

CRIMES ELEITORAIS – AVALIAR O PASSADO PARA PROJETAR O FUTURO

Alamiro Velludo Salvador Netto¹

1. A relação entre o Direito Penal e o Direito Eleitoral: um produto da década de 1960

A perfeita compreensão da sistemática dos crimes eleitorais em vigor no Brasil exige um regresso temporal. Ainda que algumas alterações pontuais tenham sido promovidas ao longo dessa trajetória histórica, a verdade é que o Código Eleitoral (CE/1965), bem como sua nucleação penal inserida entre os arts. 283 e 364, foi editado há aproximadamente seis décadas (Lei nº 4.737/1965). Esse significativo tempo decorrido já seria, por si só, suficiente para produzir um descompasso entre as normas estabelecidas e as exigências contemporâneas. Ou seja, é absolutamente normal que um diploma legal, principalmente em setores mutáveis e complexos da sociedade, perca a capacidade de dirimir conflitos na exata medida em que se torna provento, distante de seu contexto de aplicação.

No caso dos delitos eleitorais, contudo, essa assintonia entre as normas jurídico-penais e os dias atuais vai muito além de mero problema de atualização. Se é indiscutível que novas formas de agressão aos valores atinentes a uma eleição limpa e democrática avolumaram-se nos últimos anos, a exemplo dos meios eletrônicos e digitais de espalhamento massivo de informações e notícias falsas (*fake news*), o fator realmente desafiador de uma completa e autêntica reforma eleitoral pretendida reside na percepção de que as mentalidades jurídico-penal e eleitoral da década de 1960 são muito diferentes daquelas hoje encontradas. Em outras palavras, o desafio não reside na mera elaboração de novos tipos penais ou fórmulas de imputação, mas sim na modificação da própria maneira como cada um dos sistemas, o eleitoral e o penal, dialogam, convivem e se justapõem à luz dos papéis que cada um deles, respectivamente, buscam cumprir no quadro geral da normatividade.

¹ Professor titular do Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP). Advogado criminalista.

Para esclarecer essa afirmativa, certas reflexões podem ser de alguma valia. Embora os pontos aqui trazidos não sejam capazes de exaustivamente explicar as fricções entre o Direito Penal e o Direito Eleitoral, talvez possibilitem uma abordagem apta a, em linhas poucas, sinalizar esse câmbio de mentalidades que alterou a forma de relacionamento entre as variadas normas que regulam a eleição. O Direito Penal, ao longo do tempo, foi gradativamente abandonando o monopólio de ser o detentor exclusivo do poder punitivo do Estado, o que implicou naturalmente a maior amplitude de utilização de ramos outros do direito para disciplinar, sob a ameaça de sanção, os variados comportamentos humanos. O que aqui se pretende problematizar é exatamente essa mudança de paradigma criminal, a qual permitiu um novo horizonte aos crimes eleitorais, diminuindo o número de figuras típicas e concentrando as atenções às condutas de maior relevo e agressividade.

2. Direito Penal e o término de seu monopólio sancionatório

No que tange especificamente ao Direito Penal e aos crimes eleitorais, a formatação lógica das incriminações, em meados do século 20, partiam de uma racionalidade bastante diversa daquela vista hoje. Para além de um atual discurso minimalista a respeito das criminalizações, posição que ganhou força a partir das décadas de 1980/1990 no Brasil, o ambiente jurídico no qual o Direito Penal estava inserido era completamente diverso. De modo sintético, é possível afirmar que há 60 anos o sistema penal consistia, senão no único, no ilustre protagonista jurídico para a efetivação do poder sancionatório do Estado. Dito de outro modo, toda e qualquer intencionalidade estatal no exercício da força destinada à inibição ou promoção de comportamentos humanos, independentemente da relevância da conduta, passava, inexoravelmente, pela seara de valoração criminal.

Essa exclusividade do sistema criminal acerca da capacidade de penalizar advinha, fundamentalmente, do discurso dogmático positivista produzido na Alemanha na segunda metade do século 19. Nessa lógica, o Direito Penal seria o único capaz de selecionar, de outros campos do direito, os injustos jurídicos que mereceriam um reforço de tutela, alçando-os à qualidade de infrações penais. O Direito Civil, por exemplo, teria alguns injustos captados pelo Direito Penal, elevando-os para além da condição de ilicitudes privadas. Ou seja, uma subtração unilateral patrimonial implicaria não somente em ilegalidade civil, cuja dimensão comportaria a noção de ressarcimento, porém igualmente acionaria a instância penal para punir o furtador.

