

ESTUDOS ELEITORAIS

VOLUME 14 – NÚMERO 2
MAIO/AGOSTO 2020

BRASÍLIA
TSE
2020

CRIMES ELEITORAIS E O DIREITO PENAL DO EQUILÍBRIO¹

ELECTORAL CRIMES AND CRIMINAL LAW OF BALANCE

AMAURY SILVA²

GISELLE MORAIS ROCHA³

¹ Artigo concluído em agosto de 2020 e aprovado para publicação em agosto de 2020.

² Juiz de Direito no Estado de Minas Gerais e Juiz Eleitoral. Especialista em Direito Penal e Processual Penal. Mestre em Estudos Territoriais (ênfase em Criminologia e Direitos Humanos). Doutorando em Ciências da Comunicação. Professor na graduação e pós-graduação (Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito Eleitoral). Autor de diversas obras jurídicas.

³ Analista Judiciário do TRE/MG. Servidora do gabinete da Diretoria-Geral do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais (TRE/MG). Foi servidora do Ministério Público de Minas Gerais, atuando na Promotoria de Defesa da Saúde. Especialista em Direito Público pela Anamages. Mestranda em Democracia e Instituições Sociais pela Universidade Fundação Mineira de Educação e Cultura.

RESUMO

Este artigo aborda a legislação penal eleitoral brasileira em contexto de irrestrita obediência aos parâmetros garantistas da Constituição Federal (CF) de 1988. Defende a necessidade de sua revisão, pois o garantismo constitucional não transforma seu objeto em retenção. Utilizados os métodos dedutivo e indutivo de premissas jurídicas, aponta-se que o princípio da proteção deficiente deve ser entendido também como pertencente ao Direito Penal Eleitoral. A atualização deve abordar a exclusão de tipos penais não recepcionados pela Carta Política ou que melhor se enquadram em responsabilidade administrativa. Outras condutas devem ser objeto de deliberação típica para inclusão no ordenamento penal eleitoral. Em conclusão, articula-se que a atualização proposta deve ser realizada sob a orientação do paradigma do Direito Penal do equilíbrio.

Palavras-chave: Direito Penal Eleitoral. Atualização. Tipos. Supressão. Inclusão. Garantismo. Direito Penal do equilíbrio.

ABSTRACT

This article deals with the Brazilian electoral criminal law in a context of unrestricted compliance with the guaranteed parameters of the Federal Constitution of 1988. It defends the necessity of its revision, since the constitutional guarantee does not transform its object into retention. Using the deductive and inductive method of legal premises, it points out that the principle of deficient protection must also be understood as belonging to electoral criminal law. The update should address the exclusion of criminal offenses not covered by the Political Charter or that best fit administrative responsibility. Other conduct should be the subject of a typical deliberation for inclusion in the electoral criminal order. As a conclusion it is articulated that the proposed update must be carried out, under the guidance of the criminal law paradigm of balance.

Keywords: Electoral Criminal Law. Update. Types. Suppression. Inclusion. Guaranteeism. Criminal Law of balance.

1 Introdução

O presente artigo visa analisar, com base no Direito brasileiro, a fisionomia da legislação penal eleitoral, a qual exige incorporação de parâmetros efetivos para equalizar a legítima proteção dos bens jurídicos que devem ser tutelados.

Tendo em vista o histórico de fraudes, parte-se da premissa de que foram criados diversos crimes eleitorais, em época de autoritarismo, a fim de impedir e punir os desmandos até então cometidos nas eleições.

Com a finalidade de correção do Direito Penal Eleitoral, procuramos mapear os contornos na implementação do garantismo penal, defendendo não somente seu viés de proteção de direitos fundamentais individuais mas também o de proteção de outros direitos e de reconhecimento de deveres.

Para tanto, o primeiro passo na busca do equilíbrio penal começa com a necessidade de seleção de bens jurídicos mais relevantes, devido aos princípios da intervenção mínima, da adequação social e do princípio da lesividade.

Em seguida, procuramos ilustrar que, na delimitação da tendência contemporânea de expansão razoável do Direito Penal, devem ser mantidas garantias fundamentais na criminalização, afastando-se o rigor de determinadas regras de imputação e, a fim de não transformar o Direito Penal em instrumento ineficiente, defende-se que a repressão de condutas no âmbito administrativo seria uma alternativa para o melhor funcionamento do sistema penal.

Por fim, foram explicitadas figuras típicas no Direito Penal Eleitoral não foram recepcionadas pela nova ordem constitucional ou são incompatíveis com a realidade atual, concluindo-se pela imprescindibilidade de atualização, revisão ou consolidação da legislação eleitoral que implique a revogação de alguns dispositivos penais e pela necessidade de criação de figuras típicas ou instrumentos para maior proteção a bens jurídicos mais relevantes.

2 Desenvolvimento

Diferentemente de outros países, a Justiça Eleitoral no Brasil pertence ao Poder Judiciário e não apenas acumula as funções normativa e consultiva, como também a função de decidir conflitos jurisdicionais relacionados ao processo eleitoral, a de administrar, organizar e realizar as eleições e a de formar o cadastro de eleitores bem como a função normativa e consultiva.

Em diversos países, diante das peculiaridades de cada sociedade, as eleições não ficam a cargo do Poder Judiciário. O contencioso eleitoral pode estar atrelado ao Poder Legislativo ou ao Executivo, não havendo nenhuma especialização na área jurisdicional.

Essa discussão remete, historicamente, à Revolução de 1930 no Brasil, que tinha como um de seus princípios a moralização do sistema eleitoral, estribado num emaranhado de fraudes eleitorais advindo do “coronelismo” – motivo pelo qual houve a necessidade de controle das eleições no âmbito externo ao Poder Executivo e Legislativo. Um dos primeiros atos do governo provisório foi a criação de comissão de reforma da legislação eleitoral, cujo trabalho resultou no primeiro Código Eleitoral do Brasil (1932). Esse código foi embrionário da Justiça Eleitoral, que passou a ser responsável por todos os trabalhos dessa natureza – alistamento, organização das mesas de votação, apuração dos votos, reconhecimento e proclamação dos eleitos. Entretanto, foi sepultado com a Carta Constitucional de 1937, marcada pelo caráter autoritário.

