificadores de som ou a promoção de comício ou carreata;

II - a arregimentação de eleitor ou a propaganda de boca de urna;

III - a divulgação de qualquer espécie de propaganda de partidos políticos ou de seus candidatos.

O primeiro inciso é claro e dispensa comentários, especialmente ante o caráter ostensivo dos crimes nele descritos.

A conduta seguinte, comumente denominada *boca de urna*, é prevista nos incisos II e III. O segundo inciso traz um rol de tipificações dispersas entre o Código Eleitoral (art. 302) e a Lei nº 9.504/97 (art. 39, §6º e §9º; art. 39-A, §1º e §3º). Trata-se do comportamento de abordar, tentar persuadir ou convencer o eleitor a votar em determinado candidato ou partido, no dia do pleito.

Na Petição nº 4.868/PR², interpretando o art. 39, § 5º, inc. II, da Lei nº 9.504/97, o relator afirmou: “A ação de arregimentar eleitor demanda um comportamento ostensivo voltado a atrair, alinhar, cooptar pessoas para votar em determinado candidato. Caracteriza-se pela prática de ato visivelmente direcionado ao convencimento de um ou mais eleitores, de comportamento com intenção de influenciar o ânimo do eleitor, dissuadindo-o a votar em candidato diverso”. Noutro precedente do STF na matéria, o Inquérito nº 3.182/RJ³, a ementa do julgado registrou com densidade: “As elementares ‘arregimentação de eleitor’ e ‘propaganda de boca de urna’ conferem, ao tipo penal em questão, feições abertas que necessariamente devem ser completadas com dados do contexto fático, de modo a possibilitar a aferição, caso a caso, da relevância penal de condutas praticadas”.

O TSE trata o crime de *boca de urna* como de mera conduta, consumando-se com a simples distribuição da propaganda, independe da obtenção do resultado⁴ que, na espécie, seria o convencimento ou a coação do eleitor⁵ inibido na sua livre escolha⁶.

Já a entrega de material de campanha a cabos eleitorais, no interior de residência, não se enquadra no crime capitulado no art. 39, § 5º,

2. Tribunal Pleno, DJe 097, 22/05/2014.

3. Tribunal Pleno, DJe 203, 14/10/2013.

4. RHC nº 45/MG, DJ de 06/06/2003.

5. HC nº 669/RJ, DJE de 19/05/2010.

6. AREspe nº 21.312/TO, DJ de 20/02/2004 (RJTSE 15/1/241).

II, delito que pune a efetiva distribuição de propaganda a eleitor, no dia da votação, com o intuito de influir na formação de sua vontade⁷.

O mero porte de material de propaganda no dia do pleito, sem que se verifique a sua distribuição entre eleitores, também não caracteriza o delito. A conduta típica exige a divulgação da propaganda. Inocorrente esta, a liberdade de escolha do eleitor permaneceu preservada, prevalecendo, assim, o princípio constitucional da presunção de inocência. Nesta hipótese decidiu o TRE/RS:

Recurso criminal. Propaganda de boca de urna (art. 39, § 5º, II, da Lei nº 9.504/97). Apreensão de bandeiras e panfletos em poder do réu. Para caracterização do delito exige-se prova segura da efetiva abordagem de eleitor ou distribuição da publicidade política. A mera posse do material impregnado não caracteriza a conduta típica proposta pela denúncia.

Necessidade de prova quanto à distribuição efetiva da propaganda eleitoral. Provimento negado.⁸

A problemática do artigo reside no inciso III.

Entretanto, a respeito do tema, há entendimento do Supremo Tribunal Federal norteando a sua interpretação.

O Plenário do STF, em acórdão prolatado na Ação Penal nº 609/BA concernente à concessão de entrevista a emissora de rádio, no dia da eleição, por candidato a deputado federal, afastou a caracterização do delito de propaganda eleitoral vedada ante a manifestação genérica destituída de promoção pessoal. O julgado restou assim ementado, no que interessa:

AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. PARLAMENTAR FEDERAL. CRIME ELEITORAL. PROPAGANDA ELEITORAL NO DIA DO PLEITO. ART. 39, § 5º, DA LEI N. 9.504/97. PRELIMINARES. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INEXISTÊNCIA. ATENDIMENTO AOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PROVA PERICIAL. FALTA DE INTIMAÇÃO DA DEFESA NÃO VERIFICADA. AUSÊNCIA DA MÍDIA ORIGINAL COM A GRAVAÇÃO DAS FALAS DO ACUSADO. PERÍCIA. PREJUÍZO. INOCORRÊNCIA. PRELIMINARES REJEITADAS. MÉRITO. ENTREVISTA CONCEDEDIDA A EMISSORA DE RÁDIO ÀS CINCO HORAS DO DIA DAS

7. TSE, HC nº 474/SP, DJ de 05/12/2003 (RJTSE 14/4/36).

8. RC nº 25, j. 30/03/2010.

ELEIÇÕES. PRONUNCIAMENTO ANÓDINO. MANIFESTAÇÃO GENÉRICA, SEM REFERÊNCIA DIRETA A UM CANDIDATO. ATO NÃO CARACTERIZADOR DE PROPAGANDA. DELITO NÃO CONFIGURADO. AÇÃO PENAL JULGADA IMPROCEDENTE. RÉU ABSOLVIDO NOS TERMOS DO ART. 386, III, DO CPP.

1. A liberdade de manifestação eleitoral é restringida pela lei em dados períodos, com o intuito de preservar a legitimidade do pleito, para que o voto seja exercido de forma consciente e informada, bem como no intuito de assegurar que o transcurso das eleições ocorra sem distúrbios de qualquer sorte. 2. A criminalização da divulgação de qualquer espécie de propaganda de partidos políticos ou de seus candidatos no dia do pleito, na forma do art. 39, § 5º, III, da Lei nº 9.504/97, tutela a liberdade do voto, impedindo que o eleitor seja importunado, enganado ou coagido para votar neste ou naquele candidato, e protege, também, a regularidade dos trabalhos eleitorais. Doutrina: STOCCO, Rui; STOCCO, Leandro de Oliveira. Legislação Eleitoral Interpretada. 2ª ed. São Paulo: RT, 2006. p. 778; GOMES, Suzana de Camargo. Crimes eleitorais. 3ª ed. São Paulo: RT, 2008. p. 203.

(...).

5. In casu, a conduta do réu não constituiu propaganda eleitoral, a ensejar a incidência do crime previsto no art. 39, § 5º, III, da Lei nº 9.504/97. Deveras: (i) o denunciado Oziel Alves de Oliveira, em entrevista a emissora de rádio perto das 17h do dia em que ocorreu o primeiro turno das eleições de 2010 (03 de outubro), declarou, de modo genérico, que dentro de alguns minutos os portões se fechariam e que todos deveriam participar da cidadania para eleger a primeira presidente do Brasil (fls. 180); (ii) como é cediço, havia duas candidatas no primeiro turno daquelas eleições, e o réu não mencionou o nome de nenhuma delas; (iii) foi a própria rádio quem procurou o réu para entrevistá-lo, e não o contrário, razão pela qual sua intenção não foi a de utilizar-se do meio de comunicação para fazer propaganda, mas tão somente para conceder entrevista, instantes antes de terem início as apurações.

6. A doutrina afirma que “o que é vedado e, inclusive, constitui crime, é a conduta daquele que, no dia da eleição, divulga ou realiza propaganda eleitoral de molde a atingir a esfera do eleitor, através da abordagem, do aliciamento, da utilização de métodos de persuasão ou convencimento [...]. Saliente-se, que o tipo penal exige, para sua configuração, que a conduta seja realizada no dia da eleição, o que significa que o crime somente pode ser cometido durante o horário da eleição ou quando os eleitores estão se dirigindo ao local de votação” (GOMES, Suzana

de Camargo. Crimes eleitorais. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 165).

7. Conforme já decidiu o Tribunal Superior Eleitoral, “nem toda manifestação político-eleitoral, na data da eleição, é vedada pelo art. 39, §5º, da Lei nº 9.504/97, o qual, por tratar de crime, deve ser interpretado estritamente. A simples declaração indireta de voto, desprovida de qualquer forma de convencimento, de pressão ou de tentativa de persuasão, não constitui crime eleitoral” (REspE nº 485.993, excerto do voto do Relator Ministro Marcelo Ribeiro, unânime, DJe 22.05.2012). Outros precedentes: REspE 8720-AgR, Rel. Min. Luciana Lóssio, DJe 27.06.2014; REspE 155.903, Rel. Min. Nancy Andrighi, Relator designado Min. Teori Zavascki, DJe 16.11.2012).

