

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Evânio José de Moura Santos

**Princípio constitucional do juiz natural e a competência penal da
Justiça Eleitoral**

MESTRADO EM DIREITO

**SÃO PAULO
2010**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Evânio José de Moura Santos

**Princípio constitucional do juiz natural e a competência penal da
Justiça Eleitoral**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Sociais, sob a orientação do Professor Doutor Guilherme de Souza Nucci.

**SÃO PAULO
2010**

BANCA EXAMINADORA

Para Michelle e Maria Clara, amores da minha vida, por todas as alegrias e emoções que já vivenciamos juntos e pelo futuro promissor que nos espera.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Doutor Guilherme de Souza Nucci, meu orientador, pelo estímulo e lhanza no trato, além da permanente disposição em sanar minhas dúvidas, dando imprescindível apoio para a conclusão deste trabalho.

Ao Professor Doutor Antonio Carlos da Ponte, em razão de seu incansável amor ao magistério, mestre dedicado e amigo de seus alunos, exemplo a ser seguido.

Aos advogados José Rollemberg Leite Neto e Matheus Dantas Meira, pelas primeiras leituras do texto, ofertando sugestões de aprimoramento.

À advocacia e a todos os advogados criminalistas, pela contribuição dada à construção do Estado Democrático de Direito.

RESUMO

SANTOS, Evânio José de Moura. *Princípio constitucional do juiz natural e a competência penal da Justiça Eleitoral*. 2010. 353 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

O estudo do princípio constitucional do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII, da CF), direito e garantia humana fundamental, que constitui valor imprescindível do moderno Estado Democrático de Direito, consiste no cerne do presente trabalho.

No âmbito de uma perspectiva constitucional, analisa outros princípios constitucionais estritamente interligados, tais como o devido processo legal, contraditório, ampla defesa e presunção de inocência.

Perscruta o conceito de competência penal, notadamente da competência penal da Justiça Eleitoral, bem como os diversos critérios delimitadores do foro competente no âmbito do Poder Judiciário Eleitoral, inclusive do foro por prerrogativa de função, perpassando pela criação, evolução, conceituação e composição da Justiça Eleitoral, bem como o *modus operandi* e as peculiaridades desse braço da Justiça especializada.

Apresenta a definição de crime eleitoral e de seus desdobramentos e singularidades, as regras de delimitação penal da competência da Justiça Eleitoral, além de diversas sugestões de aprimoramento da Justiça Penal Eleitoral, bem como algumas críticas acerbas sobre a jurisprudência predominante na interpretação de agudas questões versando sobre competência e crimes eleitorais, fazendo o necessário cotejo com o princípio constitucional do juiz natural.

Finaliza buscando realçar a imprescindibilidade da utilização e desenvolvimento dos contornos inerentes ao princípio do juiz natural para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chaves: Princípio do juiz natural – Justiça Eleitoral – Competência penal – Crime eleitoral

ABSTRACT

SANTOS, Evânio José de Moura. *The natural judge principle and the Electoral Justice penal competence*. 2010. 353 p. Dissertation (Master Degree in Law) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

The study of the natural judge constitutional principle (art. 5th, XXXVII and LIII, of FC), right and fundamental human warranty, that constitutes indispensable value of the modern Democratic State of Right, is the core of the present work.

Under a constitutional perspective, it analyzes other constitutional principles strictly interlinked, such as the due process of law, contradictory, wide defense and innocence presumption.

It searches the concept of penal competence, especially of the penal competence of the Electoral Justice, as well as the several criteria that delimitate the competent forum in the ambit of the Electoral Judiciary Power, besides of the special venue by function prerogative, passing by the creation, evolution, definition and composition of the Electoral Justice, as well as the modus operandi and the peculiarities of that branch of the Specialized Justice.

It presents the definition of electoral crime and its unfoldings and singularities, the rules of penal delimitation of the competence of the Electoral Justice, besides several suggestions of improvement of the Electoral Penal Justice, as well as some scathing critics on the predominant jurisprudence in the interpretation of sharp subjects turning on competence and electoral crimes, making the necessary comparison with the natural judge constitutional principle.

It concludes seeking to enhance the indispensability of the use and development of the inherent contours of the natural judge constitutional principle for the invigoration of the Democratic State of Right.

Keywords: Natural judge principle – Electoral Justice – Penal competence – Electoral crime

Bom mesmo é ir à luta com determinação e abraçar a vida com paixão, perder com classe e vencer com ousadia, pois o triunfo pertence a quem mais se atreve e a vida é muito para ser insignificante.

Charles Chaplin

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	16
1 CONSTITUIÇÃO, PROCESSO PENAL E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	
APLICÁVEIS AO PROCESSO PENAL ELEITORAL.....	22
1.1 Noções gerais.....	22
1.1.1 Conceito de direitos fundamentais e diferença entre direitos e garantias.....	25
1.1.2 Evolução histórica dos direitos fundamentais: as gerações ou dimensões dos direitos fundamentais.....	26
1.1.3 Papel dos princípios no sistema jurídico, seu conceito e amplitude.....	28
1.2 Devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF).....	30
1.2.1 Evolução histórica do princípio.....	30
1.2.2 Conceito e amplitude do devido processo legal.....	34
1.2.3 Duplo significado do devido processo legal.....	36
1.2.4 Devido processo penal e processo penal justo.....	38
1.2.5 Duração razoável do processo penal eleitoral e devido processo legal.....	40
1.3 Princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF).....	44
1.3.1 Princípio do contraditório: conceito e amplitude.....	44
1.3.1.1 Distinção entre contraditório real e contraditório formal.....	48
1.3.1.2 Princípio do contraditório e a utilização de prova emprestada.....	49
1.3.2 Princípio constitucional da ampla defesa.....	52
1.3.2.1 Conceito e alcance subjetivo da ampla defesa.....	53
1.3.2.1.1 Componentes da ampla defesa.....	55
1.3.2.1.2 Atual panorama do direito de defesa no Brasil.....	56
1.3.2.2 Divisão do direito de defesa.....	58
1.3.2.2.1 Autodefesa.....	58
1.3.2.2.1.1 Garantia da presença do réu na colheita da prova. Direito de audiência.....	60
1.3.2.2.1.2 Compatibilidade entre ampla defesa e autodefesa.....	64
1.3.2.2.2 Defesa técnica.....	66
1.3.2.2.2.1 Obrigatoriedade da defesa técnica. Defensor constituído e <i>ad hoc</i>	68
1.3.2.2.2.2 Efetividade da defesa técnica e imprestabilidade da defesa deficiente.....	69
1.3.2.3 Defensoria Pública.....	71

1.4 Presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF).....	73
1.4.1 Conceito e amplitude	74
1.4.2 Inquéritos ou processos em curso e maus antecedentes	77
1.4.3 Direito de recorrer em liberdade, impossibilidade de considerar deserto recurso da defesa pela fuga do réu e o princípio constitucional da presunção de inocência	78
1.5 Princípio do juiz natural (art. 5º, XXXVIII e LIII, da CF).....	82
1.5.1 Evolução histórica e conceito	83
1.5.2 Vedação a existência de tribunais de exceção ou <i>ad hoc</i>	84
1.5.3 Amplitude e desdobramentos do princípio do juiz natural.....	87
1.5.4 Questões atuais e polêmicas ligadas ao princípio do juiz natural	88
1.5.4.1 Especialização de varas em razão da matéria por resolução do Tribunal	89
1.5.4.2 Princípio do juiz natural e o <i>tempus regit actum</i>	91
1.5.4.3 A impossibilidade da designação aleatória de magistrado e o respeito aos substitutos legais.....	92
2 JUSTIÇA ELEITORAL	97
2.1 Evolução histórica	97
2.1.1 Primórdios da escolha dos representantes populares pelo voto e da legislação eleitoral brasileira	98
2.1.2 Criação da Justiça Eleitoral	102
2.1.3 Evolução do direito ao sufrágio e ao voto, sistema jurisdicional e a Constituição Federal de 1988	105
2.2 Funções e características da Justiça Eleitoral	107
2.2.1 Função administrativa	108
2.2.2 Função jurisdicional	109
2.2.3 Funções normativa e consultiva da Justiça Eleitoral	110
2.2.4 Impossibilidade de resolução eleitoral em matéria penal e o necessário respeito ao princípio da legalidade (art. 5º, XXXIX, da CF).....	112
2.3 Organização da Justiça Eleitoral	116
2.3.1 Instâncias da Justiça Eleitoral.....	116
2.3.2 Composição da Justiça Eleitoral.....	119
2.3.2.1 Tribunal Superior Eleitoral.....	119
2.3.2.2 Tribunal Regional Eleitoral	124
2.3.2.3 Juízes eleitorais.....	126

2.3.2.4 Juntas Eleitorais	127
2.3.3 Organização geográfica da Justiça Eleitoral.....	128
2.3.1.1 Conceito de Zona Eleitoral e critérios para sua definição	128
2.4 Ministério Público Eleitoral	130
2.4.1 Organização e composição do Ministério Público Eleitoral	131
2.4.2 Atribuições do <i>Parquet</i> Eleitoral e a lisura do processo eleitoral	134
3 JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA PENAL	136
3.1 Conceito de jurisdição	136
3.2 Jurisdição penal	140
3.3 Características e regras inerentes à jurisdição criminal.....	142
3.3.1 Exercício pelo Poder Judiciário.....	142
3.3.2 <i>Ne procedat judex ex officio</i>	143
3.3.3 Obrigatoriedade da prestação jurisdicional	144
3.3.4 Duplo grau de jurisdição	146
3.3.5 Indelegabilidade e improrrogabilidade da jurisdição	148
3.4 Jurisdição comum e especial	151
3.5 Competência penal	153
3.5.1 Competência relativa e competência absoluta.....	154
3.5.2 Critérios de delimitação da competência.....	156
3.5.3 Competência em razão do lugar (<i>ratione loci</i>)	158
3.5.3.1 Hipóteses de competência em razão do lugar com delimitação de foro subsidiário ..	159
3.5.3.2 Delimitação de competência nos crimes à distância e crimes cometidos fora do Brasil, no território marítimo e no espaço aéreo	160
3.5.4 Foro por prerrogativa de função e competência penal	163
3.5.4.1 Evolução histórica do foro por prerrogativa de função	165
3.5.4.2 Atual estágio de discussão do foro por prerrogativa de função no Congresso Nacional.....	170
3.5.4.3 Competência do Supremo Tribunal Federal.....	173
3.5.4.4 Competência do Superior Tribunal de Justiça.....	174
3.5.4.5 Foro competente para processar e julgar os feitos pela prática de infrações penais de competência da Justiça comum e especial.....	175
3.5.4.6 Foro por prerrogativa de função na hipótese de ilícitos penais praticados por magistrados e membros do Ministério Público	176

3.5.4.7 Competência do Tribunal do Júri e prerrogativa de função (art. 5º, XXXVIII, da CF e abrangência da Súmula n. 721 do STF).....	176
3.5.4.8 Competência por prerrogativa de função no âmbito da Justiça Militar.....	178
3.5.5 Conexão e continência como critérios delimitadores da competência penal	179
3.5.5.1 Conexão	179
3.5.5.2 Continência.....	182
3.5.5.3 Análise das regras utilizadas para fixar o <i>forum attractionis</i> e a <i>perpetuatio jurisdictionis</i>	183
3.5.5.4 Disjunções processuais: exceções à regra da unidade de processos e julgamento.....	188
3.5.6 Distribuição e prevenção	190
3.6 Conflitos de competência	192
3.6.1 Conflito de atribuição	193
4 COMPETÊNCIA PENAL DA JUSTIÇA ELEITORAL	197
4.1 Peculiaridades do princípio do juiz natural no âmbito da Justiça Eleitoral.....	197
4.1.1 O juiz eleitoral e a peculiaridade do exercício de jurisdição por prazo determinado....	199
4.1.2 Substituições na Justiça Eleitoral e juiz convocado para atuar como juiz auxiliar. Violação do princípio do juiz natural?	201
4.1.3 Julgamento de matéria penal eleitoral pelo Supremo Tribunal Federal em sede de recurso eleitoral e o princípio do juiz natural	204
4.1.4 Impossibilidade de um mesmo magistrado julgar duas vezes idêntico fato atuando como juiz de instâncias distintas, diante da existência de impedimento (art. 252, III, do CPP)	207
4.1.5 Princípio do promotor natural	212
4.1.5.1 Fundamentos constitucionais para o reconhecimento e a consagração do princípio do promotor natural.....	214
4.1.5.2 Designação do promotor eleitoral e critérios de escolha.....	216
4.2 Conceito de crime eleitoral e seus desdobramentos	219
4.2.1 Crime eleitoral como espécie do crime político e crime comum	222
4.2.2 Bens jurídicos tutelados.....	224
4.2.3 Crimes eleitorais específicos ou puros e crimes eleitorais acidentais	229
4.2.4 Crimes de atentado e crime eleitoral	231
4.2.5 Penas nos crimes eleitorais	232

4.2.6 Destinatários da norma penal eleitoral	237
4.2.6.1 Inimputável e crime eleitoral	237
4.2.6.2 Imunidade parlamentar e crime eleitoral	239
4.2.7 Responsabilidade penal de pessoa jurídica e crime eleitoral (art. 336 do CE).....	242
4.2.8 Crime eleitoral e a realização de plebiscito e referendo	245
4.3 Competência penal da Justiça Eleitoral	248
4.3.1 Competência pelo lugar da prática do crime eleitoral	248
4.3.1.1 Delimitação da competência na hipótese de vários municípios integrarem a mesma Zona Eleitoral e na situação de existir um município com mais de uma Zona Eleitoral	249
4.3.1.2 Delimitação da competência no local onde o crime eleitoral deve produzir seu resultado.....	251
4.3.1.3 Competência relativa em razão do lugar e exceção de competência dilatória	253
4.3.1.4 Conflito de competência em razão do lugar e delimitação do foro competente.....	255
4.3.2 Competência por prerrogativa de função na Justiça Eleitoral	257
4.3.2.1 Da ausência de duplo grau de jurisdição e o foro por prerrogativa de função	259
4.3.2.2 Competência <i>ratione personae</i> fixada por Constituição Estadual	261
4.3.2.3 Competência por prerrogativa de função, conexão e continência e a cessação da função	265
4.3.2.4 Prerrogativa de função e foro competente para processar e julgar crimes eleitorais .	268
4.3.2.4.1 Competência do Supremo Tribunal Federal.....	269
4.3.2.4.2 Competência do Superior Tribunal de Justiça.....	272
4.3.2.4.3 Competência dos Tribunais Regionais Eleitorais.....	273
4.3.3 Competência constitucional do Tribunal do Júri e da Justiça Eleitoral.....	275
4.3.3.1 Competência da Justiça Eleitoral para processar e julgar o crime doloso contra a vida conexo com o crime eleitoral.....	279
4.3.3.2 Separação de processos e julgamento: Justiça Eleitoral julga o crime eleitoral e o Tribunal do Júri julga o crime doloso contra a vida.....	280
4.3.3.3 Unidade de processos e julgamento: julgamento pelo Tribunal do Júri instalado no âmbito da Justiça Eleitoral.....	283
4.3.4 Competência por conexão ou continência.....	284
4.3.4.1 Conexão entre crime eleitoral e crime comum da competência da Justiça Federal ou da Justiça Estadual.....	286
4.3.4.2 Conexão entre crime eleitoral e crime comum com rito específico	288

4.3.4.3 Conexão entre crime eleitoral e crime comum, havendo a prescrição do crime eleitoral	289
4.3.4.4 Conexão entre crime eleitoral e crime militar	291
4.3.5 Crimes praticados contra a administração da Justiça Eleitoral e foro competente.....	292
4.3.5.1 Conceito de crimes contra a administração da Justiça e a Justiça Eleitoral como integrante do Poder Judiciário da União	293
4.3.5.2 Crimes contra a administração da Justiça Eleitoral e desdobramentos processuais...	295
4.3.6 Competência para execução da sentença penal eleitoral	296
4.3.6.1 Execução de penas privativas de liberdade e das penas restritivas de direito	297
4.3.6.2 Execução da pena de multa	300

5 CRIMES ELEITORAIS DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO – APLICAÇÃO DOS INSTITUTOS DESPENALIZADORES DA LEI N. 9.099/95 NO

ÂMBITO DA JUSTIÇA ELEITORAL.....	302
5.1 Crime de menor potencial ofensivo.....	302
5.1.1 Afastamento da vedação atinente ao procedimento especial com a vigência da Lei n. 11.313/2006.....	305
5.2 Crimes eleitorais de menor potencial ofensivo e incidência dos institutos despenalizadores da Lei n. 9.099/95.....	307
5.2.1 Possibilidade de aplicação das Leis ns. 9.099/95 e 11.313/2006 pelo Poder Judiciário Eleitoral	308
5.2.2 Critérios utilizados para delimitação da pena mínima no crime eleitoral	309
5.2.3 Dificuldade de incidência da etapa procedimental atinente à busca da composição civil dos danos (art. 74 da Lei n. 9.099/95)	311
5.2.4 Aplicação da transação penal nos crimes eleitorais de pequeno potencial ofensivo e seus desdobramentos	313
5.2.4.1 Propositura da transação penal, ausência de proposta e seus desdobramentos	314
5.2.4.2 Efeitos da sentença homologatória da transação penal	318
5.2.4.3 Descumprimento da transação penal e seus desdobramentos	319
5.3 Suspensão condicional do processo na hipótese de crime eleitoral	320
5.3.1 Requisitos para a oferta de proposta do <i>sursis</i> processual e momento processual da propositura.....	324
5.3.2 A suspensão condicional do processo como direito subjetivo do acusado	326
5.3.3 Corrupção eleitoral, captação ilícita de sufrágio e suspensão condicional do processo	328

5.3.4 Revogação do <i>sursis</i> processual	333
5.3.5 Extinção da punibilidade pelo cumprimento do <i>sursis</i> processual.....	335
5.3.6 Suspensão condicional do processo virtual, projetada, antecipada ou em perspectiva .	336
CONCLUSÃO.....	338
REFERÊNCIAS	345

INTRODUÇÃO

Com a organização do Estado e um melhor delineamento da função jurisdicional, exsurtem leis que versam sobre a delimitação da competência, formação dos tribunais e a constituição das cortes de Justiça, tema que se encontra em constante evolução e permanente discussão.

Grande foi a caminhada até se chegar ao que hoje é definido como conceito do juiz natural e seus desdobramentos ou conseqüências lógicas.

Em nosso país, a Constituição Federal estabeleceu expressamente o princípio do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII), o alçando a condição de direito e garantia humana fundamental, que se apresenta como valor imprescindível do moderno Estado Democrático de Direito.

Proíbe peremptoriamente a Carta Política de 1988 a existência dos tribunais de exceção, bem como a designação aleatória de magistrados para julgar determinada lide.

Apresenta-se com o juiz natural regra básica da jurisdição, que consiste em nem o jurisdicionado escolher o seu julgador e muito menos o julgador escolher os feitos que irá julgar.

A estrita observância e respeito a esse princípio tem como principal objetivo assegurar um julgamento justo e imparcial para todos os cidadãos, independentemente do foro ou instância responsável pelo julgamento da lide.

Cuida-se de garantia que está intimamente ligada ao princípio do devido processo legal, apresentando um duplo conteúdo, tendo como destinatários tanto o indivíduo objeto da prestação jurisdicional, como o Estado, responsável por organizar e ministrar a jurisdição.

A impossibilidade de constituição do juízo *ex post factum*, com a expressa vedação da existência de tribunais de exceção e com a proibição de designação aleatória do magistrado para julgar determinado assunto ou para promover a substituição do titular de determinada

Comarca ou Vara, devendo-se respeitar as regras da substituição automática, além da impossibilidade de modificação de competência por atos normativos, são vertentes ou desdobramentos do princípio do juiz natural, estando ligados de maneira intrínseca ao desenvolvimento regular do processo.

O órgão judicial deve ser criado por lei anteriormente aos fatos que serão por ele julgados, destacando-se dessa premissa a estrita necessidade de observância de dois princípios: a legalidade e a anterioridade.

Buscar-se-á demonstrar com o presente trabalho que o princípio do juiz natural possui um tríplice significado: a) plano da fonte – somente lei poderá instituir o juiz e fixar-lhe competência; b) plano temporal – impossível a fixação de competência com efeitos retroativos para julgar casos pretéritos; c) plano da fixação taxativa da competência – evitando a delimitação escolha aleatória e discricionária da competência de determinado Juízo ou Tribunal.

Dedicar-se ao estudo do juiz natural e de todos os seus desdobramentos não constitui tarefa fácil, mormente ao se defrontar com os diversos temários que estão ao redor da questão, especialmente todas as regras inerentes à delimitação do foro competente e estabelecimento do foro predominante (*forum attraciones*), além de apreciar as hipóteses processuais que implicam em disjunção processual – separação de processos mesmo havendo conexão ou continência quando da delimitação da competência.

Enfrentar referido temário implica na necessidade de se debruçar sobre assuntos de grande discussão e cizânia acadêmica, como o foro por prerrogativa de função, sobre questões atinentes a conflito de competência e, sobretudo, sobre as regras delimitadoras da competência penal, não raro chegando ao Supremo Tribunal Federal para dirimir conflitos interpretativos e pacificar entendimentos, razão pela qual este trabalho vez por outra teve que se valer dos entendimentos jurisprudenciais oriundos das Cortes Superiores de Justiça, demonstrando a relevância e discussão da matéria, bem como seu viés prático.

Trata-se de navegação em mar revolto, porém instigante, com vários posicionamentos e grande diversidade de incidência concreta.

Ademais, busca-se neste monográfico demonstrar o imprescindível liame existente entre o princípio do juiz natural e os demais princípios reitores do moderno processo penal.

Além de apreciar e transpor essas questões, objetiva o trabalho analisar as peculiaridades da criação, formação e funcionamento da Justiça Eleitoral e suas implicações no princípio do juiz natural.

Optou-se pela divisão desta dissertação em capítulos, sendo que, pela ordem, num plano introdutório é feita a abordagem dos princípios constitucionais do processo penal, posteriormente busca-se analisar a Justiça Eleitoral, desde a sua evolução histórica, até o advento da atual estrutura, especialmente versando sobre a composição do Poder Judiciário Eleitoral, explorando as características da jurisdição penal.

Em seguida, são delineados traços básicos da jurisdição e competência, o que permite o ingresso no cipoal de normas que versam sobre competência, bem como os diversos critérios delimitadores da competência penal.

Enfrenta-se, inclusive com a análise de preceitos constitucionais, o foro por prerrogativa de função – competência *ratione personae vel numuris*, um dos critérios constitucionais de delimitação de competência, sendo abordados os diversos posicionamentos doutrinários (os que defendem a extinção do foro por prerrogativa de função, considerando-o verdadeiro privilégio, e aqueles que sustentam ser necessário, em homenagem à dignidade da função ou cargo público ocupado, preservar o foro especial, inclusive com assento constitucional).

Busca-se também conceituar e exemplificar as hipóteses de competência por conexão e continência e seu desdobramento no processo penal eleitoral.

O direito processual penal eleitoral carece de uma análise mais criteriosa, exigindo uma abordagem das questões fundantes do processo penal, fazendo o indispensável cotejo com as regras basilares do direito eleitoral.

Nesse diapasão apresenta-se como de fundamental importância conhecer a dinâmica de funcionamento da Justiça Eleitoral, bem como sua composição, merecendo especial

destaque o fato de se tratar de Justiça especializada, com a existência de Cortes em cada Estado da Federação, entretantes não possui um quadro próprio de magistrados, havendo a composição no primeiro grau com juízes estaduais e nos Tribunais Regionais Eleitorais e Tribunal Superior Eleitoral nos moldes do contido nos artigos 118 e 119 da Constituição Federal.

A ausência de um quadro específico para atuar na Justiça Eleitoral também afeta o Ministério Público, apresentando-se como oportuna a análise do princípio do promotor natural, bem como da maneira de escolha, atribuições e desempenho do *Parquet* eleitoral.

Essa jurisdição por mandato ou prazo certo traz diversas implicações processuais relevantes, todas exploradas no curso deste estudo, apontando-se o que de essencial e destacado existe para o processo penal eleitoral.

Abordam-se ainda situações que tangenciam o princípio do juiz natural no âmbito da Justiça Eleitoral, merecendo ênfase o fato de que um ministro do Supremo Tribunal poderá julgar duas vezes a mesma matéria em sede de direito penal eleitoral (funcionando como duplo grau de si próprio), além de figurar como perplexidade o fato de que referida situação vem sendo largamente utilizada, sem qualquer insurgência da doutrina pátria.

Embora não se constitua o cerne do trabalho, conceitua-se o crime eleitoral, bem como a sua distinção de crime político e crime de responsabilidade, promove-se uma digressão sobre o bem jurídico tutelado, analisam-se alguns conceitos típicos do direito penal eleitoral, mormente a ausência de contravenção penal eleitoral, as regras atinentes aos crimes eleitorais de atentado, as peculiaridades da conduta penal eleitoral para o agente público que goza de imunidade parlamentar, além das regras específicas de fixação da pena para análise do crime eleitoral.

Ainda ao se debruçar sobre os crimes eleitorais, o trabalho elenca todas as figuras penais eleitorais contidas no Código Eleitoral (CE) e na legislação eleitoral extravagante, quer utilizando os tipos penais eleitorais nos mais variados exemplos que ilustram o raciocínio desprendido, quer, ainda, na demonstração do rito utilizado (se o rito previsto no CE ou o esculpido na Lei n. 9.099/95), quer, por último, quanto aos desdobramentos ou efeitos da decisão penal condenatória.

Volvendo à análise da competência, acredita-se que de maneira criteriosa serão analisados os conceitos de competência fixada por conexão, mormente para delimitar a competência do crime comum conexo com o crime eleitoral (art. 78, IV, do CPP, c.c. o art. 35, II, do CE), havendo muitas implicações e desdobramentos da conexão, além das hipóteses de separação de processos.

A polêmica questão da conexão entre crime doloso contra a vida e crime eleitoral será enfrentada, ofertando-se as diversas opiniões existentes sobre a matéria, não se furtando o presente estudo de exibir seu próprio entendimento, firmando posicionamento com desdobramento que valoriza a um só tempo o respeito à garantia fundamental do tribunal do júri esculpida no artigo 5º, XXXVIII, da Constituição Federal e a competência da Justiça Eleitoral (art. 121 da Carta Política).

Avançando um pouco mais na análise dos diversos institutos referentes à competência penal da justiça eleitoral, enfrenta-se a competência para promover a execução das penas fixadas nas sentenças condenatórias resultantes de processo penal eleitoral, bem como os desdobramentos e consequências do descumprimento das reprimendas penais, dividindo-se entre a competência para a execução das penas privativas de liberdade e restritivas de direito e sobre as penas de natureza pecuniária.

Destina-se capítulo específico para versar sobre o crime eleitoral de pequeno potencial ofensivo, fazendo o cotejo do rito estabelecido na Lei n. 9.099/95, com as alterações inseridas no ordenamento jurídico pelas Leis ns. 10.259/2001 e 11.313/2006, demonstrando a completa incidência dos institutos despenalizadores da composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo no âmbito da Justiça Eleitoral.

Serão apresentadas ideias, algumas até revolucionárias e minoritárias na doutrina, porém servindo como ponto de partida para o debate acadêmico, como a ampliação da possibilidade de incidência do *sursis* processual para os crimes eleitorais cuja pena mínima venha a ultrapassar um ano, bem como a impossibilidade de incidência da Lei n. 9.099/95, mesmo que a pena máxima seja de até dois anos, se existirem efeitos específicos da pena – como a cassação do registro da candidatura ou do diploma, por exemplo.

Enfim, tenta-se realçar essas peculiaridades do direito eleitoral e dos crimes eleitorais.

Ainda no estudo das sanções possíveis no direito penal eleitoral, não descuida o estudo do necessário enfrentamento dos desdobramentos ou efeitos da condenação penal eleitoral, transpondo as consequências contidas nos artigos 91 e 92 do Código Penal, merecendo destaque a reprimenda de inelegibilidade, inerente a toda sanção penal por crime eleitoral, nos termos do contido no artigo 1º, I, “e”, da Lei Complementar n. 64/90.

O objetivo deste trabalho não é fornecer uma análise pronta e acabada das regras constitucionais ou legais – dentre elas, os diversos preceitos integrantes do direito penal e processual penal eleitoral. Muito longe dessa pretensão. Em verdade, o escopo desta investigação acadêmica é apreciar o princípio do juiz natural em cotejo com as peculiaridades da Justiça Eleitoral, especialmente destacando aspectos relevantes e variegados da competência penal no âmbito do Poder Judiciário Eleitoral.

Não se procura o consenso, mas o debate profícuo, trazendo luzes para um tema relevante e pouco explorado, despertando o estudo do direito processual penal para o enredado temário da competência penal da Justiça Eleitoral.

Finalizando, apresentam-se conclusões, extraídas ao longo da reflexão e estudo do tema proposto, que servem para viabilizar debates, críticas e reflexões sobre as peculiaridades do princípio do juiz natural, quando da delimitação da competência penal da Justiça Eleitoral.

1 CONSTITUIÇÃO, PROCESSO PENAL E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO PROCESSO PENAL ELEITORAL

1.1 Noções gerais

A história dos povos mostra um paulatino desenvolvimento da relação Estado-indivíduo. No início, havia uma ausência quase que absoluta de direitos do cidadão perante o Estado, além da inexistir regramento do Estado para solucionar conflitos, vigendo a fase da vingança privada ou autotutela¹; daí se avançou para as formas de composição do litígio, e hoje se pode afirmar que “somente o Estado é que pode dirimir os conflitos de interesses”.²

Durante esse longo percurso, ocorreram várias evoluções conceituais, passando-se por estágios de transição e avanço das liberdades públicas, mas por muito tempo preponderou a força estatal, em detrimento de direitos individuais, à época considerados incipientes (liberdade, intimidade e inviolabilidade, julgamento com observância e respeito às regras processuais, imparcialidade do juiz, direito de defesa, etc.).

Avançou-se, de um sistema inquisitório, para um sistema misto (parte dos atos produzidos de maneira inquisitorial e outra parte – mormente o julgamento – realizado de forma acusatória) e, por fim, chegou-se ao que hoje existe nas democracias civilizadas, que é o sistema acusatório, havendo preocupação com o respeito de garantias mínimas do cidadão, face ao poder e à força do Estado.

Relevante deixar grafado que autores de nomeada, como os citados adiante, apontam singularidades do sistema processual brasileiro que o afastam de um sistema exclusivamente acusatório, com a existência de resquícios do sistema inquisitorial, como, por exemplo, “a

¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 26.

² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 25. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2, p. 6.

manutenção do controle, pelo juiz, das diligências realizadas no inquérito ou peças de informação”³, aproximando-se do sistema misto.

Nesse sentido, Guilherme Nucci:

Ora, fosse verdadeiro e genuinamente acusatório não se levariam em conta, para qualquer efeito, as provas colhidas na fase inquisitiva, o que não ocorre em nossos processos da esfera criminal. (...) Defender o contrário, classificando-o como acusatório é omitir que o juiz brasileiro produz prova de ofício, decreta a prisão do acusado de ofício, sem que nenhuma das partes tenha solicitado, bem como se vale, sem a menor preocupação, de elementos produzidos longe do contraditório, para formar sua convicção.⁴

Vários diplomas passam a ter fundamental relevância no fortalecimento dos direitos básicos do indivíduo, tais como a Declaração dos Direitos Universais do Homem de 1948, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, ratificado pelo Brasil em 24.01.1992, e a Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), promulgado pelo Decreto n. 678, de 06.11.1992.⁵

Pode-se afirmar que em alguns países em desenvolvimento, como o Brasil, referidos avanços tardaram a acontecer, posto que “a dificuldade de consolidação de uma cultura democrática e, naturalmente, também de direitos fundamentais, pode estar relacionada ao modo pelo qual lentamente foi promovida a transição para a democracia”.⁶

Em razão desses avanços, com marchas e contramarchas no processo democrático brasileiro, passou a existir a imperiosa necessidade de respeito e observância das garantias fundamentais do ser humano, evitando com isso a superposição da força estatal, em detrimento de direitos básicos do cidadão, como a liberdade, a integridade física e moral, o direito a um julgamento justo e imparcial, a uma prestação jurisdicional feita de forma equânime e célere. Enfim, passou-se a exigir, principalmente com o fortalecimento do sistema acusatório, o respeito às garantias mínimas do cidadão, posteriormente definidas e positivadas no texto constitucional como direitos fundamentais.

³ PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 175.

⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo e execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 100-101.

⁵ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 12.

⁶ PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas, ob. cit., p. 37.

Aliás, a Constituição Federal de 1988 é pródiga em positivar direitos e garantias fundamentais, agasalhando-os principalmente, mas não só, como incisos⁷ do artigo 5º, todos alçados à condição de cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, IV, da CF).

Indubitavelmente, trazer para o texto constitucional os diversos princípios basilares do processo penal contribuiu de forma decisiva para inserir conquistas no ordenamento jurídico pátrio, modificando a mentalidade e a forma de se deve enxergar o processo criminal, impondo-se que ele respeite regras inerentes ao Estado Democrático de Direito.

Ao contrário dos que criticam o fato de ser a nossa Carta Magna vigente pródiga em dispositivos que versam sobre os mais variados temas, inclusive e principalmente sobre as garantias fundamentais, acreditamos ser salutar “a robustez disposicional e vernacular de cada princípio constitucional, mormente os fundamentais ou estruturantes do Estado e do governo”⁸, sobretudo por possuir a Constituição o papel fundamental de expargir no ordenamento jurídico os avanços concebidos no texto magno pelo legislador constituinte.

Ainda no dizer de Carlos Britto:

Só a Constituição é que pode fundar o ordenamento jurídico e permanecer o tempo inteiro como referencial de todas as outras normas positivas que se integram nesse mesmo ordenamento. Esta a sua natureza, a sua causa formal, a metodologia de trabalho que a torna *primus inter pares*.⁹

Pode-se afirmar que quanto maior o respeito aos princípios constitucionais, mais fortalecido estará o Estado Democrático de Direito e mais avançado será o seu processo criminal, aproximando-se da *meta optada* do sistema acusatório, no qual garantias são respeitadas e a *persecutio criminis in iudicio* observa estritamente o devido processo legal, com os seus consectários e desdobramentos lógicos, especialmente o contraditório e a ampla defesa.