Em meio a críticas ao atual posicionamento do Poder Judiciário (ativismo judicial), não se pode negar que tem ele exercido, no processo de redemocratização, o papel de interpretar e de aplicar direitos; invalidar leis e atos normativos (papel contramajoritário); atender demandas sociais e integrar a ordem jurídica em casos omissos (papel representativo); e promover avanços civilizatórios, proferindo decisões que são necessárias para a proteção de direitos fundamentais e para superação de discriminações e preconceitos.⁴

No Direito Penal, não é diferente: a concepção de Estado está ligada a um dado sistema punitivo e modelo político adotado. Atualmente, a leitura constitucional do Direito Penal deve ser feita em consonância com os postulados e os valores consagrados na CF/1988. No Estado democrático de direito, instituído no art. 1º da CF/1988, devem ser combatidos os crimes que fomentam a injustiça social.

Apesar da distinção doutrinária estabelecida entre política criminal, criminologia e Direito Penal, este não é outra coisa senão um fenômeno político, cuja existência decorre da necessidade política numa dada época e contexto social.

⁴ Ran Rirschl, no artigo *O Novo Constitucionalismo e a Judicialização da Política Pura no Mundo*, tece críticas e analisa o fenômeno sob o aspecto político mundial. Publicado originalmente como *The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide*. In: *Fordham Law Review*, v. 75, n. 2, 2006. Traduzido por Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano.

Sob essa ótica, o delito é socialmente construído, rotulado pelo Direito Penal (*labeling approach*)⁵, mediante seleção de condutas que, abstratamente, definirão o tipo penal, desenhando um modelo político normatizado.⁶ A tarefa do juiz, ao decidir o caso, diante de múltiplas possibilidades criativas, é de interpretar a lei, levando em conta a mudança do contexto sociocultural em constante transformação. A interpretação não se caracteriza como descrição de um significado previamente dado (muito menos apenas literal), mas de um ato que constitui uma decisão.

O caminho a seguir deve necessariamente ser coerente com o Estado de direito, a democracia e o respeito aos princípios constitucionais fundamentais. Nesse ponto, a teoria garantista, cujo marco histórico é a obra *Direito e Razão*, de Luigi Ferrajoli (2000)⁷, foi acolhida pelo sistema penal brasileiro (visando coibir atos autoritários previstos no sistema punitivo) e tem como fundamento a proteção de direitos individuais, devido ao momento histórico em que foi concebida (num contexto de legislação de emergência elaborada no Estado Italiano).

Entretanto, não era apenas essa a sua intenção: o garantismo penal (integral) possui, além do viés de proteção de direitos fundamentais individuais (chamado de garantismo hiperbólico monocular), o de proteção de outros direitos (coletivos) e de reconhecimento de deveres (tão esquecidos em nosso país)⁸. A compreensão do direito deve ser integral e sistêmica, de modo não só a evitar excessos mas também de evitar uma proteção deficiente.⁹ Ou seja, o garantismo não deve buscar o engessamento interpretativo ou o formalismo.

Desse modo, as normas determinantes de direitos sociais servem de paradigma na esfera jurídico-penal, pois legitimam a proteção de bens fundamentais de caráter social, e devem balizar a discussão acerca da

⁵ Labeling Approach Theory, ou Teoria do Etiquetamento Social, é uma teoria criminológica marcada pela ideia de que as noções de crime e criminoso são construídas socialmente a partir da definição legal e das ações de instâncias oficiais de controle social a respeito do comportamento de determinados indivíduos.

⁶ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal*. Tradução de Pablo Rodrigo Aflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 101-102.

⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000.

⁸ Ao tratar dos deveres das pessoas, o Capítulo V do Pacto de São José da Costa Rica estabelece, no art. 32, itens 1 e 2, o seguinte: “1. Toda pessoa tem deveres para com a família, a comunidade e a humanidade; 2. Os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, em uma sociedade democrática.”

⁹ Nesse sentido, Douglas Fischer, em seu artigo *O que É Garantismo Penal (Integral)?*, critica decisões embasadas em doutrinas garantistas sem que se diga, científica e/ou dogmaticamente, qual a fundamentação coerente para a tomada de qual ou tal posição (disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/255489911/O-Que-e-Garantismo-Penal-Integral-Douglas-Fischer>>).

criminalização ou descriminalização de condutas. Isso se deve à mutação pela qual vem passando o conceito de bem jurídico-penal ao longo do tempo.

A importação mecanizada da doutrina garantista ocorre no Brasil sem a preocupação, por parte de juristas, de estudar a fundo a doutrina, e acaba por fomentar a proteção deficiente, o abuso no direito de defesa e a impunidade (garantismo negativo), pois é certo que há condutas que necessitam de maior penalização, hoje não adequadamente proibidas.

Nessa senda, é possível compreender o atual sistema penal brasileiro, no qual se inserem diversos institutos jurídicos que devem ser repensados, pois a criminalidade de hoje não é a mesma do passado. A discussão tem grande importância atual, devido ao avanço do capitalismo, mormente num momento histórico em que o Direito Penal começou a abarcar a macrodelinquência e criminosos de colarinho branco e não apenas a tradicional clientela do Direito Penal (pobres). Nesse contexto, não faltam estudiosos para levantar vozes na proteção do garantismo “à brasileira” – individualista, unilateral, que despreza a vítima e a sociedade – na crença de que copiam corretamente modelos estrangeiros.

Não se trata de defender qualquer Direito Penal do Inimigo, e sim de revisão do padrão e da necessidade de equilíbrio, imprescindível para garantir respostas adequadas aos avanços da criminalidade atual.

