

24043_F0032105

ISSN 1809-7804

Revista IOB

DE DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL



Ano XI — nº 62 — JUN-JUL 2010

CLASSIFICADA NO QUALIS NA CATEGORIA B5

REPOSITÓRIO AUTORIZADO DE JURISPRUDÊNCIA

Superior Tribunal de Justiça — Nº 50/2001

Tribunal Regional Federal da 1ª Região — Nº 18/2001

Tribunal Regional Federal da 2ª Região — Processo Nº 1999.02.01.057040-0

Tribunal Regional Federal da 4ª Região — Nº 07/0042596-9

Tribunal Regional Federal da 5ª Região — Nº 10/07

DIRETOR

Elton José Donato

GERENTE EDITORIAL

Maria Liliana C. V. Polido

EDITORA

Herica Eduarda Geromel Vasques

CONSELHO EDITORIAL

Fernando da Costa Tourinho Filho, Geraldo Batista de Siqueira, Jader Marques,

José Henrique Pierangeli, Luiz Flávio Gomes, Neemias Moretti Prudente,

René Ariel Dotti, Roger Spode Brutti, Ronaldo Batista Pinto,

Salvador José Barbosa Júnior

COLABORADORES DESTA EDIÇÃO

Bernardo Montalvão Varjão de Azevedo, Caio Sérgio Paz de Barros, Fernando Capez,

Leonardo Schmitt de Bem, Luiz Flávio Gomes, Marcel Figueiredo Gonçalves,

Marcelo Marcante Flores, Mariana Garcia Cunha,

Nuno Caiado, Selma Pereira de Santana

PRÁTICA PROCESSUAL

1. Anotações à Nova Lei sobre a Prescrição Penal
Marcelo Marcante Flores 232

EM POUCAS PALAVRAS

1. Vendedor Ambulante, Contrafação de Mídias e Acumulação: a
Discrepância de um Fundamento
Marcel Figueiredo Gonçalves 234

DIREITO EM FOCO

1. O Juiz de [das] Garantias Projetado pelo Novo Código de
Processo Penal
Luiz Flávio Gomes 238

SÚMULAS

1. Súmulas Vinculantes do Supremo Tribunal Federal 242

Índice Alfabético e Remissivo 244

Normas Editoriais para Envio de Artigos 248

Análise Constitucional e Legal dos Crimes Eleitorais¹

LEONARDO SCHMITT DE BEM

Doutorando em Direito Penal pela Università degli Studi di Milano, Itália, Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra, Portugal. Professor de Direito e Processo Penal em Santa Catarina

MARIANA GARCIA CUNHA

Bacharelada em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina, Servidora da Justiça Eleitoral em Santa Catarina

RESUMO: Os autores propõem reflexões sobre temas relevantes de um chamado Direito Penal Eleitoral, com grande abertura de perspectiva e horizonte. Iniciam com um breve histórico da legislação penal eleitoral pátria. Na sequência, trabalham tanto a relação entre o direito constitucional com o direito eleitoral como a intrínseca sintonia entre direito constitucional e direito penal, mais precisamente os princípios informadores da atividade legislativa e do labor judicial no atinente aos crimes eleitorais, buscando destacar as suas aparentes e visíveis inconstitucionalidades. Em seguida, dissertam sobre a classificação dos crimes eleitorais previstos na Lei nº 4 737/1965 e, em especial, sobre o constante e atual delito de corrupção eleitoral. Ainda frisam considerações sobre as leis especiais que regulam delitos eleitorais e finalizam com comentários sobre uma possível prática criminosa em razão da recente minirreforma que instituiu o voto em trânsito.

PALAVRAS-CHAVES: Crimes eleitorais; inconstitucionalidades; corrupção; voto em trânsito

SUMÁRIO: Capítulo I — Breve histórico da legislação pátria; Capítulo II — As relações do direito constitucional com o direito eleitoral; Capítulo III — As relações do direito constitucional com o direito penal; Parte I — Os princípios informadores da atuação legislativa; Parte II — Os princípios informadores da atividade judicial; Capítulo IV — A classificação dos crimes eleitorais; Capítulo V — A corrupção eleitoral; Capítulo VI — As leis especiais em matéria de infrações eleitorais; Capítulo VII — O voto em trânsito e os crimes eleitorais; Referências

CAPÍTULO I — BREVE HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO PÁTRIA

Nas Ordenações do Reino, que vigoram no Brasil colônia, não há qualquer resquício de matéria penal eleitoral. No Brasil imperial, com a Proclamação de

¹ Nota explicativa. Este artigo representa uma continuidade do projeto acadêmico que se iniciou no ano de 2007 junto à Universidade Federal de Santa Catarina e que resultou na publicação de recente livro de nossa autoria

Independência (1822), seguiu-se a Constituição de 1824, na qual foi prevista a elaboração de uma nova legislação penal. Em 1830, Dom Pedro I sancionou o Código do Império, sendo reservado o Título III para cominar sanções aos crimes contra o livre gozo e exercício dos direitos políticos dos cidadãos, e, próximo ao fim do período imperial, a Lei Saraiva procedeu a uma sistematização regular dos crimes eleitorais².

Novo Código Penal foi promulgado um ano depois da Proclamação da República. Aos crimes contra o livre gozo e exercício dos direitos individuais eram cominadas as penas de privação de liberdade e multa, e, em alguns casos, restrição dos direitos políticos por até dois anos³. O Código Penal contemporâneo é omissor na disciplina das infrações eleitorais, optando o legislador pátrio por regular a matéria em legislação extravagante⁴.

O Código Eleitoral, Lei nº 4.737/1965, sem dúvida, é o principal diploma, mas não o primeiro. O Decreto nº 21.076/1932 dedicou um único artigo para regular os ilícitos (art. 107). Depois, foi promulgada a Lei nº 48/1935, que também reservou um dispositivo para disciplinar todos os crimes (art. 183). Na década de cinquenta, foi promulgado o terceiro código, o qual seguiu a sistemática dos anteriores, isto é, regulou todas as infrações em preceito individual (art. 175). A Lei nº 4.737/1965 cuida das infrações no Capítulo II do Título IV em diversos preceitos; porém, foi promulgada para regulamentar um sistema de votação bastante diferente do modelo atual. Eis por que não é difícil esbarrar em crimes arcaicos e ineficazes e, assim, na remota, e até inexistente, aplicação de boa parte dos dispositivos⁵.

Esse diploma legal, porém, não é taxativo em relação às incriminações. Ainda estão previstos crimes na Lei nº 6.091/1974 (art. 11), que regulamenta o fornecimento de transporte e alimentação de eleitores no dia da eleição; na Lei nº 6.996/1982 (art. 15), que disciplina o processamento eletrônico de dados nos serviços eleitorais (revogada tacitamente pela Lei nº 9.504/1997); na Lei Complementar nº 64/1990 (art. 25), que trata de inelegibilidade, de acordo com o art. 14, § 9º, da Carta Federal, prevendo injusto culpável relacionado à arguição de inelegibilidade ou a impugnação de registro de candidato feito por interferência do poder econômico, desvio ou abuso de poder de autoridade, deduzida de forma temerária ou com má-fé. A norma mais atual a versar sobre crimes eleitorais é a Lei nº 9.504/1997 (art. 33, § 4º; art. 34, §§ 2º e 3º; art. 39, § 5º; art. 40; art. 58, §§ 7º e 8º; art. 68, § 2º; art. 70; art. 72, I, II e III; art. 87, § 4º; art. 91, parágrafo único; e art. 94, § 2º), com a inclusão na ordem jurídica de crimes referentes às pesquisas eleitorais, à propaganda, à apuração dos votos, ao sistema eletrônico de votação, à retenção do título e à prioridade dos feitos eleitorais, com algumas alterações acrescidas pela Lei nº 11.300/2006 e pela Lei nº 12.034/2009.

Na sequência deste ensaio, algumas considerações que reputamos imprescindíveis serão aduzidas, sendo relevante iniciar com a análise da relação entre o direito

constitucional e o direito eleitoral e, depois, entre o direito constitucional e o direito penal, precisamente, dos princípios informadores do direito penal quanto aos crimes eleitorais, com o propósito de destacar as aparentes e visíveis inconstitucionalidades.

CAPÍTULO II – AS RELAÇÕES DO DIREITO CONSTITUCIONAL COM O DIREITO ELEITORAL

A Constituição Federal, ao dispor sobre os princípios fundamentais em seu primeiro título, estabelece o pluralismo político como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, V). Em seguida, no parágrafo único do preceito, aduz que “todo poder emana do povo”, sendo os representantes do Legislativo e do Executivo eleitos por voto direto e secreto, com a soberania popular elevada à cláusula pétrea, isto é, não pode ser alterada por meio de emenda constitucional, pois resultaria no fim da democracia (art. 60, § 4º, II).

Especificamente quanto ao sufrágio eleitoral, instrumento de exercício da soberania popular, a Constituição reserva todo o Capítulo IV do Título II. Primeiramente menciona as formas pelas quais o direito ao voto pode ser exercido (art. 14, I a III) por aqueles a quem se impõe sua obrigatoriedade ou facultatividade (art. 14, § 1º) e que não estejam impedidos de realizar o alistamento eleitoral (art. 14, § 2º). Na sequência, enumera as várias condições de elegibilidade (art. 14, § 3º), com requisitos especiais aos militares (art. 14, § 8º) e estabelece quem é considerado inelegível (art. 14, §§ 4º, 7º e 9º). Prevê a possibilidade de reeleição (art. 14, § 5º), com a obrigatoriedade de renúncia ao respectivo mandato até seis meses antes do pleito quando o candidato concorrer a outro cargo (art. 14, § 6º) e o trâmite em segredo de justiça da ação de impugnação do mandato popular (art. 14, §§ 10 e 11).

Ainda no capítulo relacionado aos direitos políticos, veda-se a cassação destes, cuja perda ou suspensão só ocorrerá nas situações de cancelamento de naturalização por sentença transitada em julgado, incapacidade civil absoluta, condenação penal transitada em julgado e enquanto durarem os seus efeitos, quando recusar a cumprir as obrigações a todos imposta ou prestação alternativa nos termos constitucionais ou, ainda, nos casos de improbidade administrativa, conforme a Constituição Federal (art. 15). Por fim, prevê a impossibilidade de aplicação de lei promulgada com alteração do processo eleitoral e com vigência inferior a um ano da data do pleito eleitoral (art. 16).

O capítulo seguinte do mesmo título elenca as previsões específicas em relação aos partidos políticos, sendo livre a sua criação, fusão, incorporação ou extinção, porém sempre resguardada a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos da pessoa humana e sob a observância de outros requisitos constitucionais (art. 17, I a IV). Esse dispositivo é importante para a responsabilização penal dos diretórios, pois prevê a natureza jurídica dos partidos políticos como pessoa jurídica de direito privado (art. 17, § 2º).