Um sistema assim construído estabelece relações muito próprias e específicas entre os ramos jurídicos. Mais uma vez se valendo do Direito Civil, esse modo fechado de pensar identifica-o com sua natureza reparatória. Isto é, o âmbito jurídico-privado é responsável por buscar o ressarcimento da vítima, enquanto o Direito Penal é o único capaz de exemplarmente apenar o infrator. Entretanto, o passar dos anos fez com que o Direito Civil também assumisse parcialmente tarefas punitivas. Nos dias de hoje, determinados injustos civis podem comportar penalidades que extrapolam a mera indenização, ganhando efetivos ares punitivos. Na medida em que o sistema jurídico-privado avança nesse caminho, a utilização do Direito Penal necessita ser repensada, eis que sua tarefa sancionatória, ao menos em alguns casos, pode se mostrar desnecessária, suficientemente substituída pela própria sanção civil.

Isso explica, por exemplo, porque um sistema penal com monopólio sancionatório era naturalmente instado a lidar com infrações de múltiplas e diversas gravidades. Uma fotografia da codificação penal de 1940 aponta exatamente para essa imagem. Ao mesmo tempo em que era possível encontrar delitos de extrema gravidade, tais como o homicídio, o roubo a as variadas formas de violência sexual, esse mesmo sistema jurídico englobava, sem qualquer constrangimento, figuras que atualmente são vistas como pueris ou disfuncionais, a citar as contravenções penais de vadiagem, mendicância ou embriaguez (Decreto-Lei nº 3.688/1941). Essa horizontalidade dos tipos incriminadores redundava exatamente dessa exclusividade do Direito Penal a respeito do poder sancionatório do Estado, ou seja, toda a intenção punitiva do legislador impunha o acionamento da máquina de persecução criminal.

Em termos dogmáticos, a centralização do poder punitivo no Direito Penal torna mais elástica a sua utilização, eis significar a única ferramenta disponível para essa tarefa. Com isso, a noção de fragmentariedade expande-se porque nenhum outro setor jurídico compartilha com o Direito Penal a atribuição de sancionar injustos diversos. O mesmo ocorre com a subsidiariedade, já que não há outro campo do Direito capaz de sancionar com menor intensidade, mas com algum grau de suficiência, os comportamentos socialmente indesejados.

É esse primado sancionatório do Direito Penal, típico da década de 1960, que aparece claramente nos crimes eleitorais. Ao tempo da elaboração do CE/1965, não se vislumbrava outro campo do Direito que pudesse reforçar, sob a ameaça de pena, a obediência das normas propriamente eleitorais. Para tudo se valia do Direito Penal. Não por outro motivo, a codificação é repleta de figuras contravencionais, de

menor potencial ofensivo, cuja incriminação justifica-se pela necessidade de gestão e controle do processo eleitoral. Os tipos ali existentes estão menos preocupados com a magnitude do injusto representado, movendo-se por uma racionalidade de gerência, de administração ordeira do pleito. Como na época o sistema penal era praticamente a única fórmula de demonstração de força estatal, lançou-se mão de incriminações banais, a exemplo dos delitos de perturbação de alistamento eleitoral (art. 293 do CE/1965), de promoção de desordem dos trabalhos eleitorais (art. 296 do CE/1965), de inobservância da ordem de chamada de eleitores (art. 306 do CE/1965), dentre outros.

O CE/1965, portanto, refrata um modelo de incriminação que conta, em termos sancionatórios, apenas com o Direito Penal, desprezando todo e qualquer outro mecanismo de ordenação. A própria Lei das Eleições, editada já no final da década de 1990, curiosamente também não fugiu dessa mesma lógica, incriminando delitos como a distribuição de panfletos ou a utilização de alto-falantes no dia das eleições (art. 39, parágrafo 5º, da Lei nº 9.504/1997). Se nessa época já existia a possibilidade legislativa de se valer de outros meios sancionatórios, a opção insistente pelo Direito Penal explica-se por um outro componente que permanece até hoje, de nítido cunho psicossocial. Trata-se da esperança, ou da crença, de que a ameaça penal é a única forma eficaz de impedir comportamentos socialmente danosos. Existe um fetiche na criminalização e na sua implacabilidade.

Seja como for, a evolução da complexidade jurídica fez com que o Direito Penal não seja mais o detentor do monopólio das sanções. Como já dito, até mesmo o Direito Privado atingiu algum nível de capacidade punitiva. Isso implica que o Direito Eleitoral pode buscar fórmulas alternativas para o tratamento de seus injustos, utilizando-se de estratégias não penais e, em consequência disso, descriminalizando condutas. Esse parece ser, em resumo, o motivo essencial para a imprescindibilidade de um repensar dos crimes eleitorais, ou seja, para o redimensionamento da relação entre os sistemas penal e eleitoral.