Analisando o sistema penal brasileiro, verifica-se que suas incoerências advêm, muitas vezes, da distância entre o mundo descrito nas normas e a realidade vivenciada pelas pessoas, bem como de um sistema processual demasiadamente demorado por diversos fatores, o que ocasiona visceral descrédito nas instituições e ineficácia das leis penais. Nesse contexto, deve-se ter o cuidado para não se instalar um Estado de prevenção extrema (com a criação exagerada de tipos penais preventivos) nem de deixar de reprimir a prática de condutas perniciosas de forma ponderada e eficiente.

A dificuldade no cumprimento das funções das penas, a “cifra negra”¹⁰, a seletividade e a estigmatização do sistema penal não podem levar à utopia do abolicionismo penal, uma vez que, embora a ciência do Direito Penal tenha evoluído com o passar do tempo, em sentido fundamentalmente oposto, a criminalidade aumentou vertiginosamente nas últimas décadas.

¹⁰ O termo “Cifra Negra” refere-se à porcentagem de crimes não solucionados ou punidos, desconhecidos oficialmente.

Diversos doutrinadores defendem, portanto, o chamado “Direito Penal do Equilíbrio”, situado entre a tese abolicionista e o Direito Penal Máximo (movimento de Lei e Ordem).¹¹ Seguindo esse parâmetro, o primeiro passo para a tipificação seria a proteção de bens jurídicos mais relevantes (princípio da intervenção mínima); o segundo seria a aplicação do princípio da adequação social (que deve nortear a criação e a revogação de tipos penais); já o terceiro seria o princípio da lesividade.

De outra parte, diversos doutrinadores citam que a oposição à modernização dos ideais garantistas cria o fenômeno da “síndrome de Alice” – no país das maravilhas –, também conhecido como “Direito Penal da Fantasia”, devido à necessidade de compreender e combater eficazmente a atual criminalidade.

Com relação a esta, Rogério Filipeto leciona que há quadro novo da criminalidade com duas características básicas: de um lado, crimes econômicos; de outro, crimes com violência desregrada, sendo que a estrutura estatal repressiva continuaria a mesma. Para o autor, não há estrutura investigativa hábil para dismantelar organizações criminosas ou desvendar delitos econômicos de maior complexidade, visto que os operadores do sistema ficaram alheios às transformações econômicas. Não compreendem, a contento, as novas e intrincadas relações decorrentes da evolução do capitalismo, levando, ao final, à constante prescrição e impunidade.¹²

Não se pode olvidar, com relação à antinomia entre Direito Penal clássico e moderno, da posição de Hassemer (2006)¹³ no que se refere à impossibilidade de expansão do Direito Penal, que ocorre na atual “sociedade de risco”. A fim de não transformar o Direito Penal em instrumento ineficiente, sua doutrina do *Direito de Intervenção* como uma “terceira via” entre o Direito Administrativo e o Penal seria uma alternativa para conter a expansão deste, para que não se apliquem suas pesadas sanções a determinadas condutas ilícitas, sobretudo as de privação da liberdade.

A citada doutrina se caracteriza como zona intermediária entre o Direito Penal e o Administrativo. Trata-se de passar a prever como infrações administrativas as condutas antes previstas como crimes (novas áreas de

¹¹ A fim de fundamentar a relação de causalidade entre desordem e criminalidade, as teorias mais citadas são “Teoria das Janelas Quebradas” e *Three Strikes and You Are Out* (Três falhas e está fora) adotadas nos Estados Unidos da América.

¹² “Nova feição do Direito Penal”. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/381/nova%20feicao%20direito%20penal_Filipeto.pdf?sequence=1>.

¹³ HASSEMER, Winfried; NAUCKE, Wolfgang; LÜDERSEN, Klaus. *Principales Problemas de la Prevención General*. Buenos Aires: B de F, 2006, p.56.

tutela), revestindo-se, no entanto, de garantias e de limitações próprias do Direito Penal, o que significa dizer que contêm qualidades de infração administrativa e penal. O acento primordial recai, no entanto, sobre a natureza administrativa, razão pela qual Miguel Reale denominaria este ramo de “Direito Administrativo Penal”.¹⁴

Citando Silva Sánchez, ele aduz que, na delimitação para uma expansão razoável do Direito Penal (uma tendência contemporânea), devem ser mantidas garantias fundamentais na criminalização, afastando-se o rigor de determinadas regras de imputação e propondo um Direito Penal diferente para crimes contra bens jurídicos supra-individuais. A proposta denomina-se “Direito Penal de duas velocidades”. A *segunda velocidade* estaria voltada para o tratamento desse Direito Penal contemporâneo, de modo que retiraria o rigor de regras investigatórias (ampliando as funções preventivas) e, em contrapartida, retira-se a possibilidade de pena privativa de liberdade.

Tal panorama tem estreita relação com o Direito Penal Eleitoral, pois sua produção normativa saiu de controle quando o legislador passou a prever diversas condutas de pouca ou nenhuma gravidade como crimes eleitorais, deixando de admitir que este não é o método mais adequado para a prevenção de certas condutas. De outra parte, há tipos penais eleitorais que descrevem condutas graves à democracia, porém apresentam penas desproporcionais à gravidade da conduta, chegando até mesmo a prever a suspensão condicional do processo e/ou transação penal. Não é por outra razão que a principal consequência, nesse campo, foi o advento de uma legislação penal eleitoral meramente simbólica, de pouco alcance.

O crime eleitoral tem a particularidade de proteção de bens e valores político-eleitorais, eminentemente públicos e necessários para a legítima ocupação dos cargos políticos. Entretanto, o Código Eleitoral, no qual se encontra a maioria dos crimes eleitorais, foi introduzido no ordenamento jurídico pela Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965, de sorte que, como já explicitado, o contexto histórico e social daquela época era completamente diverso do atual, mormente após o Estado democrático de direito na CF/1988.