⁷ O artigo 5º da Constituição Federal, com o acréscimo inserido pela Emenda Constitucional n. 45/2004, passou a ter 78 incisos, sendo que vários desses dispositivos versam sobre princípios constitucionais penais e processuais penais, havendo uma verdadeira revolução na interpretação da lei processual penal, surgindo há mais ou menos duas décadas o que alguns doutrinadores, como, v.g., Antonio Scarance Fernandes, passaram a batizar de “processo penal constitucional”.

⁸ BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 179.

⁹ *Ibidem*, p. 123.

Colhe-se, então, à luz do acima mencionado, a seguinte lição: “Se desejamos conhecer uma sociedade politicamente organizada, ao menos no tocante aos parâmetros basilares que sustentam as ideias do povo, devemos ter noção da Lei Fundamental que a rege.”¹⁰

Importante, nesta quadra, promover uma análise, ainda que não exauriente, dos direitos fundamentais que estão inseridos em diversos princípios constitucionais.

1.1.1 Conceito de direitos fundamentais e diferença entre direitos e garantias

Da expressão terminológica *direitos fundamentais*, extrai-se a realidade jurídica precitada, pois que, mesmo abordando direitos, está a se aludir a posições subjetivas do indivíduo, sendo que a expressão *fundamentais* traduz, por outro vértice, que referidos direitos são inerentes à condição do ser humano.

Merece ser antecipado, de logo, que dentre as diversas características dos direitos fundamentais, destacam-se a irrenunciabilidade e a ilimitabilidade, apresentando-se como impossível, v.g., renunciar ou limitar a dignidade da pessoa humana.

Relevante, nesse passo e seguindo esta trilha, responder à seguinte questão: existe distinção entre direito fundamental e garantia individual ou se trata de situações sinônimas e idênticas?

Em resposta a essa indagação, pode-se dizer que os direitos fundamentais possuem como nota de destaque o caráter declaratório ou enunciativo, enquanto as garantias individuais são marcadas pelo seu caráter instrumental, vale dizer, são os meios voltados para a obtenção ou separação dos direitos violados (caráter assecuratório).

Oportuno ainda promover uma distinção, necessária para que não se confundam as garantias fundamentais com os remédios constitucionais (mandado de segurança, *habeas*

¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 25.

corpus, habeas data, etc.), eis que as garantias abrangem não só as ações constitucionais, como também as demais disposições assecuratórias da Lei Fundamental.

Por fim, merece ser grifado que os direitos fundamentais não estão apenas e tão somente guardados e contidos no artigo 5º da Constituição Federal brasileira. Muito ao contrário, pode-se afirmar que, em verdade, esses direitos encontram-se espalhados em todo o texto constitucional, conforme afirma a doutrina:

(...) constatamos que os direitos fundamentais não são só aqueles enumerados pelo Título II da nossa Constituição, mas todos os que contenham as características apontadas, integrando, ou não, a parte reservada aos direitos fundamentais no texto constitucional. O direito a saúde é exemplo típico. Trata-se de direito fundamental, que está explicitamente reconhecido no Título II da Constituição Federal, em seu artigo 6º, como direito social.¹¹

Dessa forma, apresenta-se como possível encontrar direitos fundamentais como os sociais, os políticos, a fundamentação das decisões administrativas e judiciais, a educação e a cultura, proteção à família e a imputabilidade penal, por exemplo, nos artigos 6º a 8º, 14, 93, IX, 205, 215, 226 e 228 da *Lex Mater*.

1.1.2 Evolução histórica dos direitos fundamentais: as gerações ou dimensões dos direitos fundamentais

Apreciando a evolução histórica dos direitos fundamentais (registre-se que a historicidade figura como característica intrínseca dos direitos fundamentais), têm-se direitos fundamentais da 1ª, 2ª e 3ª geração, sendo que existem autores que versam sobre os direitos fundamentais de 4ª geração¹², apresentando diversos exemplos de direitos que integram esse marco histórico.

Não se deve olvidar que alguns estudiosos do direito optam por utilizar a expressão “direitos de 1ª, 2ª, 3ª e 4ª dimensão”, informando que o entendimento enquanto “geração”

¹¹ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 126-127.

¹² BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 524.

passaria a ideia de um direito estanque dentro de determinado período histórico, sem que exista uma correlação entre as diversas fases e etapas (enquanto a eutanásia pode ser considerada um direito de 4ª geração – discussão a respeito da bioética –, ao mesmo tempo não deixa de ser um direito de 1ª geração, em que se discute o direito à vida e a sua indisponibilidade).

Continuando na análise da evolução histórica das gerações do direito, merece especial registro o fato de que já se postula e defende o reconhecimento de direitos de 5ª geração.¹³

Dentro dessa evolução histórica dos direitos fundamentais, entendemos como prematuro sustentar a existência de direitos de 5ª geração (cibernética, fertilização *in vitro*, etc.), posto que o mais correto seria a inserção desses direitos dentre aqueles que integram a 4ª geração/dimensão, uma vez que ainda não cristalizados e sedimentados como direitos não mais postos à prova ou imunes a questionamentos sobre a sua pertinência, abrangência e amplitude, como os direitos atinentes às quatro outras gerações/dimensões.

Portanto, dentro dessa classificação dos direitos fundamentais, sobressaem os princípios constitucionais do processo penal, que andam de braços dados e estão umbilicalmente ligados ao Estado Democrático de Direito.

As garantias penais e processuais penais do cidadão frente ao Estado constituem as balizas a serem seguidas pela moderna processualística criminal brasileira, verdadeiro farol a ser seguido, cláusulas de validade do processo penal e da sanção imposta, e serão estudados doravante.

Registre-se, por derradeiro, que se fez uma opção por um corte epistemológico, delimitando os princípios constitucionais a serem apreciados de acordo com a pertinência do temário central do presente estudo, ou seja, pinçaram-se dentre os inúmeros princípios constitucionais do processo penal aqueles que possuem intrínseca ligação com o processo penal eleitoral, para a apuração dos crimes eleitorais e dos crimes comuns conexos com os crimes eleitorais.

¹³ MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 153.

Impende consignar, como elemento justificador dos critérios utilizados, que o direito eleitoral destaca-se por ser um ramo em constante evolução da ciência jurídica, bem como composto de um verdadeiro cipoal de normas (constitucionais, infraconstitucionais e regulamentares – resoluções eleitorais editadas pelo TSE), sendo que os princípios constitucionais utilizados têm o objetivo de adequadamente demonstrar como deve se proceder diante dessa fluidez e porosidade do direito eleitoral e do processo criminal instaurado no escopo de reprimir crimes eleitorais.

1.1.3 Papel dos princípios no sistema jurídico, seu conceito e amplitude

Com o advento da Constituição Federal de 1988, houve importante mudança de paradigma e grande parte do conteúdo relevante do processo penal se encontra alojado no texto constitucional, normalmente em forma de princípios positivados como direitos fundamentais que servem de bússola para o moderno processo penal.

Não será feito neste trabalho, pois não configura seu enfoque principal, a distinção entre princípios e regras, bem como a análise da colisão entre princípios e do conflito entre regras, na clássica definição de Robert Alexy.

Entretanto relevante consignar traços da distinção, talhados da seguinte forma:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.¹⁴

¹⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90-91.

Os princípios devem ser dotados de abstratividade, enquanto as regras objetivam, sobretudo, concretizar o sistema principiológico. Os conflitos e antinomias existem entre as regras e não entre os princípios, posto que eles buscam uma harmonização sistemática.

Nas palavras de Antonio Carlos da Ponte, “os princípios são viabilizados por meio das regras. (...) o conflito normativo, as antinomias, ocorrem entre regras, não entre princípios”.¹⁵

Logo, superada essa etapa, tem-se como importante, inicialmente, destacar que os princípios constituem a base e o sustentáculo de qualquer ordenamento, o ponto de partida, podendo-se afirmar que “os princípios são normas imediatamente finalísticas”.¹⁶

Realçando a importância dos princípios, diz Celso Antônio Bandeira de Mello:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.¹⁷

Portanto, entende-se que qualquer programa acadêmico de estudo do direito processual penal, assim como qualquer interpretação do ordenamento jurídico e aplicação da lei (em especial os vetustos Código de Processo Penal de 1941 e Código Eleitoral de 1965), deve se iniciar com a análise e aplicação dos princípios constitucionais do processo penal, havendo a criação de uma cultura de respeito aos princípios e apego ao texto constitucional, adequando a norma codificada ou esculpida em lei ordinária ao querer da Constituição Federal, e não o contrário, ou seja, não amoldando o disposto na Carta Magna ao talante da norma infraconstitucional concebida em um Estado autoritário e em regimes de exceção político-democrática.

Afirma-se, dessarte, neste primeiro momento, que o papel basilar dos princípios consiste em buscar a eficácia dos direitos fundamentais (liberdade, devido processo legal,

¹⁵ PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 65.

¹⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 79.

¹⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 842.

contraditório, ampla defesa, igualdade, presunção de inocência, motivação das decisões judiciais, etc.), estando todos eles ligados à correta distribuição da justiça, a democracia¹⁸ e ao respeito à dignidade da pessoa humana, objetivos intrínsecos do Estado Democrático de Direito.

O direito eleitoral, mormente em seu viés criminal (direito penal eleitoral e direito processual penal eleitoral), existe, fundamentalmente no propósito de resguardar os princípios inerentes à democracia e ao Estado Democrático de Direito, objetivando zelar por eleições livres e limpas, nas quais a vontade popular verdadeiramente prevaleça, coibindo os abusos que transcendem as infrações administrativas (crimes eleitorais ligados ao abuso do poder econômico, ao abuso do poder político, à prática de condutas vedadas, às fraudes atinentes ao cadastramento de eleitores e organização da eleição e os ligados à proteção da propaganda eleitoral).

O valor e o respeito aos princípios constitucionais ganham elevada importância, em se tratando de crimes eleitorais, em que o bem jurídico tutelado é a proteção da democracia, por intermédio de mecanismos que resguardam a lisura, a transparência e o adequado processo eleitoral, protegendo-se a vontade soberana do povo externada por intermédio do voto direto, secreto, universal e periódico (cláusula pétrea do Estado Democrático de Direito – art. 60, § 4º, II, da *Lex Fundamentalis*), além de lidar diretamente com os direitos políticos esculpido no artigo 14 da Carta Republicana.

1.2 Devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF)

1.2.1 Evolução histórica do princípio

O devido processo legal embrionariamente surgiu na Inglaterra, com a edição da *Magna Charta Libertatum* do Rei João Sem-Terra (1215), sendo um dos mais antigos

¹⁸ Carlos Ayres Britto estabelece a democracia como “megaprincípio”, que “transluz em cada um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (incisos I a V do art. 1º da Carta de 1988) e em toda cláusula pétrea explícita da nossa atual experiência constitucional (incisos de I a IV do § 4º do art. 60 da mesma ‘Constituição cidadã’)” (*Teoria da Constituição*, cit., p. 183).

princípios jurídicos, originariamente concebido no escopo de limitar os poderes do monarca diante dos nobres, que figuravam como grandes proprietários de terras.

Esse documento (acordo celebrado entre o rei e a nobreza revoltosa) “alcançou um valor muito maior, podendo ser considerado como antecedente importante das modernas Constituições, sendo uma garantia solene dos direitos individuais”. Com efeito, “é na Magna Carta que se encontra o germe do princípio básico de que há direitos individuais que o Estado, por mais soberano que seja, não pode infringir”¹⁹

Escrita em latim, a Magna Carta dedicou o artigo 39 ao referido princípio, que originariamente recebeu a denominação de *law of the land* ou *per legem terrae*; o termo *due process of law* somente foi adotado em 1354, com a edição pelo parlamento inglês do *Statute of Wesminster*.²⁰

Posteriormente, o princípio do *due process of law* passou a ter um significativo avanço no direito norte-americano, primeiro com a sua incorporação às colônias britânicas, e depois na própria formação do texto da Constituição dos Estados Unidos da América, com a inclusão da Emenda V, que tem a seguinte redação:

Nenhuma pessoa será levada a responder por crime capital, ou de outro modo infamante, a não ser por declaração sob juramento ou acusação formal de um júri de instrução, exceto em casos surgidos nas forças terrestres ou navais, ou na milícia, quando em serviço em tempo de guerra ou de perigo público; da mesma forma, nenhuma pessoa estará sujeita, pelo mesmo crime, a correr por duas vezes perigo de vida; nem será obrigada, em nenhum caso criminal, a depor contra si mesma, nem será privada da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal; nem a propriedade privada será desapropriada para uso público sem justa compensação.²¹

¹⁹ BONATO, Gilson. *Devido processo legal e garantias processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 9.

²⁰ DIAS, Jefferson Aparecido. Princípio do devido processo legal. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; LOPES, Maria Elizabeth de Castro (Orgs.). *Princípios processuais civis na Constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 26.

²¹ No original: “No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; no shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process or law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.” (BONATO, Gilson, *Devido processo legal e garantias processuais penais*, cit., p. 17).

Até esse estágio, o princípio do devido processo legal possuía conteúdo meramente procedimental e formal, “conhecido como *procedural due process*, e tinha a sua aplicação restrita a matéria criminal”.²²

Posteriormente, passaram a existir as Emendas Constitucionais americanas ns. XIII, XIV e XV, que tinham como principal escopo assegurar direitos de cidadania aos ex-escravos²³, apreciando a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de atos jurídicos que versavam sobre a servidão e direito de propriedade.

Com o surgimento da Emenda Constitucional americana n. XIV, o devido processo legal passou a ser obrigatório para todos os Estados americanos, considerando-se que “nenhum Estado poderia desconsiderar o devido processo legal quando estivesse em jogo a vida, a liberdade ou a propriedade dos bens de alguém”.²⁴

Tem-se com essa medida a adoção do *substantive due process of law*, passando a Suprema Corte a ter a possibilidade de extirpar do ordenamento jurídico americano leis ou atos normativos considerados inconstitucionais por violação ao devido processo legal.

O devido processo legal apresenta-se, portanto, em seu duplo alcance (*substantive due process* e *procedural due process*) “não somente ligado a um processo justo e imparcial, mas referindo-se à vida, à propriedade e à liberdade do indivíduo”.²⁵

Doravante serão apreciadas as duas características do devido processo legal, com os desdobramentos necessários.

Dentro da evolução histórica, esse princípio se encontra positivado em diversos diplomas jurídicos internacionais de proteção ao ser humano e preservação das garantias fundamentais, destacando-se a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1793, a

²² DIAS, Jefferson Aparecido, Princípio do devido processo legal, cit., p. 28.

²³ “O escravo Dred Scott, após fugir, pretendia que a Suprema Corte Americana reconhecesse a sua liberdade pelo fato de residir no Estado do Missouri, onde a escravidão era proibida em razão da seção 8ª da *Missouri Compromise Act*, de 1850.” (DIAS, Jefferson Aparecido, Princípio do devido processo legal, cit., p. 28).

²⁴ SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 115.

²⁵ NUCCI, Guilherme de Souza, *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*, cit., p. 25.

Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas de 1948 (art. 11, I), a Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de São José de Costa Rica – art. 7, item 2) de 1968, e a Convenção Europeia de Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (art. 6.1).

Ainda na análise da evolução histórica, vários países europeus passaram a inserir o *due process of law* em suas Constituições, embora com amplitude menor que a concebida pelos Estados Unidos, destacando-se as Constituições da Itália (1947), Alemanha (1949), Portugal (1976) e Espanha (1978).

No direito brasileiro, impõe-se consignar que até o advento da Constituição Republicana de 1988, não havia previsão no texto constitucional do devido processo legal.

Coube à *Lex Mater* de 1988, em compasso com a evolução desse princípio, guindá-lo à condição de direito fundamental, assentando no artigo 5º, LIV, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

A respeito da inclusão do devido processo legal no texto da Constituição Cidadã, diz a doutrina:

Em razão da importância ímpar do princípio do *due process of law*, que em seu duplo aspecto (formal e substancial) continua mantendo o sentido de limite à atuação do Poder Público, seja nas suas funções jurisdicionais, não podia o legislador constituinte brasileiro de 1988 deixar de contemplá-lo expressamente na Magna Carta.²⁶

O duplo significado ou duplo alcance do devido processo legal possuem aplicação e incidência no ordenamento jurídico pátrio, “que hoje se converteu (ou está se convertendo) em Estado constitucional de Direito”.²⁷

²⁶ GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 70. (Direito Penal, v. 4).

²⁷ *Ibidem*, mesma página.

1.2.2 Conceito e amplitude do devido processo legal

O devido processo legal se constitui na primeira e mais basilar garantia processual do indivíduo, pois é por meio desse instrumento que se realiza a proteção efetiva dos direitos fundamentais consagrados pela Constituição Federal, verdadeira “garantia das garantias” ou “megagarantia”²⁸, composta de vasta gama de direitos fundamentais.

Registre-se que antes mesmo do direito ao devido processo legal *stricto sensu*, tem o cidadão o direito ao devido processo legal substantivo (*substantive due process of law*), englobando: o devido processo legal legislativo, que consiste na necessidade de estrita e correta observância dos preceitos constitucionais quando da elaboração das normas constitucionais e infraconstitucionais²⁹; o devido processo legal administrativo, que aponta que “pelo ângulo substantivo, a legislação deve estar em conformidade com os critérios do *just and fair standard*, ajustando-se as ideias de razoabilidade e interdição à arbitrariedade”³⁰; e do devido processo judicial, com os suas duas emanções (formal ou substantivo) e os consectários ou desdobramentos lógicos (contraditório e ampla defesa).

Como cerne do devido processo legal, o processo deve guardar perfeita sintonia com o sistema normativo em que está inserido.

Não pode ser utilizado como instrumento para a atuação arbitrária do Estado e não pode se afastar da obediência aos direitos fundamentais do acusado.

O processo deve ser utilizado como mecanismo e medida apta a fazer justiça, e não ser o palco de injustiças e desrespeito às conquistas históricas do cidadão, sendo adequado afirmar que quanto mais democrático, arejado e aberto à incidência principiológica for um determinado processo, mais consentâneo e próximo ao Estado Democrático de Direito ele se encontra.

²⁸ GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira, *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica*, cit., p. 68.

²⁹ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O controle do devido processo legislativo pelo Supremo Tribunal Federal. In: COSTA, José Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coords.). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 75-85.

³⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 161-162.

Nesse sentido leciona Enrique Bacigalupo: “*El derecho procesal penal es el sismógrafo de la constitución del Estado dice Roxin. En otras palabras: el reconocimiento de derechos fundamentales procesales por un Estado es un criterio para medir el carácter autoritario o liberal (freiheitlich) de una sociedad.*”³¹

Trata-se de um princípio aceito e praticado em todos os Estados Democráticos de Direito, que busca a correta atuação do poder jurisdicional, evitando nulidades do processo e identificando o processo como algo justo e voltado para o respeito aos direitos subjetivos das partes.

À guisa de arremate, então, pode-se conceituar o devido processo legal como a necessidade de observância das formalidades processuais (*procedural due process*), bem como o respeito às garantias substanciais (*substantive due process*), sendo imprescindível a sua estrita observância, para ser considerada válida a imposição de sanções ao exercício dos direitos fundamentais, devendo restar comprovado que essa restrição aos direitos básicos do indivíduo se apresenta em consonância com a vontade constitucional, legal e ética.

Se o devido processo legal é imprescindível em qualquer processo e em qualquer ramo do direito, mais destacadamente deve ser observado no processo criminal eleitoral, no qual, dentre os direitos passíveis de limitação, estão a liberdade (possibilidade de condenação a penas privativas de liberdade), o patrimônio (existência das penas de multa, quer como sanção administrativa ou cível, quer como reprimenda penal) e os direitos políticos.

Consigne-se que a condenação por crime eleitoral possui relevante efeito, com o condão de transformar o condenado em inelegível – art. 1º, I, “e”, da LC n. 64/90 –, pelo período de três anos após o cumprimento da pena, havendo, portanto, limitação da capacidade eleitoral passiva ou o direito político passivo, que é o “direito de ser votado ou de eleger-se, possibilitando-o de candidatar-se a mandato eletivo. Isto é, consiste na capacidade de ser eleito”.³²

³¹ BACIGALUPO, Enrique. *El debido proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005. p. 24.

³² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. Salvador: Podivm, 2008. p. 736.

Dessarte, a não observância das regras inerentes ao devido processo legal, no âmbito do processo penal eleitoral, implica a existência de nulidade processual absoluta, restando visíveis os prejuízos para a regularidade processual.

1.2.3 Duplo significado do devido processo legal

Consoante já afirmado, o devido processo legal possui duas emanações básicas de seu significado (*procedural due process of law* e *substantive due process of law*), sendo que “tão relevante quanto a observância das formalidades legais devidas é a imposição de limites à própria criação jurídica do direito”.³³

Segundo o aspecto formal do devido processo legal, assegura que toda pessoa tenha o direito de reivindicar em juízo (*judicial process*) que eventual restrição imposta pelo Estado à sua liberdade ou propriedade (quer judicial, quer administrativamente³⁴) somente ocorra em estrita observância aos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa, com decisão motivada e fundamentada, exarada pela autoridade competente, prolatada por juiz imparcial, havendo paridade de armas, *fair trail* e prestação jurisdicional em tempo razoável.

No que diz respeito ao aspecto material do devido processo legal (*substantive due process of law*), passa-se a ter especial preocupação com a incidência da razoabilidade e da proporcionalidade (processo penal justo), “incluindo-se nessa exigência primordialmente a lei, que não pode privar o indivíduo de seus direitos fundamentais sem que haja motivo justo, sem que exista uma razão substancial”.³⁵

Esse desdobramento do devido processo legal passa a ter importante papel na possibilidade de controle da elaboração normativa, pois não pode o Poder Legislativo preocupar-se apenas e tão somente com o aspecto formal da lei, devendo voltar especial atenção para o aspecto material, principalmente no que tange à razoabilidade da opção

³³ GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira, *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica*, cit., p. 70.

³⁴ Embora não mais exista prisão administrativa enquanto regra, ainda vigora para os militares essa modalidade de constrição da liberdade, encontrando, inclusive, amparo no texto da Constituição Federal (arts. 5º, LXI e 142, § 2º).

³⁵ GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira, ob. cit., p. 70.

legislativa adotada, cabendo ao Poder Judiciário a tarefa de aferir a constitucionalidade dessa lei.

Tem-se aqui importante questão, referente à possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de lei pelo Supremo Tribunal Federal, com amparo no devido processo legal, na razoabilidade (manifestação do princípio do devido processo legal em sua feição substantiva) e na proporcionalidade; ao se promover a extirpação do ordenamento jurídico de lei ou ato normativo com escora no devido processo legal substantivo, “entende-se que a declaração de inconstitucionalidade corresponde a uma declaração de nulidade da lei”³⁶, deixando a mesma de existir.³⁷

Portanto, no aspecto material (*substantive due process*), deve-se reconhecer o devido processo legal como uma imposição ao Poder Público (Estado-juiz, Estado-legislador, Estado-administração), para que atue com razoabilidade e proporcionalidade, tratando a todos de forma isonômica, reconhecendo a igualdade de todos na lei e perante a lei.

Por fim, impende concluir lamentando que no Brasil ainda não foi absolutamente compreendida a parte substantiva do devido processo legal, havendo um redobrado apego às formalidades processuais e procedimentais (devido processo legal formal), em detrimento de uma análise amidiada do conteúdo (substantivo processo legal), devendo-se evoluir para imprimir maior efetividade ao *substantive due process of law*.

³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1.128.

³⁷ “Foi fundado em todas essas premissas que o STF, analisando várias ADIns (dentre elas ADIn 3.112), ajuizadas contra o Estatuto do Desarmamento (Lei n. 10.826/2003), reconheceu três inconstitucionalidades (anomalias); (a) do parágrafo único do artigo 14, que proibia a concessão de fiança no caso de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido; (b) do parágrafo único do artigo 15, que fazia idêntica proibição em relação ao disparo de arma de fogo e (c) do artigo 21, que proibia liberdade provisória nos crimes de ‘posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito’, ‘comércio ilegal de arma de fogo’ e ‘tráfico internacional de arma de fogo’. As duas primeiras acham-se fundamentadas no princípio da razoabilidade (não é razoável a proibição de fiança em crime de perigo com pena mínima não superior a dois anos); a terceira nos princípios da presunção de inocência, devido processo criminal, princípio da liberdade (a Constituição brasileira não autoriza a prisão *ex lege*, automática ou sem motivação) assim como no da obrigatoriedade de fundamentação de todas as prisões (CF, art. 5º, LXI), que se coliga com os princípios da ampla defesa e do contraditório.” (GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira, *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica*, cit., p. 71).

1.2.4 Devido processo penal e processo penal justo

Ainda na análise desse importante princípio, merece ficar consignado que hodiernamente já se fala no devido processo penal, que “abrange as mesmas garantias de outros processos, vistas em face do processo penal”.³⁸

Logo, tem-se a obrigatoriedade da estrita observância de diversas garantias constitucionais, no escopo de se atingir o devido processo penal.

Com efeito, antes de sofrer a intervenção estatal, todo cidadão faz por merecer a estrita observância de um processo prévio, equânime e fundado em postulados éticos, sendo assegurado, ao menos:

- a) a atuação de órgão jurisdicional composto por juiz natural e imparcial, vedado o julgamento por juízes escolhidos *ex post factum* ou *ad hoc*;
- b) o tratamento isonômico das partes (*par conditio* ou paridade de armas), sendo observadas as regras inerentes ao ônus da produção da prova, assegurando-se a ampla possibilidade de produção de provas, não sendo aceitas as provas ilícitas ou delas derivadas;
- c) a colheita de provas deve ser realizada com a observância do contraditório (*audiatur altera pars*), assegurando-se ao acusado ainda o direito de não se autoincriminar e não produzir provas contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*), além do rigoroso respeito à ampla defesa, com os meios e recursos técnicos a ela inerentes, garantindo-se a assistência de um defensor, público ou dativo, ao acusado economicamente necessitado;
- d) a motivação e fundamentação das decisões judiciais, prevendo-se a possibilidade de interposição de recursos dos atos decisórios desfavoráveis ao acusado, preservando-se o duplo grau de jurisdição, viabilizando-se ainda, pelo menos mais uma vez, a possibilidade de reexame da matéria fático-jurídica, vedando-se, por fim, a *reformatio in pejus*;

³⁸ FERNANDES, Antonio Scarance, *Processo penal constitucional*, cit., p. 45.

- e) a observância da correlação entre a acusação e a sentença de mérito, vigorando o *favor libertatis* ou *favor rei*, com os seus desdobramentos lógicos, em especial o *in dubio pro reo*;
- f) a realização de julgamento público, com a observância do rito processual previamente estabelecido, em prazo razoável;
- g) o respeito à presunção de inocência do acusado, sustentando-se a não culpabilidade durante o curso da demanda penal, somente afastando-se essa garantia com o advento de decisão condenatória com trânsito em julgado;
- h) quando da execução penal, deve-se ter especial cuidado com o princípio da legalidade, cumprindo-se a reprimenda penal nos exatos termos do quanto estabelecido na decisão judicial, respeitando-se a individualização da pena, o regime prisional adequado, assegurando-se os benefícios previstos na Lei de Execução Penal (progressão de regimes, remição, saída temporária, livramento condicional, comutação ou indulto, etc.), vedando-se o excesso ou desvio da execução.

Somente após rigorosamente respeitadas todas as garantias acima mencionadas (a maioria etiquetada como princípio constitucional, inclusive), é que se poderá falar em devido processo penal formal e substancial, além de devido processo penal justo.

Sobre o processo penal justo, diz a doutrina:

Basicamente, a noção mais elementar de *fair trial*, de processo (ou, mais adequadamente, julgamento) justo, aplicado à atuação do juiz criminal, implica na ideia de que uma condenação somente pode sobrevir após ter sido dada ao acusado a oportunidade de ser ouvido e de apresentar sua versão dos fatos. Mais: que na instrução do feito sejam observados certos cuidados que dizem com a dignidade do ser humano. É esse o seu fundamento ético.³⁹

Longe está o Poder Judiciário pátrio de, na maioria dos feitos, respeitar todas as garantias acima transcritas, de assegurar um devido processo penal justo a todos os acusados, independentemente da sua condição econômica.

Essa situação não difere no âmbito da Justiça Eleitoral que, embora possua suas particularidades e peculiaridades processuais (dentre os réus de parte significativa dos crimes eleitorais vão se encontrar mandatários ou postulantes a mandatos populares), normativas e

³⁹ SUANNES, Adauto, *Os fundamentos éticos do devido processo penal*, cit., p. 133.

procedimentais, que serão exploradas ao longo deste trabalho, ao fim e ao cabo não se distancia muito, quanto aos resultados, dos demais órgãos do Poder Judiciário, sendo imperioso desenvolver, também nesse ramo especializado do direito e da justiça, a cultura de respeito ao devido processo legal.

1.2.5 Duração razoável do processo penal eleitoral e devido processo legal

Também como desdobramento do devido processo legal, tem-se o fato de que o julgamento deve ocorrer dentro de um prazo razoável, evitando-se o prolongamento desnecessário da instrução processual e a tardança injustificada na prestação jurisdicional.

Logo, a celeridade processual anda de mãos dadas com o devido processo legal.

Com relação à necessidade de que exista um julgamento dentro de um prazo razoável, inicialmente essa garantia passou a ser discutida e paulatinamente foi posta em prática por existir no bojo da Convenção Americana de Direitos Humanos (arts. 7º, 5º e 8º, 1), vigente no país com a aprovação do Decreto n. 678, de 06.11.1992.

Nesse diapasão, e evoluindo para atingir o objetivo do moderno processo penal, houve o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004 que inseriu o inciso LXXVIII no rol das garantias fundamentais, que estabelece: “a todos no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

Indiscutivelmente, a celeridade processual implica buscar a efetividade do processo, homenageando o devido processo legal e os demais princípios constitucionais. Vale a pena lembrar pensamento de Rui Barbosa, contido na *Oração aos moços*, de que “justiça tardia é injustiça qualificada”.

Além disso, deve-se consignar que o legislador constituinte derivado, ao inserir norma constitucional versando sobre a duração razoável do processo, não chegou a definir um prazo

específico ou máximo para a duração do processo judicial, mas limitou-se a estabelecer como direito fundamental do réu vir a ser julgado em um prazo razoável, sem, contudo, dizer o que configura prazo razoável e quais as peculiaridades de cada caso concreto, à luz do conceito de prazo razoável.

Optou-se pela “doutrina do não prazo, fazendo com que exista uma indefinição de critérios e conceitos”.⁴⁰

Em verdade, a jurisprudência pátria, diante da vagueza do que venha a ser a perseguida “duração razoável do processo”, estabelece três condições ou critérios aptos a auxiliarem na aferição desse princípio, quais sejam: a) a complexidade do caso submetido à apreciação judicial, seus contornos e a existência ou não de questões de elevada indagação; b) o comportamento das partes, notadamente se o atraso no andamento da liça criminal se opera por parte da defesa; c) e, por fim, o comportamento da autoridade judicial presidente do feito.

Somente com o somatório de referidos itens tem-se a aferição do respeito ou não no caso concreto à duração razoável do processo. Pode-se estar diante de um processo que perdura por um ano e a duração é razoável, em razão de grande número de réus, elevado número de testemunhas para serem oitivadas por cartas precatórias ou rogatórias, da complexidade da perícia técnica, enfim, diversos fatores podem contribuir para, não obstante ultrapassado o tempo eventualmente previsto em lei para a realização de etapas procedimentais, ainda não se verificar a violação da duração razoável do processo (insista-se: desde que em liberdade o acusado).

Situação diversa, entretanto, se avista quando o feito não apresenta pluralidade de réus, inexistente complexidade jurídico-probatória na discussão do *meritum causae*, além de não haver participação da defesa em eventual retardo. Nesse caso, soaria absurdo demorar mais de um ano para se apresentar a prestação jurisdicional definitiva.

Portanto, varia de caso concreto para cada caso concreto o entendimento fulcrado na razoabilidade, a respeito da celeridade processual e da necessária duração razoável do processo, insista-se, situação umbilicalmente ligada ao devido processo legal.

⁴⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 50.

Diz com alqueires de acerto a doutrina que a preocupação com a duração razoável do processo deve ter elevado senso de equilíbrio, posto que “ao mesmo tempo em que se deve evitar a dilação indevida, não se pode atropelar direitos e garantias fundamentais”.⁴¹

Trilhando essa senda (da necessária observação do curso do processo dentro de um prazo razoável), insere-se argumentação atinente à Justiça Eleitoral.

De logo, cabe enfatizar que a celeridade é inerente aos feitos da Justiça Eleitoral, em especial as ações civis eleitorais que versam sobre registro de candidatura: ação de impugnação de registro de candidatura (arts. 3º e ss. da LC n. 64/90); eventual prática de ilícitos eleitorais durante o curso do processo eleitoral apurada por intermédio de ação de investigação judicial eleitoral (art. 41-A da Lei n. 9.504/97); ou ainda as representações eleitorais e as imputação de inelegibilidade, dentre outras hipóteses.

Existe no seio da Justiça Eleitoral situação que não se verifica em outros ramos do direito, no que pertine à contagem dos prazos processuais, considerando a possibilidade de início e término do prazo processual, para ajuizar demandas, apresentar defesa ou recurso, em dia não útil, ou seja, contando-se os sábados, domingos e feriados.

Melhor explicando: de acordo com o disposto no artigo 16 da Lei Complementar n. 64/90, tem-se no âmbito do direito eleitoral a figura dos prazos peremptórios e contínuos, sem a possibilidade de suspensão ou dilação.