CAPÍTULO III – AS RELAÇÕES DO DIREITO CONSTITUCIONAL COM O DIREITO PENAL

Mas ainda a ordem jurídica é um universo de normas com relações de reciprocidade entre o direito constitucional e o direito penal. Essa sintonia se justifica, primeiramente, pois a Constituição Federal define a legitimação formal do direito penal

2 PONTE, Antonio Carlos. *Crimes eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 22-24.

3 MICHELS, Vera Maria Nunes. *Direito eleitoral*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 172.

4 BEM, Leonardo Schmitt; CUNHA, Mariana Garcia. *Direito penal eleitoral*. Florianópolis: Conceito, 2010. p. 11.

5 PONTE, Antonio Carlos. *Op. cit.* p. 25-35.

por meio da consagração do princípio da legalidade. Aliás, esse princípio representa a “matriz política institucional”⁶ no sentido de que o monopólio de produção da norma incriminadora – no caso eleitoral – só cabe ao poder representante da vontade popular. Em segundo lugar, porque consagra a sua legitimação material por meio de três sub-relações, sendo a principal com a ordem dos bens jurídicos. Significa que a legitimidade de incriminar a conduta humana tem por pressuposto a afetação de um interesse relevante. Mas a intervenção legislativa deve seguir diretrizes de política-criminal, disciplinas por meio de princípios constitucionais, expressos ou implícitos, com estes proclamando os objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Nosso objetivo, assim, é trabalhar com esses princípios tanto em relação à atividade legislativa como quanto ao labor judicial. Isso porque, primeiro, eles constituem o percurso que deve ser seguido pelo legislador ordinário na tarefa de criminalização, isto é, de eleger bens constitucionais para serem protegidos contra determinadas condutas que efetivamente os lesem ou os ameaçam penalmente. Essa escolha, porém, comportará limites, porque não é qualquer afetação do bem jurídico que legitimará uma intervenção legislativa. Em segundo lugar, porquanto esses princípios orientam os togados no controle dos excessos da parte do legislador, bem como no momento de decidir. Logo, imprescindível seguir uma análise dos delitos criminais neste contexto principiológico.

PARTI I – OS PRINCÍPIOS INFORMADORES DA ATUAÇÃO LEGISLATIVA

O *princípio da dignidade penal* é o primeiro princípio prévio à atividade legislativa. Significa que o legislador, salvo nos casos que lhe são impostos, não está automaticamente obrigado a revestir de dignidade penal um bem constitucional, pois, do que está previsto na norma fundamental, somente seleciona alguns valores para proteger penalmente. Em relação aos crimes eleitorais, setor da doutrina diz se tratar de um bem jurídico penal difuso⁷, pois tutela não apenas interesses individuais, mas também interesses sociais e do próprio Estado.

Importa mencionar que, não obstante o dever de proteção, igualmente não é toda conduta que lesione, por exemplo, a organização política democrática, que será proibida. Eis por que a fragmentariedade, como a principal característica do princípio da dignidade penal, não diz respeito apenas aos bens jurídicos, mas também às condutas humanas.

O *princípio da necessidade penal* é o segundo princípio prévio ao labor legislativo, devendo ser interpretado no sentido que a arma da pena, por ser a mais grave, apenas deve incidir quando se verificar uma ofensa relevante ao bem jurídico, ainda que não seja esse o sentido pelo qual a subsidiariedade, o seu principal atributo, é entendido majoritariamente pela doutrina pátria, pois, segundo esta, o direito penal somente deve incidir quando nenhum outro ramo do direito for suficiente para proteger o bem jurídico⁸.

Da maneira como passamos a interpretar⁹, não se deve falar da incapacidade dos demais ramos do direito para que se alcance a capacidade do direito penal intervir. A sua legitimidade de incidência nasce porque de algumas ações decorre não só a possibilidade de ofensa ao bem jurídico, mas uma probabilidade real de sua ocorrência. A tutela penal requer um *plus* de ofensa ao bem jurídico que os demais ramos do direito não exigem. E quanto aos delitos previstos no Código Eleitoral, uma legislação promulgada anteriormente à edição da Carta Federal, é perfeitamente natural existir ofensa ao presente princípio. Observemos.

A simples preocupação do legislador de garantir o bom funcionamento do processo eleitoral, sem ofensa mínima a um bem jurídico relevante, o fez prever como ação criminosa, por exemplo, a omissão de expedição de boletim de urna eletrônica (art. 313). Nesse caso, estamos diante de uma conduta que afeta um interesse ínfimo a ponto de não legitimar a intervenção penal¹⁰. Contrariamente perfilha Fávila Ribeiro, para quem no delito “defende-se princípio de ordem pública, que não pode ficar, de forma alguma, a depender de transação das partes ou à discrição das autoridades eleitorais”¹¹.

Ao mencionar a defesa do princípio da ordem pública, entendemos que o doutrinador confunde o bem jurídico penal que deve ser protegido com a finalidade da norma penal incriminadora. Ambos preexistem à norma, mas só aquele é seu elemento constitutivo, sendo esta unicamente a razão da existência do crime. É o mesmo que dizer que, para os delitos de trânsito, por exemplo, o que se protege é a segurança no tráfego, ou, nos crimes de tráfico de drogas, uma sociedade livre de drogas. O bem jurídico não pode configurar uma idealização, aquilo que o legislador pretendeu, mas deve se constituir em algo real.

Segundo um direito penal orientado constitucionalmente, somente as ofensas graves e intoleráveis ao bem jurídico devem ser abarcadas penalmente, porque, do contrário, haverá ofensa ao princípio da dignidade humana. Isso significa que é preciso analisar o princípio da necessidade de pena conjuntamente com o *princípio da ofensividade ou lesividade*, como um terceiro princípio prévio à intervenção legislativa. Vejamos.

Esse princípio dita que uma intervenção penal apenas se legitima se os pressupostos de convivência pacífica forem afetados, o que não se verifica com aquela incriminação, que tutela um mero assunto administrativo. Podemos dizer, portanto, que tipos penais simbólicos não devem ser legitimados por ofenderem a norma constitucional. Aliás, nesse sentido expõe Claus Roxin: “Leis penais simbólicas não servem de proteção de bens jurídicos, pois não são necessárias para a proteção da

9 Somente recentemente alteramos nosso posicionamento, pois nos últimos dois textos também seguimos a posição tradicional: BEM, Leonardo Schmitt de. *Direito penal desportivo*. Homicídios e lesões no âmbito da prática desportiva. São Paulo: Quartier Latin, 2009; BEM, Leonardo Schmitt. Revisitando temas fundamentais de direito penal. *Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal*, n. 61, 2010.

10 RAMAYANA, Marcos. *Direito eleitoral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. p. 600. Já declinamos que o mesmo se verifica em relação ao delito de apuração indevida de voto (art. 318). Literalmente: BEM, Leonardo Schmitt; CUNHA, Mariana Garcia. Op. cit. p. 154.

11 RIBEIRO, Fávila. *Direito eleitoral*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 643.

6 MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Manuale di diritto penale*. 3 ed. Milano: Giuffrè, 2009. p. 33.

7 PONTE, Antonio Carlos. Op. cit. p. 45.

8 Não é preciso citar nomes, porque são realmente raros os que seguem abordagem diversa.

convivência pacífica, senão que perseguem fins extrapenais, como a tranquilidade do eleitorado ou a apresentação de uma boa imagem pelo Estado”¹².

Assim, enquanto materialmente legitimador do ordenamento infraconstitucional que o direito penal representa, o Texto Constitucional possui uma relação de bens jurídicos que, respeitados os princípios anteriormente expostos, constitui o motivo para a criminalização. Uma intervenção, contudo, também impõe a observância do ulterior *princípio da legalidade*, lapidado sob a fórmula latina “*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*”. Nesse caso, deve-se dizer que a norma penal incriminadora deve ser precisa e determinada, não apenas em relação ao texto do preceito primário, mas, inclusive, quanto ao preceito secundário, pois, se vaga ou imprecisa, pode atentar contra o princípio da dignidade humana.

Entretanto, por vezes isso não se verifica nas infrações previstas no Código Eleitoral. Há exemplos de normas penais em branco e de tipos penais imperfeitos. Aquelas precisam ser complementadas em seu preceito primário, pois formulado como uma proibição genérica, como, por exemplo, o delito de desobediência eleitoral (art. 347). Nestes, o legislador remete parte da punição à consequência penal prevista em outro artigo, como nos casos dos crimes de inscrição fraudulenta de eleitor (art. 289), de induzimento à inscrição eleitoral fraudulenta (art. 290) ou de inscrição de forma fraudulenta efetuada pelo juiz (art. 291).

Nos três casos, o legislador não prevê expressamente um mínimo de pena a que o juiz estaria vinculado, mas o faz em um dispositivo único, destacando que o limite é variável de acordo com as espécies de pena privativa de liberdade, que, no caso, sendo de reclusão, será de um ano (art. 284). Logo, estamos diante de uma ilegítima constitucionalidade que, porém, é facilmente superável, porquanto o legislador ordinário remete a punição da infração a outra norma penal e, assim, não há de se falar em violação do princípio da legalidade.

PART II — OS PRINCÍPIOS INFORMADORES DA ATIVIDADE JUDICIAL

O *princípio da ofensividade* é aquele que revela maior importância na atividade judicial. Por evidente, não deve o legislador legitimar uma norma penal por meio do *controle ideológico* sobre a liberdade de voto. Contudo, nada obsta um *controle judicial* deste direito fundamental. Eis por que é vetado votar ou tentar votar mais de uma vez (art. 309), ou votar em local diverso à seção eleitoral (art. 311), ou violar o sigilo do voto (art. 312).

Sabemos que a incriminação penal não pode ter, como base, meros desejos, intenções psíquicas ou aspirações pessoais. E o mesmo se diga em relação à punição. É necessário que o agente exteriorize uma conduta, isto é, contribua para a sua vontade interna, pois, se nada fizer para a ocorrência do resultado, não poderá ser punido. Em outras palavras, sem o curso externo, como um acontecer dirigido pela vontade, não se admite a condenação.

Nesse sentido, encontramos patente violação do princípio da ofensividade de no delito de obtenção de documento falso com finalidade eleitoral (art. 354). Decomain menciona que “aquele que obtém o documento após tê-lo encomendado deve responder pela falsificação e aquele que adquire o documento sem qualquer participação na falsificação, mas faz uso do mesmo, responderá pelo delito anterior, pois não é possível usar sem obter”¹³. Concordamos com o doutrinador, e, assim, o crime em estudo se restringe àqueles que obtêm o documento falsificado sem tê-lo encomendado e não o utilizam, apesar de terem essa intenção¹⁴.

O capricho da parte do legislador acarreta altíssima pena ao agente, que, registramos, não é o falsificador e não faz uso do documento, ou seja, não é possuidor de habilidades para falsificar nem tem a audácia de usar; no entanto, porta o documento consigo com uma tese subjetiva de que possa fazer uso dele para fins eleitorais e, por essa razão, e apenas por ela, por pensar em praticar uma conduta, responderá por um crime com pena de reclusão de até seis anos. Não é difícil entender que o homem só deve responder pelo que faz e não pelo que representa. Há muito já passou o momento de se abandonar o direito penal de autor para seguir um direito penal de conduta.

Ademais, conforme frisamos, a legitimidade do direito de punir tem por pressuposto a afetação do bem jurídico. Eis por que, com respaldo nesse princípio, os togados exercerão uma função seletiva das condutas humanas para, com efeito, reduzir a incidência da norma penal apenas àquelas realmente ofensivas ao bem jurídico que se tutela penalmente. Bastará que o agente não use o documento ideologicamente falso obtido que o interesse tutelado não será afetado e, assim, não poderá intervir uma punição.

Ainda quanto ao *princípio da proporcionalidade* e, mais precisamente, em relação ao controle de excesso na atividade legislativa, os Magistrados precisarão ficar atentos. Isso porque, em alguns casos, a pena cominada ao delito é desproporcional à conduta praticada. Vejamos o delito de violação de sigilo de voto (art. 312).