¹⁴ Miguel Reale Júnior defende a tese em seu artigo *Uma Terceira Via na Repressão às Infrações Econômicas*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI1734,91041-Uma+terceira+via+na+repressao+as+infracoes+economicas>>.

Nesse diapasão, há tipos penais eleitorais que, embora formalmente previstos em lei, restam superados pela própria realidade fática atual ou pela própria desnecessidade da criminalização da conduta.

A estrutura da Justiça Eleitoral (servidores, auxiliares, juízes eleitorais, promotores eleitorais, Tribunais Regionais Eleitorais (TREs) e Tribunal Superior Eleitoral (TSE)) já é desenhada para desempenhar funções não apenas jurisdicionais, como também administrativas, normativas e consultivas. Assim, o controle de diversas condutas hoje previstas como crimes eleitorais pode ser flexibilizado com a criação da possibilidade de responsabilização na seara não criminal – com imposição, por exemplo, de multa pelo próprio Poder Judiciário, tal como já ocorre na regulação de diversas atividades na propaganda eleitoral e na própria organização do pleito eleitoral.

Adequado seria deixar, para o Direito Penal Eleitoral, o tratamento apenas de condutas mais graves, condizentes com a proteção de bens jurídicos caros à sociedade, sejam esses individuais ou coletivos.

Dentre diversos conceitos na evolução histórica da noção de delito, o conceito material de delito como ofensa desvaliosa a bens jurídicos relevantes protegidos pela lei penal concebe o Direito Penal como *ultima ratio* do controle social, derivado da necessidade de se impor limites ao direito de punir do Estado, advindo do vínculo entre Constituição e Direito Penal, que fundamenta a proteção fragmentária e subsidiária do Direito Penal.

Para além do aspecto formal de subsunção do fato à norma, crime é a realização do fato descrito na lei, atrelado à lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico protegido.

Como já assinalado, a realidade atual demanda, para além do Direito Penal tradicional, a salvaguarda de bens jurídicos difusos, cujos direitos e interesses não atingem uma única pessoa, mas toda a coletividade, reivindicando métodos contemporâneos.

Embora polêmica, a antecipação da tutela penal com a finalidade de evitar a causalidade do dano (atuação prospectiva) na denominada “sociedade de risco” advém das constantes transformações sociais e tecnológicas notadas na sociedade nas últimas décadas, na qual as relações não se dão mais exclusivamente entre indivíduos identificáveis, mas entre grupos ou coletividades.

Nesse quadro, a lesão não é apenas aquela aferível no plano fático; é também aquela que advém de um perigo na conduta, seja ele concreto ou abstrato.

3 Crimes eleitorais em espécie

Segundo exposto na introdução, no Direito Penal Eleitoral existem figuras típicas que não foram recepcionadas pela nova ordem constitucional ou que são incompatíveis com a realidade atual.

Traçaremos, segundo a opinião dos autores deste artigo, as características e críticas a algumas dessas figuras típicas do CE/1965 e legislação extravagante.

3.1 Necessidade de descriminalização

3.1.1 Art. 303. Majorar os preços de utilidades e serviços necessários à realização de eleições, tais como transporte e alimentação de eleitores, impressão, publicidade e divulgação de matéria eleitoral. Pena – pagamento de 250 a 300 dias-multa.

Segundo entendemos, esse crime, previsto no CE/1965, não foi recepcionado pela CF/1988 por afronta aos arts. 5º, XXII, e 170, II e IV, parágrafo único, pois o preço de produtos é fixado pelo próprio mercado.

3.1.2 Art. 306. Não observar a ordem em que os eleitores devem ser chamados a votar: Pena – pagamento de 15 a 30 dias-multa.

Embora seja uma infração de menor potencial ofensivo, configura-se um exagero legislativo criminalizar a conduta de simplesmente não observar a ordem de chegada de eleitores na seção eleitoral. A legislação é, portanto, simbólica.

3.1.3 Art. 307. Fornecer ao eleitor cédula oficial já assinalada ou por qualquer forma marcada: Pena – reclusão até cinco anos e pagamento de 5 a 15 dias-multa.

3.1.4 Art. 308. Rubricar e fornecer a cédula oficial em outra oportunidade que não a de entrega da mesma ao eleitor. Pena – reclusão até cinco anos e pagamento de 60 a 90 dias-multa.

Esses crimes se encontram praticamente extintos pela improvável ocorrência dessas condutas devido ao atual sistema eletrônico de votação.

3.1.5 Art. 309. Votar ou tentar votar mais de uma vez, ou em lugar de outrem: Pena – reclusão até três anos.

O presente tipo legal é de ação múltipla e, atualmente, com a votação eletrônica e com a identificação biométrica, tornou-se praticamente impossível a realização das condutas “votar mais de uma vez” e “tentar votar mais de uma vez”, subsistindo a possibilidade de ocorrência das condutas *de votar em lugar de outrem ou tentar votar em lugar de outrem*.

A prática dessa conduta pode ocorrer, por exemplo, no caso de membros da mesa receptora de votos, responsáveis por verificar as ausências na lista de eleitores, passarem a votar por eles, falsificando suas assinaturas naquela lista. Entretanto, apesar da gravidade da conduta fraudulenta, devido à influência que pode gerar no resultado fraudulento do pleito eleitoral, a pena mínima de 1 ano possibilita a suspensão condicional do processo.

3.1.6 Art. 311. Votar em seção eleitoral em que não está inscrito, salvo nos casos expressamente previstos, e permitir, o presidente da mesa receptora, que o voto seja admitido: Pena – detenção até um mês ou pagamento de 5 a 15 dias-multa para o eleitor e de 20 a 30 dias-multa para o presidente da mesa.

Também nesse caso verifica-se o desuso devido ao sistema eletrônico de votação.