Além disso, parte considerável das demandas eleitorais possui prazos estabelecidos em horas, como, por exemplo, o rito da representação eleitoral, contido no artigo 96, parágrafos 5º, 7º e 9º da Lei n. 9.504/97, contando-se o prazo minuto a minuto, nos termos do artigo 132, parágrafo 4º, do Código Civil.

Sobre a regra dos prazos peremptórios e contínuos e sua finalidade, explica estudioso do direito eleitoral:

⁴¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito ao processo penal no prazo razoável*, cit., p. 33.

A razão de ser das características desses prazos, dadas pela lei, é a necessidade que tem o Estado de manter célere o processo eleitoral. Este diz com os mandatos eletivos que, por sua vez, não podem ter seu período de duração alterado, nem para mais, nem para menos. As controvérsias eleitorais têm suas soluções subordinadas, inclusive (afora os mandamentos legais rígidos, como este) pelo calendário eleitoral, ordenamento baixado pelo Tribunal Superior Eleitoral, por resolução, para cada eleição, prevendo datas iniciais e finais para a realização dos diversos institutos da processualística eleitoral.⁴²

Os prazos contínuos e peremptórios se iniciam no último dia para o registro de candidatura e se encerram com a proclamação do resultado do pleito eleitoral, correndo em cartório, dispensando a publicação formal, e não se suspendem aos sábados, domingos e feriados, sendo estabelecidos em resolução do Tribunal Superior Eleitoral.⁴³

Registre-se que no processo penal eleitoral não são aplicadas as regras dos prazos contínuos e peremptórios acima mencionados, devendo incidir o artigo 798, parágrafo 1º, do Código de Processo Penal, combinado com o artigo 364 do Código Eleitoral.

E qual seria o prazo para conclusão de um processo penal eleitoral? Inexiste previsão expressa no Código Eleitoral e no próprio Código de Processo Penal, sendo que a recente reforma do Código de Processo Penal estabeleceu no artigo 400 que a audiência de instrução deverá ser realizada em sessenta dias da data de recebimento da denúncia, lapso temporal que pode e deve ser aplicado no processo penal eleitoral, configurando o mesmo, todavia, prazo impróprio, ou seja, se não for respeitado, não se vislumbra qualquer sanção a ser cominada ao responsável pelo retardo.

Deve-se, contudo, ter em mira a imperiosa necessidade de incidência do princípio da duração razoável do processo, esculpido no texto constitucional, repise-se, como sendo, desdobramento do *due process of law*, no âmbito do processo eleitoral com curso perante a Justiça Eleitoral, em que se apure a prática de crime eleitoral ou crime comum conexo com crime eleitoral.

⁴² CÂNDIDO, Joel José. *Inelegibilidades no direito brasileiro*. 2. ed. rev., atual. ampl. Bauru: Edipro, 2003. p. 297.

⁴³ Para as eleições municipais de 2008, v.g., o Tribunal Superior Eleitoral editou a Resolução n. 22.579/2007 e suas respectivas alterações, sendo que os cartórios eleitorais permaneceram abertos aos sábados, domingos e feriados, de 05.07.2008 até 13.11.2008, aplicando-se as regras do prazo peremptório e contínuo dentro de referidos interstícios.

1.3 Princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF)

Inerentes e corolários do devido processo legal são os princípios do contraditório e da ampla defesa, agasalhados no artigo 5º, LV, da Constituição da República.

Não existe processo criminal juridicamente válido se o curso da demanda e a decisão judicial deixarem de observar rigorosamente a incidência desses princípios constitucionais, pedras angulares do moderno processo e da regularidade da decisão judicial.

Diante de elevada relevância para o presente estudo, promover-se-á a análise separada desses princípios com assento constitucional.

1.3.1 Princípio do contraditório: conceito e amplitude

Além de previsão constitucional (art. 5º, LV, da CF), o princípio do contraditório também está alojado no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 e na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) de 1969, cartas de direitos fundamentais que se encontram vigentes no Brasil desde 1992.

Trata-se de diplomas de grande envergadura e relevância para o processo penal brasileiro, manancial de garantias processuais indissociáveis do moderno processo criminal, irmãos siameses do Estado Democrático de Direito, afirmam, respectivamente, que “toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: ser informada, sem demora, em uma língua que compreenda e de forma minuciosa, da natureza e dos motivos da acusação contra ela formulada” (art. 14, 3, “a”, do Pacto Internacional de Direitos Políticos e Civis) e “toda pessoa acusada de um delito tem direito às seguintes garantias mínimas: (...) b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada” (art. 8, 2, b, Convenção Americana de Direitos Humanos).

Diante dessa dimensão conceitual, a garantia do contraditório (*audiatur et altera pars*) estava de início diretamente vinculada a dois elementos essenciais: a ciência prévia da imputação e a possibilidade de reação à imputação deduzida em juízo pela parte autora.

Colhe-se da doutrina a seguinte assertiva:

No processo penal é necessário que a informação e a possibilidade de reação permitam um contraditório pleno e efetivo. Pleno porque se exige a observância do contraditório durante todo o desenrolar da causa, até seu encerramento. Efetivo, porque não é suficiente que se dê às partes a possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da parte contrária, sendo imprescindível que lhes sejam proporcionados os meios para que tenha condições reais de contrariá-los. Liga-se, aqui, o contraditório ao princípio da paridade de armas, sendo mister, para um contraditório efetivo, que as duas partes estejam munidas de forças similares.⁴⁴

Ainda dentro do conceito do princípio do contraditório, houve uma evolução doutrinária, no escopo de considerar que o contraditório avançou do binômio (informação = ciência da imputação + reação = possibilidade de contrariar a imputação), para chegar ao trinômio (informação + reação + participação).

Este novo integrante do conceito de contraditório (participação = diálogo), consiste na “garantia da efetiva participação do autor e do réu no processo”⁴⁵, sendo assegurado às partes a ampla possibilidade de “participar pedindo, participar alegando e participar provando”.⁴⁶

Além da correta ciência da imputação (inclusive com a delimitação fática, mormente nas hipóteses de coautoria, na qual a conduta de cada corréu deve ser minuciosamente descrita – art. 41 do CPP), deve-se estabelecer prazo razoável para que o acusado possa articular a sua autodefesa e defesa técnica, prerrogativa que se encontra no artigo 8º, item 2, do Pacto de São José da Costa Rica.

Nesse aspecto, tem-se relevante questão, referente à acusação genérica ou deduzida em juízo, sem adequada delimitação da real participação de cada um dos denunciados no evento delitífero imputado. Ou seja: nas hipóteses de coautoria ou participação, impende que o órgão de acusação venha a se desincumbir do ônus de demonstrar e delimitar a participação de cada um dos denunciados no evento delituoso, não sendo possível o oferecimento de denúncia genérica.

⁴⁴ FERNANDES, Antonio Scarance, *Processo penal constitucional*, cit., p. 52-53.

⁴⁵ LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Princípio do contraditório. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; LOPES, Maria Elizabeth de Castro (Orgs.). *Princípios processuais civis na Constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 105.

⁴⁶ *Ibidem*, mesma página.

A denúncia genérica ofende aos preceitos contidos nos dois tratados acima mencionados (art. 14, 3 e 8º, 2, “b”, respectivamente), posto que impossível ser adequadamente cientificado da acusação, inclusive de forma minuciosa, se o órgão responsável pela deflagração da ação penal o fez em denúncia genérica.

Ao se debruçar sobre referido temário, diz a doutrina:

Autorizar uma acusação genérica significa, em última análise, facultar a tramitação de um “*projeto*” de responsabilidade penal objetiva. Um ou alguns dos acusados dela está fazendo parte não pelo que fez, mas pelo que é. Dela faz parte não porque tenha efetivamente contribuído para o delito, de forma dolosa ou culposa, senão porque é sócio, administrador, proprietário, gerente etc.⁴⁷

Portanto, afirma-se de maneira categórica que a denúncia genérica ofende e espezinha o princípio constitucional do contraditório.

Extrai-se ainda, do princípio do contraditório, o direito à plena produção de provas, somente encontrando vedação nas provas definidas como ilícitas (art. 5º, LVI, da *Lex Mater*), sendo que o indeferimento dessa produção de prova deve ser fundamentado e motivado, sob pena de nulidade processual, assegurando-se às partes o acompanhamento da produção de provas (bilateralidade da audiência).

Ainda no que tange à produção de provas, deve-se enfatizar que mesmo a prova determinada *ex officio* pelo juiz merece ser submetida à apreciação das partes, que também têm o direito de participar de sua produção, gizando-se que o órgão jurisdicional não pode proferir decisão afastada dos fatos que foram objeto da prova.

Desdobramento do contraditório, tem-se também a imprescindibilidade de intimação da parte *ex adversa* dos documentos juntados, permitindo-se a ampla manifestação sobre eles.

Por fim, uma última observação quanto ao princípio do contraditório e à prova produzida de maneira inquisitória.

⁴⁷ GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira, *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica*, cit., p. 97.

Embora o inquérito policial de natureza preliminar não esteja adstrito ao princípio do contraditório, entende-se como imprescindível que se possibilite o conhecimento da investigação e que o indiciado participe dos atos persecutórios, acompanhado de seu advogado, podendo, desde logo, ofertar requerimentos, inclusive perante o Poder Judiciário, no escopo de resguardar a prova (para as hipóteses de contraditório postergado ou diferido), bem como de obter, no momento adequado, a completa ciência da prova produzida, além da possibilidade de exercício de um controle de legalidade no procedimento investigatório.

Nesse sentido leciona a doutrina:

Há, sem dúvida, necessidade de se admitir a atuação da defesa na investigação, ainda que não se exija o contraditório, ou seja, ainda que não se imponha a necessidade de prévia intimação dos atos a serem realizados. Não se trata de defesa ampla, mas limitada ao resguardo dos interesses mais relevantes do suspeito, como o requerimento de diligências, o pedido de liberdade provisória, de relaxamento de flagrante, a impetração de *habeas corpus*.⁴⁸

Ademais, não obstante o caráter inquisitorial do inquérito policial, justamente em homenagem aos princípios constitucionais, não mais se admite a *persecutio criminis* realizada de maneira absolutamente sigilosa, completamente à socapa, à sorrelfa, somente apresentando as provas produzidas quando da instrução criminal, vedando-se ou dificultando-se o seu acesso, até mesmo aos advogados constituídos e representantes dos cidadãos indiciados.

Digno de encômios o recente entendimento amplamente discutido e adotado pelo Supremo Tribunal Federal, ao lavrar a Súmula Vinculante n. 14, que afirma:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de Polícia Judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

O direito ao conhecimento das provas produzidas e de ampla ciência da imputação – consecutórios e desdobramentos do contraditório – passam a figurar e existir de maneira indiscutível durante o curso de qualquer investigação encetada pela Polícia Judiciária para o indiciado regularmente representado por advogado constituído, desde que a prova já tenha sido realizada e se encontre entronizada documentalmente nos autos.

⁴⁸ FERNANDES, Antonio Scarance, *Processo penal constitucional*, cit., p. 59.

Merece registro que quando o acusado é pobre e operou-se a prisão em flagrante, por força da Lei n. 11.449, de 15.01.2007, que alterou o artigo 306 do Código de Processo Penal, deve-se comunicar a prisão em flagrante ao juiz competente e à família do preso, e que, caso o detento não possua advogado, dever-se-á remeter cópia do auto de prisão em flagrante para a Defensoria Pública no prazo de até 24 horas, possibilitando ao preso o exercício de seus direitos básicos e comezinhos.

Confirmando a relevância do contraditório e assegurando o respeito a esse direito básico, a recente Lei n. 11.690/2008, que altera dispositivos no Código de Processo Penal voltados para a análise da prova, modificou a redação do artigo 155 do Caderno Processual, para ratificar o que já constituía entendimento jurisprudencial, no sentido de vir a ser impossível prolatar decisão condenatória exclusivamente com base na prova produzida inquisitorialmente.

Contemplou também posicionamento predominante na doutrina pátria que afirmava que “se a decisão judicial fosse proferida com base única em fatores extraídos do inquérito policial, por exemplo, seria, no mínimo, inconstitucional, por não respeitar as garantias do contraditório e da ampla defesa”.⁴⁹

Referidos avanços normativos representam, em verdade, a confirmação da importância do contraditório e a necessidade de espriar e ampliar seus desdobramentos pela legislação infraconstitucional, buscando atingir um processo penal que respeite as garantias fundamentais.

1.3.1.1 Distinção entre contraditório real e contraditório formal

Consoante afirmando no item anterior, como desdobramento do contraditório (depois de conhecer de forma minuciosa a imputação, bem como sendo assegurado o direito à reação e contrariedade da prova produzida, inclusive com a possibilidade de ampla produção de provas), tem-se a participação efetiva do acusado no curso do processo e a busca da verdade real, realçando os contornos inerentes ao ônus da prova.

⁴⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 8. ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 341.

Diante dessas constatações, não soçobra o menor laivo de dúvidas de que o princípio do contraditório se apresenta como essencial e imprescindível para o devido processo legal, ou ainda, para o devido processo penal ou devido processo penal justo.

Entretantes, para que se demonstre a sua efetividade, impõe-se registrar que somente o contraditório real (no qual reste assegurada e exercida a ampla possibilidade do acusado influir na formação, produção e busca da prova) se apresenta como válido, não servindo para legitimar a sanção imposta em um processo criminal (que tem como uma das suas consequências a limitação do direito de liberdade, inclusive) um contraditório meramente formal (no qual a acusação foi oferecida de forma genérica, sem qualquer questionamento, a prova foi produzida sem participação efetiva do acusado por intermédio de seu defensor, não houve uma reação com eficiência à imputação, enfim, seguiram-se as formalidades processuais, porém não se exercitou o contraditório real).

A esse respeito, a doutrina afirma que reivindica o moderno processo criminal “o contraditório efetivo, real, a fim de que perquirida, com absoluto rigor, a verdade material, ou atingível, reste devidamente assegurada a liberdade jurídica do acusado”.⁵⁰

Pode-se concluir que somente o contraditório material está apto a validar o processo criminal, sendo possível a existência de nulidade processual em razão de não se ter exercido no curso da instrução processual o contraditório material, contentando-se os atores do processo (juiz, órgão de acusação e defesa) com o contraditório formal.

1.3.1.2 Princípio do contraditório e a utilização de prova emprestada

Dentre os temas que estão ao redor do conceito do contraditório, e interessam em razão de suas particularidades ao direito penal eleitoral e ao processo penal eleitoral, destaca-se a relevante discussão a respeito da possibilidade ou não da utilização de prova emprestada em feitos criminais que apurem ilícitos eleitorais, tendo a mesma sido produzida em processos administrativos ou cíveis eleitorais.

⁵⁰ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 48.

Como se sabe, de um único fato podem derivar diversas consequências; no direito eleitoral, apresenta-se como algo comum a mesma infração configurar ao mesmo tempo ilícito penal e cível eleitoral.

Como exemplo pode-se citar a conduta do candidato que durante o período de campanha eleitoral diretamente oferece dinheiro ou qualquer outra dádiva (materiais de construção, cestas básicas, bolsas de estudo, material escolar, remédios, etc.) aos seus eleitores. Essa prática configura concomitantemente violação ao artigo 299 do Código Eleitoral (crime de corrupção eleitoral, na modalidade corrupção ativa, com pena de reclusão de até quatro anos) e também a infração ao artigo 41-A da Lei n. 9.504/97 (inserido pela Lei n. 9.840/99), sendo denominada de captação ilícita de sufrágio.

Para apurar a conduta estampada no artigo 41-A da Lei n. 9.504/97, deverá ser deflagrada uma representação eleitoral, colhendo-se a prova nos moldes e no rito das ações eleitorais (aplicando-se o disposto no art. 22 da LC n. 64/90).

Ao comentar a captação ilícita de sufrágio e a sua estreita ligação com o artigo 299 do Código Eleitoral, afirma a doutrina:

Mencionado dispositivo não revogou o artigo 299 do CE/1965, nem implicou abolição do crime e corrupção eleitoral nele tipificado (acórdão do TSE n. 81/2005), mas apenas modificou o modo de verificação da responsabilidade extrapenal do infrator (processo pelo rito do art. 22 da LC n. 64/1990, com os limites materiais em sua responsabilidade determinados pelo art. 41-A). A sua edição objetivava a punição mais célere do candidato que captasse voto doando, oferecendo, prometendo ou entregando ao eleitor bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza. Contudo, como a reprimenda é somente a multa e a cassação do registro, não há respeito à referida norma pelos candidatos que acabam participando dos pleitos seguintes, por não restar verificada sua inelegibilidade.⁵¹

Pois bem, demonstrado que uma mesma conduta pode gerar dois desdobramentos (processo cível-eleitoral e processo criminal-eleitoral), faz-se a indagação que interessa: a prova produzida no processo cível eleitoral pode ser utilizada no feito criminal eleitoral como prova emprestada?

⁵¹ PORTO, Roberto. *Lei eleitoral anotada*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 78-79.

Para que a prova emprestada seja considerada válida, deve observar as seguintes características: “1) produção da prova de natureza jurisdicional; 2) que tenha sido produzida para gerar efeitos no processo originário; 3) que seu transporte para outro processo seja feito sob a forma de prova documentada; 4) que venha a conservar o seu valor original.”⁵²

Com amparo na economia processual, no princípio da comunhão da prova e na busca da verdade real, nada impende, ao contrário, até se estimula, que se promova a utilização da prova emprestada, desde que preenchidos os requisitos acima mencionados, destacando-se que somente haverá validade se as partes envolvidas forem as mesmas e se a prova trasladada tiver sido produzida sob o crivo do contraditório.

Nesse sentido, afirma-se que prova produzida em procedimento administrativo eleitoral realizado inquisitorialmente pelo Ministério Público Eleitoral como ato preparatório para o ajuizamento das ações eleitorais – representação, ação de investigação judicial eleitoral (AIJE), ação de impugnação de mandato eletivo (AIME) ou recurso contra diplomação (RECD) – não serve para ser trasladada e produzida no feito criminal eleitoral como prova emprestada, uma vez que não fora produzida por órgão investido de jurisdição, bem como não foram produzidas sob o crivo do princípio constitucional do contraditório, agasalhado no artigo 5º, LV, da Constituição Federal.

Logo, desde que respeitadas as garantias constitucionais do acusado, mormente a do contraditório, não há razão para vedar a utilização de prova emprestada, produzida em processo cível eleitoral, no processo criminal eleitoral; entretantes, caso exista dúvida sobre a veracidade da prova ou dúvida sobre os fatos provados e os fatos probandos, ou ainda caso se perceba que no processo cível o contraditório exercido foi apenas formal, e não o contraditório real que se exige no feito criminal, impõe-se a sua repetição no feito que apura crime eleitoral, evitando-se nulidade processual, que poderá macular o resultado obtido no processo criminal eleitoral.

⁵² FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê; MIRANDA, Gustavo Senna. *Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 156.

1.3.2 Princípio constitucional da ampla defesa

Somente se aceita como juridicamente válido o processo em que foi assegurado ao réu o direito a ampla defesa, com a observância de todos os meios e recursos a ela inerentes, consoante expressa imposição contida no artigo 5º, LV, da Constituição da República.

Nem sempre foi assim. A história do processo confunde-se com a evolução do próprio direito de defesa. Passou-se da fase da denegação de defesa, a fase de existência da autodefesa, a etapa da defesa meramente formal, até chegar aos dias atuais, em que a ampla defesa assegura ao acusado o direito de participar de todos os atos do processo, devidamente assistido por defesa técnica e efetiva, de conjuntamente colher a prova, de contrariar as teses da acusação, de defender-se provando, de requerer a produção de prova e de se insurgir contra eventual decisão judicial desfavorável. Essa a atual dimensão da ampla defesa.

No escopo de ilustrar, ainda que *en passant*, esses estágios evolutivos, oportuno transcrever memorável passagem de um fato real, imortalizado na literatura jurídica, acontecido há pouco menos de meio século atrás, em um tribunal norte-americano:

O Juiz: Que diz o acusado? Está pronto para ser julgado?

O Réu: Eu não estou pronto, Excelência.

J: O senhor quer dizer que não tem culpa em razão da insanidade mental?

R: Não, senhor.

J: Então, porque o senhor diz que não está pronto?

R: Porque eu não tenho advogado.

J: Por que o senhor não tem advogado? Acaso o senhor não sabia que seu caso estava marcado para ser julgado hoje?

R: Sim, senhor, eu sabia.

J: Então, porque o senhor não contratou um advogado e não se preparou para ir a julgamento?

R: Excelência, eu peço a esta Corte que nomeie um advogado para defender-me.

J: Sr. Gideon, sinto muito, mas eu não posso nomear um advogado para defendê-lo neste caso. Perante as leis do Estado da Flórida, a única ocasião em que a Corte deve nomear advogado ao réu é quando esta pessoa está sendo acusada de prática de crime sujeito à pena capital. Sinto muito, mas terei de rejeitar o seu pedido de nomeação de um advogado para este caso.

R: A Suprema Corte dos Estados Unidos diz que eu tenho direito a ser defendido por um advogado.

J: (voltando-se para o escrevente): Deixe claro que o acusado pediu à Corte que lhe nomeasse um advogado. Seu pedido foi denegado e o réu afirmou

que a Suprema Corte dos Estados Unidos diz que ele tem direito a ter um advogado.

J: (dirigindo-se ao acusado): O senhor está preparado para ir a julgamento agora?⁵³

O caso acima narrado chegou a ser apreciado pela Suprema Corte americana que, em decisão unânime, foi obrigada a afirmar o que hoje parece óbvio: nenhum réu, independentemente do crime que venha a ser acusado e de sua condição financeira, pode vir a ser julgado sem o acompanhamento de defesa técnica, sendo o direito de defesa um desdobramento do devido processo legal, assegurado por emenda constitucional.⁵⁴

Pois bem, passou-se desse estágio, no qual se discutiu a necessidade de acompanhamento por advogado, a depender do crime e da condição econômica do réu, para o que se tem nos dias que correm, quando o direito de defesa deve ser visto como “verdadeiro ponto de honra de todas as legislações processuais”⁵⁵, destacando-se como garantia posta à disposição do acusado, assegurando-se condições no intuito de que o réu traga aos autos do processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade.

1.3.2.1 Conceito e alcance subjetivo da ampla defesa

O direito de defesa deve ser entendido como garantia indissociável da dignidade da pessoa humana, figurando como direito individual irrenunciável e inalienável de todo acusado.

Insista-se que somente se considera válido o processo criminal em que reste cabalmente demonstrado que ao acusado foi assegurado o exercício da ampla defesa, com os meios técnicos (acompanhamento realizado por defensor – constituído, *ad hoc* (dativo) ou público).

A assistência deve ocorrer desde o início da ação penal, com a possibilidade de entrevista reservada do réu com seu defensor, antes mesmo de ser iniciada a colheita da prova,

⁵³ SUANNES, Adauto, *Os fundamentos éticos do devido processo penal*, cit., p. 194.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 197.

⁵⁵ PEDROSO, Fernando de Almeida. *O direito de defesa: repercussão, amplitude e limites*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 33.

tempo necessário para elaborar a defesa técnica, deduzindo os argumentos que se contrapõem à acusação, deve ser disponibilizado o acompanhamento da produção da prova e de requerer a contraprova, etc., além dos recursos inerentes ao direito de defesa (exercício do duplo grau de jurisdição, além de se facultar a interposição das ações autônomas inerentes ao direito de defesa, como *v.g.*, o *habeas corpus* e a revisão criminal).

Portanto, a defesa deve ser considerada como direito do réu e como garantia do processo justo, “daí porque a eventual confissão do acusado e seu manifesto desejo de submeter-se a uma sanção criminal não excluem o interesse da coletividade em que se busque, por meio da defesa técnica, a verdade real e a eventual absolvição do imputado, se demonstrada sua inocência”.⁵⁶

Conclui-se que o direito de defesa está intrinsecamente interligado ao conceito de *due process of law*, não se concebendo Estado Democrático de Direito e processo criminal justo sem que se viabilize o exercício da ampla defesa, com os desdobramentos que lhe são inerentes.

O arremedo de defesa ou a defesa meramente *pro forma* (em que o advogado, geralmente dativo ou *ad hoc*, nada ou muito pouco alega em favor do réu; durante a colheita da prova a postura do causídico é meramente contemplativa, nada requerendo ou indagando às testemunhas; diante de decisão desfavorável, não é interposto recurso, etc.), enfim, em estando presente referida postura, pode-se afirmar que não se zelou pelo exercício da ampla defesa no seu aspecto subjetivamente concebido e, conforme será amiudado em próximo tópico, tem-se um processo que menospreza o Estado Democrático de Direito e atenta contra a cidadania e a dignidade da pessoa humana, razão pela qual não pode esse feito criminal vir a ser considerado juridicamente válido.

O fato de dispor o Estado do direito (poder-dever) de punir não implica admitir que deverá ocorrer de qualquer forma, sem critério, apenas e tão somente cumprindo-se meras formalidades processuais.

⁵⁶ CRUZ, Rogério Schiatti Machado. *Garantias processuais nos recursos criminais*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 131-132.

Não é renão. Tem-se hoje no epicentro dos direitos processuais do indivíduo a obrigatoriedade do respeito à ampla defesa.

1.3.2.1.1 Componentes da ampla defesa

Dentro da amplitude do direito de defesa, pode-se inserir ou destacar diversos componentes ou situações que merecem ser elencadas e estritamente observadas, sob pena de, em não se respeitando os desdobramentos intrínsecos à ampla defesa, não se visualizar um processo juridicamente válido.

Trilhando essa senda, pode-se afirmar que estão diretamente ligados à ampla defesa, sendo seus componentes:

- a) direito a não ser submetido a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III);
- b) direito a que seja respeitada a integridade física e moral do investigado, indiciado, acusado, réu ou condenado (art. 5º, XLIX);
- c) direito à identificação do responsável pela prisão ou pelo interrogatório policial (art. 5º, LXIV);
- d) direito à não identificação criminal, quando identificado civilmente e quando não presentes as hipóteses da Lei n. 12.037/2009 (art. 5º, LVIII);
- e) direito à assistência da família e de seu advogado (art. 5º, LXIII);
- f) direito ao silêncio, à não autoincriminação e a deixar de produzir qualquer prova que desfavoreça a defesa (art. 5º, LXIII);
- g) direito do acusado ou réu a que sua prisão seja imediatamente comunicada ao juiz competente, à sua família ou a pessoa por ele indicada (art. 5º, LXII);
- h) direito a não ser considerado culpado antes de sentença condenatória transitada em julgado (art. 5º, LVII);
- i) direito a que a busca em seu domicílio, tirante as hipóteses de flagrante delito, prestação de socorro a vítima e desastre, seja precedida de mandado judicial;
- j) direito à livre escolha de seu defensor, podendo recusar o que foi designado pelo Estado, possuindo ampla liberdade para constituir nova representação técnica, sempre que entender conveniente;

l) direito à interposição de recursos, ainda que outro tenha sido o entendimento de seu defensor, devendo prevalecer a vontade de submissão da causa ao duplo grau de jurisdição.

Como se vê pelo extenso elenco de garantias ou direitos que estão umbilicalmente ligados ao direito de defesa, trata-se de princípio que constitui verdadeiro pilar do devido processo legal, cuja inobservância atenta não só contra a regularidade do processo, mas, também, contra a própria validade do Estado.

Seria o caso de indagar: a quem interessa um processo criminal em que o direito de defesa não venha a ser adequadamente exercitado?

Certamente não interessa a todos aqueles que lutam pela efetiva implantação de um Estado Democrático de Direito e de um processo criminal regido sob a égide de regras garantistas, respeitando-se o querer do contido no texto da Constituição Federal da República.

1.3.2.1.2 Atual panorama do direito de defesa no Brasil

O direito de defesa no Brasil felizmente está em constante evolução. Decorreram vinte anos da vigência da Constituição Federal para que fosse descoberta a inafastabilidade do direito de defesa e sua relevância para a regularidade do processo criminal e para o *due process of law*.

Deve-se lembrar que até 2003, o acusado poderia ser ouvido pelo juiz sem o acompanhamento de defensor (constituído ou nomeado), ressalvado o honroso entendimento de juristas em contrário, que sustentavam que essa situação feria de morte a Constituição Federal e tratados internacionais de que o Brasil é signatário, como o Pacto de São José da Costa Rica.

Somente com o advento da Lei n. 10.792/2003, que alterou o artigo 185 e seguintes do Código de Processo Penal, a presença do advogado passou a ser obrigatória, sendo assegurado

ao acusado o direito de uma conversa pessoal e reservada com seu defensor (art. 185, § 5º com a redação da Lei n. 11.900/2009, que inseriu o interrogatório por videoconferência).

Até bem pouco tempo atrás (antes do advento da Lei n. 11.719/2008, que alterou o rito processual e estabeleceu a defesa escrita fundamentada antes do início da instrução), o primeiro momento de resistência à acusação por parte do réu somente ocorria quando da defesa prévia, e os tribunais pátrios consideravam que a ausência de referida manifestação defensiva não implicava em nulidade processual, desde que comprovada a intimação do réu para ofertá-la no tríduo legal (art. 395, antes da reforma do CPP – Lei n. 11.719/2008).

Até bem pouco tempo atrás, apresentava-se como possível que o processo tramitasse sem que o réu conhecesse o seu advogado, sem que o seu depoimento fosse acompanhado por defensor, sem que a defesa prévia viesse a ser apresentada, tudo isso depois da Constituição Federal de 1988, que assegurou a ampla defesa.

No dizer contundente de Adauto Suannes, que em 1999 discordava com veemência da ausência de defesa com que o nosso processo era conduzido, considerado regular pela maioria da doutrina e da jurisprudência, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal:

De fato, segundo a jurisprudência, a presença do defensor no interrogatório judicial é dispensável, a defesa prévia é dispensável, a intimação do defensor da data da audiência que se realizará no juízo deprecado é dispensável, as alegações finais são dispensáveis, a interposição de recurso contra a sentença condenatória é dispensável, as razões de recurso são dispensáveis, as contrarrazões do recurso são dispensáveis, os embargos infringentes são dispensáveis, a atuação em revisão criminal é dispensável. E isso porque a Constituição diz que o advogado é indispensável. Imagine-se se ela dissesse ser ele dispensável.⁵⁷

Hoje, felizmente, tem-se uma outra realidade, na qual o interrogatório somente é válido com a presença do advogado que pode e deve conversar pessoal e reservadamente com seu constituinte antes do início da oitiva (art. 185 e ss. do CPP), não existe mais defesa prévia após o interrogatório, e sim a defesa preliminar antes do recebimento da denúncia para algumas hipóteses (infrações penais de pequeno potencial ofensivo – art. 81 da Lei 9.099/95; crimes contidos na Lei de Drogas – art. 55 da Lei 11.343/2006; ilícitos praticados por réus

⁵⁷ SUANNES, Adauto. O ativismo judicial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 7, n. 27, p. 349, jul./set. 1999.

que possuem foro por prerrogativa de função cujo rito está previsto na Lei n. 8.038/90; crimes cometidos por servidores públicos – arts. 514 e ss. do CPP), ou, ainda, a defesa escrita após o recebimento da denúncia e antes do início da instrução criminal (arts. 396 do CPP, com a redação da Lei n. 11.719/2008 e 406 do CPP, com a redação da Lei n. 11.689/2008).

Além disso, passou-se a exigir que a manifestação da defesa (realizada por defensor público ou dativo) deve sempre ser fundamentada – art. 261, parágrafo único do Código de Processo Penal, com a redação da Lei n. 10.792/2003.

Com o advento de normas em que resta comprovada a verdadeira valorização do direito de defesa, situação que se aproxima do querer contido no texto constitucional, não mais se admitem as hipóteses de perplexidades acima transcritas, em que a defesa acabava sendo, em quase sua totalidade, dispensável, validando-se processos que malferiam de maneira direta e insofismável a garantia constitucional.

1.3.2.2 Divisão do direito de defesa

A defesa se divide em autodefesa (renunciável) e defesa técnica (irrenunciável – arts. 261 e 263 do CPP), havendo como desdobramento a possibilidade do réu vir a recorrer de todas as decisões que lhe são desfavoráveis; a defesa técnica necessária deve ser plena, ou seja, com a utilização de todos os meios (técnicos, jurídicos e probatórios existentes) e recursos (inclusive ações constitucionais ou ações de impugnação) a ela inerentes.

1.3.2.2.1 Autodefesa

Como o próprio nome sinaliza, a autodefesa consiste na defesa feita pelo próprio acusado durante o curso do processo criminal, quer por seu interrogatório⁵⁸, quer ainda

⁵⁸ Na apuração do crime eleitoral por intermédio do processo criminal eleitoral, ao invés do Código Eleitoral versar sobre interrogatório do acusado, fala em *depoimento pessoal do acusado* (art. 359, *caput*, do Código Eleitoral, com a redação inserida pela Lei n. 10.732/2003). Sem embargo do equívoco terminológico atacado pela doutrina, o “depoimento pessoal” em verdade equivale ao interrogatório judicial, aplicando-se as regras inerentes à colheita dessa prova, contidas no Código de Processo Penal “com a reforma do Código de Processo Penal, ou seja, como o projeto do interrogatório foi aprovado no Congresso Nacional e sancionado pelo

durante a produção da prova processual, contando, inclusive como será adiante detalhado, com o seu direito de comparecimento a todos os atos processuais, além do direito ao confronto da prova produzida.

Com o advento da Lei n. 11.719/2008, o interrogatório judicial do acusado indiscutivelmente foi guindado à condição de meio de defesa, ao invés de meio de prova.

Registre-se que o interrogatório passou a ser o último ato de instrução processual (art. 400 do CPP), sendo que essa alteração também deve ser posta em prática, quando da tramitação de um processo criminal eleitoral.

Dessa forma, deve-se proceder a oitiva do réu ao final da instrução, após ele ter ciência de toda a prova produzida, para que pondere se é ou não oportuno responder às perguntas formuladas pelo juiz e pelas partes (art. 186, parágrafo único, do CPP), o que configura uma sobrevalorização da autodefesa, verdadeiro corolário da ampla defesa.