O dispositivo equipara o crime consumado ao delito tentado ao cominar pena de até dois anos de detenção a quem “violou ou tentar violar o sigilo de voto”. Por essa razão, tanto aquele que viola o sigilo de voto, isto é, quem conhece de maneira ilícita em quem o eleitor votou, quanto quem inicia a conduta, mas não consegue concluí-la por circunstâncias alheias a sua vontade, estará sujeito à pena imposta no preceito secundário, sem a combinação desta com o art. 14, parágrafo único, do Código Penal.

Trata-se de um delito de atentado que, para Ramayana, “é flagrantemente violador do princípio da individualização da pena”¹⁵ do qual deriva a proporcionalidade. Segundo ensina Costa Júnior, “são crimes que a lei tipifica como perfeitos, ainda que não cheguem a ofender o bem objeto de tutela. Não admitem a forma

12 ROXIN, Claus. Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal? In: *La teoría del bien jurídico*. Trad. Rafael Alcácer, María Martín e Ortiz de Urbina. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 451.

13 DECOMAIN, Pedro Roberto. *Comentários ao código eleitoral*. São Paulo: Dialética, 2004. p. 438.

14 BEM, Leonardo Schmitt; CUNHA, Mariana Garcia. Op. cit. p. 295.

15 RAMAYANA, Marcos. Op. cit. p. 600.

tentada porque, neles, a consumação se perfaz com a realização daquele mínimo necessário para integrar a tentativa”¹⁶.

Nessa situação, porém, não haverá a exigência de o Magistrado destacar, sempre e de imediato, a inconstitucionalidade da norma pela violação do excesso, pois podem facilmente corrigir a imprecisão quando da fixação da pena-base, isto é, para o caso de crime tentado, a pena inicial deverá ser menos elevada do que aquela fixada ao crime consumado.

E também quanto ao *princípio da legalidade* e, precisamente, a uma dimensão de *legalidade penal*, algumas considerações devem ser apresentadas, sob pena de deixarmos em aberto importantes questões. Assim, continuemos a análise tomando como base o delito de destruição de urna contendo votos (art. 339).

Comina-se ao agente que destruir, suprimir ou ocultar votos ou documentos relativos à eleição a pena de reclusão de dois a seis anos e pagamento de multa. Mas, sendo o agente um membro ou funcionário da Justiça Eleitoral que cometa o crime prevalecendo-se do cargo, a pena é agravada. O legislador, no caso, também previu uma norma geral na qual estipulou que, “quando a lei determina a agravação ou atenuação da pena sem mencionar o *quantum*, deve o juiz fixá-lo entre um quinto e um terço, sendo guardados os limites da pena cominada ao crime” (art. 285). A redação do preceito remetido não é esclarecedora. Vejamos.

Em primeiro lugar, os termos *agravação* e *atenuação* correspondem às circunstâncias agravantes e atenuantes ou às causas de aumento e diminuição de pena? Entendemos que o propósito legislativo foi indicar as causas de aumento e diminuição, pois, em uma comparação com o Código Penal, as agravantes e atenuantes aplicáveis na segunda fase da dosimetria da pena não seguem um limite fracionário estipulado, mas ficam a critério dos Magistrados.

Superada essa dúvida, cumpre definir como deve ser interpretada a cláusula final que está prevista no preceito: “Guardados os limites da pena cominada ao crime”. Sabemos que pena cominada é a prevista pelo legislador. Assim, o crime de destruição de urna contendo votos, por exemplo, apresenta o limite mínimo de dois anos e o limite máximo de seis anos. Mas, na aplicação da causa de aumento, poderá o juiz aplicar pena superior a seis anos?

Pedro Decomain discorda que a presente regra faria diferir a incidência de causas especiais de aumento de pena em relação ao verificado no Código Penal, invocando uma nova fórmula: “Em se tratando de causas de aumento, a pena mínima do crime com presença da causa de aumento será sempre obtida aplicando o aumento mínimo sobre a pena mínima e a pena máxima será obtida aplicando-se o aumento máximo sobre a pena máxima”¹⁷.

Retornando ao exemplo: como a agravação mínima será de um quinto, tem-se que a sanção mínima para o crime será de dois anos mais um quinto disso, ou seja, mais quatro meses e vinte e quatro dias. Já sua pena máxima, como a agravação máxi-

ma é de um terço, será de oito anos (seis anos de pena máxima para o tipo sem a causa de aumento, mais dois anos, correspondentes à aludida causa no seu limite máximo).

Entendemos que esse pensamento não pode prevalecer, até porque a sua proposta viola o princípio da legalidade, pois estaria o juiz cominando novos limites de pena-base. O que o legislador procurou deixar em destaque é que a pena máxima do delito, incidindo o aumento – e apenas na terceira fase da dosimetria – nas hipóteses em que a lei assim remete implicitamente à regra do art. 285 do Código Eleitoral, não poderá ser superior ao seu limite máximo já cominado à infração. A linha de demarcação do crime deverá ser respeitada.

Assim, acaso o Magistrado – somente em hipóteses remotas – já tenha alcançado o máximo de pena que é cominado ao crime nas duas primeiras fases da dosimetria, estará impedido de efetuar o correspondente aumento, diante da previsão contida na parte final do dispositivo. Acaso não alcance o máximo cominado nas duas etapas iniciais, a incidência da fração ocorrerá, mas em percentual que deverá sempre respeitar o máximo de pena cominada ao delito. Tem-se uma regra diversa à previsão do Código Penal, que, em razão do princípio da especialidade, deve preponderar sobre a regra geral (art. 287).

CAPÍTULO IV — A CLASSIFICAÇÃO DOS CRIMES ELEITORAIS

Antes de apresentarmos as classificações dos crimes eleitorais, é preciso alcançar uma sua definição. Pelo art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, Decreto-Lei nº 3.914/1941, “considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa”. Esse enunciado, contudo, tornou-se irrelevante com a edição da Carta Federal, que, em seu art. 5º, XLVI, c, prevê que “a lei regulará a individualização da pena podendo adotar, *entre outras*, a pena de multa”. Assim, a admiração externada por Vera Michels de que na Lei nº 4.373/1965 há delitos punidos *apenas* com multa não tem qualquer razão de existir¹⁸. Ademais, cumpre mencionar que a distinção preconizada pela Lei de Introdução ao Código Penal perdeu total sentido a partir da vigência da Lei nº 9.099/1995.

Descartado o conceito legal, passemos aos conceitos doutrinários. Para a mencionada doutrinadora, “trata-se de condutas tipificadas em razão do processo eleitoral e, portanto, puníveis em decorrência de serem praticadas por ocasião do período em que se preparam e se realizam as eleições e ainda porque visam a um fim eleitoral”¹⁹. No mesmo sentido, mas em uma síntese, enfatiza Ramayana: “São as condutas praticadas no calendário e ano eleitoral e com finalidade eleitoral”²⁰.

As definições frisadas remetem à ideia de crime eleitoral somente no ano em que se realiza a eleição ou em sua proximidade, uma vez que unem as opções com o conectivo “e”. Mas, por exemplo, o delito de alistamento fraudulento (art. 289) nem

16 COSTA JUNIOR, Paulo José. *Código penal comentado*. 9 ed. São Paulo: DPJ, 2007. p. 50

17 DECOMAIN, Pedro Roberto. Op. cit., p. 364

18 MICHELS, Vera Maria Nunes. Op. cit., p. 176

19 Idem, p. 171

20 RAMAYANA, Marcos. Op. cit., p. 561

pode ocorrer próximo ao pleito eleitoral e o crime de criação de partido (art. 319), apenas para ficar nesse exemplo, dificilmente ocorre na proximidade de uma eleição. Assim, por não entendermos corretas as definições, seguimos outra, não obstante passível de crítica: são as condutas criminosas que atentam contra o processo eleitoral.

São variadas as classificações dos delitos eleitorais e todas tomam como base o bem jurídico penal tutelado. Assim, por exemplo, Antonio Ponte classifica esses delitos em *puros* ou *específicos* e *acidentais*, sendo que “aqueles só podem ser praticados na esfera eleitoral, ao passo que nestes os interesses são protegidos quer pela legislação penal como eleitoral”²¹.

Também considerando o objeto de proteção, porém com nomenclatura diversa, aduz Ramayana que os crimes eleitorais se classificam em *próprios* e *impróprios*, porque “aqueles ofendem a organização política estatal e estes os interesses políticos do cidadão”²². Também considerando os bens lesados ou colocados em perigo em razão da conduta delitiva, Fávila Ribeiro classifica os delitos em quatro vertentes e, não obstante passível de críticas, é a sua subdivisão a que concentra o maior número de seguidores. Assim, reportamos²³:

- A) Crimes lesivos à autenticidade do processo eleitoral:
 - a Fraude eleitoral:
 - i. No alistamento (arts. 289 ao 291);
 - ii. Em atos partidários (arts. 319 ao 321);
 - iii. Na votação (arts. 307 ao 311);
 - iv. Na apuração (arts. 315 ao 318);
 - b. Corrupção eleitoral (art. 299);
 - c. Falsidade de documentos para fins eleitorais (arts. 348 ao 354).
- B) Crimes lesivos à liberdade eleitoral (arts. 295, 298, 300 ao 302, 312, 331 e 332);
- C) Crimes lesivos aos padrões éticos e igualitários nas atividades eleitorais (arts. 322 ao 330, 333 ao 337, 346 e 25 da Lei Complementar nº 64/1990);²⁴ e,
- D) Crimes lesivos ao funcionamento eleitoral:
 - a. Cometidos somente por membros ou funcionários da Justiça Eleitoral (arts. 292, 294, 305, 306, 313, 314, 338, 341 ao 345);
 - b. Cometidos tanto por particulares quanto por membros ou funcionários da Justiça Eleitoral (art. 339, 340 e 347);

21 PONTE, Antonio Carlos. Op. cit., p. 50-51.

22 RAMAYANA, Marcos. Op. cit., p. 554.

23 RIBEIRO, Fávila. Op. cit., p. 558.

24 Claus Roxin (*Derecho penal. Parte general*. Trad. Luzón Peña, Díaz Colledo, Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997) ensina que “a imoralidade, a contrariedade à ética e a reprovabilidade de um comportamento não autoriza a legitimidade de uma proibição penal”.

- c. Cometidos apenas por particulares (arts. 293, 296, 297, 302 ao 304).

Para efeitos penais, são considerados membros da Justiça Eleitoral “os Magistrados que, mesmo não exercendo as funções eleitorais, estejam presidindo Juntas Apuradoras ou se encontrem no exercício de outra função por designação de Tribunal Eleitoral; cidadãos que temporariamente integram órgãos da Justiça Eleitoral; cidadãos que hajam sido nomeados para as mesas receptoras ou Juntas Apuradoras” (art. 283, I a III) e são funcionários da Justiça Eleitoral “aqueles que assim forem requisitados” (art. 283, IV).