3.1.7 Art. 313. Deixar o juiz e os membros da Junta de expedir o boletim de apuração imediatamente após a apuração de cada urna e antes de passar à subsequente, sob qualquer pretexto e ainda que dispensada a expedição pelos fiscais, delegados ou candidatos presentes: Pena – pagamento de 90 a 120 dias-multa.

Parágrafo único. Nas seções eleitorais em que a contagem for procedida pela mesa receptora, incorrerão na mesma pena o presidente e os mesários que não expedirem imediatamente o respectivo boletim.

Embora a expedição do Boletim de Urna (BU) tenha relevância, na atual sistemática a própria urna realiza a operação e emite o BU. Isso é válido até mesmo em hipótese de votação manual, pois nesses casos o procedimento de apuração é repassado para outra urna eletrônica (cada cédula é lida e seu conteúdo é digitado no equipamento, que também conclui a votação e emite o BU).

3.1.8 Art. 318. Efetuar a mesa receptora a contagem dos votos da urna quando qualquer eleitor houver votado sob impugnação (art. 190):
Pena – detenção até um mês ou pagamento de 30 a 60 dias-multa.

Não mais subsistem os pressupostos fáticos desse delito, pois não é a mesa receptora que efetua a contagem de votos, e sim o próprio sistema implantado na urna. O eleitor com identidade duvidosa só será admitido a votar se demonstrar sua identidade ao presidente da mesa ou se, persistindo a dúvida, assim decidir o juiz eleitoral.

3.1.9 Art. 319. Subscrever o eleitor mais de uma ficha de registro de um ou mais partidos: Pena – detenção até 1 mês ou pagamento de 10 a 30 dias-multa.

3.1.10 Art. 320. Inscrever-se o eleitor, simultaneamente, em dois ou mais partidos: Pena – pagamento de 10 a 20 dias-multa.

3.1.11 Art. 321. Colher a assinatura do eleitor em mais de uma ficha de registro de partido: Pena – detenção até dois meses ou pagamento de 20 a 40 dias-multa.

Deve-se ter o cuidado na aplicação dos crimes previstos nos arts. 319 e 321, pois, embora objetivem resguardar a veracidade no apoio mínimo de eleitores para a criação das agremiações, os tipos penais não se confundem com o art. 350 do CE/1965.

Na sistemática atual, a Resolução-TSE nº 23.571/2018 já regula o tema. De acordo com esse normativo, o representante legal, mediante senha entregue pela Justiça Eleitoral, deve realizar o cadastro prévio dos dados dos eleitores que manifestaram apoio à criação do partido político em formação, *por meio de sistema específico*, em relações individualizadas por zona eleitoral. Serão aceitos no momento do pré-cadastramento todos os dados informados pelo usuário do sistema, sendo que a crítica ao apoio que não estiver de acordo com a norma vigente será efetuada no momento do envio do apoio, ocasião em que o sistema fará automaticamente a primeira verificação de dados, possibilitando ao usuário emitir relatório com os motivos da invalidação. Ainda, segundo a citada resolução, o eleitor não filiado pode manifestar apoio à criação de mais de uma agremiação.

Os dados constantes nas listas ou nas fichas individuais devem ser publicados em cartório e no sítio do TSE no prazo de 3 (três) dias contados do seu recebimento e podem ser impugnados por qualquer interessado, em

petição fundamentada, no prazo de 5 (cinco) dias contados da publicação. Julgada procedente a impugnação, o juiz determinará a exclusão do nome do eleitor da respectiva lista de apoio.

Caso haja a conduta de inserir assinaturas falsas em lista de apoio, pode restar caracterizado o crime de falsidade ideológica eleitoral (art. 350 do CE/1965). Nesse sentido, *Habeas Corpus (HC)* n° 7994-57/RJ, rel. Min. Maria Thereza, *DJe* de 6.3.2015.

Quanto à pluralidade de filiação partidária, o delito do art. 320 do CE/1965 não mais se encontra vigente, pois o parágrafo único do art. 22 da Lei n° 9.096, de 19 de setembro de 1995, estabelece que, em caso de coexistência de filiações partidárias, prevalecerá a mais recente, devendo a Justiça Eleitoral determinar o cancelamento das demais (nesse sentido já decidiu o TRE no RE n° 6832008 – *DJMG* 15.5.2008, p. 109).

3.1.12 Art. 335. Fazer propaganda, qualquer que seja a sua forma, em língua estrangeira: Pena – detenção de três a seis meses e pagamento de 30 a 60 dias-multa.

Parágrafo único. Além da pena cominada, a infração ao presente artigo importa na apreensão e perda do material utilizado na propaganda.

3.1.13 Art. 337. Participar, o estrangeiro ou brasileiro que não estiver no gozo dos seus direitos políticos, de atividades partidárias inclusive comícios e atos de propaganda em recintos fechados ou abertos: Pena – detenção até seis meses e pagamento de 90 a 120 dias-multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorrerá o responsável pelas emissoras de rádio ou televisão que autorizar transmissões de que participem os mencionados neste artigo, bem como o diretor de jornal que lhes divulgar os pronunciamentos.

O art. 335 do CE/1965 afronta o direito fundamental à livre manifestação do pensamento, motivo pelo qual é defensável sua não recepção pela CF/1988. Além disso, embora o objetivo seja de preservar a soberania nacional e a língua portuguesa, atenta contra os princípios da subsidiariedade e fragmentariedade do Direito Penal, pois a simples previsão de irregularidade na propaganda eleitoral é suficiente para coibir a conduta, implicando a apreensão e suspensão da propaganda no âmbito do poder de polícia deferido à Justiça Eleitoral.