Além desse desdobramento da autodefesa (direito do acusado de vir a ser ouvido pelo juiz competente, observando-se as regras do *nemo tenetur se detegere*, consagrado nos arts. 8º, 2, “g”, da Convenção Americana de Direitos Humanos e 5º, LXVIII, da CF), há o direito do réu de participação da audiência e do confronto na colheita da prova, a ser examinado no próximo tópico.

Ainda versando sobre a autodefesa, cita-se escólio doutrinário, assim vazado:

Como expressão da *autodefesa* dentro do devido processo criminal pátrio destaca-se também o direito de *postulação penal*, é dizer, o acusado pode, em várias ocasiões, reivindicar pessoalmente o seu direito: pode interpor alguns recursos (CPP, arts. 584 e 598), impetrar *habeas corpus*, propor revisão criminal (CPP, art. 623) etc.⁵⁹

presidente da República (Lei 10.792, de 01.12.2003), nesse caso o interrogatório eleitoral passou a permitir reperguntas pelas partes, já que o Código Eleitoral impõe aplicação subsidiária do Código de Processo Penal (art. 364 do CE)” (CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. Incoerências do Poder Legislativo e do Poder Executivo. In: GOMES, Luiz Flávio; VANZOLINI, Maria Patrícia. (Coord.). *Reforma criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 110).

⁵⁹ GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira, *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*: Pacto de San José da Costa Rica, cit., p. 98.

Tem-se a possibilidade de postulação penal como extraordinário mecanismo de autodefesa, sendo que dentre as hipóteses de apresentação pessoal de pleitos por parte do acusado, independentemente de sua defesa técnica, duas merecem especial destaque: a interposição de recurso diretamente pelo réu, ainda que outro venha a ser o entendimento de seu defensor, devendo o juiz nomear defensor público ou dativo no escopo de serem ofertadas as razões do recurso. A outra hipótese, de grande relevância processual e até mesmo configurando ato que contribui para que a cidadania viceje, diz respeito ao ajuizamento da ação constitucional de *habeas corpus*, pois qualquer pessoa do povo, inclusive o próprio réu/condenado, pode interpor esse remédio constitucional de defesa da liberdade, perante qualquer juiz, corte ou tribunal, inclusive diante do Supremo Tribunal Federal, onde são decididas as questões de cunho constitucional, com a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de uma determinada lei ou ato normativo.⁶⁰

1.3.2.2.1.1 Garantia da presença do réu na colheita da prova. Direito de audiência

Possui ainda o réu, independentemente de se encontrar preso ou em liberdade, o direito de participação direta na colheita da prova, sendo desdobramento desse direito a presença física na audiência de instrução e julgamento.

Esse direito apresenta duas consequências: a) o direito ao confronto na produção da prova testemunhal (o réu presente ao ato processual pode oferecer subsídios ao seu defensor, inclusive viabilizando, por exemplo, a contradita de testemunhas, nos termos do art. 214 do CPP); b) o direito de compreender todos os atos praticados durante o processo (implementa-se esse direito quer por intermédio da defesa técnica – compreensão adjetiva ou subjetiva dos

⁶⁰ No exercício da *autodefesa*, um cidadão já condenado no cumprimento da sua pena, em causa própria, impetra *habeas corpus*, depois de solicitar sem êxito a progressão de regimes perante o Tribunal de Justiça de São Paulo e o Superior Tribunal de Justiça, bate às portas do Supremo Tribunal Federal, questionando a constitucionalidade e validade da Lei de Crimes Hediondos, alegando que a vedação à progressão de regime implicava violação ao princípio constitucional de individualização das penas (art. 5º, XLVI, da CF). Após intenso debate, o Supremo Tribunal Federal, por maioria simples (6 votos pela concessão da ordem e 5 votos pela denegação do *writ*), decide o *leading case*, permitindo a pretendida progressão, decisão, inclusive, que foi aplicada em todo o país e deu ensanchas ao advento da Lei n. 11.464/2007, que alterou a Lei n. 8.072/90, permitindo a progressão de regimes para condenados por crime hediondo. Portanto, graças à perseverança e exercício da *autodefesa*, retomou-se a discussão no âmbito da Corte Constitucional brasileira, havendo intenso debate e evolução jurisprudencial. Essa situação ilustra, e bem, os contornos da *autodefesa* no processo criminal (STF – HC n. 82.959/SP, rel. Min. Marco Aurélio Mello, j. 23.02.2006).

desdobramentos processuais e jurídicos do feito criminal –, quer, ainda, por intermédio de nomeação de tradutor ou intérprete, na hipótese de ser o acusado estrangeiro – compreensão substantiva ou direta).

Dessa maneira, pode-se concluir que o direito de autodefesa se acha diretamente vinculado ao direito de presença (direito de estar fisicamente presente na produção das provas em juízo), sendo que, de forma garantista, o Supremo Tribunal Federal vem ratificando esse direito, que se encontra esculpido na Constituição Federal e na Convenção Americana de Direitos Humanos, independentemente da alegação de conveniência ou dificuldade da remoção do acusado do local onde se encontra detido para a sala de audiência, ou ainda, da periculosidade do réu.⁶¹

Nesse sentido, diz a doutrina: “Um outro desdobramento da autodefesa é o direito de participação, que consiste no direito do réu de estar presente no ato de produção de provas a respeito do fato contra si imputado, como, por exemplo, o direito de acompanhar a oitiva de testemunhas.”⁶²

Portanto, deve o réu ser intimado de todos os atos processuais, sob pena de nulidade processual absoluta por cerceamento de defesa (art. 564, IV, do CPP), sendo-lhe assegurado, como desdobramento da autodefesa, o direito de audiência (com a possibilidade de confrontação da prova produzida) e de presença física no local onde serão realizados os atos processuais, não havendo justificativa para evitar o exercício desse direito.

Quando o réu for pessoa perigosa, sendo essa situação declarada e reconhecida nos autos, pode o juiz, valendo-se analogicamente do contido no Código de Processo Penal, determinar a realização do ato processual no presídio onde se encontra recolhido o acusado, desde que comprovada a segurança para os demais participantes do ato processual (juiz, Ministério Público, advogado, serventuários do Poder Judiciário e testemunhas), aplicando-se o contido no artigo 185, parágrafo 1º, do Código de Processo Penal.

⁶¹ STF– HC n. 86.634/RJ, rel. Min. Celso de Mello, j. 12.09.2007.

⁶² FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê; MIRANDA, Gustavo Senna, *Princípios do processo penal*, cit., p. 186.

Pertinente promover uma última análise do direito de audiência com o advento do interrogatório, ou até mesmo da instrução processual, realizados por videoconferência, modificação inserida no ordenamento jurídico pátrio pela Lei n. 11.900, de 08.01.2009.

Em atenção aos reclamos da comunidade jurídica, mormente de administração de presídios e de magistrados, escorados no fundamento de segurança para a coletividade e de barateamento de custos com a locomoção e escolta de presos, mormente os de declarada periculosidade, passou-se a exigir a atualização do direito processual penal, possibilitando-se a utilização de ferramentas tecnológicas, no escopo de viabilizar a realização de atos processuais.

Depois de intensa discussão, com acalorados debates e diversas manifestações do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a inconstitucionalidade de leis estaduais que introduziram a videoconferência em suas respectivas unidades federadas⁶³, o referido diploma passa a relativizar o direito de audiência do acusado, possibilitando a realização da colheita de provas por intermédio de videoconferência.

Por não ser o escopo deste trabalho a análise dessa prova, não haverá um maior detalhamento da matéria, até porque sobre ela ainda pende um melhor amadurecimento prático e jurisprudencial.

Entretanto, não se pode olvidar que, por força do artigo 364 do Código Eleitoral, inexistente o menor laivo de dúvida de que se apresenta como perfeitamente possível a utilização de videoconferência no âmbito do processo criminal eleitoral, desde que preenchidos os requisitos impostos pela Lei n. 11.900/2009.

Derradeiramente no que pertine à autodefesa, impende comentar entendimento jurisprudencial firmado no sentido de que a ausência de intimação do defensor por audiência no juízo deprecado não implica em nulidade processual.

⁶³ STF – HC n. 88914/SP, rel. Min. Cezar Peluso, j. 14.08.2007, *Informativo STF*, n. 476.

A respeito do assunto, existe inclusive a Súmula n. 273 do Superior Tribunal de Justiça, que afirma: “intimada a defesa da expedição da carta precatória, torna-se desnecessária intimação da data da audiência no juízo deprecado.”

Não se pode concordar com esse verbete de súmula, posto que impossível para o advogado comparecer à audiência de instrução sem ser comunicado do dia e hora de sua realização, não sendo suficiente, portanto, a mera comunicação da expedição da carta precatória.

Imagine-se, à guisa de exemplo, um processo eleitoral que apura a violação de determinado ilícito contido na legislação eleitoral, em trâmite em uma das zonas eleitorais de Aracaju/SE, e que tenha sido expedida carta precatória para uma das várias zonas eleitorais de São Paulo/SP.

Diante dessa hipótese, cabem as perguntas: como saber o dia em que o juiz eleitoral de São Paulo promoverá a oitiva da testemunha, cumprindo-se o objetivo da carta precatória? Como permitir que o acusado e seu advogado se façam presente ao ato processual, caso os não forem intimados?

Essa situação está em consonância a autodefesa como desdobramento da ampla defesa? A resposta, de forma evidente, é no sentido contrário.

Óbvio que se apresenta como possível, em homenagem à ampla defesa, à autodefesa e ao devido processo legal, a expedição de duas intimações: uma de que foi expedida a carta precatória para o juízo deprecado, e outra informando a data e hora para a realização da audiência de instrução processual no juízo deprecado, no escopo de colher a prova testemunhal.

Somente dessa forma se está respeitando a ampla defesa, uma vez que “não se pode concordar com a orientação dominante, porquanto maltrata o princípio da ampla defesa limitar-se a intimar o advogado tão somente da expedição da carta precatória, dispensando-se a intimação da data da designação de audiência no juízo deprecado”.⁶⁴

⁶⁴ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê; MIRANDA, Gustavo Senna, *Princípios do processo penal*, cit., p. 207.

Fica, portanto, o presente registro de que não respeita a ampla defesa, e muito menos a autodefesa, a aplicação, sem maiores reflexões sobre os seus desdobramentos, do teor do verbete de Súmula n. 273 do Superior Tribunal de Justiça, merecendo um maior debate esse relevante assunto, discutindo, inclusive, o teor da súmula. Insista-se: não é porque determinada questão se encontra sumulada que devem cessar os debates; muito ao contrário, agora é que se devem debater as questões que estão ao redor dessa Súmula do Superior Tribunal de Justiça, inclusive e principalmente, temas atinentes ao terreno da política, dado o fato de que, no próximo ano, estarão os mandatários preocupados com a preservação ou conquista de cargos públicos eletivos.

1.3.2.2.1.2 Compatibilidade entre ampla defesa e autodefesa

Será explorada no próximo tópico, como um dos desdobramentos da ampla defesa, a imprescindibilidade da defesa técnica, feita por advogado regularmente inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil. O advogado constituído deve utilizar todos os meios necessários para estar à altura da acusação, viabilizar o exercício de todos os mecanismos de prova em direito permitido e utilizar todas as teses jurídicas possíveis e cabíveis na defesa do constituinte, lançando mão dos recursos aptos a viabilizar o livre e desembaraçado exercício da defesa.

O ônus da prova no processo criminal eleitoral é exclusivo do Ministério Público Eleitoral, mormente pelo fato de que todas as ações penais eleitorais são públicas incondicionadas (art. 355 do Código Eleitoral). Já o papel da defesa é argumentar defendendo, requerer a produção de prova e buscar neutralizar a acusação, procurar um ponto de equilíbrio entre a defesa técnica e a autodefesa, não atuando de forma omissa, o ponto de pôr em risco a existência da defesa técnica no feito criminal eleitoral, nem tampouco sufocando o acusado com teorias e outros mecanismos jurídicos, inviabilizando o exercício da *autodefesa*.

Portanto, impende que esse relevante papel no processo criminal seja feito com equilíbrio, para que o ofício da defesa se dê “de forma a permitir que o pleno exercício da

autodefesa não signifique a desnecessidade da atuação técnica, e que o eficiente uso dos instrumentos jurídicos pelo defensor não sufoque ou neutralize a defesa pessoal”.⁶⁵

Cita-se, nesta quadra, Luigi Ferrajoli, responsável por difundir a teoria do garantismo penal no além-mar, tanto na comunidade europeia, como principalmente na América Latina, que, ao versar sobre a ampla defesa, autodefesa e seus desdobramentos, com precisão cirúrgica vaticina:

La prima di queste due condizioni esige che l'imputato sia assistito da un difensore in grado di competere con il pubblico ministero. In un ordinamento le cui “legge fossero semplici e accessibili a tutti, scrisse Bentham, i cittadini “protrebbero curare le loro cause giudiziarie come gestiscono tutti gli altri loro affari”, e sarebbe quindi sufficiente l'auto-difesa. Ma “dove la legislazione è oscura e complicata e la procedura è irta di formalità e nullità”, é necessaria la difesa tecnica di un avvocato de professione “onde ristabilire l'uguaglianza delle parti sotto il profilo della capacità e per controbilanciare d'altra parte, gli svantaggi legati all'inferiorità della condizione d'imputato”. Fu precisamente con le riforme illuministiche che la difesa técnica, assuse la forma moderna del patrocinio legale obbligatorio.⁶⁶

Derradeiramente, dentro da harmonia que deve existir entre autodefesa e defesa técnica, componentes da ampla defesa, tem-se a polêmica questão do conflito na interposição do recurso de decisão desfavorável ao réu prolatada por juízo de instância primeira.

Eis o nó górdio a ser desatado: qual a vontade que deve prevalecer na hipótese de o acusado manifestar seu interesse em não se insurgir, conformando-se com a sentença condenatória e o seu defensor interpõe o recurso?

Entende majoritariamente a doutrina, que deve prevalecer a vontade da defesa técnica, sendo essa a compreensão predominante, também, jurisprudência pátria, ou seja, em o réu informando que não deseja recorrer, e em havendo interposição de recurso por seu defensor, acredita-se que o processualmente adequado seria conhecer do recurso e, a depender da tese esgrimida, dar-lhe provimento, em nada alterando a manifestação leiga do acusado, até porque nenhum prejuízo poderá advir da insurgência da defesa, quer em homenagem ao princípio do *favor libertatis* ou favor rei, no qual vigora a regra do *non reformatio in pejus*, ou seja,

⁶⁵ CRUZ, Rogério Schietti Machado, *Garantias processuais nos recursos criminais*, cit., p. 142.

⁶⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. 8. ed. Roma: Laterza, 2004, p. 630.

quando o recurso for exclusivo da defesa (art. 617, *in fine*, do CPP), não pode a situação do acusado vir a ser agravada.

Ademais, estando preso o acusado, nada impede que (caso já tenha existido o trânsito em julgado para a acusação) se promova a execução provisória ou antecipada da pena (viabilizando-se a incidência dos benefícios contidos na Lei de Execução Penal, como a progressão de regimes, por exemplo), tudo nos termos da Súmula n. 716 do STF.

Logo, nenhum prejuízo poderá advir para o réu em razão da interposição de recurso, motivo pelo qual, em havendo colidência entre a sua vontade e a de seu defensor, dever-se-á admitir a insurgência processual.

E se ocorrer o contrário, ou seja, o defensor regularmente intimado não interpõe recurso de decisão condenatória de instância de piso, enquanto que o réu, ao ser pessoalmente intimado da sentença condenatória, aduz ou manifesta de maneira clara e categórica o seu desejo de recorrer?

Nessa hipótese, entende-se como interposto o recurso, devendo-se abrir prazo para o réu constituir advogado de sua confiança para oferecer as razões recursais e, em não o fazendo, inclusive por escassez econômica, deverá o juiz nomear defensor público ou dativo (*ad hoc*), no escopo de cumprir essa etapa ou desdobramento do direito da autodefesa, da ampla defesa constitucionalmente assegurada.

1.3.2.2.2 Defesa técnica

A defesa técnica, consoante afirmado, deverá ser desempenhada por um advogado, quer um profissional liberal que em seu exercício privado desempenha múnus público – art. 2º da Lei n. 8.906/94 –, quer ainda um defensor público, advogado integrante dos quadros funcionais do Estado, recrutado mediante concurso público, cuja função precípua é a de atuar nos feitos de acusados desprovidos de condição econômica.

Ademais, impende registrar que o advogado é imprescindível à administração da justiça, conforme estabelece o artigo 133 da *Lex Fundamentalis*, estando em perfeita sintonia com o texto constitucional o disposto no artigo 261 do Código de Processo Penal, ao afirmar que “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”.

Além de se obrigar a existência de uma defesa técnica, impõe-se que somente haverá respeito ao comando constitucional que assegura a ampla defesa se efetivamente o defensor técnico (constituído pelo réu ou nomeado pelo juízo) desempenhar seu múnus de forma efetiva e real (apresentando teses jurídicas, requerendo a produção de prova, contrariando as provas ofertadas pela acusação, etc.), e não com uma postura passiva e exclusivamente contemplativa (defesa meramente formal).

Enfim, exige-se que o profissional do direito incumbido da relevante função de defender seu semelhante, de emprestar seus conhecimentos técnicos em favor do direito de liberdade, do exercício da ampla defesa e do devido processo legal, o venha a fazer como verdadeiro advogado, de maneira desassombrada, com ética e denodo, demonstrando a grandeza de sua tarefa processual.⁶⁷

Sob esse aspecto, pouco importando a condição do defensor (se constituído, público ou dativo) e muito menos o valor ou valores cobrados a título de honorários (tanto faz a causa valiosa, na qual o defensor celebrou importante contrato de honorários advocatícios, como a causa assumida de maneira gratuita, sendo a advocacia realizada *pro bono*, não havendo o recebimento de honorários advocatícios), o zelo, a atenção, o estudo da causa, o desempenho durante a produção da prova, enfim, o empenho na condução da causa, devem ser rigorosamente idênticos.

⁶⁷ “A advocacia criminal exige, para seu exercício, uma grande dose de despreendimento e de paixão. Sem essa paixão, sobretudo, não há advogado criminal. A identificação com o cliente e com a causa passa a ser uma verdadeira necessidade, como que uma transferência, reclamando que o advogado viva efetivamente o drama judiciário de que participa, não como um objeto manipulador, mas como um autêntico protagonista.” (PIMENTEL, Manoel Pedro. O advogado e a realidade do direito penal. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, São Paulo, v. 12, n. 52, p. 41, maio/jun. 1978).

1.3.2.2.2.1 Obrigatoriedade da defesa técnica. Defensor constituído e *ad hoc*

Por força do mandamento constitucional e do artigo 261 do Código de Processo Criminal, é obrigatória a defesa técnica, que poderá vir a ser efetivada de três formas: a) por um defensor constituído; b) por um defensor dativo; c) por um defensor público.

O defensor constituído é o escolhido livremente pelo acusado, que com ele celebra um contrato *intuitu personae*, habilitando-se para atuar no feito criminal, quer venha a ser a habilitação ser feita nos moldes *apud acta* (constituição que ocorre quando da prática dos atos processuais, mormente o interrogatório do acusado – art. 266 do CPP), quer ainda mediante a juntada de instrumento procuratório nos autos (situação que, com a vigência da Lei n. 11.719/2008, passará a ser comum, considerando que deverá o advogado constituído apresentar defesa escrita no prazo de dez dias a contar da citação do réu – art. 396 do CPP).

Insiste-se que mesmo o réu foragido ou revel faz jus à faculdade de escolher um advogado de sua confiança, não cabendo a intervenção do Estado, posto que “impor ao acusado determinada defesa quando ele já possui defensor constituído equivale, data vênia, a um verdadeiro cerceamento”.⁶⁸

O defensor dativo passará a existir no processo criminal, inclusive no processo criminal eleitoral, quando, regularmente citado para oferecer resposta à acusação, o réu deixa transcorrer *in albis* o prazo, sem ofertar defesa escrita por profissional do direito.

Essa a inteligência que se extrai do artigo 397-A, parágrafo 2º, do Código de Praxes (com a redação da Lei n. 11.719/2008), ao afirmar que não apresentada resposta no prazo legal ou regularmente citado, o réu deixa de constitui defensor, deverá o juiz nomear defensor para oferecer defesa escrita e acompanhar o curso da demanda.

Com a nomeação do defensor dativo, o juiz está a um só tempo zelando pelo cumprimento do mandamento constitucional da ampla defesa e pelo respeito ao Código de

⁶⁸ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê; MIRANDA, Gustavo Senna, *Princípios do processo penal*, cit., p. 183.

Processo Penal, que assegura em seu artigo 261 que nenhum acusado, independentemente do crime do qual venha a ser condenado, será processado e julgado sem defensor.

Merece registro que a nomeação vincula o defensor, que está obrigado a acompanhar o feito criminal, salvo motivo justificado que o isente de atuar como advogado dativo. A recusa desmotivada pelo advogado configura infração ético-profissional prevista no Estatuto da Ordem dos Advogados e no Código de Ética e Disciplina da OAB (art. 34, XII, da Lei n. 87.906/94).

Em havendo defensor público com atuação na Zona Eleitoral, no Tribunal Regional Eleitoral (TRE) ou no Tribunal Superior Eleitoral (TSE), ou seja, onde tramita o feito penal eleitoral, deverá acompanhar a lide o defensor público da União, consoante será explorado nos próximos capítulos.

1.3.2.2.2 Efetividade da defesa técnica e imprestabilidade da defesa deficiente

Somente a defesa real e efetiva, com a utilização de todos os meios e recursos a ela inerentes, está apta a ser validada e a cumprir o objetivo do devido processo legal.

Não pode o julgador contentar-se com um arremedo de defesa, com defesa desidiosa, com defesa que perde prazos, não oferta requerimentos, se manifesta de maneira sucinta e não refuta a imputação.

A defesa contemplativa e *pro forma* não serve no foro criminal. Independentemente do tipo de defensor, se constituído, dativo ou público, impende que a defesa venha a ser elaborada e desincumbida dentro dos cânones e parâmetros constitucionalmente exigidos.

Aliás, o próprio Código de Processo Penal, no artigo 497, V (com a redação da Lei n. 11.689/2008), ao versar sobre o Tribunal do Júri, informa que é dever do magistrado que preside a sessão de julgamento pelo tribunal popular “nomear defensor ao acusado quando considerá-lo indefeso”.

Evidentemente que não é só no rito do Tribunal do Júri que essa providência deve ser adotada. Em verdade, percebendo o juiz que o acusado se encontra indefeso, deverá adotar a providência acima descrita, desconstituindo o advogado do réu, intimando-o para constituir outro de sua confiança, ou ainda estabelecendo que a não apresentação de novo advogado por parte do acusado implicará a nomeação de defensor dativo ou defensor público.

Não zelar pelo adequado exercício do direito de defesa implica em nulidade processual absoluta. Nesse sentido se posiciona a doutrina:

Se as Faculdades de Direito e os exames de qualificação profissional perante as entidades de classe não têm sido capazes de impedir a baixa qualidade de atuação de alguns advogados, o Judiciário não pode deixar de exercer seu dever de fiscalização da estrita observância dos direitos e garantias postos à disposição dos acusados em geral.⁶⁹

Ademais, o advogado constituído ou dativo que não se desincumbe de seu múnus público e abandona o cliente, deixando-o indefeso, pratica grave infração ético-disciplinar, etiquetada no Estatuto de Ética e Disciplina da OAB, que em seu artigo 46 afirma *ad litteram*: “O advogado, na condição de defensor nomeado, conveniado ou dativo, deve comportar-se com zelo, empenhando-se para que o cliente se sinta amparado e tenha a expectativa de regular desenvolvimento da demanda.”

Portanto, não é qualquer defesa que serve e se apresenta como útil ao processo, ela deve ser ampla e efetiva.

Oportuno trazer à baila o entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal, contido no verbete de Súmula n. 523, que afirma: “no processo penal a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.”

Deve-se indagar se essa súmula foi recepcionada pela Constituição Federal, que versa sobre ampla defesa com meios e recursos a ela inerentes.

⁶⁹ CRUZ, Rogério Schietti Machado, *Garantias processuais nos recursos criminais*, cit., p. 149.

Ora, como uma defesa pode vir a ser ampla e deficiente ao mesmo tempo? Como se apresenta possível ter que demonstrar o prejuízo de uma defesa deficiente? Se é deficiente, o prejuízo não se apresenta de forma inerente?

Fazendo uma atualização de referido verbete de súmula do Supremo Tribunal Federal à luz da moderna principiologia constitucional do processo criminal, conclui-se que ela não foi recepcionada pelo Texto Magno (não obstante diversos julgados em sentido contrário prolatados pela Corte Constitucional), eis que impossível que uma defesa possa ser útil e deficiente ao mesmo tempo.

Em se verificando a existência de defesa deficiente no curso de determinado feito criminal, compreendemos que a nulidade processual deve ser declarada a qualquer tempo, inclusive *ex officio*, eis que absoluta, sendo o prejuízo presumido, não devendo prevalecer o entendimento hoje ainda em vigor que implica a necessidade de demonstração do prejuízo (insista-se: de algo deficiente, óbvio que o prejuízo é evidente, não precisando ser demonstrado).

Nesse sentido, colhe-se posicionamento doutrinário, afirmando:

De que adiantaria ao réu o defensor que não arrolasse testemunhas, não reperguntasse, oferecesse alegações finais exageradamente sucintas, sem análise de prova, e que, por exemplo, culminasse com pedido de justiça? Há alguém que foi designado para defender o acusado, mas a sua atuação é tão deficiente que é como se não houvesse defensor. Também nestes casos a causa deve ser anulada por falta de defesa.⁷⁰

Dessa forma, entendemos que aplicar pura e simplesmente a Súmula n. 523 do STF nas hipóteses em que se enxerga *defesa deficiente* é fazer tábua rasa do direito constitucional à ampla defesa.

1.3.2.3 Defensoria Pública

A Defensoria Pública, prevista no artigo 134 da Constituição Federal de 1988, consiste em instituição de natureza permanente e auxiliar da Justiça, cujo fim precípua é o de

⁷⁰ FERNANDES, Antonio Scarance, *Processo penal constitucional*, cit., p. 256.

possibilitar a assistência jurídica aos economicamente necessitados, viabilizando o acesso de toda a população ao Poder Judiciário; no foro criminal, busca essa instituição viabilizar o exercício da ampla defesa constitucionalmente concebida.

Ademais, o artigo 5º, LXXIV, da Constituição Federal, assegura “assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovem insuficiência de recursos”. É a Defensoria Pública a instituição apta a prover essa assistência, cumprindo o mandamento constitucional.

Sobre o papel da Defensoria Pública e as dificuldades encontradas pela população carente na prestação jurisdicional, cita-se importante entendimento:

Uma velha observação de Ovídio ainda vigora nos nossos dias especialmente no Brasil: *cura pauperibus clausa est*, ou no vernáculo: “*O tribunal está fechado para os pobres*”. Os pobres ainda têm acesso muito precário à justiça. Carecem de recursos para contratar advogados. O patrocínio gratuito tem-se revelado de deficiência alarmante.⁷¹

Infelizmente, na maioria dos Estados da Federação as Defensorias Públicas ainda não foram implantadas como deveriam, mormente pela estrutura precária, quadros insuficientes, salários dos seus profissionais não condizentes com a nobreza da função, bem como pela carência de material e de pessoal para promover o apóio técnico-administrativo.

De nada adianta criar uma instituição sem que se viabilizem ou possibilitem os meios para o seu amplo funcionamento. Urge imediata implantação do que se encontra disposto no texto constitucional⁷², sendo imperioso que se incluam entre as políticas públicas relevantes, e nos programas de governo, a valorização da Defensoria Pública.

Ademais, impõe-se que se esclareça o seguinte: em havendo Defensoria Pública estruturada e funcionando satisfatoriamente, serão reduzidas sobremaneira as nomeações de defensores dativos, bem como as hipóteses de defesa deficiente, além de se desincumbir o

⁷¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 606.

⁷² A Constituição Federal, por intermédio da Emenda Constitucional n. 45/2004, promoveu mudança com relação às Defensorias Públicas nos âmbitos dos Estados da Federação, possibilitando a autonomia funcional e administrativa, viabilizando a existência de independência orçamentária (orçamento próprio), dentro dos limites estabelecidos em lei orçamentária, seguindo-se o disposto no artigo 99, parágrafo 2º da Constituição Federal.

Estado desse importante papel constitucional, assumindo a responsabilidade pela defesa dos réus juridicamente necessitados.

Servindo de arremate, cita-se relevante entendimento:

A Defensoria Pública é de fundamental importância para que o direito de acesso à justiça se concretize, dotando tanto os cidadãos carentes de recursos econômicos, quanto carentes de informação técnico-jurídica, de meios para conhecer e exercitar todos os direitos constitucional ou ordinariamente garantidos.⁷³

Fortalecer a Defensoria Pública significa respeitar o Estado Democrático de Direito e, por conseguinte, o direito a ampla defesa.

1.4 Presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF)

A presunção de inocência se destaca como verdadeiro divisor de águas na luta por um processo penal justo e com respeito às garantias mínimas, assegurando o tratamento de inocente a todo o cidadão que venha a responder a uma investigação policial ou processo criminal, não se antecipando os efeitos deletérios de uma condenação antes de aferida a culpabilidade e de se possibilitar a demonstração do *onus probandi* por parte da acusação, bem como viabilizando mecanismos para a produção de prova, por parte do réu, que evidencie a sua inocência.

Esse princípio, com os contornos e desdobramentos hoje imaginados, foi previsto originariamente na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, marco do iluminismo, ideário normativo posto em prática após a Revolução Francesa e responsável por diversas conquistas obtidas pela humanidade.⁷⁴

⁷³ SILVA, Marco Antonio Marques da. *Acesso à justiça penal e estado democrático de direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 102.

⁷⁴ Embora existam autores que busquem o antecedente do princípio da não consideração prévia de culpabilidade ou presunção de inocência no direito romano, ao entabular o *in dubio pro reo* (v.g. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão*. São Paulo: Saraiva, 1991), em verdade, somente com a influência de pensadores iluministas como Cesare Bonesana (Marquês de Beccaria), Voltaire e outros é que se passou a defender o princípio na amplitude hoje apreciada.

A Declaração dos Direitos Humanos da ONU, de 1948, repete essa garantia, que também consta na Convenção Americana de Direitos Humanos, em vigor em nossas plagas por força do Decreto n. 678/2008, cujo artigo 8º, 2, afirma que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

No pós-guerra, passaram as nações civilizadas, constituídas em democracias sólidas e perenes, a fazer constar essa garantia no rol de direitos fundamentais, agindo acertadamente o legislador constituinte, ao promover a inserção do artigo 5º, LVII, em nossa Carta Política, assegurando que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Doravante, serão esgrimidos argumentos que estão ao derredor do relevante princípio/garantia da presunção de inocência.

1.4.1 Conceito e amplitude

O princípio da presunção de inocência, da não culpabilidade, ou ainda do estado de inocência, consiste na necessidade de não ser considerado culpado o acusado até o trânsito em julgado da decisão penal condenatória.

Leciona a doutrina:

Incumbe à acusação o ônus da prova, pois está revestido o cidadão de sua não culpabilidade, de forma já presumida. A favor dele, ainda os prazos limitados, porém razoáveis, de que dispõe a acusação, de forma a não permitir que seja eternamente investigado pelo Poder Público.⁷⁵

Trata-se de importante princípio, marco regulatório do moderno processo penal, de cujo conceito é possível extrair desdobramentos e definir sua amplitude.

⁷⁵ BENTO, Ricardo Alves. O dogma constitucional da presunção de inocência. In: SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). *Processo penal e garantias constitucionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 580.

Portanto, “Consiste na assegução ao imputado, do direito de ser considerado inocente até que sentença penal condenatória venha a transitar formalmente em julgado, sobrevindo, então, a coisa julgada de autoridade relativa.”⁷⁶

Os efeitos da presunção de inocência perduram até o advento do trânsito em julgado da decisão condenatória, sendo indevido falar em execução provisória de acórdão do Tribunal de Justiça, Tribunal Regional Federal ou Tribunal Regional Eleitoral, se o réu respondeu em liberdade a demanda criminal, estando pendentes de julgamento os apelos nobres ou raros (recurso especial para o STJ ou TSE e recurso extraordinário para o STF).

Hodiernamente, a presunção de inocência figura como um princípio de visão eminentemente garantista, como afirma Ferrajoli: “*Questo principio fondamentale di civiltà rappresenta il frutto di un’opzione garantista a favore della tutela dell’immunità degli innocenti, anche a prezzo dell’impunità di qualche colpevole.*”⁷⁷

Utiliza-se ainda o princípio constitucional da presunção de inocência como garantia em favor do cidadão para que se considere a prisão preventiva como uma medida de *ultima ratio*, transformando-se em exceção e não em regra.

Somente em situações extremas deve o acusado vir a responder o processo criminal com sua liberdade constringida, havendo a imperiosa necessidade de cotejo dos malefícios do cárcere antecipado com a proporcionalidade e a presunção de inocência, além de se respeitar o princípio da homogeneidade, pelo qual, se após o curso do processo, comprovada a culpa do réu, não se apresenta como cabível a pena de prisão, muito mais razão para não se permitir como medida cautelar de natureza precária a prisão preventiva.

Além disso, decorre da presunção de inocência a necessidade de duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF, inserido na *Lex Fundamentalis* por força da EC n. 45/2004). A duração razoável do processo evitará que se prolongue por largo interstício uma acusação, aumentando a exposição do acusado ao *streptus fori* inerente a toda e qualquer acusação penal.

⁷⁶ TUCCI, Rogério Lauria, *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, cit., p. 379.

⁷⁷ FERRAJOLI, Luigi, *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, cit., p. 559.