Deve-se ter atenção na leitura completa do art. 283 da Lei nº 4.737/1965, tendo em vista que o legislador utilizou, por duas vezes, o termo *funcionário*. Em seu inciso IV, contudo, o termo se refere a qualquer funcionário público, salvo os Magistrados, que, conjuntamente com os cidadãos, são considerados membros da Justiça Eleitoral. Isso porque, na sequência, para efeitos penais, filiando-se a uma noção extensiva, também considera como funcionário eleitoral qualquer funcionário público que, embora transitoriamente (ainda não investido) ou sem remuneração, exerça cargo criado por lei, preste serviço temporário ou tenha atribuição pública (art. 283, § 1º), ainda que em “entidade paraestatal ou em sociedade de economia mista” (art. 283, § 2º).

CAPÍTULO V – A CORRUPÇÃO ELEITORAL

Nas grandes cidades ou nos rincões distantes, a permuta de votos por promessas e benefícios individuais é real e corriqueira. Futuros e atuais – em face da possibilidade de reeleição – representantes do Poder Executivo e membros do Poder Legislativo governam e legislam, respectivamente, para poucos, mormente aos detentores do poder econômico. No entanto, não poderiam estar a serviço de poucas pessoas e, menos ainda, mover a máquina pública para este fim. Deveriam, pelo contrário, pautar-se pela moralidade administrativa e administrarem seus mandatos com probidade e honestidade. Deveriam atuar sem a política do benefício pessoal e atual, mas voltados ao benefício coletivo e futuro.

Eis por que, uma vez mais seguindo Antonio Ponte, “o efetivo combate à corrupção eleitoral não traduz apenas uma opção voluntária do legislador, entretanto uma autêntica necessidade decorrente de um mandado implícito de criminalização”²⁵. Assim, com o fim de extirpar o comércio ilícito eleitoral, protege-se penalmente a disponibilidade de liberdade do voto como princípio basilar da democracia.

O dispositivo contém condutas múltiplas e retrata um único crime em duas vertentes. Vê-se que a estrutura arquetípica traçada no Código Penal não foi seguida pelo legislador ao redacionar os crimes de corrupção eleitoral passiva e ativa, tendo em vista que descreveu de modo autônomo cada delito (arts. 317 e 333) e cominando idêntica pena: reclusão de dois a doze anos, e na lei especial, não obstante atribua semelhante consequência penal – o que é muito discutível –, opta por descrever as duas condutas no mesmo preceito.

25 PONTE, Antonio Carlos. Op. cit., p. 87.

Antônio Ponte expõe que

o correto seria punir exclusivamente a corrupção eleitoral ativa, na medida em que sem esta não haveria campo para a outra forma de corrupção. Infelizmente, assim não entendeu o legislador, que optou por punir da mesma forma aquele que vende o voto ou a abstenção em um momento de desespero – que troca o seu voto pela solução de um problema imediato, como o pagamento de uma dívida, um par de sapatos, uma cadeira de rodas, um leito no hospital – e o agente que, friamente, imbuído de intuito desvinculado de qualquer valoração ética, compra o voto ou a abstenção.²⁶

Há duas maneiras de configurar o crime. A primeira está expressa nos núcleos *dar*, *oferecer* e *prometer* e é comumente praticada por candidatos e cabos eleitorais, mas pode ser perpetrada por qualquer pessoa em favor de candidato. Trata-se de crime comum. *Solicitar* e *receber* são condutas exclusivas do eleitor, porquanto apenas ele possui o direito ao voto e pode negociá-lo. Trata-se de crime próprio.

A propósito, retira-se de precedentes do Tribunal Superior Eleitoral:

[...] A prática do crime capitulado no art. 299 do Código Eleitoral pode ser cometido inclusive por quem não seja candidato, uma vez que basta, para a configuração desse tipo penal, que a vantagem oferecida esteja vinculada à obtenção de votos. (TSE, Acórdão nº 65, Rel. Fernando Neves da Silva, DJ 21.06.2004)

Recurso em *habeas corpus*. Corrupção eleitoral. Art. 299 do Código Eleitoral. Eleitor. Aceitação de dádiva em troca de voto. Conduta típica. Recurso a que se negou provimento. O art. 299 do Código Eleitoral veda tanto o oferecimento de vantagem em troca de voto quanto a aceitação de benesse para o mesmo fim. Podem figurar no polo passivo da ação penal tanto candidatos como meros eleitores. (TSE, Acórdão nº 40, Rel. Fernando Neves da Silva, DJ 08.03.2002)

A corrupção eleitoral ativa está consolidada nas modalidades *dar* (presentear, doar, conceder), *oferecer* (propor, apresentar, expor) e *prometer* (obrigar-se, comprometer-se), ao passo que a corrupção eleitoral passiva é representada pelos núcleos *solicitar* (pedir, buscar, requerer) e *receber* (aceitar, tomar posse, cobrar). Consiste em uma negociação envolvendo duas partes, na qual uma dá, oferece ou promete algum benefício à outra, ou esta solicita ou recebe daquela, para si ou outrem, este benefício, para votar em determinado candidato, que pode ou não ser o agente ativo corruptor, ou se abster da votação.

O objeto material do crime é dinheiro, dádiva ou qualquer outra vantagem, quer econômica ou não, isto é, pagamento de conta, promessa de emprego, entrega de remédios, doação de cesta básica, de material de construção, etc., sendo indiferente sua origem.

A promessa deve ser individualizada e concreta, feita a uma pessoa individuada ou a um grupo determinado. Logo, as promessas feitas em comícios, debates ou propagandas – proselitismo político – não caracterizam o crime, pois, em tese, constituem parte do plano de governo que será aplicado se o candidato for eleito.

26 Idem, p. 89.

Igualmente não perfazem o ilícito as promessas feitas a poucas pessoas, buscando conquistar votos, quando visam a um benefício geral, como, por exemplo, a construção de escolas ou postos de saúde.

A questão tem entendimento consolidado no Tribunal Superior Eleitoral e nas Cortes Regionais de Justiça Eleitoral, senão vejamos:

Habeas corpus. Art. 299 do Código Eleitoral. Tipicidade. A configuração do tipo previsto no art. 299 do Código Eleitoral requer abordagem direta ao eleitor, com o objetivo de dele obter a promessa de que o voto será dado ou de que haverá abstenção em decorrência da oferta feita, não sendo suficiente o mero pedido de voto realizado de forma genérica. Precedentes. (TSE, Acórdão nº 373, Rel. Maurício José Corrêa, DJ 12.11.1999)

Habeas corpus. Ação penal. Suposta conduta descrita no art. 299 do Código Eleitoral. Trancamento. Denúncia que narra situação da qual se infere procedimento normal de campanha eleitoral. Distribuição ao eleitorado, sem abordagem direta, de panfletos constando notícias acerca da existência de cursos profissionalizantes e dizeres pertinentes à candidatura. Meras promessas genéricas de campanha. Elementos insuficientes para a tipificação do crime. Inexistência de circunstância essencial à tipicidade da imputação afirmada na denúncia. Concessão da ordem. (TRE/MG, Acórdão nº 671, Rel. Antônio Romanelli, DJMG 02.08.2005)

Suzana de Camargo Gomes, lembrando precedente do Tribunal Regional Eleitoral do Mato Grosso do Sul, menciona que “o crime do art. 299 do Código Eleitoral persistirá ainda que a vantagem prometida seja de pequeno valor econômico”²⁷. No mesmo sentido perfilha Antonio Ponte, para quem “não há de se cogitar na aplicação do princípio da insignificância a hipóteses em que o corruptor tenha oferecido ou prometido pequenas quantias ou dádivas ao eleitor, até porque a caracterização do crime não fica condicionada aos montantes pagos ou prometidos”²⁸. Não somos tão radicais quanto os autores. Exemplificamos e justificamos.

O Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina se manifestou:

Portanto, para os eleitores, o transporte não constitui bem ou vantagem, pois, caso não pudessem comparecer aos locais de votação, poderiam perfeitamente apresentar justificativa à Justiça Eleitoral. Se fizeram questão de deslocar-se até o município vizinho para votar, foi para ajudar o candidato com o qual mantinham relação de amizade. O transporte de eleitores não traria vantagem aos eleitores, mas aos próprios candidatos, que só assim poderiam obter os votos daqueles eleitores que iriam se abster. Tem-se, nesta hipótese, que já era da vontade dos eleitores conferirem seus votos ao candidato recorrido, ou, pelo menos, que não haviam escolhido outro [...]. A rigor, nenhum bem ou vantagem foi de fato prometida ou efetivamente entregue aos eleitores para votarem no recorrido. (TRE/SC, Acórdão nº 20169, Rel. Osni Cardoso Filho, DJESC 19.08.2005)

Considerando o julgado, concluímos ser irrelevante o valor do bem ou da vantagem ofertada, sendo imprescindível o juiz analisar a potencialidade de a oferta

27 GOMES, Suzana de Camargo. *Crimes eleitorais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 242.

28 PONTE, Antonio Carlos. Op. cit., p. 104.

ter influenciado a opinião do eleitor. A carona oferecida pelo candidato no julgado catarinense teve um custo. Se esse valor fosse transformado em “vale-gasolina” e ofertado aos eleitores, o custo seria o mesmo, porém mudaria a vantagem proporcionada, tendo agora condições de influenciar na vontade do eleitor e caracterizar o crime. É interessante, a título de ilustração, precedente da Corte paulista, lembrado por Tito Costa²⁹: “[...] Não há dúvida de que a acenada barganha em momento algum chegou a consumir-se, no sentido de levar a vontade das eleitoras a ser subjugada por um boné e camiseta” (Acórdão nº 134.446).

A respeito do pretense candidato que pratica corrupção eleitoral, mas não chega a registrar sua candidatura, Tito Costa³⁰ e Suzana de Camargo Gomes³¹ entendem que não há crime, trazendo como base manifestação do Superior Tribunal Eleitoral: “Não sendo, pois, em momento algum, candidato a Presidência, o Senhor S. S. não pode ser acusado do cometimento do crime no art. 299 do Código Eleitoral, como pretende o requerente” (TSE, Res. 16487, Rel. Romildo Bueno de Souza, DJ 02.07.1990).

A manifestação do Tribunal Superior Eleitoral é correta, pois, não sendo o acusado candidato, não há violação do bem jurídico protegido. Trata-se de crime impossível sob um prisma da ofensividade. Como frisa Antônio Ponte, “a existência de uma candidatura a que se procura beneficiar afigura-se imprescindível, com a condição de ‘candidato’, surgindo a partir do encerramento da ata de convenção do partido que escolheu uma dada pessoa para concorrer ao pleito e consequente registro”³². Ainda há crime impossível, mas pela absoluta impropriedade do objeto “caso a conduta do agente recaia sobre um não eleitor ou pessoa que esteja com os direitos políticos suspensos ou cancelados, pois não se pode captar o voto de quem não ostenta a condição de eleitor. Trata-se de condição objetiva de punibilidade a necessidade de o destinatário ser eleitor”³³.

Não há necessidade de bilateralidade para a concreção do crime. Decomain explica:

Pode ocorrer que o candidato ofereça ou prometa a vantagem, sem que haja crime da parte do eleitor ao qual a promessa ou oferta é dirigida. Se este não a aceitar, não cometerá crime. Pode acontecer também o inverso. Pode ocorrer crime da parte do eleitor, solicitando uma vantagem, sem que aquele a quem tal solicitação é dirigida a seu turno cometa o crime.³⁴

Dois são os elementos subjetivos da infração. O primeiro, caracterizado pelo dolo, constitui-se pela consciência da prática de um dos núcleos do tipo penal. O segundo, como um elemento subjetivo especial, está representado na atuação

29 COSTA, Tito. *Crimes eleitorais e processo penal eleitoral*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 58-59.