(...).

10. Pretensão punitiva estatal julgada improcedente para absolver o réu nos termos do art. 386, III, do CPP.⁹

Do voto do relator, constaram as seguintes preleções:

De fato, malgrado a regra seja a liberdade de manifestação eleitoral, prevê a lei restrições a essa liberdade em dados períodos, sempre com o intuito de preservar a legitimidade do pleito, zelando para que o voto seja exercido de forma consciente e informada e para que o transcurso das eleições ocorra sem distúrbios de qualquer sorte. A reprimenda penal, nas situações arroladas no art. 39, § 5º, da Lei nº 9.504/97, justifica-se pela necessidade de preservar o respeito a essas restrições, tão caras à democracia, e que precisam ser especialmente observadas no dia em que os cidadãos vão às urnas.

Resta claro, portanto, que nenhuma forma de manifestação, no dia das eleições, caracterizadora de propaganda, pedido de votos ou exaltação de partido político ou candidato é tolerada pela norma penal. Contudo, é certo que a conduta há de ser persuasiva, insistente, recorrente, para que aí sim possa caracterizar a adequação da conduta ao tipo.

(...)

Ora, a mera menção de que neste dia, “que deveria ser cívico, de cidadania plena, quando seria eleita a primeira Presidente do Brasil”, é absolutamente insuficiente para configurar a malsinada propaganda eleitoral no dia da eleição. E isto, senão por outro motivo, pelo simples

9. DJE de 30/10/2014.

fato de que, segundo o texto atribuído ao Acusado, não há a menção de qual candidata seria a eleita à Presidência da República. Sabe-se que, no Primeiro Turno das Eleições Presidenciais de 2010, havia duas candidatas do sexo feminino: (i) a Sra. Dilma Rousseff; e (ii) a Sra. Marina Silva. A transcrição da mídia revela, portanto, uma manifestação genérica, retratando um pronunciamento anódino, sem qualquer influência real no comportamento daqueles que o ouviam, e, ressalte-se, ao final da sessão de votação, simbolizando mais uma expectativa daquele candidato ao resultado das eleições, e menos a adequação ao crime eleitoral a ele imputado.

No mesmo sentido, declarando a atipicidade da conduta, as ponderações do ministro Teori Zavascki:

Ora, no caso, as declarações feitas pelo acusado, considerado o seu conteúdo vago e as circunstâncias em que foram prestadas, não podem ser caracterizadas como instrumento criminoso de propaganda político-partidária, já que manifestamente desprovidas de qualquer aptidão para, por si só, persuadir, aliciar ou constranger os eleitores ouvintes da rádio local a votarem em determinado e específica pessoa. O que elas representam é - nada mais nada menos -, um pronunciamento genérico, comum e típico de candidato em dia de eleição, mas sem a relevância penal que lhe emprestou o Ministério Público, porque inapto a ofender o bem jurídico tutelado pela norma penal.

Nesse contexto do debate, foi trazido o escólio de Suzana de Camargo GOMES (2010, p. 165) no ponto onde a autora, ao versar sobre o elemento subjetivo do tipo, com a sua reconhecida autoridade, assinalou:

Destarte o que é vedado e, inclusive, constitui crime, é a conduta daquele que, no dia da eleição, divulga ou realiza propaganda eleitoral de molde a atingir a esfera do eleitor, através da abordagem, do aliciamento, da utilização de métodos de persuasão ou convencimento, e não daquele que sem incomodar, falar, ou tomar qualquer atitude que desdobre seu âmbito particular, demonstra silenciosa e individualmente sua preferência eleitoral.

Para rejeitar a imputação do Procurador Geral da República, o voto condutor assentou-se na jurisprudência conferida pelo próprio Tribunal Superior Eleitoral, com especial ênfase no decidido pelo Recurso Especial Eleitoral nº 4859-93/AM, onde trecho da sua ementa enfatizou: “Nem toda mani-

festação político-eleitoral, na data da eleição, é vedada pelo art. 39, § 5º, da Lei nº 9.504/97, o qual, por tratar de crime, deve ser interpretado estritamente. A simples declaração indireta de voto, desprovida de qualquer forma de convencimento, de pressão ou de tentativa de persuasão, não constitui crime eleitoral¹⁰.