Importante ainda fazer uma necessária aproximação entre o princípio da presunção da inocência com o princípio penal do *in dubio pro reo*, havendo, entre ambos, grande similitude e identidade:

O princípio do *in dubio pro reo*, em concomitância com o princípio da presunção de inocência, existe para conciliar a finalidade repressiva das normas penais e processuais penais, através de um sistema de garantias, sem abandonar o caráter impositivo da pena quando necessária a ser imposta a um cidadão, buscando sua reinserção social, através da restrição de sua liberdade, ainda que de forma provisória.⁷⁸

No entendimento de determinados autores, a aproximação da presunção de inocência com o princípio do *in dubio pro reo* é manifesta e evidente, havendo, ainda, íntima ligação com o ônus da prova.

Nesse diapasão, Rui Pinheiro e Artur Maurício afirmam:

A presunção de inocência não transforma o arguido – cujo *status* se mantém – em inocente, mas opera exclusivamente sobre o regime do ônus da prova: aquela (a prisão preventiva) justifica-se porque existem e perduram indícios de culpabilidade. Estes existem, mas a prova definitiva deve ser feita pela acusação. (...) A presunção de inocência, em última análise, exclui a inversão do ônus da prova, mas não a suspeita sobre a culpabilidade e as relativas consequências.⁷⁹

Pode-se afirmar sem qualquer receio de cometer equívocos que o princípio da presunção de inocência consiste em direito fundamental limitador do *jus puniendi* e existe como forma de possibilitar a observância de regras inerentes ao Estado Democrático de Direito garantista, possibilitando que se presuma a inocência do acusado, transferindo única e exclusivamente para a acusação o ônus de demonstrar a culpabilidade do réu.

Esse o principal sentido e o alcance de tão nobre, intenso e relevante princípio com assento constitucional.

⁷⁸ BENTO, Ricardo Alves, O dogma constitucional da presunção de inocência, cit., p. 582.

⁷⁹ PINHEIRO, Rui; MAURÍCIO, Artur. *A Constituição e o processo penal*. Reimpr. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 85-86.

1.4.2 Inquéritos ou processos em curso e maus antecedentes

Assunto constantemente objeto de cizânia na jurisprudência, e sempre atual, diz respeito a um dos contornos da presunção de inocência ou do estado de não culpabilidade e o tratamento que deve ser dispensado ao acusado que responde a inquéritos policiais ou a processo criminais.

Ou seja: configura maus antecedentes o fato do acusado responder a inquéritos e a processo criminais?

Como resposta a essa indagação, avistam-se duas frentes ou correntes. A primeira, mais conservadora e tisanando o princípio do estado de inocência, entende que a existência de inquéritos policiais em curso ou feitos criminais abertos em desfavor do acusado configura maus antecedentes, existindo autores que chegam ao auge da denegação da vigência da presunção de inocência, e afirmam que “absolvição por insuficiência de provas (CPP, art. 386, VI) também indica maus antecedentes”.⁸⁰

Eis entendimento canhestro e em total descompasso com o querer do legislador constituinte, com a moderna processualística penal, com o garantismo penal e seus desdobramentos; em suma, trata-se de posicionamento que afronta a um só tempo a presunção de inocência, o Estado Democrático de Direito e, em último estágio, até mesmo a dignidade da pessoa humana.

Por outro vértice, destaca-se uma outra corrente, muito mais arejada e em consonância com os princípios democráticos, que segue firme no sentido de sustentar que a existência de feitos criminais em trâmite ou de procedimentos policiais (ainda que com indiciamento) não implica em mácula aos antecedentes do réu, posto que somente sentença penal condenatória possui esse condão.

⁸⁰ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 405.

Esse o entendimento abraçado pelo Supremo Tribunal Federal em diversos julgados, afirmando a “impossibilidade de considerar-se como *maus antecedentes* a existência de processo criminais pendentes de julgamento, com o conseqüente aumento da pena-base”.⁸¹

Deve-se insistir na seguinte toada: o acusado pode responder a vários inquéritos policiais ou processos criminais e vir a ser absolvido em todos eles, não sendo a quantidade ou o estágio do feito parâmetros adequados a serem considerados como *maus antecedentes*, quer quando da apreciação de pedidos incidentais durante o curso da demanda (como a revogação de prisão preventiva, por exemplo), quer, ainda, quando da dosimetria da pena e fixação da pena base, aplicando-se o artigo 59 do Código Penal, havendo nessa última hipótese evidente violação do princípio constitucional da individualização da pena, insculpido no artigo 5º, XLVI, da Constituição da República.

1.4.3 Direito de recorrer em liberdade, impossibilidade de considerar deserto recurso da defesa pela fuga do réu e o princípio constitucional da presunção de inocência

Ainda versando sobre a presunção de inocência, tem-se dois temas recentemente objeto de preocupação do Supremo Tribunal Federal e, também, de alteração legislativa, consistindo no seguinte:

- 1) o réu não deve cumprir pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, não havendo mais a exigência do recolhimento à prisão para interposição do recurso, em razão da revogação do artigo 594 do Código de Processo Penal;

⁸¹ STF – RHC n. 83.493/PR, rel. Min. Carlos Britto. No mesmo sentido: “O princípio constitucional da não culpabilidade, inscrito no artigo 5º, LVII, da Carta Política, não permite que se formule, contra o réu, juízo negativo de *maus antecedentes*, fundado na mera instauração de inquéritos policiais em andamento, ou na existência de processos penais em curso, ou até mesmo, na ocorrência de condenações criminais ainda sujeitas a recurso, revelando-se arbitrária a exacerbação da pena, quando apoiada em situações processuais indefinidas, pois somente títulos penais condenatórios, revestidos da autoridade da coisa julgada, podem legitimar tratamento jurídico desfavorável ao sentenciado.” (Rel. Min. Celso de Mello, *RTJ* 187/646, *Informativo STF*, n. 405).

2) impossível, uma vez interposto o recurso, considerá-lo deserto em razão da fuga do réu, havendo a declaração de inconstitucionalidade do artigo 595 do Código de Processo Penal pelo Supremo Tribunal Federal.

Como ambas as hipóteses têm amplo interesse para o direito processual penal eleitoral, acredita-se ser relevante promover uma análise mais amiadada.

A primeira situação diz respeito ao momento em que cessa a presunção de inocência, sendo oportuno registrar que finalmente, depois de muito embate entre a melhor doutrina e a jurisprudência, tanto o legislador infraconstitucional, como principalmente o Supremo Tribunal Federal, passaram a considerar o trânsito em julgado em sua essência, como o marco interruptivo da presunção de inocência, como o elemento capaz a legitimar o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, vedando-se a execução provisória da pena com a expedição de mandados de prisão, mesmo pendentes de julgamento recurso especial e/ou recurso extraordinário.

A Lei n. 11.719/2008 expressamente revogou o artigo 594 do Código de Processo Criminal, que afirmava: “O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto.”

Essa exigência da expedição de mandado de prisão, quando o réu manifestasse interesse em continuar recorrendo até as instâncias superiores, feria, até não mais poder, a garantia constitucional da presunção de inocência.

Em boa medida, o legislador ordinário, ao promover uma reforma no Código de Processo Penal, livrando-o de alguns entulhos autoritários, revogou esse dispositivo legal.

Entrementes, ainda persistia uma outra discussão umbilicalmente ligada ao direito de recorrer em liberdade e à presunção de inocência, consistindo no seguinte: como os recursos interpostos (recurso especial, recurso extraordinário ou agravo de instrumento de decisão que nega seguimento a qualquer dos apelos nobres) não possuem efeito suspensivo, mesmo assim apresenta-se como possível o cumprimento de mandato de prisão?

A resposta a esse indagação é não, em estrita observância à presunção de inocência.

Nesse sentido tem se posicionado o Supremo Tribunal Federal, merecendo destaque o julgamento do *Habeas Corpus* n. 84.078⁸², que fez valer a regra constitucional de que não se pode cumprir pena antes de tornar irreversível a decisão condenatória, havendo no voto do Ministro relator Eros Grau verdadeira declaração de apego e respeito ao texto constitucional e ao princípio da presunção de inocência.⁸³

Ainda na análise do princípio da presunção de inocência, fazendo-o em cotejo com dispositivos contidos no Código de Processo Penal, relevante demonstrar o anacronismo do artigo 595 do Código de Processo Penal, que estabelece ser impossível apreciar as razões do recurso do réu na hipótese dele vir a se encontrar foragido.

Afirma-se ser deserta a apelação. Impõe a prisão como uma hipótese de “preparo”⁸⁴ para admissão do recurso, eis situação verdadeiramente violentadora da presunção de inocência.

A recente reforma do processo penal perdeu a oportunidade de extirpar o artigo 595 do Código de Processo Penal, legado de um código autoritário e anacrônico, de uma época em que a Constituição não primava pela presunção da inocência.

Entrementes, mesmo inexistindo expressa revogação normativa, em boa hora o Supremo Tribunal Federal, novamente portando-se como verdadeiro guardião da Constituição

⁸² STF – HC n. 91.333, rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, j. 09.10.2007, *DJe*, n.165, de 18.12.2007.

⁸³ Dentre as várias afirmações relevantes feitas nesse julgado, verdadeiro rasgo de indignação do Ministro relator, acompanhado por maioria de seus pares do Plenário do Supremo Tribunal Federal, extrai-se a seguinte: “A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados – não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e recursos extraordinários, e subsequentes embargos e agravos, além do que ‘ninguém mais será preso’. Eis aí o que poderia ser apontado como incitação à ‘jurisprudência defensiva’, que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento desta Corte não pode ser lograda a esse preço”. (STF – HC n. 91.333, rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, j. 09.10.2007, *DJe*, n.165, de 18.12.2007).

⁸⁴ O Código de Processo Civil estabelece no artigo 511 a exigência do preparo do recurso, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção. O sentido dessa norma é explicado pelos juristas: “A interposição e a tramitação recursal importam dispêndio econômico – daí a razão pela qual é necessário que o interessado deposite os valores necessários à sua tramitação. Preparar o recurso significa adiantar a quantia necessária para fazer frente aos gastos financeiros oriundos da interposição do recurso”. (MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 508).

Federal, ao julgar o HC n. 85.961/SP⁸⁵, entendeu por declarar inconstitucional a exigência da se manter o acusado preso para vir a ser apreciado recurso, sob pena de considerá-lo deserto.

A decisão, ocorrida há pouco, interpretou que o dispositivo não foi recebido pela Constituição atual e, por isso, não está mais em vigor. Com efeito, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o artigo 595 do Código de Processo Penal não foi recepcionado pela ordem jurídico-constitucional vigente. A Suprema Corte, novamente confirmando a amplitude do princípio constitucional da não culpabilidade, entendeu que esse artigo contém pressuposto extravagante de recorribilidade, consistindo na exigência da prisão do recorrente.

Portanto, hoje vigora o seguinte: impossível antecipar o início da execução da pena, quando pendente recurso interposto pela defesa, ainda que não possuam essas insurgências processuais efeito suspensivo. Além disso, apresenta-se como impossível exigir a prisão ou manutenção na prisão do réu para interpor recurso, sendo ambas as hipóteses inconstitucionais, por ferirem o princípio da presunção de inocência.

Por derradeiro, cumpre fazer a aproximação dessas hipóteses com o processo criminal eleitoral.

Com efeito, essa situação tem ampla aplicação no processo penal eleitoral, no julgamento de recurso inominado – semelhante a apelação, em criminal eleitoral (art. 362 do Código Eleitoral) – com interposição de recurso especial eleitoral em matéria criminal, a ser apreciado pelo Tribunal Superior Eleitoral (art. 121, § 4º, V, da CF), quando o Tribunal Regional Eleitoral decidiu contra expressa disposição de lei ou houve divergência na interpretação de lei entre dois ou mais tribunais eleitorais.

Havendo a interposição de recurso especial para o Tribunal Superior Eleitoral, ou até mesmo de recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, enquanto não julgados esses recursos ou os respectivos agravos das decisões denegatórias de seguimento, impossível iniciar-se o cumprimento ou execução da pena.

⁸⁵ STF – HC 85.691/SP – Rel. Min. Marco Aurélio, j. 05.03.2009.

Nesse sentido, entendemos ser flagrantemente inconstitucional, tanto quanto o artigo 594 do Código de Processo Penal, revogado pela Lei n. 11.719/2008, o artigo 363 do Código Eleitoral, que afirma: “Se a decisão do Tribunal Regional for condenatória, baixarão imediatamente os autos à instância inferior para a execução da sentença, que será feita no prazo de cinco dias, contados da data da vista ao Ministério Público.”

Resulta evidente a colisão entre esse dispositivo legal e o princípio constitucional da presunção de inocência, devendo-se aplicar os entendimentos acima mencionados, lavrados pelo Supremo Tribunal Federal, sobre a amplitude da presunção de inocência no âmbito da Justiça Eleitoral, sendo terminantemente vedada a antecipação da pena ou a proibição de interposição de recurso, na hipótese de se encontrar foragido o réu.

Além disso, por óbvio, não podem incidir os efeitos da condenação enquanto não se operar o trânsito em julgado da sentença condenatória no processo penal eleitoral, mormente a inelegibilidade contida no artigo 1º, I, “e”, da Lei Complementar n. 64/90.

1.5 Princípio do juiz natural (art. 5º, XXXVIII e LIII, da CF)

Entre os princípios basilares do Estado Democrático de Direito, inerentes ao conceito de jurisdição (*nulla poena sine iudicio*), tem-se o do juiz natural, em que se objetiva primordialmente assegurar a todos os cidadãos o direito a um julgamento justo e imparcial.

Indiscutivelmente, esse princípio consiste em desdobramento do devido processo legal, apresentando um duplo conteúdo, tendo como destinatários tanto o indivíduo sujeito da prestação jurisdicional, como o Estado, responsável por organizar e ministrar a jurisdição.

Como consequência lógica da boa e adequada prestação jurisdicional, quem vai ser julgado não pode escolher quem vai julgá-lo, e muito menos o julgador pode vir a escolher os processos que deseja julgar.

Em tópicos separados, será esmiuçado o princípio do juiz natural e seus desdobramentos no processo penal, em especial sua importância como garantia fundamental e sua relevância para o processo criminal eleitoral.

1.5.1 Evolução histórica e conceito

A garantia do juiz natural sempre mereceu atenção do legislador constituinte, figurando em todas as Constituições do Brasil, desde a Constituição do Império (1824), havendo apenas uma exceção, a Constituição Federal autocrática de 1937, e consiste em síntese no direito que todo cidadão possui de antecipadamente conhecer o juiz ou tribunal que poderá vir a processá-lo e julgá-lo, afastando a hipótese de julgamento realizado por tribunal de exceção ou juízes escolhidos a dedo, assegurando ao cidadão um julgamento imparcial e justo, imune às influências do poder e aos casuísmos que desbordem as questões processuais debatidas no processo.

Esse princípio tem como principal escopo “resguardar o acusado de possíveis injustiças a que poderia estar exposto, em razão da possibilidade de manipulação dos órgãos julgadores, que ensejaria influências no resultado da decisão”.⁸⁶

Nem sempre foi assim, razão pela qual se apresenta como relevante traçar um breve apanhado histórico do princípio/garantia do juiz natural.

Embrionariamente, pode-se enxergar a semente do juiz natural na *Magna Charta Libertatum* do Rei João Sem Terra, quando afirma a possibilidade do julgamento pelos próprios pares. Porém, foi com o iluminismo e a adoção de ideias de Cesare Bonesana (Marquês de Beccaria), dentre outros, que o princípio passou a ser veementemente defendido e justificado (afastando o poder absoluto do monarca e possibilitando um julgamento isento e justo dos acusados).

Deve-se à França a primazia de incluir esse princípio no texto constitucional de 1790, como afirma Jorge de Figueiredo Dias:

⁸⁶ MARCON, Adelino. *O princípio do juiz natural no processo penal*. Juruá: Curitiba, 2004. p. 49.

Retomando uma experiência já feita pela Inglaterra, desde a Magna Carta de 1215 à *Petition of Rights* de 1628, e pelos EUA com as primeiras Cartas Constitucionais de 1776, a França, saída da Revolução, logo em 1790 incluía de forma inequívoca, na lei nova organização judiciária, o direito fundamental do cidadão a ser julgado por juízes que oferecessem as mais sólidas garantias: “A ordem constitucional das jurisdições – dizia a lei – não poderá ser subvertida nem os imputados poderão ser subtraídos aos seus juízes naturais.”⁸⁷

Posteriormente, a garantia passou a figurar em todas as Constituições dos países civilizados, constando também na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, e figurando expressamente na Convenção Americana dos Direitos Humanos (art. 8º, 1).

Hoje não remanesce o menor laivo de dúvidas a respeito da importância de se tutelar o princípio do juiz natural, sendo que em diversos julgados, o Supremo Tribunal Federal reafirma o princípio, quer vedando-se a transferência de feitos em curso para varas criadas posteriormente ao fato, quer, ainda, protegendo o cidadão, com a vedação de criação de varas especializadas, por intermédio de atos administrativos dos tribunais (resoluções ou provimentos)⁸⁸, quer, por fim, reconhecendo o direito do indivíduo de somente vir a ser processado e julgado perante o juiz competente.⁸⁹

1.5.2 Vedação a existência de tribunais de exceção ou *ad hoc*

Estabelece a Carta Magna, em seu artigo 5º, inciso XXXVII, a vedação aos tribunais ou juízos de exceção (fruto de uma vivência histórica recente, na qual o país teve que conviver com situações anômalas e esdrúxulas, como civis sendo julgados por cortes militares criadas depois do fato a ser julgado⁹⁰, bem como a suspensão de garantias fundamentais⁹¹), além da mudança das regras de jurisdição, da competência e da composição dos tribunais

⁸⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Reimpr. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 323.

⁸⁸ STF – HC n. 88.660-4, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 26.05.2007.

⁸⁹ STF – HC n. 73.801, rel. Min. Celso de Melo, *DJU*, de 27.06.1997.

⁹⁰ “Como ocorreu com o Tribunal de Segurança Nacional da ditadura vigente durante o Estado Novo, o qual findou com a promulgação da Constituição Federal de 1937, são aqueles criados ou instituídos após a prática de determinada conduta humana contrária ao ordenamento jurídico-penal.” (MARCON, Adelino, *O princípio do juiz natural no processo penal*, cit., p. 124.

⁹¹ O Ato Institucional n. 5, batizado de AI-5, de 13.12.1968, chegou a suspender a garantia constitucional do *habeas corpus*, como afirma o seu artigo 10: “Fica suspensa a garantia de *habeas corpus*, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular.”

durante o curso dos processos⁹², demonstrando verdadeiro casuísmo no ato de julgar e prestar a jurisdição.

Para assegurar essa garantia, tem-se como regra assentada e pacificada no conceito de jurisdição, a vedação aos tribunais de exceção, aos tribunais compostos para julgar determinadas situações já ocorridas (*ex post factum*), como demonstram historicamente o Tribunal de Nuremberg e o Tribunal de Tóquio. Não é possível no Estado Democrático de Direito conviver com essa anomalia e excrescência autoritária e ultrapassada.

Com relação aos tribunais de exceção, o princípio do juiz natural “quer evitar que a lei crie órgãos ou juízos para decisão *ad hoc* de determinadas causas” e que “este juízo não seja de exceção, isto é que não tenha sido constituído posteriormente à ocorrência do delito com a finalidade exclusiva de julgá-lo”.⁹³

Seria o caso de indagar: qual a imparcialidade e isenção de um julgamento cujos julgadores foram escolhidos já sabendo qual o fato ou caso a ser apreciado, havendo ingerência política na indicação do julgador ou constituição do tribunal? A resposta é óbvia: nenhuma.

Por essa razão é que o texto constitucional estabelece e determina que venham a ser seguidas as regras de provimento na magistratura, que existem para garantir a lisura do julgamento: para o juiz de primeiro grau, admitido mediante concurso de provas e de provas e títulos (art. 93, I); juiz da instância *ad quem*, promovido por antiguidade ou merecimento, dentre as vagas destinadas à magistratura, ou indicados para ter assento nos tribunais nas situações do quinto constitucional (art. 94); ou ainda, para o nobilitante cargo de ministro dos tribunais superiores, inclusive da Suprema Corte (arts. 101 e 104).

Nesse particular, a investidura do juiz eleitoral guarda especial peculiaridade, a ser explorada mais adiante; o fato dos juízes eleitorais, em regra, possuírem mandato ou atuarem em sistema de rodízio, em nada altera as regras do juiz natural, muito menos a vedação da

⁹² O mesmo AI-5 cassou três ministros do Supremo Tribunal Federal – Evandro Lins e Silva, Hermes Lima e Victor Nunes Leal –, menosprezando por completo prerrogativas da magistratura, como a vitaliciedade e a inamovibilidade, garantias que buscavam assegurar um julgamento justo e imparcial.

⁹³ GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira, *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica*, cit., p. 98.

existência de tribunais de exceção, conforme será apreciado com maiores detalhes em capítulo específico sobre a composição da Justiça Eleitoral.

Volvendo ao conceito de tribunal ou julgamento de exceção, ele possui uma dupla acepção ou compreensão, implicando tanto a hipótese de se constituir um juízo ou tribunal após o fato a ser julgado, escolhendo-se politicamente os julgadores, como também a realização de um julgamento sem a observância das garantias mínimas, verdadeiro julgamento de exceção, autoritário e apartado das regras inerentes ao processo penal democrático e justo.

Derradeiramente na análise da vedação aos tribunais de exceção, tão relevante é essa situação que o Supremo Tribunal Federal tem inclusive se posicionado de forma contrária à concessão de extradição, quando restam dúvidas sobre a incidência de justiça excepcional.

Aliás, oportuno mencionar o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o conceito de tribunal de exceção, ao julgar a Extradução n. 524. Naquela oportunidade, afirmou a Suprema Corte:

A noção de tribunal de exceção admite, para esse efeito, configuração conceitual mais ampla. Além de abranger órgãos estatais criados *ex post factum*, especialmente instituídos para o julgamento de determinadas pessoas ou de certas infrações penais, com evidente ofensa ao princípio da naturalidade do juízo, também compreende a supressão, em desfavor do réu, de qualquer das garantias inerentes ao devido processo legal. A possibilidade de privação, em juízo penal, do *due process of law*, nos múltiplos contornos em que se desenvolve este princípio assegurador dos direitos e da própria liberdade do acusado – garantia de ampla defesa, garantia do contraditório, igualdade entre as partes perante o juiz natural e garantia de imparcialidade do magistrado processante – impede o válido deferimento do pedido extradicional.⁹⁴

Desse modo, impõe-se ratificar que para o Supremo Tribunal Federal está completamente vedada a possibilidade de permitir a existência de um tribunal de exceção com todas as mazelas que uma Justiça casuísta e que menospreza os direitos e garantias processuais traz em seu bojo.

⁹⁴ STF – Extradução n. 524, rel. Min. Celso de Mello, *DJU*, de 08.03.1991, p. 2.200.

Este o entendimento hoje predominante no moderno e democrático processo penal: a abolição por completo da possibilidade de existência de um tribunal *ad hoc*, com todos os malefícios que uma Justiça de exceção pode trazer para a democracia e para o fortalecimento dos princípios inerentes ao devido processo legal.

1.5.3 Amplitude e desdobramentos do princípio do juiz natural

A impossibilidade da constituição do juízo ou tribunal *ex post factum*, a expressa vedação da existência de tribunais de exceção e a impossibilidade de designação aleatória do magistrado para julgar determinado assunto ou para promover substituição, com respeito às regras da substituição automática, além da impossibilidade de modificação da competência por atos normativos, definem a amplitude e os principais desdobramentos processuais do juiz natural.

Comentando esse princípio e os preceitos constitucionais mencionados, diz a doutrina:

Consistem os dispositivos constitucionais na determinação de que os litígios devam ser processados e julgados por órgão judicial previamente estabelecido, criado regularmente por lei. Daí se destacam dois elementos indisponíveis: a anterioridade e a legalidade da criação do órgão judicial.⁹⁵

O princípio do juiz natural em verdade deriva de uma consequência lógica de dois outros princípios constitucionais: isonomia e devido processo legal, posto que sua incidência implica a vedação completa de afastamento do juiz da causa e de nomeação aleatória ou a dedo de julgadores.

Ao se promover mudanças na lei processual, inclusive na Lei de Organização Judiciária no âmbito dos Estados da Federação (art. 125, § 1º, CF), deve-se respeitar na íntegra o princípio do juiz natural (extinção e criação de Varas Especializadas, *v.g.*).

No dizer da doutrina:

⁹⁵ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. *O processo penal em face da Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 60.

A imparcialidade do juiz, mais do que simples atributo da função jurisdicional, é vista hodiernamente como seu caráter essencial, sendo o princípio do juiz natural erigido em núcleo essencial do exercício da função. Mais do que direito subjetivo da parte e para além do conteúdo individualista dos direitos processuais, o princípio do juiz natural é garantia da própria jurisdição, seu elemento essencial, sua qualificação substancial, Sem o juiz natural, não há função jurisdicional possível.⁹⁶

Dessarte, chega-se à conclusão que o princípio possui um tríplice significado:

- a) Ele põe em evidência, em primeiro lugar, o plano da fonte: só a lei pode instituir o juiz e fixar-lhe a competência;
- b) Em segundo lugar, procura ele explicitar um ponto de referência temporal, através deste afirmando um princípio de irretroatividade: a fixação do juiz e da sua competência tem de ser feita por uma lei vigente já ao tempo em que foi praticado o facto criminoso que será objecto do processo.
- c) Em terceiro lugar, pretende o princípio vincular a uma ordem taxativa de *competência*, que exclua qualquer alternativa a decidir arbitrária ou mesmo discricionariamente.⁹⁷

Zelar pelo cumprimento desse tríplice desdobramento ou significado do conceito de juiz natural deve ser obrigação inerente a todo Estado Democrático de Direito, onde, verdadeiramente, somente se estará diante de um processo genuinamente legítimo se o princípio do juiz natural for cumprido e respeitado em sua inteireza, posto que, caso parem dúvidas sobre o descumprimento de qualquer das facetas do juiz natural, existirão suspeitas sobre a regularidade da punição e a legalidade da jurisdição prestada, enfim, sobre a higidez, imparcialidade e justiça da decisão proferida.

1.5.4 Questões atuais e polêmicas ligadas ao princípio do juiz natural

Trata-se o princípio do juiz natural de tema apaixonante e extremamente amplo, não se afigurando como possível, no presente trabalho, vir a exaurir a sua análise. Porém, considerando o significado do tema e os seus contornos, inerentes a qualquer ramo ou estudo segmentado do direito processual penal, far-se-á uma análise, ainda que perfunctória, dos

⁹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 39.

⁹⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito processual penal*, cit., p. 323.

principais desdobramentos e de questões ainda hoje polêmicas, versando ou estando ao redor do conceito de juiz natural.

1.5.4.1 Especialização de varas em razão da matéria por resolução do Tribunal

Dentre as questões atuais e de grande possibilidade de discussão acadêmica, diretamente ligadas ao conceito de juiz natural, tem-se a especialização de varas (mormente no âmbito do Poder Judiciário Federal), por intermédio de instrumentos normativos (resoluções ou provimentos de Tribunais ou decisão do Conselho da Justiça Federal).

A indagação que se faz é a seguinte: apresenta-se como possível, sem menoscabar o “plano da fonte, onde somente lei pode fixar competência”, vir a estabelecer a delimitação da competência por intermédio de resolução ou provimento de Tribunal?

A resposta, indiscutivelmente, deve ser no sentido negativo. Impossível a modificação da competência por resolução ou provimento do Tribunal, resultando inadequado e antidemocrático, após a criação por resolução de Vara especializada, determinar a redistribuição dos feitos em curso no Poder Judiciário.

Nessa direção e trilhando essa senda caminham os atuais entendimentos doutrinários, citando-se um, que vale por todos, e pontifica o seguinte:

A afirmação de que a existência de Justiças especializadas, ou a criação de Varas especializadas não fere o princípio em análise não estaria correta se essa medida fosse realizada por forma que não a autorizada em lei. Necessário que essa criação ocorra por lei, afastando assim a possibilidade de subjetivismo e o comprometimento da imparcialidade.⁹⁸

Inicialmente, tem-se conhecimento do surgimento desse problema no âmbito do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que, por conduto da Resolução n. 20, de 26.05.2003,

⁹⁸ CONEGLIAN, Olivar Augusto Roberti. Princípio do juiz natural. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; LOPES, Maria Elizabeth de Castro. (Orgs.). *Princípios processuais civis na Constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 169.

especializou Varas Federais Criminais para processar e julgar crimes de lavagem de dinheiro e contra o Sistema Financeiro Nacional.

Vários foram os questionamentos feitos pela doutrina, sobre essa modificação de competência, que viola, além da primazia da fonte (somente lei *stricto sensu*), pode alterar o foro competente e conspurca também a regra básica da competência *ratione loci*, fazendo-o por simples resolução, entrando em rota de colisão, a um só tempo, com o princípio do juiz natural agasalhado no artigo 5º, LIII, da *Lex Fundamentalis*, como também com a competência para legislar sobre matéria processual (privativa da União, conforme o art. 22, I, da CFRB), e, por fim, demonstra evidente menosprezo ao disposto no artigo 70 do Código de Processo Penal.

Indiscutivelmente, “neste ato normativo foi ofendida a regra processual que determina como competente o lugar do crime, para processar e julgar o agente imputado, e foram lesados os princípios do juiz natural e da ampla defesa”.⁹⁹

Além desse caso, no qual se aponta ofensa praticada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, tem-se outra questão que chegou a ser objeto de discussão perante o Supremo Tribunal Federal.

Melhor explicando o *leading case*: o Tribunal Regional Federal da 5ª Região criou por resolução Varas Federais especializadas em combate à lavagem de dinheiro e crimes contra a ordem financeira, determinando inclusive a redistribuição dos processos em tramitação na Subseção Judiciária de Fortaleza/CE.

Ao apreciar *habeas corpus*¹⁰⁰, o Supremo Tribunal Federal entendeu que não pode resolução de Tribunal vir a modificar a competência das Varas especializadas e essa modificação ter validade para açambarcar os processos que estão em curso.

Somente os novos feitos, a contar da vigência da resolução, é que poderiam ser distribuídos para a Vara de competência especializada.

⁹⁹ MARCON, Adelino, *O princípio do juiz natural no processo penal*, cit., p. 124.

¹⁰⁰ STF – HC n. 88.660-4/CE, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 26.05.2007.

Essa forma de pensar do Supremo Tribunal Federal, enfatiza a garantia do juiz natural e evita que ataques e normas casuístas venham a desrespeitá-la, embora ainda não tenha feito em sua inteireza, posto que o adequado seria ter vedado por completo a definição de competência por intermédio de ato administrativo interno de Tribunal (resolução ou provimento), evitando-se abrir um precedente perigoso, no escopo de se permitir a violação do plano da fonte, e se menosprezem garantias e conquistas históricas e fundamentais do indivíduo frente ao Estado.

1.5.4.2 Princípio do juiz natural e o *tempus regit actum*

Outro importante desdobramento do referido princípio diz respeito à discussão sobre a vigência de lei *ratione materiae*, que altera a competência (aplicação aos feitos em curso ou somente aos feitos futuros – relativização do *tempus regit actum*).

Ou seja: norma processual que modifica rito ou regras de julgamento e que entra em vigor durante o curso do processo deve ser aplicada de imediato (indagando-se até que fase ou momento) ou somente deve ter validade para os casos a serem praticados após a vigência da lei?

Predomina o entendimento doutrinário e jurisprudencial que se deve pôr em prática o princípio *tempus regit actum* e se determinar a realização dos atos processuais que ainda estão pendentes à luz da nova lei.

Insista-se que vez por outra essa situação enseja polêmica, podendo-se destacar, à guisa de exemplo, o caso da Lei n. 9.299/96, que alterou a competência da Justiça Militar, retirando desse foro as hipóteses de crimes dolosos contra a vida praticados por militar contra civil, devendo os mesmos virem a ser julgados pelo Tribunal do Júri.

Não obstante opiniões abalizadas no sentido de que essa norma somente valeria para os casos praticados após a sua vigência, não prevaleceu esse entendimento, e todos os processos que estavam em curso e envolviam militares foram a julgamento pelo Tribunal do

Júri, merecendo especial destaque o famoso caso denominado pela imprensa de “chacina da Candelária”.

É exceção ao entendimento mencionado a lei que modifica a competência entrar em vigor quando o caso já tenha sido julgado em primeira instância; nessa hipótese, nada se altera e o processo continua no Juízo ou Tribunal anteriormente competente.¹⁰¹

Portanto, no caso da modificação da competência para processar e julgar crime doloso contra a vida praticado por militar, inserida no ordenamento jurídico pátrio por força da Lei n. 9.299/99 (hoje, inclusive, alçada a *status* de matéria constitucional – art. 125, § 4º da CF, com a redação da EC n. 45/2004), caso não tenha ocorrido o julgamento quando da vigência da lei (ainda que em primeira instância, o feito será remetido para a Vara especializada no julgamento de crimes dolosos contra a vida), em havendo pronunciamento da Justiça à época do fato competente, tem-se a validação do julgado, havendo, com esse comportamento, respeito ao princípio do juiz natural.

1.5.4.3 A impossibilidade da designação aleatória de magistrado e o respeito aos substitutos legais

Ainda dentre as questões relevantes que gravitam em torno do princípio do juiz natural, há a necessidade de um regramento claro versando sobre os critérios utilizados na substituição do magistrado competente, quer em razão de afastamentos funcionais (licenças, férias, aposentadoria, etc.), quer ainda por força das hipóteses em que o afastamento ocorre para assegurar a isenção e imparcialidade do julgamento (impedimento – arts. 134 do CPC e 252 do CPP; suspeição – arts. 135 do CPC e 254 do CPP), dispositivos aplicáveis ao processo penal eleitoral.

¹⁰¹ STF – HC n. 76.510/SP, rel. Min. Carlos Velloso, *DJU*, de 15.05.1998.

Diz a Constituição Federal, em seu artigo, 125 que o Poder Judiciário, no âmbito dos Estados, deve estar regrado pela Lei de Organização Judiciária¹⁰²; além disso, deve-se observar a Lei Orgânica da Magistratura Nacional¹⁰³ e os Regimentos Internos dos Tribunais.