30 Idem, p. 57-58.

31 GOMES, Suzana de Camargo. Op. cit., p. 241.

32 PONTE, Antonio Carlos. Op. cit., p. 104-105.

33 Idem, p. 104.

34 DECOMAIN, Pedro Roberto. Op. cit., p. 382.

do agente, objetivando obter ou dar o voto ou conseguir ou prometer a abstenção do eleitor. Em outros termos, quem doa, oferece ou promete vantagem deve ter o propósito de obter voto ou conseguir que o eleitor não vote, para garantir que o adversário não receba a indicação eleitoral, ao passo que o eleitor que negocia o voto, recebendo ou solicitando benefício, tem a intenção de dar seu voto para o candidato combinado ou não comparecer às urnas. Não havendo essas intenções específicas por parte dos envolvidos, não há conduta delitiva.

É o entendimento consolidado pelo Tribunal Superior Eleitoral e idêntica posição se infere das Instâncias Estaduais Eleitorais, senão vejamos detidamente:

Esta Corte tem entendido que, para a configuração do crime descrito no art. 299 do Código Eleitoral, é necessário o dolo específico que exige o tipo penal, ou seja, a finalidade de obter ou dar voto ou prometer abstenção, o que, na hipótese, ficou comprovado, assim como a autoria e a materialidade do crime (TSE, REsp 25388, Rel. José Gerardo Grossi, DJ 27.03.2007).

Habeas corpus. Crime de corrupção eleitoral (art. 299 do CE). Recebimento da denúncia. Constrangimento ilegal. Liminar. Deferimento. Ausência de dolo específico. Trancamento da ação penal. Sendo elemento integrante do tipo em questão o fim de “obter ou dar voto ou prometer abstenção”, não é suficiente para a sua configuração a mera distribuição de bens. A abordagem deve ser direta ao eleitor, com o objetivo de dele obter a promessa de que o voto será obtido ou dado ou haverá abstenção em decorrência do recebimento da dádiva (TRE/BA, Acórdão nº 463, Rel. Luiz Carlos Lopes, DJ 18.09.2003).

O pagamento, pela Prefeitura, de contas de água e luz da população menos favorecida, com dotação orçamentária consignada a programa de assistência social, que se manteve ao longo de mais de dez anos, ainda que feita em época de eleição, não configura o crime previsto no art. 299 do Código Eleitoral, porque não existe, nesse caso concreto, o deliberado intuito de compra de votos, que é elementar ao tipo do mencionado ilícito. (TRE/PR, Acórdão nº 22.350, Rel. Zuudi Sakakihara, DJ 30.07.1998).

A doação de camisetas, bonés, chaveiros e outros brindes era prática comum antes da inclusão do § 6º no art. 39 da Lei nº 9.504/1997 pela Lei nº 11.300/2006. Esse preceito não permite essa distribuição. Porém, caso essa conduta ilegal ocorra, não caracterizará o crime em estudo, pois corresponde a uma forma de propaganda, ou seja, de conquistar a simpatia do eleitor, faltando finalidade da doação do bem, que é a negociação do voto.

A consumação do crime na modalidade ativa verifica-se no momento em que é dado ou oferecido ou prometido o benefício, sem a necessidade de o eleitor aceitar a oferta. As três condutas caracterizam um crime formal. Infere-se:

A promessa de auxílio a eleitor, materializada em dinheiro, ou bem suscetível de aferição pecuniária, em contrapartida à obtenção de sufrágio, corporifica o delito do art. 299 do Código Eleitoral, independente de resultado material, consistente no exercício do voto no candidato beneficiado com a operação antijurídica. (TRE/RN, RC 95400, Rel. Edilson Nobre, DJ 30.10.1997).

Na modalidade passiva da corrupção eleitoral, o núcleo solicitar é crime formal, ao passo que o núcleo receber é um crime material³⁵, pois exige a aceitação, que representa o resultado da conduta de dar ou oferecer.

Decomain informa que “a tentativa é no mínimo muito pouco provável, porquanto bastará oferecer a vantagem ao eleitor, ou bastará ao eleitor solicitá-la, para que o crime já esteja consumado”³⁶. Parte da doutrina considera possível se a ação for plurissubsistente³⁷. Antonio Pontes exemplifica:

Um agente oferece por intermédio de uma carta, fax ou telegrama uma vantagem indevida ao eleitor, sendo tal documento obstado por terceiro ou até extraviado; não chegando, portanto, ao conhecimento do destinatário, ou a solicitação de vantagem que não chega ao conhecimento do candidato ou de seus correligionários.³⁸

Recorre o ilustre autor aos clássicos exemplos já ventilados pela antiga doutrina no que se refere aos tradicionais crimes de corrupção ativa e passiva insertos no Código Penal. Ocorre que, conforme destacado no início dos comentários deste preceito, diferentemente deste Estatuto Repressivo, na Lei nº 4.737/1965, por vontade do legislador, talvez objetivando colocar em prática o princípio da unidade no concurso de agentes, há um único crime que se denomina, comumente, de corrupção eleitoral. Assim, a conduta do candidato ou de seu cabo eleitoral, prometendo a vantagem, já consome o crime, independentemente do eleitor recebê-la, não obstante para a configuração dessa modalidade assim se exija. Acaso fossem dois dispositivos distintos, poder-se-ia sustentar – embora caso de laboratório – a tentativa de o núcleo receber se o eleitor fosse preso em flagrante ao adentrar na casa do candidato, após exercer a promessa de nele votar, para receber a vantagem que lhe foi prometida.

O Tribunal Superior Eleitoral se manifestou no sentido de sua impossibilidade: “O crime de corrupção eleitoral, por ser crime formal, não admite a forma tentada, sendo o resultado mero exaurimento da conduta criminosa” (TSE, Ag. 8905, Rel. Arnaldo Leite Soares, DJ 19.12.2007).

Como a reprimenda máxima cominada ao delito é superior a dois anos, tem-se que a presente infração não pode ser adjetivada como de menor potencial ofensivo. No entanto, como, a teor do art. 284, o crime é apenado com reclusão e a pena mínima não ultrapassa um ano, será cabível a suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei nº 9.099/1995). Ao crime ainda é cominada pena de multa variável entre cinco e quinze dias-multa.

E ainda algumas considerações sobre a captação ilícita de votos merecem atenção.

35 PONTE, Antonio Carlos. Op cit., p. 105

36 DECOMAIN, Pedro Roberto. Op cit., p. 382

37 SANTOS, Paulo Fernando. *Crimes eleitorais comentados*. São Paulo: Leud, 2008. p. 23

38 PONTE, Antonio Carlos. Op cit., p. 103-105

O art. 41-A da Lei nº 9.504/1997 foi incluído pela Lei nº 9.840/1999, que surgiu de um projeto de lei de iniciativa popular mobilizado pela Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. Dispõe expressamente que,

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 Ufr, e cassação do registro ou do diploma, observado o procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990.

O preceito prevê pena de multa e cassação do registro de candidatura ou diploma, caso o candidato seja eleito, mas não tipifica crime eleitoral. O objeto material é o mesmo da corrupção eleitoral. Existe entendimento consolidado pelo Tribunal Superior Eleitoral de que o candidato não precisa ter praticado diretamente o ato, sendo suficiente que tenha nele consentido. Nesse sentido:

Resta caracterizada a captação do sufrágio prevista no art. 41-A da Lei nº 9.504/1997 quando o candidato praticar, participar ou mesmo anuir explicitamente as condutas abusivas e ilícitas capituladas naquele artigo. (TSE, Ac. 19.566/2001, Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 26.04.2002)

Para a caracterização da infração do art. 41-A da Lei das Eleições não é necessário que o ato de compra de votos tenha sido praticado diretamente pelo candidato, mostrando-se suficiente que, evidenciado o benefício, haja participado de qualquer forma ou com ele consentido. Nesse sentido: Acórdão nº 21.264. (TSE, Ac. 21.792/2005, Rel. Eduardo Caputo Bastos, DJ 21.10.2005)

Também deve atuar com a finalidade de obter o voto do eleitor, não informando a redação do preceito legal a atuação com o propósito deste se abster de votar. No entanto, há precedente do Tribunal Superior Eleitoral ampliando a proibição, a nosso ver infringindo o princípio da legalidade que também vigora na esfera administrativa:

[] Se a conduta imputada está tipificada no art. 299 do CE, no qual obter ou dar voto e conseguir ou prometer abstenção são fins equiparados, que decorrem da conduta de dar, oferecer, prometer, solicitar ou receber, para si ou para outrem, dinheiro, dádiva, ou qualquer outra vantagem, é lícito ao intérprete do art. 41-A da Lei nº 9.504/1997, por analogia, entender que ali se cogita, também, da dádiva de dinheiro em troca de abstenção. (TSE, REsp 26118, Rel. José Gerardo Grossi, DJ 28.03.2007)

A minirreforma eleitoral ocorrida recentemente acrescentou parágrafos ao art. 41-A, sendo que dois merecem algum destaque. O § 1º complementa o entendimento do *caput*, porquanto considera desnecessário o pedido explícito de voto para caracterizar a conduta. Acórdãos mais antigos do Tribunal Superior Eleitoral exigiam o expresso pedido de voto para configurar a conduta ilícita. No entanto, em recentes julgados, esse posicionamento foi revisto e já caminha na linha da nova legislação:

Se o candidato pratica ou anui a conduta descrita no art. 41-A da Lei nº 9.504/1997, evidenciando-se o especial fim de agir, afigura-se desnecessário o pedido explícito de voto para a configuração da captação ilícita de sufrágio. (TSE, RO 1635, Rel. Desig. Arnaldo Versiani Leite Soares, DJe 18.09.2009)

Para caracterização de conduta vedada pelo art. 41-A da Lei nº 9.504/1997, é necessária prova da participação direta ou indireta do candidato no fato tido por ilegal, sendo, contudo, prescindível o pedido expresso de votos. (TSE, REsp 25851, Rel. Antonio Cezar Peluso, DJ 07.12.2007)

Para a caracterização da conduta ilícita, é desnecessário o pedido explícito de votos; basta a anuência do candidato e a evidência do especial fim de agir. (TSE, REsp 26101, Rel. Antonio Cezar Peluso, DJ 17.12.2007)

O § 2º estende as sanções previstas no *caput* a quem praticar atos de violência ou grave ameaça a pessoa com o fim de obter-lhe o voto, ou seja, a partir deste ano, a punição do art. 41-A, que tem como principal consequência a cassação do registro ou do diploma, não está restrita à compra de votos, mas também alcança o ato de coagir o eleitor.

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 frisam que são esferas diferentes e independentes³⁹. Para ilustrar: “[...] A manifestação do Ministério Público no âmbito cível não constitui óbice à apuração dos fatos, nem à eventual responsabilização do agente na esfera do direito penal” (TSE, RHC 112, Rel. Marcelo Henriques Ribeiro, DJ 06.08.2008).