Outro precedente, validando o abrandamento da norma, declarou:

ELEIÇÕES 2010. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CRIME ELEITORAL. ART. 35, § 5º, III, DA LEI Nº 9.504/97. JUSTA CAUSA NÃO VERIFICADA. DENÚNCIA. RECEBIMENTO. REQUISITOS NÃO ATENDIDOS. DESPROVIMENTO.

1. Nem toda manifestação político-eleitoral, na data da eleição, é vedada pelo art. 39, § 5º, da Lei nº 9.504/97, porquanto a simples declaração indireta de voto, desprovida de qualquer forma de convencimento, de pressão ou de tentativa de persuasão, não constitui crime eleitoral (REspe nº 4859-93/AM, Rel. Min. Marcelo Ribeiro, DJe de 22.5.2012).

2. A inexistência de menção ao cargo em disputa, ao número do candidato, ou a pedido de votos, conforme consta do acórdão regional, não permite o ajuizamento da ação penal fundada no art. 39, § 5º, III, da Lei nº 9.504/97, pois a entrevista realizada não consubstancia a tipicidade prevista no dispositivo legal em questão.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.¹¹

Como decorrência do parâmetro erigido pela Suprema Corte quanto às hipóteses do inciso III, a declaração indireta de voto desprovida da intenção de convencimento, influência, pressão ou tentativa de persuasão do eleitor, não tipifica o crime antes descrito. Portanto, nem toda a manifestação política emitida no dia da eleição, durante o horário da votação, constitui-se delituosa. A ausência do elemento intencional inviabiliza a tipificação criminosa.

Em contrapartida, é de se ter presente o seguinte:

- o **envio de mensagens por SMS no dia das eleições** é alcançado pelo tipo penal do art. 39, § 5º, III, da Lei nº 9.504/1997. A norma penal veda a realização de qualquer ato de propaganda partidária ou eleitoral no dia das eleições. Sobre a questão, o TSE já entendeu pela tipicidade da conduta, assentando que a regra contida no art. 57-B, III, da Lei nº 9.504/1997,

10. DJE, 22/05/2012, p. 112.

11. TSE, AgR-REspe nº 8720/PR, DJE de 27/06/2014.

invocada pelo recorrente, está restrita à propaganda realizada pela internet, não alcançando o envio de mensagens de texto entre aparelhos telefônicos (REspe nº 10-11/RS, DJE de 13/02/2019, pp. 70/72);

- a **grande quantidade de material da candidatura** do acusado encontrado na residência do seu genitor, além de mesas e cadeiras com santinhos e adesivos espalhados, circunstâncias que, aliadas ao trânsito livre e intenso de eleitores no local no decorrer do dia da eleição (várias delas, inclusive, portando referida propaganda), denotam a prática ilícita (REspe nº 29-44/PE, DJE de 09/10/2018, p. 51);
- não constitui fato evidentemente atípico, para fins de apuração do delito previsto no art. 39, § 5º, III, da Lei das Eleições, **o envio de mensagens de texto, em aparelhos telefônicos, via SMS**, no dia da eleição (RHC nº 2797/SP, DJE de 17/09/2013, p. 21);
- ELEIÇÕES 2010. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. CRIME ELEITORAL. ART. 39, § 5º, INCISO III, DA LEI Nº 9.504/1997. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE.

1. A **divulgação de propaganda criminoso dentro da cabine de votação e ao lado da urna eletrônica** não pode ser considerada insignificante, pois viola a liberdade de escolha do eleitor no momento sigiloso de confirmação do voto. 2. Inaplicável o princípio da insignificância ao crime previsto no art. 39, § 5º, inciso III, da Lei nº 9.504/1997, porque o bem jurídico tutelado é a liberdade de exercício do voto. Precedentes. 3. Recurso especial eleitoral provido para restaurar a condenação imposta em sentença (REspe nº 66-72/GO, DJE de 20/03/2017, p. 96);

- RECURSO CRIMINAL ELEITORAL. POSSIBILIDADE DE APRESENTAÇÃO DAS RAZÕES APÓS INTERPOSIÇÃO DO RECURSO. PRAZO RECURSAL QUE SE INICIA APÓS INTIMAÇÃO DO ADVOGADO E DO RÉU CONDENADO. CONHECIMENTO DO RECURSO. CRIME ELEITORAL. DIVULGAÇÃO DE PROPAGANDA ELEITORAL NO DIA DA ELEIÇÃO. MATERIAL DE PROPAGANDA POLÍTICA ARREMESSADO PARA FORA DE VEÍCULO, A 100 METROS DE COLÉGIO ELEITORAL. CRIME PREVISTO NO ARTIGO 39, §5º, III, DA LEI Nº 9.504/97. FLAGRANTE. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. CONDENAÇÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

Faz divulgação de candidatos e políticos quem, no dia da eleição, nas proximidades de colégio eleitoral, arremessa propaganda política da janela do carro, espalhando-a pela rua e calçada de acesso dos eleitores (TRE/PR, Recurso Eleitoral nº 463292, DJ de 21/11/2011).