Na sequência, o crime previsto no art. 337 do CE/1965 (participação de atividade partidária de estrangeiro ou brasileiro que não estiver no gozo dos direitos políticos) também não estaria recepcionado pela CF/1988, por afrontar os arts. 14 e 15 da CF/1988 e as liberdades de manifestação de pensamento e de comunicação.¹⁵

RECURSO CRIMINAL - ART. 337 DO CÓDIGO ELEITORAL - DIREITOS POLÍTICOS COM STATUS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS (ART. 14, CF) - AUTO-APLICABILIDADE DOS ARTS. 14, 15 E 16 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - NÃO RECEPÇÃO DO ART. 337 DO CÓDIGO ELEITORAL PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 (LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO E DE COMUNICAÇÃO - ART. 5º, CF) - CONDUTA DELITUOSA NÃO MAIS CONSIDERADA COMO CRIME - RECURSO PROVIDO.

1. As normas constitucionais relativas aos direitos políticos (arts. 14, 15 e 16) são de eficácia plena. Portanto, produzem de imediato todos os efeitos relativos às situações que foram reguladas pelo constituinte originário.

2. O art. 337 do Código Eleitoral, ao punir como conduta delituosa a participação, em atividades partidárias, de cidadão que não esteja em pleno gozo de seus direitos políticos, conflita diretamente com os direitos e garantias fundamentais elencadas no art. 5º da Constituição Federal de 1988, motivo pelo qual deve ser declarada sua inconstitucionalidade.

À unanimidade de votos, a Corte conheceu do recurso e, no mérito, deu-lhe provimento para absolver o recorrente, nos termos do voto da Relatora.

A parte referente ao estrangeiro também teria sido revogada pelo art. 125, XI, c/c 107, III, ambos da Lei nº 6.815/1980 (Estatuto do Estrangeiro).

O TSE, no REspe nº 773.568.867/GO, reconheceu a inconstitucionalidade do art. 337 do CE/1965.

3.1.14 Art. 338. Não assegurar o funcionário postal a prioridade prevista no art. 239: Pena - Pagamento de 30 a 60 dias-multa.

A prioridade postal visa a realização de propaganda. Entretanto, conclui-se pela desnecessidade do tipo penal atualmente, pois com o avanço da tecnologia na comunicação foram introduzidas novas formas de propaganda, as quais independem da remessa física do material de propaganda.

¹⁵ Nesse sentido: Recurso em *Habeas Corpus* (RHC) nº 202 – Assai/PR. Acórdão nº 37.220, de 30.7.2009. Relatora Regina Helena Afonso de Oliveira Portes. Publicação: *Diário da Justiça (DJ)*, 6.8.2009 (acesso em: 23.4.2018).

3.1.15 *Art. 342. Não apresentar o órgão do Ministério Público, no prazo legal, denúncia ou deixar de promover a execução de sentença condenatória: Pena – detenção até dois meses ou pagamento de 60 a 90 dias-multa.*

3.1.16 *Art. 343. Não cumprir o juiz o disposto no § 3º do Art. 357: Pena – detenção até dois meses ou pagamento de 60 a 90 dias-multa.*

Embora no processo penal vigore o princípio da obrigatoriedade da ação penal e da indisponibilidade, se o órgão do Ministério Público não estiver convencido do delito e julgar pertinente pedir novos esclarecimentos, poderá retornar os autos do inquérito policial com requisição de novas diligências. Outrossim, permanecendo inerte o Ministério Público, o art. 5º, LIX, da CF/1988 autoriza o ajuizamento da ação privada nos crimes de ação pública. A conduta desidiosa deve merecer controle e repressão, assim, no âmbito administrativo.

Também não deve subsistir no atual sistema jurídico o delito do art. 343 do CE/1965, em virtude de sua incompatibilidade com o sistema acusatório, pois não cabe ao juiz tutelar o inquérito policial. A intervenção do Judiciário na fase pré-processual deve ocorrer apenas para resguardar a liberdade ou assegurar a eficácia de direito fundamental. Não é por outra razão que é defensável que a tramitação do inquérito deve ocorrer diretamente entre o Ministério Público e a polícia judiciária.

3.1.17 *Art. 344. Recusar ou abandonar o serviço eleitoral sem justa causa: Pena – detenção até dois meses ou pagamento de 90 a 120 dias-multa.*

Embora o bem tutelado pelo art. 344 do CE/1965 seja o regular funcionamento dos serviços eleitorais, não é necessária sua criminalização, tendo em vista a possibilidade de resolução do conflito, pela Justiça Eleitoral, mediante procedimento administrativo. Recusar significa que o agente foi nomeado para o exercício das funções e se recusa a aceitar ou deixa de comparecer ao local indicado.

Cabe esclarecer que é comum, por exemplo, essa conduta em casos de mesários faltosos que, embora nomeados, não comparecem ao local indicado no dia do pleito, o que gera transtornos ao funcionamento da seção. Contudo, o art. 124 do CE/1965 já regula o assunto de forma eficaz, prevendo prazo para justificativa e, caso não aceita, multa administrativa. No HC nº 638/SP, o TSE decidiu, acertadamente, pela atipicidade da conduta:

HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. CRIME PREVISTO NO ART. 344 DO CÓDIGO ELEITORAL. NÃO COMPARECIMENTO DO MESÁRIO CONVOCADO. MODALIDADE ESPECIAL DO CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. PREVISÃO DE SANÇÃO ADMINISTRATIVA. ART. 124 DO CÓDIGO ELEITORAL. AUSÊNCIA DE RESSALVA DE CUMULAÇÃO COM SANÇÃO PENAL. ORDEM CONCEDIDA.

1. O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido, nos casos em que a decisão condenatória transitou em julgado, a excepcionalidade de manejo do habeas corpus, quando se busca o exame de nulidade ou de questão de direito, que independe da análise do conjunto fático-probatório. Precedentes.

2. O não comparecimento de mesário no dia da votação não configura o crime estabelecido no art. 344 do CE, pois prevista punição administrativa no art. 124 do referido diploma, o qual não contém ressalva quanto à possibilidade de cumulação com sanção de natureza penal.

3. Ordem concedida. (Relator Min. MARCELO HENRIQUES RIBEIRO DE OLIVEIRA. Publicação: DJE – Diário da Justiça Eletrônico, Data 21/5/2009, Página 19RJTSE – Revista de jurisprudência do TSE, Volume 20, Tomo 3, Data 28.4.2009, Página 16).