Com lição isolada, Decomain entende ser inconstitucional a cassação do registro do candidato que pratica a ação prevista no art. 41-A da Lei nº 9.504/1997. Explica que “é um caso de inelegibilidade e a Constituição só autoriza ampliar as situações de inelegibilidade por meio de lei complementar. Sendo a Lei nº 9.504/1997 uma lei ordinária, não poderia versar sobre o assunto, caracterizando uma inconstitucionalidade formal”⁴⁰. Entretanto, o Tribunal Superior Eleitoral manifestou-se sobre o tema afirmando que a cassação do registro não se confunde com inelegibilidade, senão vejamos:

Captação de sufrágio. Art. 41-A da Lei nº 9.504/1997. Inconstitucionalidade parcial afastada. Infração configurada. Imediata cassação do diploma. Segundo ocasião já analisada nesta Corte, a cassação do diploma por infração ao disposto no art. 41-A da lei supracitada não implica declaração de inelegibilidade. O escopo do legislador, nesse caso, é o de afastar imediatamente da disputa aquele que no curso da campanha eleitoral incidiu no tipo de captação de sufrágio vedada por lei. Inconstitucionalidade parcial da norma que se afasta. Apanhados os fatos tais como descritos pela decisão recorrida, resta configurada a infração prevista no art. 41-A da Lei nº 9.504/1997, uma vez evidenciado que a candidata ofereceu ou prometeu dinheiro a determinado grupo de eleitores em troca de voto. (TSE, REsp 19.644, Rel. Min. Barros Monteiro, DJU 14.02.2003)

CAPÍTULO VI – AS LEIS ESPECIAIS EM MATÉRIA DE INFRAÇÕES ELEITORAIS

Outras três leis em âmbito eleitoral são importantes. A primeira é a Lei nº 6.091/1974, que regulamenta o fornecimento, pela Justiça Eleitoral, de transpor-

39 GOMES, Suzana de Camargo. Op. cit., p. 238

40 DECOMAIN, Pedro Roberto. Op. cit., p. 382

te gratuito aos eleitores da zona rural no dia da eleição, utilizando-se de veículos requisitados. Em casos de extrema carência de recursos, a lei também possibilita o fornecimento de refeições a eleitores da zona rural pela Justiça Eleitoral. Não obstante a possibilidade do fornecimento desses serviços seja somente na zona rural, serão sempre de competência exclusiva da Justiça Eleitoral, e não poderão ser feitos pelos candidatos e órgãos partidários, seja na zona rural, seja na urbana, sendo que o descumprimento da obrigação imposta poderá implicar ação criminosa, entre as especificadas nos incisos de seu art. 11 da Lei nº 6.091/1974.

Nosso objetivo não será fazer uma apurada formulação a respeito⁴¹, contudo vincular a sua análise ao delito de concentração eleitoral (art. 302). Isso, porquanto, grande parte da doutrina entende que a lei especial revogou a parte final do dispositivo⁴². Vejamos.

O art. 11, III, da Lei nº 6.091/1964 prevê que constitui crime eleitoral descumprir a proibição dos arts. 5º, 8º e 10, cominando pena de reclusão de quatro a seis anos e multa⁴³. Aquele dispositivo trata tanto do transporte dos eleitores da zona rural (art. 5º) quanto da zona urbana (art. 10), porém não exige finalidade específica por parte do agente (presente somente na resolução que trata do assunto) e tem período mais abrangente, isto é, do dia anterior ao dia posterior à eleição. Boa parte da jurisprudência costuma tipificar o delito de transporte ilícito de eleitores no art. 11, III, da Lei nº 6.091/1974, mas esse posicionamento não é unânime. Nas decisões do Tribunal Superior Eleitoral, existe manifestação dos relatores pela revogação da parte final do art. 302, senão observemos:

O dispositivo que tipifica a concentração ilegal de eleitores (art. 302 do Código Eleitoral) teve somente revogada a sua parte final pelo disposto no art. 11, III, da Lei nº 6.091/1974. (TSE, Acórdão nº 21401, Rel. Fernando Neves da Silva, DJ 21.05.2004)

Com o advento da Lei nº 6.091/1974, o art. 302 do Código Eleitoral restou revogado em sua parte final, razão pela qual não há que se falar, na hipótese, em violação do referido dispositivo, tampouco em divergência jurisprudencial. (TSE, Acórdão nº 4723, Rel. Francisco Peçanha Martins, DJ 24.09.2004)

Conforme se verifica na análise dos textos legais acima transcritos, o art. 11, III, da Lei nº 6.091/1974, por se tratar de lei posterior, revogou a parte final do disposto no art. 302 do Código Eleitoral consistente na expressão “inclusive o fornecimento de alimento e transporte coletivo”. (TSE, Acórdão nº 165315, Rel. Paulo Octávio Pereira, DOE 11.11.2008)

41 BEM, Leonardo Schmitt; CUNHA, Mariana Garcia. Op. cit., p. 297-310

42 CÂNDIDO, Joel José. *Direito eleitoral brasileiro*. 11 ed. Bauru: Edipro, 2004. p. 309; COSTA, Tito. Op. cit., p. 184; RAMAYANA, Marcos. Op. cit., p. 587

43 “Art. 5º Nenhum veículo ou embarcação poderá fazer transporte de eleitores desde o dia anterior até o posterior à eleição, salvo: I – a serviço da Justiça Eleitoral; II – coletivos de linhas regulares e não fretados; III – de uso individual do proprietário, para o exercício do próprio voto e dos membros da sua família; IV – o serviço normal, sem finalidade eleitoral, de veículos de aluguel não atingidos pela requisição de que trata o art. 2º. [...] Art. 8º Somente a Justiça Eleitoral poderá, quando imprescindível, em face da absoluta carência de recursos de eleitores da zona rural, fornecer-lhes refeições, correndo, nesta hipótese, as despesas por conta do Fundo Partidário. [...] Art. 10 É vedado aos candidatos ou órgãos partidários, ou a qualquer pessoa, o fornecimento de transporte ou refeições aos eleitores da zona urbana.”

Quanto ao art. 11, III, da Lei nº 6.091/1974, é importante fazer remissão à Resolução nº 9 641/1974 do Tribunal Superior Eleitoral, que apresenta as instruções sobre o fornecimento gratuito de transporte e alimentação, em dias de eleição, a eleitores residentes nas zonas rurais, regulamentando a Lei nº 6.091/1974⁴⁴. A Resolução é muito clara: só existirá crime de transporte ilícito de eleitores se presente o dolo específico. Os Tribunais Regionais seguem o entendimento ainda que silencie sobre a referida norma, pois vejamos:

Recurso criminal Denúncia por prática de crime do art. 302 do Código Eleitoral. Conduta prevista na Lei nº 6.091/1974, art. 11, III. Ausência de dolo específico. Improcedência. Absolvição. Para a configuração do crime previsto no art. 11, III, da Lei nº 6.091/1974 há a necessidade de o transporte ser praticado com o fim explícito de aliciar eleitores. Precedentes. Não restando comprovado nos autos o aliciamento dos eleitores beneficiados com o transporte, há de se julgar improcedente a denúncia. (TRE/CE, Acórdão nº 11.079, Rel. Danilo Fontenelle Sampaio Cunha, DJ 08.08.2007)

Recurso. Crime eleitoral. Transporte de eleitores. Prisão em flagrante. Sentença condenatória. Inexistência de prova de aliciamento de eleitores. Ausência de um elemento subjetivo do tipo. Provimento do recurso. Absolvição. Este crime de transporte irregular de eleitores somente se configura se existir o propósito de aliciamento, conforme estabelece o parágrafo único do art. 8º da Resolução TSE nº 9 641/1974, que regulamentou a Lei nº 6.091/1974. Não demonstrada a ocorrência dos requisitos exigidos na conduta típica – o objetivo de embarçar ou de fraudar o exercício do voto –, dá-se provimento ao recurso para decretar a absolvição do acusado. (TRE/SC, Acórdão nº 19.992, Rel. Oscar Juvêncio Borges Neto, DJESC 13.06.2005)

O Supremo Tribunal Federal também já se manifestou:

Figura delituosa que não se perfaz tão somente com o elemento. Fornecimento de transporte. Exigindo, por igual, a promoção de concentração de eleitores, para o fim de impedir, embarçar ou fraudar o exercício do voto, aspecto que constitui elemento do ilícito descrito no art. 302 do Código Eleitoral, ao qual faz remissão o referido art. 11 da Lei nº 6.091/1974. (STF, *Habeas Corpus* nº 74.424, Rel. Ilmar Galvão, DJ 20.06.1997)

A Resolução não manifesta sobre o crime de distribuição gratuita de alimentos, mas, ainda assim, os Tribunais Eleitorais também exigem o dolo específico:

Recurso criminal. Distribuição de vales para alimentação gratuita no dia da eleição. Delitos capitulados nos arts. 10 e 11 da Lei nº 6.091/1974. Absolvição. Ausência de prova de dolo específico. Confirmação da sentença monocrática. Recurso desprovido. (TRE/MG, Acórdão nº 802, Rel. José Nepomuceno da Silva, DJMG 04.08.1994)

A argumentação é válida também no Superior Tribunal Eleitoral:

44 "Art. 8º Nenhum veículo ou embarcação poderá fazer transporte de eleitores desde o dia anterior até o posterior à eleição, salvo: I – a serviço da Justiça Eleitoral; II – coletivos de linhas regulares e não fretados; III – de uso individual do proprietário, para o exercício do próprio voto e dos membros da sua família; IV – o serviço normal, sem finalidade eleitoral, de veículos de aluguel não atingidos pela requisição de que trata o art. 2º. Parágrafo único. Não incidirá a proibição prevista neste artigo quando não houver propósito de aliciamento."

De fato, o rigor da legislação impressiona, razão pela qual a sua interpretação deve ser fundada na ocorrência do elemento subjetivo, mesmo porque a Lei nº 6.091/1974, em seu art. 5º, reporta-se ao Código Eleitoral, art. 302, que o exige expressamente. Por outro lado, a Lei nº 6.091/1974, em seu art. 27, conferiu ao Tribunal Superior Eleitoral poderes para editar as instruções necessárias à sua execução. Pelo que veio a Resolução TSE nº 9 641, de 29.08.1974, ressaltando a necessidade da ocorrência do elemento subjetivo para a concretização da infração. (TSE, Acórdão nº 15.499, Rel. Edson Carvalho Vidigal, DJ 17.12.1999)

A segunda lei especial na seara penal eleitoral é a *Lei Complementar nº 64/1990*, que dispõe constituir crime eleitoral a arguição de inelegibilidade ou impugnação de registro de candidato feito por interferência do poder econômico, desvio ou abuso de poder autoridade, deduzida de forma temerária ou de manifesta má-fé (art. 25).

A primeira observação a se fazer é que arguir inelegibilidade significa mostrar ao togado a existência de causa de inelegibilidade ou ausência das condições de elegibilidade vinculadas a uma candidatura, com base em fatos preexistentes ao registro, seja por decisão já transitada em julgado, que declarou inelegibilidade, seja por uma condição de parentesco, por uma situação de analfabetismo, ou qualquer outra hipótese prevista em lei ou na Carta Federal. Porém, extrapola os limites da arguição de inelegibilidade buscar a declaração de inelegibilidade, que é figura diversa. Declarar inelegibilidade é atribuição do Magistrado em processo que apure condutas puníveis com inelegibilidade.

O ato de impugnar registro de candidatura é o ato de protocolar a peça inicial da ação de impugnação de pedido de registro de candidatura. Qualquer outra forma de se alegar a inconsistência do registro, mesmo sob forma escrita, não passa de uma informação ao juiz ou ao Ministério Público. Na seara eleitoral, a doutrina majoritária menciona que a impugnação do registro de candidatura é um meio para alegar a inelegibilidade do candidato ou a ausência de causa de elegibilidade.