19.3. ELEITOR NA CABINA DE VOTAÇÃO E VOTO SECRETO

No recinto da cabina de votação, é vedado ao eleitor portar aparelho de telefonia celular, máquinas fotográficas, filmadoras, equipamento de radiocomunicação ou qualquer instrumento que possa comprometer o sigilo do voto, devendo a mesa receptora, em caso de porte, reter esses objetos enquanto o eleitor estiver votando.

As resoluções do TSE têm incrementado o rol de aparelhos descritos pelo parágrafo único do art. 91-A da Lei nº 9.504/97, bem como investido a Mesa Receptora no poder de polícia para impedir que o eleitor acesse a cabina portando-os. A irregularidade se consuma pelo mero porte dos aparelhos, ainda que o voto não venha a ser fotografado ou filmado.

Entrementes, de se atentar que embora haja proibição expressa para esse comportamento, o legislador brasileiro, a exemplo do canadense (*Loi*, 491.1, *e*), não estipulou nenhuma sanção relativamente à seara criminal. Por força disso, o ato de adentrar na cabina portando os referidos equipamentos e, por exemplo, no momento da votação, tirar uma *selfie*, ainda que precedido de conduta irregular, não tipifica a norma penal incriminadora constante do art. 312 do Código Eleitoral. Noutros termos: não há infração ao crime de *violar ou tentar violar o sigilo* do próprio voto. A razão da excludente está na Lei Fundamental.

Instituído pioneiramente na Austrália (1856), o voto secreto foi consagrado no Brasil pelo Código Eleitoral de 1932¹². A Carta da Segunda República, dando sequência às mudanças preconizadas pela Revolução de 30, incorporou-o ao seu texto¹³. A Constituição seguinte, de 1937, silenciou no tema¹⁴. Deposto o ditador e restaurada a democracia, a Constituição de 1946¹⁵ retomou os salutares preceitos de 1934. As Cartas outorgadas de 1967¹⁶ e 1969¹⁷ mantiveram o voto secreto¹⁸. Precedida de um extenso pro-

12. Art. 56. O sistema de eleição é o do sufrágio universal direto, voto secreto e representação proporcional.

13. Arts. 52, §1º e 181.

14. Art. 117 - São eleitores os brasileiros de um e de outro sexo, maiores de dezoito anos, que se alistarem na forma da lei.

15. Art. 134 - O sufrágio é universal e, direto; o voto é secreto; e fica assegurada a representação proporcional dos Partidos Políticos nacionais, na forma que a lei estabelecer.

16. Arts. 13, §2º, 41, 43 e 143.

17. Arts. 39, 41 e 148.

18. Foram introduzidas eleições indiretas para a Presidência da República (Colégio Eleitoral) e Governos Estaduais (titulares eleitos pelas Assembleias Legislativas) e indicações para alguns municípios.

cesso de elaboração¹⁹, a CF/88, além de elevar o “voto direto e secreto, com valor igual para todos” (art. 14, *caput*), declarou-o irreformável (art. 60, §4º, II).

O Congresso Constituinte situou o sigilo do voto junto aos Direitos Políticos, os quais, por sua vez, integram os Direitos e Garantias Fundamentais da *Constituição Cidadã*. Portanto, face à nitidez da topografia constitucional, não resta dúvida de que a confidencialidade do voto (*vontade do eleitor*) corresponde a um direito, e não um dever do cidadão. Nessa linha, tirante desbotadas ilações e discursos midiáticos, inexistente impedimento ao eleitor divulgar a sua escolha. Expressão irretorquível dessa postura são as conhecidas manifestações públicas de *apoios eleitorais* onde as pessoas espontaneamente revelam em quem votarão ou já votaram.