Insista-se que esse cipoal de preceitos deve ser seguido, mormente no respeito às regras básicas e inerentes à jurisdição, e em especial aos critérios atinentes à substituição do juiz titular (por questões funcionais ou processuais inerentes à isenção da jurisdição).

Melhor explicando: assim como configura visível ofensa ao juiz natural a escolha a dedo do juiz que irá julgar a causa (sendo o juiz competente), também constitui menosprezo ao princípio a definição, sem observância de critérios previamente estabelecidos em lei, do substituto legal do juiz competente ou de juiz convocado para atuar em órgão fracionário de um Tribunal (Câmara ou Turma).

Não pode o Tribunal promover a designação de substituto sem a existência e a observância de critérios.

Em verdade, as mesmas regras para a escolha do juiz titular devem ser observadas quando da designação do juiz substituto, por qualquer das hipóteses legais que legitime ou determine a substituição.

Afirma a doutrina:

Assim, o substituto legal, investido antes da ocorrência do fato, também é juiz natural. Então, a designação de juiz de direito de outra Comarca para funcionar nos processos, substituindo o juiz titular, encontrando-se ou não em exercício o juiz substituto da Seção Judiciária respectiva, viola o princípio do juiz natural e do devido processo legal.¹⁰⁴

¹⁰² “A organização judiciária envolve: a) constituição, estrutura, atribuições e competências dos tribunais, bem como de seus órgãos de direção e fiscalização; b) constituição, classificação, atribuições e competências dos juizes; c) organização, disciplina e atribuições dos serviços auxiliares da justiça, inclusive tabelionato e ofícios de registros públicos; d) criação e extinção de cargos nos próprios tribunais, de juizes, de serviços auxiliares e de varas. A divisão judiciária compreende a criação, a alteração e a extinção das seções, circunscrições, comarcas, termos e distritos judiciários, bem como sua classificação.” (SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 590).

¹⁰³ “A lei complementar, prevista no artigo 93, que ainda é, como visto, a Lei Complementar n. 35, de 1979 (LOM), é que estabelece o Estatuto da Magistratura Nacional e, assim também o da Estadual e do Distrito Federal e Territórios, às quais se aplicam as regras e princípios já vistos relativamente ao ingresso e promoção na carreira, ao acesso aos tribunais, aos vencimentos, à aposentadoria, remoção e disponibilidade, aos proventos da inatividade e à publicidade do julgamento e sua motivação, consoante os princípios enunciados nos incisos do artigo 93.” (SILVA, José Afonso da, *Comentário contextual à Constituição*, cit., p. 591).

¹⁰⁴ MARCON, Adelino, *O princípio do juiz natural no processo penal*, cit., p. 195.

Relevante questão, que merece uma adequada reflexão, diz respeito à existência nos Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais e até no Superior Tribunal de Justiça de juízes (no caso do STJ, de desembargadores) convocados.

Seria o caso de indagar: essas convocações respeitam o princípio do juiz natural?

Embora existam posições no sentido de que se apresentaria como impossível que um juiz de primeiro grau fizesse as vezes de um desembargador, ou ainda que um desembargador tivesse legitimidade para atuar como ministro de Tribunal Superior, o fato é que, em razão do tamanho continental do país e de uma proporção inadequada de juízes por habitantes, existe inegavelmente grande déficit de juízes, havendo uma desproporção entre o quantitativo de julgadores e a demanda judicial que precisa ser efetiva e célere.

Além disso, impende registrar que existem hipóteses de imprescindibilidade na substituição (em especial nos Tribunais, onde pode ocorrer ausência do desembargador por questões funcionais, férias, licenças, aposentadoria, etc.), devendo integralizar o número de juízes na instância *ad quem*, viabilizando, inclusive, o *quorum* para julgamento.

O que se deve evitar, contudo, são os abusos, em que em órgãos fracionários de determinados tribunais têm um número de juízes convocados que ultrapassa o número de titulares da câmara ou turma (ou seja, não soa razoável que em uma câmara de três julgadores tenha-se dois juízes convocados e um desembargador, ou ainda, que em uma turma de cinco julgadores, atuem três juízes convocados e dois juízes de segundo grau).

Deve-se respeitar a natureza do duplo grau de jurisdição e a composição majoritária da câmara ou turma deve ocorrer com magistrados integrantes da Corte, e não com juízes convocados.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça tem lavrado sucessivas decisões (HC n. 9.405/SP, *DJU*, de 18.06.2001; HC n. 72.841/SP, *DJU*, de 19.11.2007; HC n. 105.413/GO, j. 27.05.2008), afirmando que “a própria Carta Magna restringe a competência de órgão revisor formado por juízes de primeiro grau ao julgamento de recursos que versem sobre crimes de

menor complexidade e infrações de menor potencial ofensivo, no âmbito da Turma Recursal dos Juizados Especiais”.¹⁰⁵

Parece-nos adequado o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, devendo-se adotar critérios e cuidados na convocação de magistrados de primeiro grau para ofertar seus préstimos no segundo grau, sob pena de, em não havendo respeito a determinadas regras (convocação com prazo determinado, composição do órgão fracionário majoritariamente por magistrados de segundo grau, etc.), ter-se menosprezo ao princípio do juiz natural.

Derradeiramente, entende-se oportuno tecer alguns comentários, ainda que não definitivos, com relação ao princípio do juiz natural e à existência de “mutirões” realizados em determinada Comarca ou Vara, encetados com o propósito de viabilizar o saneamento processual, realizar a instrução de processo criminal, colhendo a prova necessária, bem como o julgamento de feitos processuais que aguardam por largo interstício, meses ou às vezes anos a fio, sem o julgamento do *meritum causae*.

Sabe-se que com o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, o princípio da duração razoável do processo ganhou lugar no rol das garantias fundamentais (art. 5º, LXXVIII, da CF), sendo prevista constitucionalmente a prestação jurisdicional isenta, igualitária, promovida por magistrados imparciais, assegurando-se ainda o julgamento célere das causas e feitos judiciais (a duração razoável do processo já explorada anteriormente, uma vez que interessa sobremaneira ao direito processual eleitoral).

Pois bem, diante de referida constatação, chega-se ao seguinte dilema: como assegurar prestação jurisdicional rápida e eficaz se existe uma enormidade de processos para serem julgados (transpondo a capacidade física do magistrado), devendo-se ainda respeitar o princípio do juiz natural?. Diante desse contexto, indaga-se: a realização de mutirões implica em violação ao princípio do juiz natural?

Necessário *in casu* fazer um juízo de ponderação: promove-se o mutirão e se busca o julgamento dentro de um prazo razoável, ou impede-se o mutirão, em respeito ao juiz natural?

¹⁰⁵ STJ – HC n. 105.413/GO, rel. Min. Laurita Vaz, j. 27.05.2008.

O entendimento de estudiosos da matéria é no sentido de que “colocando-se em análise conjunta os princípios do juiz natural e o da duração razoável do processo, faz-se uma opção pela solução que busque uma resposta mais rápida para o litígio”¹⁰⁶, forma de pensar que merece ressalvas, pois em nome de uma eventual celeridade processual não se pode flexibilizar cláusulas pétreas, mas que é acompanhada pelo Supremo Tribunal Federal em diversos julgados.¹⁰⁷

Eis questão que ainda merece uma maior reflexão e que se encontra em aberto, sendo possível, com amparo no juiz natural, questionar esses “mutirões”, critérios para escolha dos processos que serão objeto de referido mutirão, juízos afetados e formas de execução. Nem sempre a solução mais rápida e prática é a que melhor contempla os princípios e garantias constitucionais.

¹⁰⁶ CONEGLIAN, Olivar Augusto Roberti, *Princípio do juiz natural*, cit., p. 169.

¹⁰⁷ STF – HC n. 82.548/SE, rel. Min. Carlos Velloso, *DJU*, de 03.12.2002; e AgR AI n. 413.423/PR, rel. Min. Gilmar Mendes, *DJU*, de 12.12.2002.

2 JUSTIÇA ELEITORAL

2.1 Evolução histórica

Importante promover um traçado, ainda que resumido, da evolução histórica da escolha dos representantes, primeiramente em eleições indiretas, em que predominava a vontade da Coroa (no Brasil Colônia, inexistia uma legislação própria, vigorando, nesse particular, as Ordenações Filipinas), perpassando pelo atendimento dos poderes do monarca – no Brasil Império, sob a vigência da Constituição de 1824, o sufrágio era restrito e censitário – e afinal dos líderes políticos locais – “coronéis” –, na primeira República.

Não se pode olvidar que existiram, na história do Brasil Republicano, ditaduras que tisonaram a evolução da escolha democrática (ditadura Vargas, instaurada com a Constituição de 1937 e instituição do Estado Novo, que perdurou até 1945; e o período de exceção implantado pelos governos militares, que iniciou com a deposição do presidente eleito em 1964 e concluiu em 1985¹⁰⁸), até se chegar ao estágio atual, em que se assegura o pleno respeito ao sufrágio universal e ao voto direto, secreto, com valor igual e periódico, respaldado na Constituição Federal de 1988, em seus artigos 14 e 60, parágrafo 4º, II.

Buscar-se-á fazer a análise apresentando um apanhado das formas de composição e realização do prélio eleitoral, bem como do principal cancro que sempre afetou a existência de eleições verdadeiramente livres em nosso país: a corrupção eleitoral.

A fraude e o logro à vontade do eleitor possuem raízes profundas no Brasil, desde o momento histórico em que se conspurcava o resultado das eleições, promovendo a prática de atos de corrupção, realizados às escâncaras em episódios definidos jocosamente de “eleições de bico de pena” e “sistema de degola”, situações que serão doravante exploradas, até o sistema hoje vigente, destacando-se que hodiernamente a corrupção eleitoral opera-se em

¹⁰⁸ O fim dos governos militares se deu com a eleição indireta de Tancredo Neves para a Presidência da República, provocando a instauração de um novo regime político no país, viabilizando a convocação da Assembleia Nacional Constituinte de 1986, que desembocou na Constituição Federal de 05.10.1988, representando o “reencontro com a democracia, depois da mais duradoura intervenção militar da história republicana. De 31 de março de 1964 a 15 de março de 1985. Vinte anos, onze meses e quinze dias” (COUTO, Ronaldo Costa. *História indiscreta da ditadura e da abertura*: Brasil, 1964-1985. 3. ed. São Paulo: Record, 1999. p. 345).

diversas esferas: na burocracia interna dos partidos, viabilizando o favorecimento de alguns filiados, com o fenômeno do “caciquismo”, até os desvios ocorridos na campanha e no pleito eleitoral, configurando verdadeiros abusos do poder político e econômico, descambando para a distribuição de remédios, alimentos, dinheiro, material de construção e diversos outros utensílios domésticos, no escopo de captar fraudulentamente a vontade do eleitor.¹⁰⁹

Não se pode dissociar essa questão da evolução da Justiça Eleitoral e do direito eleitoral, bem como do fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

Chega-se a uma conclusão óbvia: impossível vicejar a democracia diante da ausência de eleições livres, em que não se respeita a vontade soberana do eleitor e os princípios fundantes do Estado de Direito.

2.1.1 Primórdios da escolha dos representantes populares pelo voto e da legislação eleitoral brasileira

A tradição de escolha pelo voto (ainda que não universal) no Brasil iniciou-se com a votação para os representantes das Câmaras de Vereadores, destacando-se que “a importância da Câmara avulta nos períodos da Colônia e do Império, nos quais não tínhamos o Executivo local como órgão diferenciado e autônomo”.¹¹⁰

¹⁰⁹ Merece registro que essas últimas hipóteses de distribuição ou doação de bens, alimentos e utensílios aos eleitores configura a um só tempo a prática do crime capitulado no artigo 299 do Código Eleitoral, posto em sua redação original (Lei n. 4.737/65), sendo certo que tanto o candidato corruptor como o eleitor corrupto devem, *in thesi*, sofrer enquadramento em referido tipo penal; recentemente, essa conduta veio a ser tipificada como ilícito civil eleitoral (art. 41-A da Lei n. 9.504/97), podendo implicar na cassação do registro do candidato ou do diploma do político eleito, por captação ilícita de sufrágio, sendo apurada por intermédio de representação eleitoral, ação de investigação judicial eleitoral (AIJE), ação de impugnação de mandato eletivo (AIME) e recurso contra expedição de diploma (RCED). Após assegurado o exercício do contraditório e da ampla defesa, restando comprovado que a distribuição de benesses aos eleitores carentes contava com a anuência ou beneplácito do candidato, sofre ele sanção cível eleitoral com efeitos imediatos, sendo afastado do pleito eleitoral ou tendo o seu diploma cassado, determinando a Justiça Eleitoral que venha a deixar de ocupar o cargo para o qual foi eleitoralmente investido.

¹¹⁰ LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997. p. 127.

Aplicava-se nesse processo eleitoral o que se encontrava estabelecido nas Ordenações Filipinas (título 67 do livro I), pois “o processo da eleição vinha minudentemente descrito”¹¹¹ nesse diploma normativo aplicável aos moradores da Colônia portuguesa.

Ainda no Brasil Colônia, em 1821, D. João VI convocou eleições gerais para a escolha de representantes aptos a elaborarem a Carta Constitucional da Monarquia de Portugal, sendo essa “a primeira vez que houve uma votação para cargos gerais, já que antes as eleições se restringiam à escolha dos membros do Legislativo local”.¹¹²

Em 1881, promulgou-se a Lei Saraiva, estabelecendo em todo o Império a eleição direta, elevando o censo para o alistamento.

Portanto, durante o Brasil Império, vigorava a figura do voto censitário e, para se constituir em eleitor, dever-se-ia possuir uma renda anual igual ou superior a duzentos mil réis em bens de raiz, quantia bastante considerável para a época; para se candidatar ao parlamento, a renda deveria ser igual ou superior a quatrocentos mil réis.

Verifica-se que se estava diante de um sufrágio restrito (tanto pelo critério censitário como capacitário), restando excluídos os que não possuíam essa renda financeira, as mulheres, os escravos (evidentemente) e os iletrados (imensa maioria da população).

Logo, diante das características vigentes no Império, o direito a voto (que se realizava de forma indireta) consistia em um privilégio de poucos.

São desse estágio os primórdios da Justiça Eleitoral, eis que competia ao juiz de direito da Comarca, com recurso para o Tribunal de Relação “a atribuição de julgar da validade ou nulidade da eleição, inclusive da apuração de votos, decidindo todas as questões concernentes a esses assuntos”.¹¹³

¹¹¹ LEAL, Victor Nunes, *Coronelismo, enxada e voto*, cit., p. 128.

¹¹² VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. *Elementos de direito eleitoral*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 14.

¹¹³ LEAL, Victor Nunes, ob. cit., p. 133.

Esse o ancestral mais remoto da Justiça Eleitoral, instituído, portanto, conjuntamente com a Lei Saraiva em 1881, antes da proclamação da República, ainda em vigor a primeira Constituição do Brasil, de 1824.

Com o advento da Constituição de 1891 (primeiro texto constitucional da República), teve-se uma ampliação do direito ao sufrágio (embora, ainda mantido como censitário indireto, posto que vedado o direito ao voto dos mendigos), inexistindo previsão do direito ao voto para as mulheres (somente conquistado em 1932), além da exclusão dos analfabetos e dos praças de pré (militares que não ocupavam qualquer patente e não possuíam formação superior).

Avançando nesse contexto histórico, com a revolução de 1930, questionou-se a lisura do pleito eleitoral e o resultado obtido nas urnas, posto que as eleições realizadas na Primeira República estavam contaminadas pela fraude e pela superposição da vontade política dominante, prevalecendo o desejo dos líderes políticos preponderantes e não os anseios da maioria da população, em um ciclo vicioso que impedia o amadurecimento democrático.

Versando sobre essas fraudes no processo eleitoral brasileiro, leciona Victor Nunes Leal, em obra de referência sobre a evolução das eleições no país:

Duas falsificações mais importantes dominavam as eleições da Primeira República: o *bico de pena* e a *degola* ou *depuração*. A primeira era praticada pelas mesas eleitorais, com funções de junta apuradora: inventavam-se nomes, eram ressuscitados os mortos, e os ausentes compareciam; na feitura das atas, a pena todo-poderosa dos mesários realizava milagres portentosos. A segunda metamorfose era obra das câmaras legislativas no reconhecimento de poderes: muitos dos que escapavam das ordálias preliminares tinham seus diplomas cassados na provação final.¹¹⁴

Vigorava um sistema de verificação de poderes e, diante da ausência do Poder Judiciário Eleitoral, competia ao Legislativo reconhecer como válido o resultado das eleições.

Portanto, não obstante visível a ampliação do exercício do direito ao sufrágio com a proclamação da República, as eleições até 1930 foram realizadas sob forte suspeição, havendo evidente ingerência política e existindo notícias de inúmeras fraudes, não se podendo confiar no resultado declarado como sendo, efetivamente, o saldo das urnas e da vontade do povo.

¹¹⁴ LEAL, Victor Nunes, *Coronelismo, enxada e voto*, cit., p. 255-256.

Advém dessa época a figura do “coronel político”, com ascendência e predominância nas Regiões Norte e Nordeste; os “coronéis” eram grandes proprietários de terra, possuidores de patrimônio e renda, configurando-se em pessoas com prestígio político e social, responsáveis por impor sua forma de pensamento a uma enorme massa de famintos e analfabetos que constituíam o Brasil eminentemente rural das décadas de 20, 30 e 40 do século passado.

Impende registrar que provém do mandonismo imposto pelo “coronel político” as figuras do “voto de cabresto” e do “curral eleitoral”, mormente pelo fato de que os grandes proprietários de terra recebiam as urnas e realizavam as eleições em suas fazendas, havendo evidente ingerência e influência no resultado do pleito; impunha-se ao trabalhador rural semialfabetizado a vontade de seu patrão ou líder político (em verdadeira relação de suserano e vassalagem), descambando para fraudes eleitorais, como as que resultaram na insurreição de 1930.

A esse respeito, diz relevante estudo sobre o tema:

Qualquer que seja, entretanto, o chefe municipal, o elemento primário desse tipo de liderança é o “*coronel*”, que comanda discricionariamente um lote considerável de *votos de cabresto*. A força eleitoral empresta-lhe prestígio político, natural coroamento de sua privilegiada situação econômica e social de dono de terras. (...)

Esta ascendência resulta muito naturalmente da sua qualidade de proprietário rural. A massa humana que tira a subsistência das suas terras vive no mais lamentável estado de pobreza, ignorância e abandono.¹¹⁵

É nesse contexto que surgiu o primeiro Código Eleitoral e se criou a Justiça Eleitoral, como ramo especializado para prestar jurisdição, no escopo de aplicar o direito e dirimir os conflitos resultantes do processo eleitoral, responsável ainda pelo cadastramento dos eleitores, presidência das eleições e proclamação do resultado, buscando primordialmente reduzir as fraudes e assegurar o advento de eleições probas, nas quais deveria prevalecer a vontade do eleitor, sendo investidos nos cargos públicos eletivos aqueles que efetivamente tivessem a maioria dos votos sufragados em seu nome.

¹¹⁵ LEAL, Victor Nunes, *Coronelismo, enxada e voto*, cit., p. 42-43.

2.1.2 Criação da Justiça Eleitoral

Dando azo ao propósito de moralizar as eleições no país, viabilizando o respeito à representação popular, além de ampliar o direito ao sufrágio, buscando torná-lo universal, a Revolução de 1930 desaguou na aprovação do Decreto n. 21.076, de 24 de fevereiro de 1932, criando o Código Eleitoral. Esse diploma inovou em vários pontos, podendo-se afirmar que “instituiu o voto feminino, baixou a 18 anos o limite de idade para ser eleitor e deu segurança efetiva ao sigilo do sufrágio”.¹¹⁶

O primeiro Código Eleitoral do país, entretanto, teve indiscutivelmente como principal inovação a criação de uma Justiça especializada, posteriormente estabelecida como de jurisdição especial, inclusive apta a julgar, desde o seu nascimento, matéria penal referente aos crimes eleitorais.

Nesse diapasão, afirma a doutrina que o Código Eleitoral de 1932 “teve o mérito de criar a Justiça Eleitoral como instituição independente, voltada exclusivamente para a organização das eleições (alistamento eleitoral, votação, apuração dos votos, proclamação e diplomação dos eleitos) e a resolução dos conflitos nelas surgidos”.¹¹⁷

Passou-se a confiar o resultado das eleições definitivamente ao Poder Judiciário, buscando uma decisão isenta e apartada das paixões políticas, além de desapegada das influências dos coronéis, objetivando acabar com o mandonismo e a fraude reinantes no processo eleitoral.

Evidentemente que a instituição da Justiça Eleitoral por si só não foi o suficiente para extirpar as muitas fraudes eleitorais. Entretanto, evoluiu-se para um sistema próximo do hoje existente, sendo “confiado à magistratura todo o processo eleitoral, desde a qualificação até a apuração dos votos e proclamação dos eleitos”.¹¹⁸

¹¹⁶ LEAL, Victor Nunes, *Coronelismo, enxada e voto*, cit., p. 257.

¹¹⁷ GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*: conforme Resolução n. 22.610/2007 do TSE. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 49.

¹¹⁸ LEAL, Victor Nunes, ob. cit., p. 268.

A Constituição Federal de 1934 expressamente estabeleceu a Justiça Eleitoral como segmento do Poder Judiciário, versando sobre sua competência e determinando se tratar de instituição permanente e independente. Esse diploma normativo foi importante para o fortalecimento dessa novel Justiça especializada, posto que “constitucionalizou a Justiça Eleitoral e consagrou a competência exclusiva da União para legislar sobre matéria eleitoral, cuidou ainda dos eleitores e das inelegibilidades”.¹¹⁹

Posteriormente ao Código Eleitoral de 1932, já tendo havido a incorporação ao texto constitucional da competência da Justiça Eleitoral, foi editada a Lei n. 48, de 4 de maio de 1935, promovendo algumas modificações ao Código Eleitoral, que para muitos analistas e estudiosos da matéria, é considerado como o segundo Código Eleitoral.

Com o surgimento da Carta Constitucional de 1937, outorgada durante o Estado Novo no governo Getúlio Vargas, ao se versar sobre Poder Judiciário, excluiu-se de propósito a Justiça Eleitoral.

Logo, durante a ditadura do Estado Novo, com a supressão das garantias fundamentais, inclusive do direito ao voto e das eleições periódicas, não havia Justiça Eleitoral.

Portanto, de 1937 a 1945, inexistiu no país a Justiça especial em matéria eleitoral, tendo sido novamente criada por intermédio do Decreto n. 7.586/45.

Após esse interstício, houve a edição de um novo Código Eleitoral, com o advento da Lei n. 1.164, de 24 de julho de 1950, que vigorou por quinze anos, sendo que em 19.07.1965 foi publicado o atual Código Eleitoral (Lei n. 4.737, de 15.07.1965), conforme demonstra o seu artigo 382.¹²⁰

¹¹⁹ CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. *Preleções de direito eleitoral: direito material*. Rio de Janeiro: Lumen Juris; Del Rey, 2006. v. 1, p. 610.

¹²⁰ O atual Código Eleitoral, em vários aspectos e passagens, se encontra ultrapassado. Está há quarenta e quatro anos em vigência, foi alterado por legislação posterior e, em muitos preceitos, existe verdadeiro descompasso com o querer da Constituição Federal, havendo outrossim diversos dispositivos seus que não foram recepcionados pela Carta Fundamental.

A Constituição Federal de 1946 e todas as demais, inclusive a Constituição Republicana de 1988, passaram, de maneira expressa, a respaldar o Poder Judiciário Eleitoral, estabelecendo a sua estruturação hierárquica, além de promover a sua organização básica.

Hoje, a Justiça Eleitoral se encontra em situação privilegiada, sendo certo que há em curso uma revolução silenciosa para a ampliação da sua competência e mudança de paradigma de seus julgados, buscando atingir os objetivos definidos quando da sua criação, quais sejam zelar pela lisura do processo eleitoral e que venha a ser respeitada a vontade popular, contribuindo, também, para o fortalecimento da democracia.

Antes do advento da Constituição Federal de 1988, as funções do Poder Judiciário Eleitoral eram precipuamente administrativas, de organização do eleitorado e do pleito eleitoral; com o surgimento da Constituição Cidadã e de diversas leis eleitorais que buscam dar concretude à lisura da eleição e ao fortalecimento da democracia (complementares ou ordinárias – LC n. 64/90, Leis ns. 9.504/97, 9.840/99 e 12.034/09, dentre outras), houve um acréscimo considerável das ações judiciais eleitorais e, por conseguinte, da relevância desse ramo do direito especializado.

Com efeito, essa mudança de eixo gravitacional da Justiça Eleitoral não passou despercebida pela doutrina, que atesta:

(...) não se pode olvidar a jurisdicionalização da Justiça Eleitoral nas últimas décadas. A princípio, não só pelas leis regulamentares como também pelo Código Eleitoral, a Justiça Eleitoral tinha precípua função administrativa. Cuidava da inscrição eleitoral, do registro partidário, dos registros dos candidatos, do processo eleitoral e da votação. Esses atos eram, como ainda o são, tipicamente administrativos. (...) Atualmente, o rol de ações eleitorais judiciais, a exigir o exercício da atividade jurisdicional precípua, aumentou consideravelmente. Na Justiça Eleitoral, em razão das consequências que apresentam, podemos destacar nove ações e seus recursos: AIJE – ação de investigação judicial eleitoral, AIRC – ação de impugnação de registro de candidatura, RCED – recurso contra a expedição de diploma, AIME – ação de impugnação de mandato eletivo, REP – representação por descumprimento à Lei 9.504/97, RCIS – representação por captação ilícita de sufrágio, RCGIR – representação por captação ou gastos ilícitos de recursos na campanha eleitoral, APE – ação penal eleitoral e APCE – ação de perda de cargo eletivo. Essa significativa mudança repercute sobre as questões aqui debatidas.¹²¹

¹²¹ BARTELLI, Vilson; VIEIRA SÁ, Luiza. Reflexões em torno da composição dos tribunais. In: COSTA, Daniel Castro Gomes da (Org.). *Temas atuais de direito eleitoral*. São Paulo: Pílares, 2009. p. 271.

Esse o hodierno panorama do direito eleitoral, sendo evidente o fortalecimento da Justiça Eleitoral, quer em razão da sua constitucionalização, consoante será mais bem explorado no próximo item, quer principalmente pelo fato de que nos dias que correm, vive-se um maior arejamento político, com a busca de fortalecimento dos princípios inerentes à democracia, respeito à existência de eleições livres, alternância de poder, sufrágio universal, voto direto, secreto e periódico, e pluralismo político, com sua principal faceta, que é o pluripartidarismo, além de regras comezinhas do Estado Democrático de Direito, como a liberdade de expressão e o respeito à vontade soberana do povo na escolha de seus representantes (art. 1º, parágrafo único da CF).

Práticas eleitorais espúrias e arraigadas no folclore e na cultura do país passaram a ser combatidas com veemência pelo Poder Judiciário Eleitoral, em todas as suas instâncias, destacando-se principalmente os entendimentos recentes oriundos do Tribunal Superior Eleitoral, que tem sido veemente no combate às fraudes, aos ardis, à captação ilícita de sufrágio, à propaganda subreptícia e ao abuso do poder econômico, político e de autoridade.¹²²

2.1.3 Evolução do direito ao sufrágio e ao voto, sistema jurisdicional e a Constituição Federal de 1988

Ainda que de maneira sucinta, apresentou-se a evolução do direito ao sufrágio e ao voto no Brasil. Partindo-se de um sufrágio restrito (censitário e capacitário), chegou-se ao sufrágio universal, tal qual previsto e respaldado na Constituição Federal de 1988 (art. 14), sendo que “considera-se universal o sufrágio quando se outorga o direito de votar a todos os nacionais de um país, sem restrições derivadas de condições de nascimento, de fortuna e capacidade especial”.¹²³

¹²² Citam-se as seguintes decisões recentes do Tribunal Superior Eleitoral: RO n. 1.497/PB, rel. Min. Eros Grau, j. 17.2.2009; e RCD n. 671/MA, rel. Min. Eros Grau, *DJe*, de 26.03.2009. Em ambos os processos eleitorais, houve a condenação de mandatários, aplicando-se a sanção de cassação do diploma e respectivamente dos mandatos de governador de Estado, sob a alegação de captação ilícita de sufrágio, prática de condutas vedadas e menosprezo à lisura da disputa eleitoral.

¹²³ SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 351.

O direito ao sufrágio ainda pode ser classificado como o direito de votar (inerente a todo nacional, maior de 16 anos e alistável) e o direito de ser votado (ser elegível, com capacidade de postular determinados cargos públicos, desde que preenchidas as condições de elegibilidade, expressas no art. 14, § 3º, da Carta Política, inclusive o requisito da idade variável a depender do cargo postulado, como prevê o inciso VI do mesmo citado).

Como a materialização do exercício do sufrágio, tem-se o voto, destacando-se dentre as suas características o fato de ser livre, “manifesta-se não apenas pela preferência a um candidato entre os que se apresentam, mas também pela faculdade até mesmo de depositar uma cédula em branco na urna ou de anular o voto”¹²⁴, secreto, consoante previsão esculpida no artigo 14 do Texto Constitucional, direto¹²⁵ e igual (um homem, um voto).

Relevante destacar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos também estabelece em seu artigo 21, 3 que a vontade do povo deve se exprimir através de eleições livres e honestas, respeitando-se o sufrágio universal e periódico, com as garantias do exercício do direito do voto.

Trilhando essa senda:

Não há Estado Democrático de Direito sem eleições honestas e periódicas, que garantam a universalidade e igualdade do sufrágio livre, secreto ou que salvguarde a liberdade de voto, propiciando ao titular do poder político a escolha de seus respectivos governantes, sem qualquer ingerência política ou econômica.¹²⁶

Nesse contexto, consoante afirmado alhures, ganha especial destaque a Justiça Eleitoral, eis que no Brasil não foi adiante, pelas diversas peculiaridades de nossa formação política e cultural, o sistema de verificação dos poderes, resultando em eleições organizadas e com o resultado proclamado pelo Poder Legislativo, sem qualquer ingerência do Poder Executivo, ou ainda o sistema eclético, com a existência de uma espécie de comissão eleitoral, composta de um misto de integrantes, com membros de todos os poderes.

¹²⁴ SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 359.

¹²⁵ Importante registrar que a Constituição Federal de 1988 consagra o voto direto, entretanto também prevê a possibilidade de eleições indiretas para o Poder Executivo, na hipótese do artigo 81, parágrafo 1º.

¹²⁶ PONTE, Antonio Carlos da, *Crimes eleitorais*, cit., p. 8.

Vigora em nosso país o sistema jurisdicional, adotado a contar da Constituição Federal de 1934, destacando-se o fato de que “confere todo o controle do processo eleitoral aos Tribunais Eleitorais, *id est*, à Justiça Eleitoral”.¹²⁷

Toda essa evolução levou à atual Justiça Eleitoral, Justiça especializada vinculada à União e concebida pela Constituição Federal de 1988 em seus artigos 92, V, 118 e 121, que estabelecem sua organização em estrutura piramidal e hierárquica (com a previsão expressa de três instâncias: Juiz Eleitoral, Tribunal Regional Eleitoral e Tribunal Superior Eleitoral) e versam ainda sobre sua competência e forma de composição.

Certamente, a mudança de paradigmas e de prioridades existente hoje no âmbito do Poder Judiciário Eleitoral é fruto desse avanço histórico, partindo da ausência de previsão de sanção para abusos corriqueiros, até o advento de regras de evidente cunho moralizador do processo eleitoral, embora se reconheça que muito ainda deve vir a ser feito e melhorado, mormente em relação à existência de lacunas normativas e da acelerada mudança interpretativa, o que não contribuiu para a sedimentação jurisprudencial, da mesma forma que ocorreu nos demais ramos da ciência jurídica.

Nos próximos passos, serão esmiuçadas algumas das características da Justiça Eleitoral, dando-se especial ênfase aos contornos e desdobramentos que possam ter relevância no âmbito do direito penal eleitoral e do processo penal eleitoral. Dentro desse contexto, merecerá redobrada atenção a análise da competência penal da Justiça Eleitoral.

2.2 Funções e características da Justiça Eleitoral

O Poder Judiciário Eleitoral desempenha várias funções, dentre elas merecendo especial destaque as funções administrativa e consultiva (direito administrativo eleitoral e respostas a indagações de autoridades legitimadas sobre questões relevantes e interpretações sobre determinadas situações abstratas, no âmbito do direito eleitoral), jurisdicional (direito civil eleitoral e direito penal eleitoral) e normativa (com edição de resoluções e instruções).

¹²⁷ PONTE, Antonio Carlos da, *Crimes eleitorais*, cit., p. 9.

Também possui a Justiça Eleitoral características institucionais, destacando-se o fato de que está centrada em um sistema piramidal e hierárquico, com inexistência de magistratura própria (princípio da periodicidade da investidura dos juízes) e funcionamento permanente.

Promover-se-á a seguir a análise individualizada de cada uma das funções da Justiça Eleitoral.

2.2.1 Função administrativa

Compete à Justiça Eleitoral organizar e administrar todo o processo eleitoral.

O juiz eleitoral, com o auxílio do Ministério Público Eleitoral, deve manter o cadastro dos eleitores, promover o recrutamento e treinamento dos particulares que atuarão como auxiliares da Justiça Eleitoral como mesários e demais subordinados, e a determinação dos locais que servirão como seção eleitoral.

Ainda são exemplos de atuação administrativa do juiz eleitoral a transferência de domicílio eleitoral, a adoção de medidas para impedir propaganda irregular e a nomeação de membros de Junta Eleitoral, dentre outras hipóteses.

Agindo dessa forma, não está o magistrado eleitoral praticando atos inerentes à jurisdição eleitoral, nem mesmo jurisdição voluntária.

Também atua no exercício da função administrativa o Poder Judiciário Eleitoral, ao desempenhar o poder de polícia eleitoral, como, v.g., na hipótese de notificação para retirada de propaganda irregular, sob pena de fixação de multa.