A arguição de inelegibilidade também pode ser posterior ao ato da diplomação, feita por meio de recurso contra expedição de diploma, com previsão no art. 262, I, do Código Eleitoral, sendo seu teor: "O recurso contra expedição de diploma caberá apenas nos seguintes casos: I – inelegibilidade ou incompatibilidade de candidato". A Corte Superior Eleitoral já firmou entendimento de que somente cabe discutir causa de inelegibilidade constitucional ou causa de inelegibilidade infraconstitucional superveniente ao registro de candidatura, que, portanto, não foi possível indicar no prazo da propositura da ação de impugnação ao pedido de registro de candidatura.

O texto do tipo penal da Lei de Inelegibilidade é confuso, gerando entendimentos distintos. Transcrevemos trecho do preceito para melhor análise: "A impugnação de registro de candidato feito por interferência do poder econômico, desvio ou abuso do poder de autoridade". Pelo gênero da palavra "feito", nota-se que "interferência de poder econômico, desvio ou abuso de autoridade" estão relacionados com o registro do candidato, e não com a impugnação. Em contrapartida, o artigo termina dizendo: "deduzida de forma temerária ou de manifesta má-fé", indicando, também pelo gênero da palavra "deduzida", que se refere à arguição de inelegibilidade.

Diante do exposto, só nos resta concluir que o objetivo do legislador era punir quem, de forma temerária ou de manifesta má-fé, argui inelegibilidade ou impugna registro de candidatura, sendo que, no caso do registro de candidatura, deve alegar interferência do poder econômico, desvio ou abuso de autoridade.

A doutrina majoritária não admite que interferência de poder econômico e desvio ou abuso de autoridade sejam matérias discutidas em ação de impugnação ao pedido de registro de candidatura, embora Adriano Soares da Costa defenda se tratar de um equívoco da jurisprudência essa não admissão, pois “a finalidade da ação é declarar que alguém não tem o direito de ser votado, independente de declaração existente em outro processo”, sendo que “a legislação não limita os temas que podem ser tratados em impugnação ao registro, nem mesmo a necessidade de prova pré-constituída da inelegibilidade”⁴⁵.

Contudo, o Tribunal Superior Eleitoral adota linha de pensamento diverso, pois, ainda que os fatos que indiquem abuso de poder econômico ou político possam ser punidos com inelegibilidade, a referida ação apenas se verifica se já foi declarada inelegibilidade em processo hábil para tanto ou se estão presentes outras causas de inelegibilidade ou ausentes as condições de elegibilidade. Vejamos:

Firmou a jurisprudência deste Tribunal no sentido de admitir-se a ação de investigação judicial até a diplomação, não sendo a impugnação ao registro via própria para apurar eventual abuso de poder. (TSE, Ac. 20.134, Rel. José Paulo Sepúlveda Pertence, Publicado em Sessão de 11.09.2002)

No processo de registro de candidatura, não se declara nem se impõe sanção de inelegibilidade, mas se aferem tão somente as condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade, a fim de que se possa considerar o candidato apto a concorrer na eleição. Nesse sentido: Ac. 21.709, Rel. Min. Peçanha Martins, de 12.08.2004. (TSE, REsp 23556, Rel. Carlos Eduardo Caputo, Publicação em Sessão de 18.10.2004)

Além disso, em sede de registro de candidatura, não se apura abuso nem se declara inelegibilidade. (TSE, Ac. 21.709, Rel. Francisco Peçanha Martins, Publicado em Sessão de 12.08.2004)

Não é próprio apurar-se a ocorrência de abuso em impugnação de registro de candidatura, uma vez que a Lei Complementar nº 64/1990 prevê, em seu art. 22, a ação de investigação judicial para esse fim, a qual, não estando sujeita a prazo decadencial, pode ser ajuizada até a data da diplomação do candidato. (TSE, Ac. 593, Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Publicação em Sessão de 03.09.2002)

A alegação de abuso de poder econômico ou abuso de poder político, conforme o entendimento jurisprudencial, é fundamentação cabível em ação de investigação judicial eleitoral, também disposta na Lei Complementar nº 64/1990, e em ação de impugnação de mandato eletivo, com origem constitucional. Porém, essas ações não se prestam a impugnar registro de candidatura, que é a conduta descrita no tipo, e não cabe ao intérprete estender o alcance da norma penal a outros atos que não estão tipificados. Portanto, a impugnação do registro mencionada no tipo

45 COSTA, Adriano Soares. *Instituições de direito eleitoral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 279-286.

penal é descabida de razoabilidade no contexto dos mecanismos processuais eleitorais assentados na jurisprudência.

Resta-nos apenas a análise da conduta de arguir inelegibilidade de forma temerária ou de má-fé. Aliás, muitos acórdãos analisam apenas tais modalidades, como pode ser visto no julgado abaixo destacado:

Não havendo no inquérito nenhum elemento probatório da existência da temeridade ou manifesta má-fé, quando da propositura da representação, não há que se falar em crime, por atipicidade. (TRE/MG, Ac. 168, Rel. Rogério Tolentino, DJ 30.03.1999)

A má-fé é o comportamento maldoso, que visa prejudicar terceiro, enquanto que a forma temerária refere-se ao modo arriscado, perigoso, imprudente, infundado. Na verdade, quem se utiliza de forma temerária para arguir inelegibilidade também se vale de má-fé. Sobre a forma temerária, segue uma ilustração:

Não age de forma temerária e, destarte, não se enquadra no tipo penal insculpido no art. 25 da Lei Complementar nº 64/1990 a parte que propõe ação de impugnação de registro de candidatura desprovida de qualquer espécie de artifício fraudulento. (TRE/MG, Ac. 31, Rel. Edelberto Lellis Santiago, DJMG 17.03.1998)

A arguição de inelegibilidade pode ser feita por meio da ação de impugnação de pedido de registro de candidatura e, em situações restritas, do recurso contra expedição de diploma. A inelegibilidade tratada neste artigo é em sentido amplo, abrangendo tanto as causas de inelegibilidade quanto as condições de elegibilidade. Para que caracterize o tipo penal em estudo, o sujeito deve propor a ação, sabendo que os fatos que fundamentam a inelegibilidade são falsos, pois, desta forma, estará configurada a má-fé.

Finalmente, e como a principal legislação extravagante a respeito, a Lei nº 9.504/1997, conhecida como Lei das Eleições, que incluiu na nova ordem jurídica os crimes referentes às pesquisas eleitorais, à propaganda, à apuração dos votos, ao sistema eletrônico de votação, à retenção do título e à prioridade dos feitos eleitorais, com algumas alterações acrescidas pela Lei nº 11.300/2006 e Lei nº 12.034/2009. A título de exemplo, discorreremos sobre a propaganda partidária ou eleitoral no dia das eleições previsto no art. 39, § 5º, da Lei nº 9.504/1997⁴⁶.

O art. 39, § 5º, I, da Lei nº 9.504/1997 obsta, no dia da eleição, o uso de alto-falantes, amplificadores de som e a ocorrência de comício ou carreata, esclarecendo que comício é uma reunião pública em que o candidato apresenta suas propostas, e carreata é o conjunto de carros desfilando com bandeiras ou outras formas de propaganda. Trata-se de tipo misto alternativo ou de conteúdo variável, sendo suficiente à prática de qualquer conduta para que o delito reste caracterizado. Por evidente que essas formas de expressão só serão punidas se divulgarem propa-

46 “Art. 39. [...] § 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 UFIR: 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.”

ganda de candidato ou partido, pois vinculando mensagens sem vínculo partidário ou eleitoral não haverá delito.

O art. 39, § 5º, II da Lei nº 9.504/1997 objetiva proibir a arregimentação de eleitores, isto é, o alistamento, recrutamento ou associação do eleitor à proposta partidária no dia da eleição. Também obsta a propaganda de boca de urna, isto é, a realizada nas proximidades dos locais de votação no momento que o eleitor se dirige para votar, sendo sua modalidade mais comum a entrega dos “santinhos” dos candidatos, que são pequenos panfletos com a foto, o nome e o número do candidato e suas propostas resumidas.

O segundo inciso também representa um tipo misto ou de conteúdo variável, não obstante a propaganda de boca de urna corresponda a uma modalidade de arregimentação de eleitores – a mais corriqueira, a propósito – porque busca associar, no último momento antes da votação, o eleitor às propostas do candidato. Quanto a sua caracterização, é pacífico o entendimento jurisprudencial no sentido de que apenas é punido quem distribui o material ao público, não bastando o sujeito encontrar-se na posse dos folhetos. Vejamos:

Demonstrado, de modo incontroverso, estar o réu tão somente na posse, no dia da eleição, de grande quantidade de material de propaganda política, sem, no entanto, dele fazer uso, distribuindo-a, não há como condená-lo com base no disposto no art. 39, § 5º, da Lei nº 9.504/1997, já que esse delito somente se tipifica quando há a efetiva distribuição do material a eleitores com intuito de influenciar sua escolha (TRE/SC, Ac. 19 730, Rel. José Gaspar Rubik, DJ 05.11.2004)

Também não caracteriza o ilícito a presença do candidato nos locais de votação:

Eleição. Boca de urna. Não caracterização. [...] Não realiza conduta típica de fazer propaganda eleitoral no dia da eleição, por meio de suposta prática de manifestação tendente a influir na vontade do eleitor. Simples cumprimentos efusivos aos eleitores no local de votação não caracterizam o ilícito. Precedentes. (TRE/RJ, Ac. 34.579, Rel. Jacqueline Lima Montenegro, DOERJ 04.07.2008)

Ainda sobre o crime de boca de urna, o Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo manifestou que a entrega de “cola” com o número do candidato não caracteriza este injusto culpável, até porque, em que pese não conste da decisão, o número de todos os candidatos é fixado nos corredores do local de votação e qualquer pessoa poderia indicá-lo ao eleitor:

Nas condições que o fato de deu, a singela conduta de entregar uma “cola”, contendo apenas um número, a uma eleitora conhecida, a meu ver, não se subsume ao tipo penal da boca de urna. Não me parece, com efeito, que o fato baste para caracterizar a proibida prática de distribuição de material de propaganda ou aliciamento. (TRE/SP, Ac. 155 282, Rel. Eduardo M. Antunes, DOE 20.07.2006)

O inciso III do art. 39, § 5º, da Lei nº 9.504/1997, acrescido pela Lei nº 11.300/2006 e recentemente alterado pela Lei nº 12.034/2009, trata da divulgação de qualquer espécie de propaganda partidária ou eleitoral. As resoluções que disciplinam a propaganda eleitoral para as eleições autorizam a manifestação

pessoal e silenciosa do eleitor por meio do uso de camisetas, bonés e outras formas de expressão. Trata-se de costume, inclusive permitido pelo Tribunal Superior Eleitoral, que no dia da eleição o eleitor dirija-se à seção eleitoral usando camiseta ou boné que mostre sua preferência eleitoral ou partidária, desde que o faça de forma silenciosa, não tendo poder de influir na vontade de outro eleitor.

Ademais, a discussão de que o texto da Resolução contrariava a lei ordinária perdeu razão de existir com a edição da Lei nº 12.034/2009, que acrescentou o art. 39-A à Lei das Eleições com a seguinte redação: “É permitida, no dia das eleições, a manifestação individual e silenciosa da preferência do eleitor por partido político, coligação ou candidato, revelada exclusivamente pelo uso de bandeiras, broches, dísticos e adesivos”.