Autenticando o ponto, entendimento assinalado pelo Ministro Sepúlveda Pertence ao relatar o Recurso Especial Eleitoral nº 19.502/GO²⁰ sobre um Ministro de Estado convidado a discursar em festividade na qual manifestou o seu desejo pela eleição de um determinado candidato a prefeito: “A lei não inibe, e a Constituição não permitiria que o fizesse, que, a qualquer tempo, haja manifestações, ainda que ostensivas, de um cidadão – autoridade pública ou não –, com manifesta simpatia, solidariedade ou promessa de apoio à eventual candidatura de outro”.

Acerca do objeto jurídico tutelado pelo art. 312 do Código Eleitoral, atípico frente à violação ao art. 91-A da Lei nº 9.504/97, a jurista dedicada à magistratura federal e ao magistério Suzana de Camargo GOMES elucida em sua obra *Crimes Eleitorais* (2010, p. 247):

Ora, conforme já enfatizado, o voto é secreto por força de preceito constitucional, além de que o seu exercício não representa simplesmente um direito individual, de natureza subjetiva, do eleitor, mas reveste-se de função social. Assim, considerado sob o prisma da relevância social do voto, dado que é a partir de manifestação isolada de cada eleitor, que, somada, é possível aferir-se a vontade popular, necessária para determinar as escolhas democráticas, tem-se que, no momento da votação, todas as cautelas devem ser tomadas no sentido de ser preservada a manifestação daquele que votano que concerne ao seu sigilo. (...).

19. Da sua instalação em 1º de fevereiro de 1987 até a promulgação da Constituição Federal em 05/10/1988, a Assembleia Nacional Constituinte contabilizou 584 dias de atividades desenvolvidas em sete etapas desdobradas em 25 fases distintas. Os trabalhos da ANC transcorreram ao longo de 330 sessões diluídos em 584 dias (SANTOS, 2019, p. 39).

20. DJ de 1º/04/2002.

É, em suma, para que o eleitor não venha a sofrer nenhuma forma de depressão, de influência, que a legislação resguarda o sigilo do voto, tanto assim que prevista é, inclusive, a existência de cabina indevassável no sentido de propiciar essa garantia, pelo que não é dado ocorrer qualquer violação, nem mesmo sob a excludente de contar com o beneplácito de seu titular, pois, não representa somente um direito individual do eleitor, mas também revela-se pela função social que exerce.

Endossando as compreensões anteriores, pontua o Professor e Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP Luiz Carlos dos Santos GONÇALVES (2012, p. 66): “É do eleitor a decisão de revelar, ou não, o sentido de seu voto, não se podendo compeli-lo a isso de nenhuma maneira”. Neste mesmo sentido, o outrora Procurador Regional Eleitoral mineiro José Jairo GOMES (2015, p. 82), após afirmar o “direito subjetivo público do eleitor”, acrescenta que “Querendo, ele poderá, a qualquer tempo, revelar seu próprio voto e descortinar suas preferências políticas. Para o eleitor, a conduta aqui incriminada é lícita”.

Sem embargo de tudo que já foi exposto sobre o tema, porque não haveria sentido criminalizar uma conduta de violação que, em última análise, é a do próprio direito da pessoa, conclui-se que a norma proibitiva, e, por consequência, a reprimenda constante do art. 312 do Código Eleitoral (detenção até dois anos), destina-se ao terceiro, ou seja, aquele que não sendo o próprio eleitor, viola ou tenta violar o sigilo do voto de outro votante, buscando, com isso, ter acesso ao seu conteúdo. No mais, o cidadão, querendo, revela o seu voto a quem e quando quiser, seja verbalizando, seja adesivando o seu carro, a sua roupa e por aí afora.

Sobre o não cumprimento, por parte do eleitor, de determinação emitida por presidente de mesa ou chefe de cartório, embora possa ocasionar a aplicação da medida administrativa ao §1º do art. 140 do Código Eleitoral²¹, não configura a prática do crime de desobediência.

Ainda que terceiros atuem segundo determinação do juízo, a remansosa jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral tem considerado que para a caracterização das modalidades do art. 347 da norma codificada de

21. § 1º O presidente da mesa, que é, durante os trabalhos, a autoridade superior, fará retirar do recinto ou do edifício quem não guardar a ordem e compostura devidas e estiver praticando qualquer ato atentatório da liberdade eleitoral.