Afirma-se que o magistrado eleitoral, ao desempenhar essas funções administrativas, atua como *administrador judicialiforme*.

Quando existe uma demanda, com a necessidade do exercício do *due process of law*, tem-se o desempenho da função judicial da Justiça Eleitoral, aplicando-se o princípio processual da demanda (*nemo iudex sine actore e ne procedat iudex ex officio*).

Neste sentido afirma a doutrina:

Para que possamos observar quando o juiz eleitoral está atuando como juiz – é dizer, exercendo atividade jurisdicional –, e não como *administrador judicialiforme*, mister perquirir a referibilidade do interesse tutelado à sua atuação: se a regra jurídica for dirigida a ele, de modo a lhe outorgar o poder-dever de agir para a consecução da finalidade normativa, estará ele agindo na qualidade de administrador do processo eleitoral; se, ao revés, a atuação judicial for provocada por um interessado, com o escopo de aplicar o direito objetivo, para fazer valer o seu direito subjetivo, estaremos diante de uma atividade jurisdicional, pela qual o juiz agirá autoritativa e imparcialmente.¹²⁸

Diversos são os exemplos de atuação administrativa do juiz eleitoral, estando todas as hipóteses previstas no Código Eleitoral e se afigurando como imprescindíveis para o regular andamento e organização do pleito e para a própria manutenção de eleições periódicas.

2.2.2 Função jurisdicional

A prestação jurisdicional consiste em função precípua da Justiça Eleitoral, devendo a mesma ser feita com exclusividade pelo Poder Judiciário Eleitoral.

Sempre que existir um conflito resultante do direito civil eleitoral e do direito penal eleitoral, competirá à Justiça Eleitoral resolver as contendas.

As demandas (cíveis ou penais) devem demonstrar o preenchimento das condições da ação, bem como os requisitos para o desenvolvimento válido do processo, devendo existir interesse, legitimidade e possibilidade jurídica do pedido.

Ao contrário da função administrativa, na qual o juiz eleitoral atua de ofício, na função jurisdicional, a ser observada quando existe conflito de interesses, “imperam o princípio da

¹²⁸ COSTA, Adriano Soares. *Instituições de direito eleitoral*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 392.

demanda, pelo que o juiz só pode decidir se e quando houver provocação da parte, e, ainda aí, dentro dos limites em que a tutela jurisdicional é postulada”.¹²⁹

No âmbito do direito penal eleitoral, impende repisar que todos os crimes eleitorais (tanto os próprios como os acidentários, previstos no Código Eleitoral ou na legislação extravagante) são de ação penal pública incondicionada, atuando o Ministério Público Eleitoral na titularidade da ação (art. 355, CE).

A Justiça Eleitoral é especializada em razão da matéria, tendo competência para as questões relativas ao processo eleitoral e seus incidentes e os crimes eleitorais.

Também é da competência da Justiça Eleitoral o processo pelos crimes comuns conexos com o crime eleitoral (art. 78, IV, do CPP).

No desempenho da função jurisdicional eleitoral penal, devem incidir as regras de delimitação de competência, em razão da matéria, por prerrogativa de função, em razão do lugar, por conexão e continência, prevenção e distribuição.

Doravante, serão apreciadas as regras inerentes à competência do processo penal eleitoral.

2.2.3 Funções normativa e consultiva da Justiça Eleitoral

Dentre a análise das funções inerentes à Justiça Eleitoral, duas merecem especial destaque, em razão das suas peculiaridades, verdadeiras pedras de toque e situações específicas do Poder Judiciário Eleitoral, quais sejam as funções normativa e consultiva.

A função normativa da Justiça Eleitoral está esculpida nos artigos 1º, parágrafo único, 23, IX, do Código Eleitoral, e 105 da Lei n. 9.504/97.

¹²⁹ GOMES, José Jairo, *Direito eleitoral*: conforme Resolução n. 22.610/2007 do TSE, cit., p. 52-53.

Possuem o Tribunal Superior Eleitoral e os Tribunais Regionais Eleitorais a competência de editarem resoluções dando vazão à função normativa e, também, de responderem fundamentadamente consultas formuladas à Justiça Eleitoral (arts. 23, XII, e 30, VIII, do Código Eleitoral).

As resoluções possuem força de lei, entretantes “ter força de lei não é o mesmo que ser lei! O ter força, aí, significa gozar do mesmo prestígio, deter a mesma eficácia geral e abstrata atribuída às leis”.¹³⁰

Ademais, é entendimento pacífico do Tribunal Superior Eleitoral que as resoluções não podem ser fontes primárias do direito, devem apenas e tão somente explicar e esmiuçar norma já existente, e não atuar como a própria norma de onde se faz surgir o direito.¹³¹

Dessa forma, o poder regulamentar da Justiça Eleitoral deve situar-se *secundum e praeter legem*, sob pena de invalidação do ato normativo oriundo do Tribunal Superior Eleitoral ou Tribunal Regional Eleitoral. Deve-se seguir o quanto disposto no artigo 5º, II, da Constituição Federal, posto que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

As resoluções do Tribunal Superior Eleitoral são importantes para a operacionalização e o esclarecimento do direito eleitoral, buscando consolidar a copiosa e esparsa legislação eleitoral, bem como explicando conceitos mais intrincados, além dos ritos processuais atinentes às ações civis eleitorais.¹³²

¹³⁰ GOMES, José Jairo, *Direito eleitoral*: conforme Resolução n. 22.610/2007 do TSE, cit., p. 54.

¹³¹ Ao responder à Consulta n. 1.621/PB, elaborada pelo Tribunal Regional Eleitoral da Paraíba, versando sobre a existência ou não de condição de elegibilidade para quem responde a processos criminais ou inquéritos policiais sem julgamento, o Tribunal Superior Eleitoral reafirmou essa assertiva, colhendo-se do voto do Ministro Marcelo Ribeiro a seguinte passagem: “E a resolução, na verdade, não pode ser fonte primária do direito. Não poderia ser fonte primária em hipótese alguma, mas, no caso, é ainda pior, pois temos lei sobre o tema. Iríamos ignorar?” (TSE – Resolução n. 22.842/2008, Voto do Ministro Marcelo Ribeiro, *DJU*, de 04.07.2008).

¹³² Não se pode olvidar que parte significativa dos operadores do direito não está completamente familiarizada com o direito eleitoral, sendo que a disciplina sequer figura na grade curricular obrigatória de várias instituições de ensino jurídico, bem como não vem a ser exigida como conteúdo obrigatório nas provas de conhecimento técnico realizadas pelos concursos jurídicos, contribuindo, dessarte, de forma decisiva para o desconhecimento do direito eleitoral por parte de juízes, promotores, advogados e serventuários do Poder Judiciário.

As resoluções também implicam em resposta a consultas formuladas ao Tribunal Superior Eleitoral e aos Tribunais Regionais Eleitorais.

Para a apresentação de consulta à Justiça Eleitoral, devem ser preenchidos dois requisitos básicos, quais sejam: a autoridade responsável pela consulta deve ser legitimada, nos termos dos artigos 23, XII e 30, VIII, do Código Eleitoral, e a consulta não pode versar sobre caso concreto e *sub judice*, uma vez que “não se admite o pronunciamento antecipado do Tribunal Superior Eleitoral, em sede de consulta, acerca de casos concretos. Finalmente, a competência do Tribunal para responder a consultas fica circunscrita a temas diretamente ligados às eleições”.¹³³

Por fim, far-se-á em separado, e no próximo tópico, a análise sobre a impossibilidade de resolução do Tribunal Superior Eleitoral versar sobre matéria penal eleitoral.

2.2.4 Impossibilidade de resolução eleitoral em matéria penal e o necessário respeito ao princípio da legalidade (art. 5º, XXXIX, da CF)

A competência normativa da Justiça Eleitoral de elaborar resoluções e responder a consultas não produz efeitos no âmbito do direito penal eleitoral, resultando impossível a tipificação de condutas ilícitas senão por lei *stricto sensu*, consoante princípio penal da legalidade e seus desdobramentos adiante esmiuçados.

O artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Republicana fixa o conteúdo das normas penais incriminadoras, ou seja, os tipos penais, os quais somente podem ser criados através de lei em sentido estrito, emanada do Poder Legislativo, respeitando o procedimento previsto na Carta Política.

Grande a evolução do conceito de legalidade penal, desde a sua origem na *Magna Charta Libertatum* de 1215, vindo novamente a ser consignado no *Bill of Rights*, passando

¹³³ DECOMAIN, Pedro Roberto; PRADE, Péricles. *Comentários ao Código Eleitoral*. São Paulo: Dialética, 2004. p. 40.

pela defesa feita pelos iluministas, até se chegar ao brocardo *nullum crimen, nulla poena sine previa lege*, atribuído ao penalista alemão Fuerbach.

Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, ao abordar o princípio da legalidade no século XVIII, já afirmava: “*La prima conseguenza di questi principii è che le sole leggi possono decretar le pene su i delitti, e quest’autorità non può risedere che presso il legislatore, che rappresenta tutta la società unita per um contratto sociale.*”¹³⁴

O Código Penal de 1940, em sua redação originária da parte geral no artigo 1º, já contemplava o princípio da legalidade, tal qual definido por Fuerbach, afirmando que não há crime sem lei anterior que o defina e não existirá pena sem prévia cominação legal.

Ao tecer seus comentários a respeito do princípio da legalidade, Néelson Hungria afirmou que:

A fonte única do direito penal é a norma legal. Não há direito penal vagando fora da lei escrita. (...) Pouco importa que alguém haja cometido um fato antissocial, excitante da reprovação pública, francamente lesivo do *minimum* de moral prática que o direito penal tem por função assegurar, com suas reforçadas sanções, no interesse da ordem, da paz, da disciplina social: se esse fato escapou à previsão do legislador, isto é, se não corresponde, precisamente, a parte *objecti* e a parte *subjecti*, a uma das figuras delituosas anteriormente recortadas *in abstracto* pela lei, o agente não deve contas à justiça regressiva, por isso mesmo que não ultrapassou a esfera da ilicitude jurídico-penal.¹³⁵

Óbvio que houve uma evolução do conteúdo da legalidade, iniciando com a estrita observância da descrição na lei da conduta penal (tipificação por lei *stricto sensu*), tal qual acima definido por Néelson Hungria, até o seu atual desdobramento em três postulados fundamentais: reserva legal, taxatividade e irretroatividade.

Diversas consequências são derivadas do princípio da legalidade, mormente quando feita a separação dos postulados fundamentais, sendo certo que a estrita observância da legalidade implica a existência de proibições para o Estado que devem ser rigorosamente observadas.

¹³⁴ BONESANA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*. 10. ed. Milano: Giangiaco Feltrinelli, 2004. p. 39.

¹³⁵ HUNGRIA, Néelson. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v.1, t. 1, p. 13-14.

Nesse sentido, importante citar entendimento de doutrinador do direito penal espanhol, que afirma:

*En particular se reconocen cuatro prohibiciones como consecuencia de ello: de aplicación retroactiva de la ley (lex praevia); de aplicación de otro derecho que no sea el escrito (lex scripta); de extensión del derecho escrito a situaciones análogas (lex stricta); de cláusulas legales indeterminadas (lex certa).*¹³⁶

Hodiernamente se apresenta como escorreito afirmar, tomando de empréstimo as palavras de Marco Antonio Marques da Silva, que o princípio da legalidade consiste em um duplo limite “tanto ao poder punitivo do Estado e ao poder normativo do Estado (na medida que impede a criação de tipos penais, a não ser através do processo legislativo regular)”.¹³⁷

Portanto, antes mesmo do advento da Emenda Constitucional n. 32/2001 (modificação legislativa que implicou na inserção da alínea “b” no inc. I do parágrafo 1º do art. 62, vedando a edição de medidas provisórias em matéria penal), com base no princípio da legalidade, sempre se apresentou como impossível que medida provisória tipificasse condutas e cominasse penas. Ademais, não só medida provisória, como também, qualquer outro instrumento normativo (decreto, resolução, portaria, etc.) que não a lei *stricto sensu*, oriunda do Congresso Nacional (art. 22, I, CF).

O princípio da legalidade ou da reserva legal destaca-se ainda, consoante Enrique Bacigalupo, na proibição de tipificar crimes e penas pelos costumes (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*), de retroatividade da lei penal (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*) e do emprego da analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*).

Diante dessa conceituação, resulta óbvio e evidente não ser possível a existência de resolução eleitoral versando sobre matéria penal, muito menos tipificando condutas, sob pena de visível e flagrante inconstitucionalidade.

¹³⁶ BACIGALUPO, Enrique. *Principios constitucionales de derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 1999. p. 44-45.

¹³⁷ SILVA, Marco Antonio Marques da, *Acesso à justiça penal e estado democrático de direito*, cit., p. 7.

Avançando na conclusão de que se apresenta como impossível a existência de resolução em matéria de direito penal eleitoral, oportuno tecer comentários, ainda que perfunctórios, quanto à irretroatividade da lei penal mais severa, conquista e ampliação do princípio da legalidade, marco na segurança jurídica em matéria penal, garantia do cidadão frente ao Estado.

Neste diapasão, leciona a doutrina:

A lei penal mais grave não se aplica aos fatos ocorridos antes de sua vigência, seja quando cria figura penal até então inexistente, seja quando se limita a agravar as consequências jurídico-penais do fato, isto é, a pena ou medida de segurança. Há, pois, uma proibição de retroatividade das normas mais severas de direito penal material.¹³⁸

Por fim, dentro dos três postulados básicos do princípio da legalidade, tem-se a taxatividade, significando que a norma penal não pode ter conteúdo lacunoso e que os tipos penais não podem ser vagos e imprecisos. Assim sendo, excluídas estão possibilidades interpretativas, posto que essa situação representaria sérios gravames para o cidadão, mormente pela ampliação da discricionariedade interpretativa do tipo penal (o que determinado juiz ou Corte de Justiça considerasse crime, poderia não vir a sê-lo por um outro magistrado ou uma outra corte de idêntica hierarquia, v.g.).

Dessa forma, pode-se apresentar o seguinte conceito: “O princípio da taxatividade representa a proibição do emprego de fórmulas vagas e indeterminadas na elaboração dos tipos penais (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*).”¹³⁹

Servindo de arremate desta parte do estudo, cita-se o seguinte escólio:

Mas o direito normativo não se esgota no conjunto de leis dessa natureza, completando-se com outros atos do mesmo teor, com conteúdo de lei, autênticas leis materiais, como as Instruções do Tribunal Superior Eleitoral previstas no artigo 105 que estamos comentando. São regulamentos, contudo, editados *secundum legem* (Fávila Ribeiro, *Direito eleitoral*, 4. ed., 1996, p. 17), necessariamente afinados com a lei. Pela sua peculiar natureza, não podem, por exemplo, criar tipos criminais nem casos de inelegibilidade. Mas a sua violação enseja recurso especial (Pinto Ferreira, *Código Eleitoral comentado*, 3. ed., 1991, p. 32).¹⁴⁰

¹³⁸ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 31.

¹³⁹ AMARAL, Cláudio do Prado. *Princípios penais: da legalidade à culpabilidade*. São Paulo: IBCCRIM, 2003. p. 115.

¹⁴⁰ PORTO, Roberto, *Lei eleitoral anotada*, cit., p. 178.

Portanto, ao fim e ao cabo desta análise, afirmamos ser inadmissível resolução ou instrução do Tribunal Superior Eleitoral versando sobre matéria de direito penal eleitoral.

2.3 Organização da Justiça Eleitoral

A Justiça Eleitoral possui organização escalonada ou piramidal, sua composição possui níveis hierárquicos distintos. Destaca-se ainda que, pela periodicidade da investidura de seus juízes e ministros, embora possua um corpo permanente de técnicos laborando nos Tribunais Eleitorais e até mesmo na Justiça Eleitoral de primeiro grau¹⁴¹, inexistente uma magistratura própria eleitoral.

Promover-se-á o estudo da estrutura e organização da Justiça Eleitoral, sua divisão geográfica e suas instâncias recursais.

2.3.1 Instâncias da Justiça Eleitoral

As instâncias e a composição da Justiça Eleitoral (TSE, TRE, Juiz Eleitoral e Juntas Eleitorais) estão expressamente delimitadas na Constituição Federal de 1988 (art. 118, I a V); ela é estruturada em três instâncias “em que a segunda aprecia os recursos da primeira e a terceira aprecia os recursos da segunda”.¹⁴²

Pela análise do texto constitucional, afere-se que a Justiça Eleitoral é integrada pelo Tribunal Superior Eleitoral, com sede em Brasília/DF, e jurisdição em todo o território nacional.

¹⁴¹ Anteriormente, a Justiça Eleitoral não possuía, como regra, técnicos de seu próprio quadro em todas as Zonas Eleitorais, valendo-se de servidores cedidos ou colocados à disposição por parte dos Municípios e do Estado. Com o advento da Lei n. 10.842/2004, foram criados cargos no âmbito das Zonas Eleitorais, de sorte que todo o corpo técnico da Justiça Eleitoral deve ter natureza permanente, sendo investido mediante concurso público, não se utilizando os expedientes de outrora, o que constitui indiscutível vantagem por várias razões, podendo-se destacar três: a uma, pela profissionalização dos quadros funcionais do Poder Judiciário Eleitoral; a duas, em razão da ausência de ingerência e interesse político, considerando que o servidor da Justiça Eleitoral passa a não possuir vínculos funcionais com outra instituição ou subordinação a ninguém que porventura exerça cargo público; e, a três, pelo fato de que o cargo permanente de natureza efetiva, com estabilidade, assegura maior isenção na atuação administrativo-funcional de seu ocupante.

¹⁴² VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura, *Elementos de direito eleitoral*, cit., p. 12.

Cabe ao Tribunal Superior Eleitoral a competência recursal das demandas decididas nos Tribunais Regionais Eleitorais (art. 121, § 4º, I a V, da CF) e o julgamento originário de demandas cíveis eleitorais (quando se tratar de eleições presidenciais – art. 96, III, da Lei n. 9.504/97).

Não possui, contudo, o Tribunal Superior Eleitoral competência penal originária¹⁴³, como será melhor explicitado no capítulo que versa sobre competência penal da Justiça Eleitoral, destacando-se que determinadas autoridades, quando acusadas da prática de crime eleitoral, respondem perante o Superior Tribunal de Justiça ou o Supremo Tribunal Federal.

Compete a ele ainda responder a consultas em matéria eleitoral (excetuada a matéria penal eleitoral), baixar instruções normativas para auxiliar a interpretação da lei eleitoral e a organização das eleições, além de resolver questões administrativas no desempenho de sua função judicialiforme.

Em cada Estado da Federação e no Distrito Federal, há um Tribunal Regional Eleitoral, com sede na capital, atuando tanto na competência recursal das decisões oriundas dos juízes eleitorais (quer em matéria cível eleitoral, quer, ainda, em matéria penal eleitoral), como também desempenhando sua competência originária nos três desdobramentos do direito eleitoral (questões de direito administrativo eleitoral, temas de direito cível eleitoral e de direito penal eleitoral).

Nas eleições estaduais, a organização do pleito e a apreciação das ações eleitorais ficam a cargo do Tribunal Regional Eleitoral que possui jurisdição em todo o território do Estado da Federação (art. 96, II, da Lei n. 9.504/97).

Também dispõe o Tribunal Regional Eleitoral da possibilidade de editar resoluções, ao responder consultas que lhe forem formuladas (art. 30, VIII, do Código Eleitoral).

¹⁴³ “O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, como visto, detêm competência de julgamento em matéria eleitoral, em que pese não integrem os órgãos da Justiça Eleitoral.” (CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua, *Preleções de direito eleitoral: direito material*, cit., v. 1, p. 613).

Impende registrar que o Tribunal Regional Eleitoral dispõe de competência penal originária, nas hipóteses que serão doravante exploradas, quando da análise da competência penal da justiça eleitoral e o foro por prerrogativa de função.

A Zona Eleitoral é presidida por um juiz eleitoral, não possui competência recursal, exceto pedidos de reconsideração ou embargos de declaração de seus próprios julgados, sendo sua a competência originária, quando se tratar de eleições municipais (art. 96, III, da Lei n. 9.504/97); também dispõe de competência para processar e julgar todos os crimes eleitorais eventualmente praticados.

Quando não existir o envolvimento de réu que possua foro por prerrogativa de função, a tramitação se dará no âmbito da Zona Eleitoral, vigorando as regras inerentes à delimitação da competência, mormente a competência em razão do lugar.

Por fim, existe, ainda, no âmbito do direito eleitoral, a figura das Juntas Eleitorais (art. 121, da CF), cuja competência diz respeito à apuração das eleições realizadas em determinada Zona Eleitoral.

O artigo 40 do Código Eleitoral versa sobre as Juntas Eleitorais, chamadas por alguns de Juntas Apuradoras; delimita a sua competência e destaca a sua atuação na apuração dos votos, resolução de questões referentes à impugnação eleitoral e diplomação dos eleitos, sendo certo que com o advento e popularização da utilização da urna eletrônica, as Juntas Eleitorais restaram esvaziadas e de pouca utilidade, embora não tenham sido extintas, posto que não está descartada a possibilidade de utilização da votação por meio de cédulas eleitorais impressas (arts. 59 e 83 a 89 da Lei n. 9.504/97).

Destaca a doutrina a Junta Eleitoral como outra peculiaridade da Justiça Eleitoral, eis que se tem “composição colegiada que assume os seus órgãos de primeira instância na fase de apuração dos votos à diplomação dos eleitos”.¹⁴⁴

¹⁴⁴ RIBEIRO, Flávia. *Direito eleitoral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 96.

Registre-se que ainda está em vigor essa figura específica do direito eleitoral, com funções, composição e competências especificadas no Código Eleitoral e na Lei das Eleições (Lei n. 9.504/97).

2.3.2 Composição da Justiça Eleitoral

Consoante afirmado, a Justiça Eleitoral não possui magistrados próprios, dando-se a sua composição ou investidura por mandatos, de regra por um biênio, cabendo recondução por idêntico período, ocorrendo a formação a seguir discutida.

2.3.2.1 Tribunal Superior Eleitoral

Composto em observância ao contido no artigo 119 da Constituição Federal, é integrado por pelo menos¹⁴⁵ sete ministros, assim escolhidos:

I - mediante eleição, pelo voto secreto:

- a) três juízes dentre os ministros do Supremo Tribunal Federal;
- b) dois juízes dentre os ministros do Superior Tribunal de Justiça;

II - por nomeação do presidente da República, dois juízes dentre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Supremo Tribunal Federal.

Algumas observações sobre essa composição devem ser destacadas. Inicialmente, deve-se observar que para cada membro titular, será escolhido, para mandato de igual duração (2 anos), um membro suplente (art. 119, da CF), sendo permitida uma única recondução.

Além disso, a Carta Política de 1988 tratou de promover a delimitação das atribuições administrativas dos integrantes do Tribunal Superior Eleitoral.

¹⁴⁵ Quando o texto constitucional afirma que a composição é de, no mínimo, sete membros, autoriza a conclusão de que nada obsta um aumento no número de integrantes da mais elevada Corte Eleitoral do país, podendo a ampliação ocorrer ou vir a ser realizada por conduto de lei complementar. Idêntico raciocínio pode vir a ser posto em prática com relação ao Superior Tribunal de Justiça, para o qual a Constituição Federal afirma que será composto de *no mínimo* 33 ministros (art. 104, da CF).

O parágrafo único do artigo 119 da Constituição da República estabelece que o presidente e o vice-presidente do Tribunal Superior Eleitoral devem ser escolhidos dentre os ministros do Supremo Tribunal Federal, enquanto que o corregedor-geral deve ser escolhido dentre os ministros oriundos do Superior Tribunal de Justiça, sendo a escolha promovida pelos sete membros integrantes da mais alta Corte Eleitoral do país.

Os dois ministros recrutados da advocacia não ocupam funções administrativas no âmbito do Tribunal Superior Eleitoral e também nos Tribunais Regionais Eleitorais, salvo em hipóteses excepcionais de férias e plantões.

De acordo com a previsão contida no artigo 16, parágrafo 1º do Código Eleitoral, não podem fazer parte do Tribunal Superior Eleitoral “cidadãos que tenham entre si parentesco, ainda que por afinidade até o quarto grau”.

Ainda dentre as particularidades da Justiça Eleitoral, os ministros do Tribunal Superior Eleitoral não se submetem a aprovação de seus nomes ao Senado Federal, sendo essa exceção a única existente dentre os Tribunais Superiores.¹⁴⁶

A doutrina explica essa situação, com a seguinte justificativa:

(...) cinco de seus sete membros já foram aprovados pelo Senado quando de sua indicação para o Supremo Tribunal Federal e para o Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, e não faria sentido exigir aprovação pelo Senado apenas para os dois membros da advocacia; poder-se-ia criar uma hierarquização dentro do Tribunal.¹⁴⁷

Por fim, merecem destaque quatro questões exclusivamente referentes aos advogados que integram o Tribunal Superior Eleitoral e também os Tribunais Regionais Eleitorais. Elas:

¹⁴⁶ Dentre as atribuições privativas do Senado da República, avista-se “aprovar previamente, por voto secreto, após a arguição pública, a escolha de magistrados nos casos determinados na Constituição (arts. 101, parágrafo único, 104, parágrafo único, 111, § 1º e 123) de ministros do TCU indicados pelo presidente da República (art. 73, § 2º, I), de governador de Território, de presidente e diretores do banco central (com minúscula, para significar que será de qualquer banco, tenha o nome que tiver, que exerça as funções de banco central, que hoje é o Banco Central do Brasil), do Procurador-Geral da República (art. 128, §1º) e de titulares de outros cargos que a lei determinar (abre-se aqui a possibilidade de ampliar esse controle prévio do Senado Federal sobre as nomeações para cargos na esfera federal)” (SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 522).

¹⁴⁷ VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura, *Elementos de direito eleitoral*, cit., p. 12.

- a) ausência de interferência ou participação da OAB na escolha dos postulantes à vaga de ministro (âmbito do TSE) ou juiz eleitoral (na esfera dos TREs);
- b) inexistência de quinto constitucional no Tribunal Superior Eleitoral e no Tribunal Regional Eleitoral, não havendo magistrados oriundos do Ministério Público, devendo os recrutados ser escolhidos exclusivamente dentre os advogados;
- c) ausência de impedimento para o exercício da advocacia, pois a magistratura eleitoral não impõe vedação aos juristas indicados e com assento nessas cortes (TSE ou TREs) de continuarem o exercício da advocacia (pública ou privada), somente havendo impedimento, evidentemente, quanto à advocacia eleitoral;
- d) inexistência de limitação de idade (máxima e mínima) para compor essas cortes especializadas.

Passar-se-á a apreciar mais detidamente cada uma dessas hipóteses, que, repise-se, somente interessam aos julgadores oriundos da advocacia, titulares ou suplentes, com assento no Tribunal Superior Eleitoral e nos Tribunais Regionais Eleitorais.

A primeira situação diz respeito à ausência de participação da OAB na escolha dos nomes que integram o Tribunal Superior Eleitoral e os Tribunais Regionais Eleitorais oriundos da advocacia.

É dizer: na composição de uma listra sêxtupla, ou de duas listas trípticas, a OAB não possui qualquer ingerência ou atuação.

Com efeito, quando a escolha é feita para ocupar vaga no Tribunal Superior Eleitoral, as listas (de titulares e suplentes) são elaboradas pelo Supremo Tribunal Federal e encaminhadas ao presidente da República.¹⁴⁸

¹⁴⁸ Como são duas vagas para advogados, ao invés de elaborar uma lista sêxtupla para que se promovesse a escolha de dois nomes, o Supremo Tribunal Federal tem costumeiramente elaborado listas trípticas, escolhendo-se um nome de cada lista, ficando a escolha ao talante do presidente da República, havendo idêntica postura para a escolha dos suplentes, inclusive no âmbito dos Tribunais Regionais Eleitorais, sendo que para as Cortes Regionais, a lista inicialmente é escolhida pelos Tribunais de Justiça dos respectivos Estados da Federação, o procedimento é enviado para o Tribunal Superior Eleitoral, que faz uma análise da regularidade de composição dessas listas, apreciando-as à luz do artigo 25, parágrafos 1º, 3º e 5º do Código Eleitoral.

Não vigora nessa Justiça especializada a regra do artigo 94 da Constituição Federal, que estabelece competir à OAB a formação das listas sêxtuplas para as vagas nos Tribunais Superiores (STJ, TST e STM) e nos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça, destinadas à advocacia.

Embora a OAB simplesmente não possua qualquer participação na composição dessas listas, o Tribunal Superior Eleitoral tem adotado regras e exigências para compor a lista tríplice idênticas às exigências impostas ao advogado, quando da composição da lista sêxtupla na disputa das vagas destinadas ao quinto constitucional, dentre elas o exercício profissional da advocacia por, pelo menos, dez anos.

Nesse sentido, cita-se recente decisão do Tribunal Superior Eleitoral, que afirma:

Lista tríplice. TRE/BA. Decisão. Substituição. Reconsideração. Impossibilidade. Requisito. Prática forense. Preenchimento. Ausência. Comprovação. Indicação. Momento. Indefere-se pedido de reconsideração de decisão que determinou a substituição de candidatos de lista tríplice que não comprovou o exercício de 10 anos de atividade advocatícia no momento de sua indicação. Nesse entendimento, o Tribunal indeferiu o pedido de reconsideração. Unânime.¹⁴⁹

A segunda situação diz respeito à inexistência da figura do quinto constitucional assegurado no artigo 94 da Carta Republicana no âmbito da Justiça Eleitoral, significando dizer que não podem integrar o Tribunal Superior Eleitoral e os Tribunais Regionais membros do Ministério Público.

Essa hipótese é objeto de críticas por parte da doutrina, chegando-se a afirmar que “estranhamente, não sobrou uma cadeira para o Ministério Público – nem no Tribunal Superior Eleitoral, nem nos Tribunal Regional Eleitoral”.¹⁵⁰

Existem autores que chegam, inclusive, a apresentar propostas de nova composição da Justiça Eleitoral (TSE e TREs), buscando um mecanismo que contemple o Ministério Público.

Nesse diapasão, cita-se o seguinte entendimento:

¹⁴⁹ TSE – Encaminhamento de Lista Tríplice n. 499/BA, rel. Min. Arnaldo Versiani, j. 10.03.2009, *Informativo do TSE*, ano 11, n. 6 (09 a 15 de março de 2009), Sessão administrativa, p. 2.

¹⁵⁰ GOMES, José Jairo, *Direito eleitoral*: conforme Resolução n. 22.610/2007 do TSE, cit., p. 55.

Uma possível solução para a questão aqui apresentada seria a designação de um juiz do quadro dos Tribunais de Justiça, oriundo do quinto constitucional reservado aos advogados, e de outro provindo do Ministério Público, para integrarem os Tribunais Eleitorais. Com efeito, diferentemente das vagas destinadas aos juízes eleitorais advogados, as vagas do quinto constitucional sempre foram preenchidas por membros da advocacia e do Ministério Público.¹⁵¹

Embora existam esses posicionamentos, o fato é que, por opção do legislador constituinte, inexistiu participação de julgadores oriundos do Ministério Público no âmbito da Justiça Eleitoral.

Finalizando, deve-se deixar claro que também não houve interesse do legislador infraconstitucional em convocar membros do *Parquet* para comporem as Cortes Eleitorais; tanto assim é verdade que nem mesmo promotores de justiça ou procuradores de justiça aposentados que integrem a advocacia podem ingressar no Tribunal Superior Eleitoral ou Tribunais Regionais Eleitorais nas vagas destinadas aos advogados, ainda que estejam exercendo a advocacia por mais de dez anos.

Esta é a inteligência do contido no artigo 25, parágrafo 2º, do Código Eleitoral, que afirma: “A lista não poderá conter nome de magistrado aposentado ou de membro do Ministério Público.”

Ainda dentre as características citadas para os ministros do Tribunal Superior Eleitoral e os juízes eleitorais dos Tribunais Regionais Eleitorais oriundos da advocacia, o exercício da judicatura eleitoral não é impedido para o exercício da advocacia, havendo a ressalva, apenas e tão somente, quanto à advocacia na própria Justiça Eleitoral.

Aliás, essa questão voltou a ser discutida recentemente, havendo pedido de manifestação do Conselho Nacional de Justiça sobre a matéria, cujo plenário entendeu que “a incompatibilidade para o exercício da advocacia enquanto os advogados ocuparem o cargo de juízes eleitorais se dá apenas em relação à Justiça Eleitoral. No mais, a possibilidade do exercício da advocacia dá-se de forma ampla”.¹⁵²

¹⁵¹ BARTELLI, Vilson; VIEIRA SÁ, Luiza, Reflexões em torno da composição dos tribunais, cit., p. 271-272.

¹⁵² CNJ – Pedido de Providências n. 2007.10.000014851. Requerente: Associação Brasileira de Magistrados, Procuradores e Promotores Eleitorais – ABRAMPPE, rel. Cons. Tércio Lins e Silva, j. 25.03.2008.

Ao agir dessa forma, o Conselho Nacional de Justiça manteve entendimento amplamente aceito pela doutrina e jurisprudência pátrias.

Por último, dentre as características específicas do advogado que vem a ocupar o nobilitante cargo de ministro do Tribunal Superior Eleitoral e ou de juiz eleitoral dos Tribunais Regionais Eleitorais, tem-se a inexistência de idade mínima e máxima para a investidura.

A Constituição Federal estabelece idade mínima e máxima para os postulantes ao cargo de ministro dos Tribunais Superiores (35 a 65 anos para o STJ – art. 105, parágrafo único da CF; TST – art. 111-A da CF, STM – art. 123, parágrafo único da CF), Tribunais Regionais Federais e do Trabalho (30 a 65 para os TRFs – art. 107, TRT – art. 115) e Tribunais de Justiça (art. 95 e 125 da CF).