No entanto, a lei quis garantir que essa manifestação individual fosse apenas uma expressão do eleitor, sem condão de caracterizar propaganda de partidos e candidatos. Com essa intenção, a Lei nº 12.056/2009, no art. 39-A, §§ 1º e 3º, proibiu a aglomeração de pessoas com vestuário padronizado ou utilização de bandeiras, broches, dísticos e adesivos, bem como a padronização de vestuário dos fiscais de partido.

Suzana de Camargo Gomes entende que o crime apenas se verifica no “horário da eleição ou quando os eleitores estão se dirigindo ao local de votação”⁴⁷. Está correta a sua doutrina, pois como toda ação praticada deve ter potencial lesivo, isto é, ter capacidade para influenciar o eleitorado, em alcance amplo, não há crime após o encerramento da votação, sendo que sua ocorrência é restrita à proximidade do início da eleição até sua conclusão.

CAPÍTULO VII — O VOTO EM TRÂNSITO E OS CRIMES ELEITORAIS

Uma das principais inovações introduzidas pela minirreforma eleitoral de 2009 é a faculdade conferida aos eleitores que estão fora de seu domicílio eleitoral de votar à escolha do Presidente da República em urnas instaladas nas capitais dos Estados, sendo que a Lei nº 12.034/2009 deixou esta regulamentação sob a responsabilidade do Tribunal Superior Eleitoral (art. 233-A, CE).

Trata-se de uma árdua incumbência. A propósito, o Presidente do Tribunal Superior Eleitoral à época da promulgação desta legislação, Ministro Carlos Ayres Britto, solicitou ao Presidente Lula que vetasse os artigos que tratavam do voto em trânsito e do voto impresso, pelo motivo da dificuldade de operacionalizar as duas alterações⁴⁸.

Para entender o problema, é preciso explicar que a urna eletrônica, que atualmente é adotada em todo território nacional, é uma máquina que possui o registro dos números dos títulos de todos os eleitores da seção respectiva e que todo o tra-

47 GOMES, Suzana de Camargo. Op. cit., p. 197.

48 Disponível em: <<http://www.tse.gov.br/sadAdmAgencia/noticiaSearch.do?acao=get&id=1227458>> Acesso em: 1º jun. 2010.

balho é feito com base nesses dados, sem acesso à Internet ou intranet. Quando o mesário digita o título do eleitor que compareceu para votar, a urna confere se o número do título digitado pertence àquela seção, e, em caso positivo, o habilita a votar. Além disso, o registro dos eleitores que comparecem na votação é feito de forma separada do registro do número de votos para o candidato X e para o candidato Y, ou seja, a urna não registra, por exemplo, que o 1º título votou no candidato X, o 2º título votou no candidato Y, etc. São constituídos dois arquivos diferentes, um das pessoas (os títulos) que votaram e outro dos votos registrados naquela máquina.

Para que um eleitor vote em trânsito, ele terá que depositar seu voto em urna distinta da que possui o registro de seu título. Essa urna poderia possuir o registro de todos os títulos do País, o que a tornaria extremamente lenta, ou não possuir registro nenhum, mas apenas receber um número de título que, no momento do processamento dos dados da urna no sistema de apuração dos votos, será conferido com todas as inscrições eleitorais do País e marcará “comparecimento às urnas” para o eleitor correspondente ao título que tinha sido digitado. Esse é o procedimento adotado atualmente para registro das justificativas eleitorais.

O grande problema desse método é que um eleitor que mora em cidade vizinha à capital do Estado poderia votar em sua seção eleitoral, onde está o registro de seu título, e depois ir à capital do Estado e votar novamente. Como consequência, teríamos a ocorrência do crime do art. 309 do Código Eleitoral, que pune quem vota ou tenta votar mais de uma vez, ou seja, o sistema permitiria que esse crime fosse praticado com facilidade, o que torna a opção inviável. E haveria alternativa?

Uma alternativa seria se o sistema de apuração dos votos, que também detecta os eleitores que compareceram à votação, primeiro processasse os votos dos eleitores inscritos nas seções eleitorais e depois processasse os votos dos eleitores em trânsito. Os eleitores que estiverem anotados como votantes em trânsito não teriam seu voto processado se o primeiro processamento já concluísse pelo comparecimento do eleitor. Em outras palavras, só seriam processados os votos em trânsito dos eleitores que não compareceram para votar em suas seções eleitorais. A inexistência desse procedimento é resultante da quebra do sigilo do voto, porque teria que ficar identificado nos votos em trânsito o voto dado por cada eleitor. Logo, não seria uma boa alternativa.

Para a melhor compreensão, exemplificamos: em determinada urna apta a receber votos em trânsito votaram trezentas pessoas, sendo que cinco delas já haviam efetuado voto na seção eleitoral em que estão registradas. Com isso, os votos dessas cinco pessoas não poderão ser processados. Mas somente será possível proceder dessa forma se a urna registrar que o 1º título votou no candidato X, o 2º título votou no candidato Y e assim por diante, pois, do contrário, não há como cancelar os votos dos cinco eleitores no universo dos trezentos votos depositados. Além de permanecer a tentativa de votar mais de uma vez, ocorrerá também a ação tipificada no art. 312 da Lei nº 4.737/1965, representada no ato de violar ou tentar violar o sigilo do voto.

Outra sugestão seria que as urnas funcionassem em um sistema integrado de dados, de modo que, quando um eleitor votasse no Amapá, a urna no Rio Grande

do Sul já detectasse que aquele eleitor não pode mais depositar voto, lembrando que o funcionamento *on-line* é mais acessível a *hackers*. Contudo, os benefícios trazidos por essa facilidade não compensam o aparato tecnológico e os vultosos gastos necessários para implantação desse sistema.

A opção encontrada pelo Tribunal Superior Eleitoral para solucionar os problemas apresentados acima, detalhada na Resolução TSE nº 23.215/2010, foi a instalação de urnas especiais nas capitais dos Estados para receberem apenas votos em trânsito. Para isso, o eleitor deverá, entre o dia 15 de julho ao dia 15 de agosto, preencher formulário fornecido pela Justiça Eleitoral indicando em qual capital de Estado vai estar nos dias de votação. O eleitor que escolher votar em trânsito será excluído da votação na sua seção eleitoral.

Isso porque é notório que o Tribunal Superior Eleitoral precisa de tempo para organizar os programas, os cadernos de votação, a quantidade de urnas necessárias, os locais para instalação das urnas, a convocação e o treinamento das pessoas que vão trabalhar nos locais de votação, a logística de distribuição e coleta das urnas e todos os outros serviços que se relacionam com um dia de votação. Portanto, a resolução determinou que o eleitor avise com antecedência onde pretende votar, sendo que os locais se restringem às capitais dos Estados. E ainda, se, em uma capital, não tiver um número mínimo de 50 eleitores que votarão em trânsito, não será instalada urna especial.

A nosso ver, e finalmente, a solução encontrada pela Justiça Eleitoral apresenta restrições ao pleno exercício do voto em trânsito ao exigir que o eleitor informe, com no mínimo 49 dias de antecedência do 1º turno das eleições, o local que pretende votar nos dois turnos do pleito, além da possibilidade do cancelamento de urna especial que não alcançar 50 eleitores habilitados. Contudo, a Resolução TSE nº 23.215/2010 traduz a forma possível de operacionalizar a letra da lei, não perdendo de vista o respeito ao sigilo do voto e a exigência de que cada eleitor deposite apenas um voto.

REFERÊNCIAS

- BEM, Leonardo Schmitt; CUNHA, Mariana Garcia. *Direito penal eleitoral*. Florianópolis: Conceito, 2010.
- CÂNDIDO, Joel José. *Direito eleitoral brasileiro*. 11. ed. Bauru: Edipro, 2004.
- COSTA, Adriano Soares. *Instituições de direito eleitoral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- COSTA, Tito. *Crimes eleitorais e processo penal eleitoral*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Código penal comentado*. 9. ed. São Paulo: DPI, 2007.
- DECOMAIN, Pedro Roberto. *Comentários ao código eleitoral*. São Paulo: Dialética, 2004.
- GOMES, Suzana de Camargo. *Crimes eleitorais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006.
- MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Manuale di diritto penale*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2009.
- MICHELS, Vera Maria Nunes. *Direito eleitoral*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

PONTE, Antonio Carlos. *Crimes eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008.

RAMAYANA, Marcos. *Direito eleitoral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

RIBEIRO, Fávila. *Direito eleitoral*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ROXIN, Claus. Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal? In: *La Teoría del Bien Jurídico*. Trad. Rafael Alcácer, María Martín e Ortiz de Urbina. Madrid: Marcial Pons, 2007.

_____. *Derecho penal. Parte general*. Trad. Luzón Peña, Díaz Colledo, Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

SANTOS, Paulo Fernando. *Crimes eleitorais comentados*. São Paulo: Leud, 2008.

5399

Superior Tribunal de Justiça

Conflito de Competência nº 103 814/SP (2009/0033768-3)

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

Autor: João Otávio Dagnone de Melo

Advogado: Nelson Francisco Temple Bergonso

Réu: Newton Lima Neto

Suscitante: Juízo Eleitoral da 121ª Zona Eleitoral de São Carlos/SP

Suscitado: Juízo de Direito da 3ª Vara Criminal de São Carlos/SP

EMENTA

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – JUSTIÇA COMUM E JUSTIÇA ELEITORAL – QUEIXA-CRIME POR CRIMES CONTRA A HONRA PRATICADOS DURANTE HORÁRIO GRATUITO DE PROPAGANDA ELEITORAL – AÇÃO INICIALMENTE PROPOSTA PERANTE A JUSTIÇA ELEITORAL REJEITADA POR ILEGITIMIDADE DE PARTE – TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO – NOVA AÇÃO INSTAURADA PERANTE A JUSTIÇA COMUM – REMESSA DOS AUTOS À JUSTIÇA ESPECIALIZADA – COMPETÊNCIA *RATIONE MATERIAE* – EVENTUAL DECISÃO PELA EXISTÊNCIA DE COISA JULGADA MATERIAL QUE DEVE SER PROFERIDA PELO JUÍZO COMPETENTE – PARECER DO MPF PELA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ELEITORAL – CONFLITO CONHECIDO, PARA DECLARAR COMPETENTE O JUÍZO ELEITORAL DA 121ª ZONA ELEITORAL DE SÃO CARLOS/SP, O SUSCITANTE

1. Indiscutível que a apuração de eventual prática de crimes contra a honra durante o horário de propaganda eleitoral gratuito é da competência da Justiça Eleitoral (arts. 324, 325 e 326 do Código Eleitoral).

2. O fato de o juiz eleitoral, sem declinar de sua competência, ter rejeitado a queixa-crime, ao fundamento de ausência de legitimidade do autor, eis que pública incondicionada a ação penal por crime eleitoral, e de essa decisão ter transitado em julgado não transmuta a situação fática, o que impossibilita a propositura de nova queixa-crime na Justiça Estadual, com fundamento na Lei de Imprensa, porquanto a competência da Justiça Eleitoral é absoluta.

3. É vedado ao Juiz Estadual proferir decisão sobre a procedibilidade de queixa-crime por crime eleitoral, por ser absolutamente incompetente para tal.

4. Conflito conhecido, para declarar a competência do Juízo Eleitoral da 121ª Zona Eleitoral de São Carlos, o suscitante.