- 3.1.18 Art. 345. Não cumprir a autoridade judiciária, ou qualquer funcionário dos órgãos da Justiça Eleitoral, nos prazos legais, os deveres impostos por este Código, se a infração não estiver sujeita a outra penalidade: (Redação dada pela Lei nº 4.961, de 4.5.1966) Pena – pagamento de trinta a noventa dias-multa.

Esse artigo não teria sido recepcionado pela nova ordem constitucional, pois a conduta de simplesmente descumprir deveres genericamente afronta os princípios da legalidade, taxatividade e proporcionalidade, em virtude de indeterminação do conteúdo, que se configura extremamente vago.

3.1.19 Lei nº 9.504/1997

Art. 58

[...]

§ 7º A inobservância do prazo previsto no parágrafo anterior sujeita a autoridade judiciária às penas previstas no art. 345 da Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 – Código Eleitoral.

Trata o § 7º do art. 58 da Lei das Eleições de crime de inobservância de prazo para julgar direito de resposta nas representações por propaganda eleitoral irregular. Não há como sustentar a constitucionalidade do dispositivo, pois o mero descumprimento de prazo processual não ostenta lesividade para ser erigido à categoria de crime. Outrossim, o dispositivo remete ao art. 345 do CE/1965, que também não foi recepcionado pela nova ordem constitucional.

Ademais, há plenas condições de, no âmbito disciplinar, resolver a contento eventual comportamento que acarrete comprometimento ao serviço eleitoral na atuação da autoridade judiciária eleitoral.

3.2 O tratamento penal eleitoral sobre as fakes news. Lei nº 13.834/2019 e o tipo penal de denúncia caluniosa com finalidade eleitoral (art. 326-A, Código Eleitoral) (Grifo nosso).

As *fakes news* devem ser consideradas na atualidade como o fenômeno midiático e social propulsor de devastação ética que desafia a mobilização do controle, que visa impor sanções administrativas ou penais. A ofensa a bens jurídicos como a honra objetiva e subjetiva, ainda mais no contexto do processo eleitoral e pela densidade e pela velocidade de sua divulgação e resultados consequencialistas, justifica a seletividade do direito penal.

Para Dourado e Gomes (2019), as *fakes news* podem ser compreendidas como as narrativas que ensaiam referências factuais, embora sejam consubstanciadas em invenções ou alterações dos fatos. Em sequência, procede-se à sua disseminação em fluxos intermináveis, em escala de alta densidade em mídias sociais, a partir de interações com conteúdos por atores que se vinculam ao interesse na produção das consequências que orientam a prática, destacadamente no campo político e eleitoral.

Esse quadro acarreta desfalque consistente dos elementos que compõem uma materialidade democrática, pois se valoriza a falsidade que não se aglutina àquela lógica. Ora, o conjunto de fatores que formam o capital político e eleitoral de candidatos concorrentes e agremiações partidárias são atingidos em sua essência. De outra parte, nem mesmo as instituições públicas diretamente vinculadas à condução do processo eleitoral são poupadas desse direcionamento pernicioso, não obstante apresentarem longo histórico de condutas e práticas consolidadas na indispensabilidade neutra e assecuratória da higidez dos pleitos eleitorais. Essa inclinação à anomia, sobretudo quando se pensa na regularidade das eleições que é afetada, provoca como decorrência abalo à própria vontade popular e à democracia como parâmetro de valor universal.

Com isso, o campo do direito eleitoral foi o primeiro no Brasil a contar com a experiência da criminalização que é enviesada como meio para contenção e controle do fenômeno das *fakes news*.

O novo tipo penal (art. 326-A, Código Eleitoral – Lei nº 4.737/1965, introduzido pela Lei nº 13.834/2019) criminalizaria as práticas que se enquadrem em *fakes*

News, no que se refere à divulgação de ato ou fato falsamente atribuído. Dessa forma, o § 3º agora em vigor apenas incrimina a conduta daquele que, tendo ciência de que outrem cometeu uma denúncia caluniosa, passa a propalar ou divulgar a mesma imputação de que conhece a improcedência. Ora, a figura está ligada ao preceito do *caput*, com a seguinte construção em seus preceitos primário e secundário:

Art. 326-A. Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, de investigação administrativa, de inquérito civil ou ação de improbidade administrativa, atribuindo a alguém a prática de crime ou ato infracional de que o sabe inocente, com finalidade eleitoral:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

§ 1º A pena é aumentada de sexta parte, se o agente se serve do anonimato ou de nome suposto.

§ 2º A pena é diminuída de metade, se a imputação é de prática de contravenção.

§ 3º Incorrerá nas mesmas penas deste artigo quem, comprovadamente ciente da inocência do denunciado e com finalidade eleitoral, divulga ou propala, por qualquer meio ou forma, o ato ou fato que lhe foi falsamente atribuído.

A mera previsão do tipo supriu a omissão do CE/1965, mas foram utilizados praticamente os mesmos elementos da fórmula de tipicidade contida no art. 339 do Código Penal (CP)/1940, isto é, a denúncia caluniosa prevista para o direito penal comum, trazendo de modo automático as mesmas virtudes e defeitos, ao menos em relação aos primeiro e segundo parágrafos.

As perplexidades e anomalias sobre a estrutura da previsão normativa da denúncia caluniosa eleitoral que devem ser objeto de críticas analíticas para o progresso hermenêutico, como já destacado em Silva e Purger (2019), não constituem embaraço para que se reconheça que a opção do legislador se instaura na perspectiva do equilíbrio que se espera para a proteção de bens jurídicos pelo controle penal.

Dessa maneira, reputamos que o processo de atualização da legislação penal eleitoral, a par de obstruir a permanência de tipos que conspurcam valores que são dotados de proteção que não devem ser impactadas pelo direito penal, deve ser feito com a abertura necessária para que o estágio atual das práticas sociais contribua como fator relevante para a incorporação de outros tipos, sempre sobre uma orientação segura que preserve o caráter subsidiário e de intervenção mínima do direito penal.