3. Alternativas sancionatórias, eleições e Direito Penal

O Direito Penal não mais congrega o monopólio estatal do castigo, embora seja ainda detentor exclusivo da pena privativa de liberdade, forma mais severa de sanção. Essa afirmação conduz a duas consequências importantes. A primeira delas é a necessária convivência que o sistema criminal exercita com outros espectros

punitivos, de modo que é fundamental uma divisão racional de tarefas para que o ordenamento evite sucessivos apenamentos sobre o mesmo fato (*bis in idem*). A segunda consequência consiste na teórica redução dos espaços ocupados pelo Direito Penal, seja pela incidência desses outros ramos punitivos nos ambientes antes por ele habitados, seja pelo encurtamento das incriminações aos comportamentos mais graves e relevantes, únicos proporcionais à agressividade reativa da pena.

Embora essa tendência lógica de redução não apareça constantemente na realidade em decorrência do fenômeno da inflação legislativa em matéria penal, um momento de reforma de codificação merece buscar tal racionalidade. É lamentável que, em diversas oportunidades, o legislador brasileiro tenha perdido a chance de, por exemplo, estabelecer as devidas fronteiras entre os delitos e as denominadas improbidades administrativas (Lei nº 8.429/1992).

No campo eleitoral, muitas são as ferramentas materiais e processuais para a devida organização e realização das eleições. Existem diversas modalidades de ações judiciais perante a Justiça Eleitoral que podem conduzir os infratores a consequências gravíssimas. Em outras palavras, as normas eleitorais estão reforçadas atualmente por penalidades que englobam desde multas até a cassação da candidatura ou perda do mandato eletivo, sem prejuízo de todas as sanções relativas às inelegibilidades recrudescidas principalmente pela Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar nº 135/2010). Além disso, a celeridade eleitoral é inegavelmente uma das mais marcantes características dessa jurisdição especializada, conduzindo a resultados que conseguem ser contemporâneos ao processo eleitoral, trazendo efetividade ao conteúdo das normas proibitivas.

De fato, o sistema eleitoral, para a ampla maioria das intercorrências, é muito mais adequado e funcional do que o acionamento do Direito Penal, ainda que, nessa hipótese, também seja submetido à Justiça Eleitoral. Afinal, se o sistema criminal pode trazer consigo uma carga simbólica de reprovação que nenhum outro campo do Direito é capaz, simultaneamente ele exige um plexo de garantias que não pode ser afastado. Isso traz morosidade, fazendo saltar aos olhos o eterno dilema entre garantias, de um lado, e efetividade, de outro. O que não significa, por óbvio, que o sistema criminal seja excluído do ambiente das eleições, mas sim que ele ocupa um espaço mais racional, direcionado somente para aqueles casos de maior gravidade.

4. Pilares da reforma

Em termos bastante sintéticos e sem adentrar aqui no preciso mérito político das incriminações, três parecem ser os pilares essenciais e necessários de uma reforma que busque sistematizar no Direito Eleitoral a sua nucleação jurídico-penal.

- o primeiro consiste na exata delimitação da competência da Justiça Eleitoral, fazendo aqui prevalecer a máxima da preponderância da jurisdição especializada em detrimento daquela comum. A segurança jurídica impõe que a essa jurisdição especializada seja atribuído o julgamento dos crimes eleitorais e dos demais delitos atraídos pelas regras processuais gerais de conexão e de continência;
- o segundo pilar da reforma deve ser a unificação da sistemática processual dos delitos eleitorais com as regras previstas no Código de Processo Penal e na legislação extravagante. Nada justifica a existência de prazos, procedimentos ou recursos específicos para os delitos eleitorais. O acusado de crimes eleitorais, portanto, deve ser submetido aos mesmos ritos e possibilidades de jurisdição voluntária/consensual que qualquer outro acusado de infração penal;
- o terceiro pilar da reforma, e certamente aquele mais variável e sujeito ao julgamento político do legislador, é a redução do espaço dos crimes eleitorais com a consequente descriminalização de todas aquelas condutas que possam ser suficientemente tuteladas pelas normas eleitorais. Infrações de diminuta importância e reduzido apenamento, bem como aquelas concernentes à mera gestão ou administração das eleições, podem, tendencialmente, desapegar-se do reforço criminal. Além disso, novas formas de agressão ao processo eleitoral, destacadamente aquelas advindas do financiamento irregular das campanhas ou do uso dos meios de comunicação, exigem a atenção legislativa acerca da necessidade de tipificação de novos delitos.

Referências

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 8 set. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941.** Lei das Contravenções Penais. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm. Acesso em: 8 set. 2021.

BRASIL. **Lei complementar nº 135, de 4 de junho de 2010.** Altera a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. Brasília, DF: Presidência da República, 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp135.htm. Acesso em: 8 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965.** Institui o Código Eleitoral. Brasília, DF: Presidência da República, 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737compilado.htm. Acesso em: 8 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.** Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 8 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997.** Estabelece normas para as eleições. Brasília, DF: Presidência da República, 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm. Acesso em: 8 set. 2021.