4 Conclusão

Conclui-se, por relevante, que a atualização, revisão ou consolidação da legislação eleitoral implica necessariamente a revogação dos dispositivos penais em questão, os quais significavam hiperinflação da legislação penal eleitoral. Não resulta dessa vigência nenhuma qualidade no controle ou proteção ao bem jurídico, ou seja, impõe-se a descriminalização das condutas encimadas.

De outra parte, a busca por um posicionamento do Direito Penal Eleitoral mais compatível com as necessidades atuais deflagra a reflexão no sentido da inserção de novos comportamentos como fatos típicos. Não seria desarrazoado pensar em delito de *estelionato eleitoral*, isto é, a articulação de um tipo penal eleitoral que pudesse penalizar a *promessa falsa ou não cumprida por candidato, enunciada durante a campanha eleitoral*.

Ora, a ausência de fidedignidade entre o eleitor e o candidato com a não consecução das campanhas eleitorais é ponto de enorme densidade para se levar ao desprestígio do apreço pela política e as questões voltadas para o fortalecimento da democracia representativa. Assim, o tipo penal bem construído que pudesse, de maneira precisa, não violar a taxatividade como sub-princípio à legalidade em Direito Penal ensejaria mecanismo inibitório das investidas de candidatos que atuam sob a perspectiva de desvalorização do sentido dos mandatos eleitorais que envolvem a via de mão dupla (representatividade).

Não obstante o tipo penal do art. 350 do CE/1965, também há premente necessidade de se construir uma tipificação que atenda aos critérios de regularidade e de segurança jurídica em relação ao evento de custeio e de contabilização das campanhas eleitorais, conhecido como *caixa 2 eleitoral*. Tal prática tem ensejado uma transversalidade entre poder econômico e o poder político, capturando a governança futura, desde o momento da deflagração do financiamento das campanhas eleitorais.

Assim, como ainda há dúvida sobre a viabilidade da fluência de recursos fora dos registros contábeis da campanha, como realizadora da tipicidade do art. 350 do CE/1965, necessária uma maior expansão e clareza quanto a esse tipo penal, contribuindo assim para que, na esfera penal eleitoral, sejam engajados meios para se coibirem ou identificarem as práticas e escoimá-las do cenário das campanhas políticas e eleitorais brasileiras.

Essa mesma projeção se observou com a criação do tipo penal do art. 326-A, CE/1965 (denúnciação caluniosa eleitoral) pela Lei nº 13.834/2019 que responde a uma ingente necessidade de tratamento jurídico do fenômeno das *fakes news*, sem esgarçar a liberdade de expressão e de pensamento, como motor fundamento da dialética eleitoral.

Buscamos demonstrar que a fisionomia da legislação penal eleitoral hodierna exige a incorporação de parâmetros efetivos para se equalizar a legítima proteção aos bens jurídicos que devem ser tutelados. Não há como se contentar com a presente inflação legislativa e com a proteção deficiente. A exigência deve ser na direção de uma movimentação atualizadora que, no entanto, não pode desconsiderar a visceral necessidade de que as modificações sejam objeto de enquadramento na legislação em sintonia com o nosso sistema garantista constitucional. O desafio deve contar como referência axial as projeções de um Direito Penal Eleitoral equilibrado, sem desconsiderar os parâmetros e princípios penais fundamentais, bem como sem desconsiderar a necessidade de modernização do sistema penal.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, representativo e iluminista: o Supremo, seus papéis e seus críticos*. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/contramajoritario-representativo-e-iluminista-o-supremo-seus-papeis-e-seus-criticos>. Acesso em: 23 abr. 2018.

BERNARDO, Gonçalves Fernandes. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DOURADO, Tatiana e GOMES, Wilson. O que são, afinal, fake news, enquanto fenômeno de comunicação política? *Compólitica* 8, Brasília, FAC UnB, 15 a 17/ maio/2019. Associação Brasileira de Pesquisadores em Comunicação e Política – http://ctpol.unb.br/compolitica2019/GT6/gt6_Dourado_Gomes.pdf. Acesso em: 23 abr. 2018.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000.

FILIPETO, Rogério. *Nova feição do direito penal*. Disponível em: https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/381/nova%20feicao%20direito%20penal_Filipeto.pdf?sequence=1. Acesso em: 10 abr. 2018.

FISCHER, Douglas. *O que é garantismo penal (integral)?* Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/255489911/O-Que-e-Garantismo-Penal-Integral-Douglas-Fischer>. Acesso em: 10 abr. 2018.

GOMES, José Jairo. *Crimes eleitorais e processo penal eleitoral*. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Tradução de Pablo Rodrigo Aflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

HASSEMER, Winfried; NAUCKE, Wolfgang; LÜDERSSEN, Klaus. *Principales problemas de la prevención general*. Buenos Aires: B de F, 2006.

MOLINA, Antônio García-Pablos de. Direito penal: parte geral. In: GOMES, Luiz Flávio; DAHER, Flávio (Org.). *Curso de direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 2009.

PURGER, Amanda Alves Oliveira Purger e SILVA, Amaury. Denúnciação caluniosa eleitoral: novidades e perplexidades da Lei 13.834/2019. In: *Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA*, Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Matheus Felipe De Castro – Florianópolis: CONPEDI, 2019, ISBN: 978-85-5505-843-1. Disponível em: www.conpedi.org.br, em publicações. Acesso em: 28 jul. 2020.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Uma terceira via na repressão às infrações econômicas*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI1734,91041Uma+terceira+via+na+repressao+as+infracoes+economicas>. Acesso em: 10 abr. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. As (novas) penas alternativas à luz da principiologia do estado democrático de direito e do controle de constitucionalidade. In: *A sociedade, a violência e o direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.