No âmbito da Justiça Eleitoral, inexistem para o advogado ocupante desse honroso múnus público limites de idade (mínimo e máximo).¹⁵³

Essas as peculiaridades diretamente ligadas à figura do advogado escolhido para ministro do Tribunal Superior Eleitoral ou juiz eleitoral do Tribunal Regional Eleitoral.

2.3.2.2 Tribunal Regional Eleitoral

Composto em observância ao contido no artigo 120 da Constituição Federal, é imperioso registrar que esse artigo não prevê a possibilidade de ampliação do número de julgadores.

Ou seja: para o Tribunal Superior Eleitoral, tem-se como possível a ampliação do número de ministros, porém para o Tribunal Regional Eleitoral, a ampliação se apresenta impossível e incabível, posto que a Constituição Federal se reporta ao número de sete membros, não se valendo da expressão “pelo menos”.

¹⁵³ Ocupou cadeira no Tribunal Superior Eleitoral o advogado José Gerardo Grossi, nomeado pelo presidente da República aos 73 anos de idade, em situação somente possível no Poder Judiciário Eleitoral.

A jurisdição do Tribunal Regional Eleitoral estende-se em todo o território do Estado Federado ou do Distrito Federal e, nos termos do artigo 120, parágrafo 1º, da *Lex Fundamentalis*, sua composição opera-se da seguinte forma:

I - mediante eleição, pelo voto secreto:

a) de dois juízes dentre os desembargadores do Tribunal de Justiça;

b) de dois juízes, dentre juízes de direito, escolhidos pelo Tribunal de Justiça;

II - de um desembargador federal integrante do Tribunal Regional Federal com sede na Capital do Estado ou no Distrito Federal (somente 5 membros de TRE são escolhidos dentre desembargadores, considerando a existência de 5 Tribunais Regionais Federais) ou de um juiz federal, escolhido, em qualquer caso, pelo Tribunal Regional Federal respectivo;

III - por nomeação do presidente da República, dois juízes dentre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Tribunal de Justiça.

A delimitação das atribuições administrativas do Tribunal Regional Eleitoral foi feita pela própria Constituição Federal, destacando-se que o presidente do Tribunal Regional Eleitoral e o seu vice-presidente deverão ser escolhidos dentre os desembargadores indicados pelo Tribunal de Justiça.

O membro da judicatura federal e os advogados não exercerão atribuições administrativas no Tribunal Regional Eleitoral, salvo nos períodos de plantões e recesso forense.

Todas as observações registradas com relação aos advogados para ingresso no Tribunal Superior Eleitoral valem, *mutatis mutandis*, para o Tribunal Regional Eleitoral, merecendo ser acrescida a informação estampada no artigo 25 do Código Eleitoral, que afirma não poder o advogado vir a ser ocupante de cargo público demissível *ad nutum* ou vir a ser diretor ou proprietário de empresa privada que tenha celebrado contrato com a Administração pública ou receba qualquer tipo de subvenção, bem como venha a ser ocupante de mandato de caráter político, federal, estadual ou municipal.

A competência dos Tribunais Regionais Eleitorais, tanto recursal como originária, está prevista no Código Eleitoral (art. 29, CE) e na legislação extravagante (v.g., Lei n. 9.504/97), sendo essa competência tanto para assuntos cíveis como penais eleitorais.

Derradeiramente, aponta-se característica interessante da Justiça Eleitoral (válida para todos os TREs e também para o TSE), qual seja, a inexistência de órgãos fracionários.

Sobre o tema, leciona a doutrina:

Não se podem subdividir em câmara ou turmas, diante da ausência de permissão constitucional. Assim acontecendo todos os atos deliberativos, de caráter administrativo, normativo ou jurisdicional, atribuídos aos Tribunais Eleitorais, devem resultar de manifestações plenárias. Não os pode emitir singularmente o seu presidente, em virtude da natureza colegiada da instância.¹⁵⁴

Por essa razão, inexistente o recurso de embargos infringentes no âmbito da Justiça Eleitoral.

2.3.2.3 Juízes eleitorais

Os juízes eleitorais são juízes de direito ligados à Justiça Estadual comum, que acumulam as funções jurisdicionais da Justiça Estadual com as funções jurisdicionais e judicialiformes da Justiça Eleitoral; normalmente, a investidura opera-se por mandato, havendo rodízio permanente entre os ocupantes da judicatura eleitoral.

Por não possuir uma magistratura própria, aplica-se para o magistrado eleitoral o disposto no artigo 11 da Lei Complementar n. 35/79 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional).

No pensar da doutrina: “Cuida-se, pois, de juízes togados, de carreira, que gozam das prerrogativas constitucionais de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios. É comum, porém, que juízes de direito substitutos, ainda não vitaliciados, sejam designados para o ofício eleitoral.”¹⁵⁵

¹⁵⁴ RIBEIRO, Flávia, *Direito eleitoral*, cit., p. 97.

¹⁵⁵ GOMES, José Jairo, *Direito eleitoral*: conforme Resolução n. 22.610/2007 do TSE, cit., p. 61.

A competência dos juízes eleitorais está lançada no artigo 35 do Código Eleitoral, avistando-se a atribuição para processar e julgar os crimes eleitorais de acusados que não ocupem cargo público que assegure o foro por prerrogativa de função (art. 35, II, do Código Eleitoral).

2.3.2.4 Juntas Eleitorais

A Constituição Federal de 1988 manteve, em seus artigos 118, IV e 121, *caput*, a previsão das Juntas Eleitorais, afirmando que a delimitação de sua competência dar-se-á por lei complementar.

Enquanto não for editada essa lei, o entendimento predominante é de que nesse particular o Código Eleitoral possui *status* de lei complementar, devendo-se aplicar a competência da Junta Eleitoral prevista e esculpida no artigo 40 do Código Eleitoral, destacando-se dentre suas atribuições a apuração dos votos, resolução da impugnação e demais incidentes que porventura possam ocorrer durante o processo eleitoral, além de promover a expedição dos diplomas para os candidatos eleitos, quando se tratar de eleição municipal.

As Juntas Eleitorais são compostas de dois a quatro cidadãos de reputação ilibada nomeados pelo Tribunal Regional Eleitoral (art. 35, § 1º do Código Eleitoral), sendo a composição colegiada para órgão de primeiro grau do Poder Judiciário outro aspecto peculiar do Poder Judiciário Eleitoral.

Repise-se o que foi anteriormente mencionado com relação ao esvaziamento ou perda do sentido de existir Junta Eleitoral ou apuradora, em se tratando de eleições realizadas em sua totalidade de forma eletrônica.

Mesmo ocorrendo problemas na votação eletrônica (cada vez mais raros, em razão da especialização do TSE nesse tema), o labor das Juntas Eleitorais resta diminuído, uma vez que “o Tribunal Superior Eleitoral recomenda o procedimento denominado ‘voto cantado’, pelo qual a cédula de votação é lida e digitada em uma urna eletrônica substituta”.¹⁵⁶

¹⁵⁶ GOMES, José Jairo, *Direito eleitoral*: conforme Resolução n. 22.610/2007 do TSE, cit., p. 63.

Estas as funções desempenhadas pela Junta Eleitoral, com previsão constitucional e possibilidade de praticar atos administrativos e até jurisdicionais eleitorais.

2.3.3 Organização geográfica da Justiça Eleitoral

Enquanto a Justiça Estadual comum está dividida em Comarcas e a Justiça Federal em Seções Judiciárias, a Justiça Eleitoral tem sua divisão territorial de competência delimitada entre Circunscrição, Zona e Seção Eleitoral.

A Circunscrição Eleitoral consiste em uma divisão territorial, porém tem em mira a organização do pleito, sendo que, em se tratando de eleição para presidente da República, a Circunscrição é todo o território nacional; nas eleições gerais (governador de Estado, deputado federal, deputado estadual e senador), a Circunscrição consiste no território do Estado Federal e, por último, em se tratando de eleições municipais, a Circunscrição consiste na área do respectivo Município, independentemente de o mesmo ser ou não sede de Zona Eleitoral, posto que vários Municípios podem compor uma Zona Eleitoral, enquanto que um Município pode vir a ser dividido em várias Zonas Eleitorais.

Enquanto a Comarca na esfera da Justiça Estadual ou a Seção Judiciária no âmbito do Poder Judiciário Federal correspondem ao espaço territorial de um ou mais Municípios onde o juiz de direito ou juiz federal exerce jurisdição, na Zona Eleitoral, tem-se a delimitação geográfica do exercício de jurisdição por parte do juiz eleitoral.

2.3.1.1 Conceito de Zona Eleitoral e critérios para sua definição

As Zonas Eleitorais possuem a mesma ideia de Comarca, “uma vez que são fixadas em consonância com o número de eleitores existentes no Município. É por tal motivo que existem Municípios com apenas uma Zona Eleitoral, enquanto outros contam com várias”.¹⁵⁷

¹⁵⁷ PONTE, Antonio Carlos da, *Crimes eleitorais*, cit., p. 4.

Dessa forma, o juiz eleitoral titular de determinada Zona, abrangendo um ou mais Municípios, possui a competência penal eleitoral durante o período de investidura de seu mandato como magistrado eleitoral.

Essa é a competência em razão do lugar, que melhor será explorada no próximo capítulo.

O Tribunal Superior Eleitoral, por intermédio da Resolução n. 19.994/97, estabelece as diversas condições para se criar ou desmembrar uma Zona Eleitoral, destacando-se: a) necessidade de demonstração de mapa geográfico, com o quantitativo da população, Município ou Municípios abrangidos e localização dos núcleos populacionais a serem assistidos; b) indicação das vias de acesso e dos meios de transporte da Zona Eleitoral; c) comprovação de um número mínimo de eleitores na Zona Eleitoral criada.

Além das condições acima especificadas, em razão de se tratar o Brasil de um país de dimensões geográficas continentais, excepcionalmente o Tribunal Superior Eleitoral pode permitir a criação de Zonas Eleitorais que observem peculiaridades, possibilitando a criação de Zona Eleitoral, ainda que em locais de baixa densidade eleitoral, viabilizando, com isso, que a Justiça Eleitoral esteja cada vez mais próxima da população, criando facilidades para o exercício da cidadania, mormente nas hipóteses de alistamento eleitoral e realização dos pleitos eleitorais.

Nesse sentido, cita-se decisão do Tribunal Superior Eleitoral, ao promover julgamento administrativo viabilizando a criação de Zona Eleitoral:

Criação de Zona Eleitoral. Desmembramento. Princípio da excepcionalidade. Comprovação
Localidade de baixa densidade demográfica, de difícil acesso, situadas em região de fronteira são casos excepcionais que autorizam a criação de novas zonas eleitorais, a teor do parágrafo 4º do artigo 1º da Res-TSE n. 19.994/97, modificada pela Res-TSE n. 20.041/97. Atendidos os requisitos previstos na Res-TSE n. 19.994/97, defere-se a criação da 6ª Zona Eleitoral (Mucajaí/RR), por desmembramento da 2ª Zona Eleitoral (Caracarái/RR). Nesse entendimento, o Tribunal homologou a decisão regional. Unânime.¹⁵⁸

¹⁵⁸ TSE – Criação de Zona Eleitoral n. 349/RR, rel. Min. Eros Grau, j. 10.03.2009, *Informativo do TSE*, ano 11, n. 6 (09 a 15 de março de 2009), Sessão Administrativa, p. 2.

Dessarte, repita-se, a área de uma Zona Eleitoral não coincide obrigatoriamente com o território de um Município, eis que uma zona pode abranger mais de um Município ou um Município, em razão de suas dimensões, pode conter mais de uma Zona Eleitoral.

Por derradeiro, define-se a Seção Eleitoral como uma subdivisão da Zona Eleitoral. A Seção é o local onde o eleitor deve comparecer para exercer o direito ao voto, ou seja, uma Zona Eleitoral deve ser dividida em diversas Seções Eleitorais, correspondendo aos locais onde o eleitor comparece para sufragar. A Seção Eleitoral é a menor unidade da divisão judiciária eleitoral, ficando ao critério do juiz eleitoral a delimitação do número de seções, de acordo com o número de eleitores adstritos à Zona Eleitoral.

Essa é a organização básica da Justiça Eleitoral de primeiro grau.

2.4 Ministério Público Eleitoral

A Constituição Federal de 1988 deu o merecido destaque ao Ministério Público, havendo evolução indiscutível nas atribuições dessa importante instituição de natureza permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, “incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (art. 127, *caput*, da CF).

Além disso, o Ministério Público está centrado em princípios de grande envergadura, como a unicidade, a indivisibilidade e a independência funcional, possuindo as mesmas prerrogativas, garantias e vedações da magistratura (art. 128, I e II, da CF).

No direito eleitoral, a importância de uma atuação livre e independente do representante do *Parquet* apresenta-se como imprescindível para a manutenção da lisura do processo eleitoral, pelo respeito aos princípios inerentes ao Estado Democrático de Direito, pelo combate à fraude, ao logro e aos mecanismos comumente utilizados em nosso país que impedem o desabrochar por completo da democracia.

As funções e atribuições do Ministério Público encontram-se delimitadas no artigo 129 da Constituição Federal.

Com relação à atuação na Justiça Eleitoral, essas atribuições incumbem ao Ministério Público Federal, por força do disposto na Lei Complementar n. 75/93.

Com efeito, diz o artigo 72 da Lei Complementar Federal n. 75/93 que compete ao Ministério Público Federal desempenhar suas atribuições no âmbito do Poder Judiciário Eleitoral em todas as fases e instâncias do processo eleitoral (quer se trate de processo cível eleitoral, quer, ainda e principalmente, no processo penal eleitoral, em razão da privatividade da ação penal pública).

Em todos os feitos que tramitem na Justiça Eleitoral, tem legitimidade e dever de atuar o Ministério Público Eleitoral, sendo que sua atuação dar-se-á como parte ou como *custos legis*.

No Tribunal Superior Eleitoral e nos Tribunais Regionais Eleitorais, a atuação é exclusiva do Ministério Público Federal, sendo que essa situação, em razão das dimensões do país, não ocorre na Justiça Eleitoral de primeiro grau, na qual haverá a atuação do promotor eleitoral integrante do Ministério Público Estadual.

2.4.1 Organização e composição do Ministério Público Eleitoral

O Ministério Público Eleitoral está dividido em Procuradoria Geral Eleitoral, Procuradoria Regional Eleitoral e promotoria eleitoral.

O Procurador Geral Eleitoral (PGE) é o Procurador Geral da República. Existe nesse caso um acúmulo de atribuições, sendo que o Procurador Geral da República, além de representar o Ministério Público no Supremo Tribunal Federal, representa o *Parquet* Eleitoral perante o Tribunal Superior Eleitoral.

O Procurador Geral da República possui mandato de dois anos, podendo vir a ser reconduzido, não havendo limitação para a recondução, feita a critério do presidente da República.

Havendo a expiração do mandato, sem recondução ou destituição do procurador geral da República, automaticamente deixará de ocupar as atribuições de procurador geral eleitoral.

Impende registrar ainda que o artigo 73, parágrafo único, da Lei Complementar n. 75/93 estabelece que o procurador geral eleitoral deverá designar entre os subprocuradores gerais da República o vice-procurador geral eleitoral, que “o substituirá em seus impedimentos e exercerá o cargo em caso de vacância, até o provimento definitivo”.

Compete ao procurador geral eleitoral designar os procuradores regionais eleitorais para atuar em cada Tribunal Regional Eleitoral da Federação, bem como dirimir os conflitos de atribuições entre os membros do Ministério Público Eleitoral (art. 75 da LC n. 75/93).

Em cada Tribunal Regional Eleitoral, haverá a atuação de um procurador regional eleitoral, como um substituto legal para as hipóteses de impedimento ou vacância do cargo, para desempenhar as atribuições do *Parquet* eleitoral na Corte Regional.

Nos Estados onde exista sede de Tribunal Regional Federal (atualmente o país conta com cinco Tribunais Regionais Federais: Brasília – TRF-1ª da Região; Rio de Janeiro – TRF da 2ª Região; São Paulo – TRF da 3ª Região; Porto Alegre – TRF da 4ª Região; e Recife – TRF da 5ª Região), o Procurador Regional Eleitoral será escolhido dentre os Procuradores Regionais da República¹⁵⁹, nos demais Estados da Federação, o Procurador Regional Eleitoral e seu substituto serão escolhidos dentre os procuradores da república vitalícios (art. 76).

O Procurador Regional Eleitoral possui mandato de dois anos, podendo ser reconduzido uma única vez, por igual período.

¹⁵⁹ Afirmou-se anteriormente que em referidos Estados e no DF o ocupante no Tribunal Regional Eleitoral representante a magistratura federal será escolhido dentre Desembargadores Federais e não Juízes Federais com atuação na primeira instância.

Atua em todos os feitos que tramitam no Tribunal Regional Eleitoral, quer como parte, quer ainda como *custos legis*, competindo-lhe a designação dos promotores eleitorais com atuação em todas as Zonas Eleitorais adstritas ao referido Tribunal Regional Eleitoral, sendo que funcionalmente os promotores eleitorais estão adstritos ao Procurador Regional Eleitoral, e não ao Procurador Geral de Justiça.

Por fim, tem-se o promotor eleitoral, que deve desempenhar suas funções na primeira instância, ou seja, na Zona Eleitoral, exercendo o papel de *Parquet* eleitoral, atuando em todos os feitos, deflagrando as ações cabíveis, tanto as ações necessárias ao respeito da lisura do processo eleitoral (ações de impugnação de registro de candidatura, ações de investigação judicial eleitoral, impugnação de mandato eletivo, representações eleitorais, etc.), buscando combater o abuso do poder econômico, político e de autoridade, além de fiscalizar a propaganda eleitoral e a captação ilícita de sufrágio).

Funciona, ainda, o promotor eleitoral nos processos penais eleitorais, com a peculiaridade de serem todos os crimes eleitorais de ação penal pública incondicionada, destacando-se a atuação privativa do Ministério Público, nos termos do artigo 129, I, da Constituição Federal.

Vigora na Justiça Eleitoral o princípio da cooperação na organização político-eleitoral, em que promotores de justiça estaduais passam a desempenhar atribuições do Ministério Público Federal, previstas na Lei Orgânica do Ministério Público da União (LC n. 75/93).

Merece ser consignado também o fato de que o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução n. 30, de 19 de maio de 2008, estabelecendo parâmetros para a designação de membros do Ministério Público para exercer função eleitoral em primeiro grau.

Diz o artigo 1º, I, da Resolução que, para os fins do artigo 79 da Lei Complementar n. 75/93, a designação de membros do Ministério Público de primeiro grau para exercer função eleitoral na Justiça Eleitoral de primeira instância dar-se-á mediante designação feita por ato

do procurador regional eleitoral, com base em indicação feita pelo procurador de justiça chefe do Ministério Público estadual.¹⁶⁰

Essa a organização básica do Ministério Público Eleitoral.

2.4.2 Atribuições do *Parquet* Eleitoral e a lisura do processo eleitoral

As atribuições do procurador geral e do procurador regional eleitoral estão contidas na Lei Complementar n. 75/93 e também no Código Eleitoral (arts. 24 e 27, § 3º), sendo que a atuação no primeiro grau tem sua previsão ainda na Lei n. 8.625/93 que, em seu artigo 32, III, estabelece que compete aos promotores de justiça “oficiar perante à Justiça Eleitoral de primeira instância, com as atribuições do Ministério Público Eleitoral, além de outras que forem estabelecidas na legislação eleitoral e partidária”.

Dentre as atribuições do Ministério Público Eleitoral, destaca-se a de preservar a lisura do processo eleitoral, bem como a igualdade na disputa, além de combater os ataques aos princípios democráticos, a liberdade do voto, enfim, os abusos praticados durante o processo eleitoral.

Dessa forma, não remanesce o menor laivo de dúvida que, dentre as diversas atribuições do Ministério Público Eleitoral, merece especial destaque a busca por eleições escorreitas e verdadeiramente isentas, observada a lisura do prélio eleitoral.

O combate à corrupção eleitoral, à fraude e às artimanhas da política que teimam em continuar impedindo que a cidadania viceje em nosso país certamente constitui o maior desafio do *Parquet* eleitoral que atualmente, quer por falta de estrutura, quer ainda em razão da própria conjuntura política e constituição da Justiça Eleitoral, consiste em meta longe de ser alcançada.

¹⁶⁰ Registre-se que no Estado de São Paulo, a Procuradoria de Justiça editou os Atos Normativos ns. 557/2008 e 559/2008, estabelecendo critérios para indicação dos promotores de justiça que devem desempenhar função eleitoral no âmbito da Capital e das Zonas Eleitorais do interior do Estado, demonstrando como se procede a escolha do representante do *Parquet* para desempenhar funções eleitorais no primeiro grau de jurisdição, em estrita observância ao contido na Resolução n. 30/2008 do Conselho Nacional do Ministério Público.

Este é o pensamento da doutrina especializada que, ao proferir crítica acerba, afirma:

Infelizmente, a Justiça Eleitoral e o Ministério Público Eleitoral atuam de forma amadora e improvisada frente à recalcitrante violadores da legislação eleitoral, por vezes responsáveis pela elaboração da própria lei que lhes é aplicada, utilizando-se de tais falhas e benefício pessoal e partidário. Cabe ao Ministério Público Eleitoral ditar a política criminal que será desenvolvida em matéria eleitoral, assim como estabelecer estratégias que visem a punir rigorosamente as infrações administrativas eleitorais, não apenas em ano eleitoral. Isso só é possível com profissionalismo e dedicação exclusiva.¹⁶¹

Toda a atual doutrina, com a qual concordo, defende, por entender como imprescindível para o fortalecimento dos princípios inerentes ao Estado Democrático de Direito, uma atuação firme e independente do Ministério Público Eleitoral, buscando, cada vez mais, a especialização de seus quadros e a profissionalização de seu desempenho funcional, atingindo não só os objetivos contidos no artigo 127 da Constituição Federal, mas, sobretudo, buscando a vigência efetiva de um dos pilares da República Federativa do Brasil, que é a cidadania (art. 1º, II, da CF).

¹⁶¹ PONTE, Antonio Carlos da, *Crimes eleitorais*, cit., p. 15.

3 JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA PENAL

3.1 Conceito de jurisdição

A vida em sociedade implica a observância de regras previamente estabelecidas, possuindo o Estado três funções bem delimitadas e básicas: a legislativa, a administrativa e a jurisdicional, exercidas pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.¹⁶²

A jurisdição constitui-se em uma dessas funções inerentes ao Estado, mormente quando se vive em um Estado Democrático de Direito, no qual a Constituição Federal determina programaticamente que se promova a solução das querelas jurídicas de forma civilizada e ordenada, sempre pelo Poder Judiciário, obedecendo-se aos preceitos legais e à ritualística apropriada.

A Carta Política de 1988 teve especial preocupação com a necessária e imprescindível prestação jurisdicional do Estado, com a organização do Poder Judiciário (arts. 92 *ut* 126, da CF), bem como em assegurar garantia fundamental, ao estabelecer que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV, da CF).

Trata-se do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, sendo assegurado “que cabe ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição, pois sequer se admite mais o contencioso administrativo, que estava previsto na Constituição revogada”.¹⁶³

Dentre os desdobramentos da jurisdição e a amplitude do monopólio do Estado em dirimir os conflitos, dizendo o direito no caso concreto, destaca-se o direito de punir (*jus puniendi*), e “quando ocorre um fato que se suspeite criminoso, o Estado desenvolve sua atividade persecutória, de natureza exclusivamente administrativa, e, através dela, manifesta ao Judiciário sua exigência punitiva, propondo a ação penal”.¹⁶⁴

¹⁶² “A *communis opinio* dos publicistas é, hoje, no sentido de que as expressões *Poder Executivo*, *Poder Legislativo* e *Poder Judiciário* são impróprias. O poder do Estado é um só, as funções é que variam.” (TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 226).

¹⁶³ SILVA, José Afonso da, *Comentário contextual à Constituição*, cit., p. 132.

¹⁶⁴ MARQUES, José Frederico. *Da competência em matéria penal*. Ed. rev. atual. e compl. por José Renato Nalini e Ricardo Dip. Campinas: Millennium, 2000. p. 3.

Simplificadamente, a jurisdição (*jurisdictio*) é atribuição do Estado, em que se dirimem os conflitos, aplicando-se o querer da lei, por intermédio de um de seus poderes, *in casu*, o Poder Judiciário.

Nesse aspecto, leciona Rogério Lauria Tucci:

Jurisdição é uma função estatal inerente ao poder-dever de realização de justiça, mediante atividade substitutiva de agentes do Poder Judiciário – juízes e tribunais –, concretizada na aplicação do direito objetivo a uma relação jurídica, com a respectiva declaração, e o conseqüente reconhecimento, satisfação ou assecuração do direito subjetivo material de um dos titulares das situações (ativa e passiva) que a compõem.¹⁶⁵

A jurisdição aparece, portanto, como necessidade jurídico-objetiva de impedir que a autodefesa ou autotutela descomedida leve à desordem extrema¹⁶⁶, estabelecendo como atribuição do Poder Judiciário dirimir os conflitos postos à sua manifestação (*nemo judex sine actore e ne procedat judex ex officio*).

Logo, quando se operar a violação das normas vigentes, entra em cena o poder-dever de aplicar a lei do Estado, frisando-se que o “escopo da jurisdição é de tornar efetiva a ordem jurídica e de impor a regra jurídica concreta que, por força do direito vigente, deve regular determinada situação jurídica”.¹⁶⁷

A jurisdição é oriunda do Poder Judiciário (regra), existindo, ainda, a jurisdição política (exceção), cabível para as hipóteses de crimes de responsabilidade dos agentes políticos, expressa no artigo 52, I e II, da Constituição Federal, cujo rito e situações cabíveis para o julgamento se encontram positivados na Lei n. 1.079/50, devendo a decisão pela infração política vir a ser lavrada pelo parlamento.

A jurisdição extraordinária (política) destaca-se pela possibilidade de julgamento das seguintes autoridades: presidente da república, vice-presidente da República, ministros do Supremo Tribunal Federal, procurador-geral da República, advogado-geral da União,

¹⁶⁵ TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 21.

¹⁶⁶ É vedado ao cidadão o exercício da autodefesa ou autotutela, sob pena de em assim agindo, incorrer na prática de diversos crimes, tais como o constrangimento ilegal e o exercício arbitrário das próprias razões, dentre outros (arts. 146 e 345 do CP).

¹⁶⁷ MARQUES, José Frederico, *Da competência em matéria pena*, cit., p. 3.

membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público (nos crimes de responsabilidade), além dos ministros de Estado e dos comandantes das Forças Armadas (quando se tratar da prática de crime de responsabilidade conexo com o presidente ou vice-presidente da República).

O julgamento ocorrerá pelo Senado da República, com a participação dos oitenta e um membros da Câmara Alta do parlamento nacional, sendo presidida a sessão pelo presidente do Supremo Tribunal Federal, conforme expressa previsão guardada na Lei n. 1.079/50 que, consoante afirmado, também traz a ritualística da sessão de julgamento pelo parlamento em função atípica.¹⁶⁸

Volvendo para a análise do conceito etimológico da palavra jurisdição, tem-se sua origem como *jurisdictio* (*jus* – direito, *dictionis* – dizer); portanto, jurisdição nada mais significa do que dizer o direito no caso concreto.

Nesse sentido, afirma a doutrina:

Etimologicamente, a palavra *jurisdição* vem de *jurisdictio*, formada de *jus*, *juris* (direito) e de *dictio*, *dictionis* (ação de dizer, pronúncia, expressão), traduzindo, assim, a ideia de ação de dizer o direito. Compreensível, portanto, seja ela definida como aquela atividade constante, por meio da qual o Estado, pelos seus órgãos específicos, provê a tutela do direito subjetivo, aplicando o direito objetivo a uma situação litigiosa concreta.¹⁶⁹

Esse o conceito de jurisdição, que possui o mérito de promover a delimitação da sua destacada relevância e de seus diversos desdobramentos, caracterizando-se como “corolário da organização jurídica das sociedades”, eis que, em havendo desrespeito à ordem jurídica, “aparece o poder do Estado de se reservar a solução dos conflitos juridicamente relevantes”.¹⁷⁰

¹⁶⁸ No âmbito dos Estados-membros, também existe a possibilidade do julgamento político feito pelo parlamento, nas hipóteses de crimes de responsabilidade do governador de Estado e demais autoridades estaduais, ficando para as Cartas Constitucionais de cada Estado-membro a atribuição de versar sobre as hipóteses, sendo competente para proferir o julgamento as Assembleias Legislativas. Os prefeitos municipais, por seu turno, devem ser julgados pela Câmara Municipal pelos crimes de responsabilidade, consoante expressa previsão legal contida no artigo 4º do Decreto-Lei n. 201/67, sendo a ritualística estabelecida no artigo 5º desse diploma normativo, que recentemente sofreu alteração, com o advento da Lei n. 11.966, de 3 de julho de 2009.

¹⁶⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *Processo penal*, cit., v. 2, p. 45.

¹⁷⁰ TORNAGHI, Hélio, *Instituições de processo penal*, cit., p. 208.

Diante dessas características, pode-se conceituar a jurisdição como sendo a possibilidade do Estado aplicar o direito no caso concreto por intermédio do Poder Judiciário (regra), dirimindo conflitos, buscando a pacificação social.

Ocorre, todavia, que esse conceito por si só não esclarece a necessidade de existência de várias Justiças em um mesmo local (Justiça comum – Estadual e Federal, Justiça especial – do Trabalho, Militar e Eleitoral), bem como de vários juízes atuando concomitantemente, todos dizendo o direito no caso concreto.

Para melhor compreensão dessa situação jurídica, tem-se como imprescindível a análise do conceito de competência.

Toma-se, nesta quadra, de empréstimo, a seguinte definição:

Cada juiz ou tribunal exerce suas funções dentro dos limites impostos pela divisão do trabalho, derivando daí o conceito de competência. Esta pressupõe, portanto, a existência do poder de julgar, ou jurisdição e o exige autorizado para a hipótese de que se tratar, e não para outras diversas. A competência é assim o poder de julgar destinado pela lei a ser exercido sobre certas matérias, somente em certos lugares e apenas em relação a determinada fase processual.¹⁷¹

Portanto, pode-se concluir que a competência implica na delimitação de qual Justiça, Tribunal ou juiz está apto a prestar a jurisdição.

Tem-se a compartimentalização da jurisdição com a definição do foro competente, após serem apreciadas às diversas hipóteses de delimitação de competência, que serão analisadas neste trabalho, de maneira mais amiudada, nos próximos tópicos.

Ainda na busca da definição de jurisdição e competência, bem como na delimitação e definição adequada desses, cita-se: “Em síntese, louvando-nos em João Mendes: o Poder Judiciário é o poder de julgar (de declarar e aplicar o direito) instituído; a jurisdição é o poder de julgar constituído; a competência é o poder de julgar organizado, ou seja, a distribuição da jurisdição em diversas áreas.”¹⁷²

¹⁷¹ MARQUES, José Frederico, *Da competência em matéria pena*, cit., p. 39-40.

¹⁷² PEDROSO, Fernando de Almeida. *Competência penal: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 15.

Logo, é verdadeiramente impossível dissociar esses conceitos, que servem como bússolas para o estudo da organização da Justiça.

Serão exploradas no presente estudo as hipóteses de delimitação de competência no âmbito da Justiça Eleitoral, apontando-se as peculiaridades desse segmento do Poder Judiciário, quer pela própria composição dos Tribunais Eleitorais (TSE e TREs), quer, ainda, pelas peculiaridades inerentes ao direito eleitoral, mormente quando da apreciação da competência penal eleitoral.

3.2 Jurisdição penal

A jurisdição é unitária e indivisível, embora a atribuição do julgamento de determinada matéria ou litígio deva competir a órgãos diversos, “donde se conclui que não há propriamente uma jurisdição civil e outra penal”.¹⁷³

Embora se infirme que inexistente diferença funcional entre a jurisdição civil e a jurisdição penal, havendo unidade e homogeneidade da função jurisdicional do Estado, o presente estudo abordará essa última, ou seja, a jurisdição penal, que se notabiliza como responsável pela aplicação da lei penal no caso concreto, resultando na imposição da sanção criminal cabível nas hipóteses de decisão penal condenatória.

Reforçando a unidade e homogeneidade da jurisdição, afirma a doutrina:

A origem e o fim da jurisdição civil e penal são idênticos, como expressão do mesmo poder estatal, tendo ambas, por isso, o mesmo conteúdo funcional consistente no poder concreto de agir para solucionar conflitos de direitos subjetivos, atuando a vontade da norma legal objetiva.¹⁷⁴

Avançando na análise do conceito de jurisdição, voltando-a para o processo criminal, afirma-se, ainda, a inexistência de jurisdição penal voluntária. Nem mesmo os casos de homologação de sentença penal estrangeira¹⁷⁵ implicam em hipóteses de jurisdição voluntária

¹⁷³ TORNAGHI, Hélio, *Instituições de processo penal*, cit., p. 212.

¹⁷⁴ MARQUES, José Frederico, *Da competência em matéria pena*, cit., p. 10-11.

¹⁷⁵ “(...) não será homologada sentença que ofenda a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.” (SILVA, José Afonso da, *Comentário contextual à Constituição*, cit., p. 568).

que, repise-se, inexistente no processo criminal, no qual avulta o conceito de lide e restam evidentes os princípios do *nemo iudex sine actore* e *nula poena sine iudicio*.

Refutando com veemência os argumentos lançados por processualistas que enxergam a existência da jurisdição penal voluntária, Frederico Marques leciona:

O processo penal é assim um processo de partes, e a jurisdição penal uma jurisdição contenciosa. Frente ao juiz, que encarna o poder do Estado de aplicar o direito objetivo, há um autor que pede a atuação da *voluntas legis* e um réu que impetra a prestação jurisdicional para anular a pretensão *ex adversa* e se lhe reconhecer o direito penal de liberdade. O juiz é, assim, órgão exclusivo da aplicação contenciosa do direito penal objetivo, e não lhe cabe assumir a titularidade, para não quebrar o equilíbrio que no processo deve existir como *actum trium personarum*.¹⁷⁶

Portanto, afirma-se inexistir jurisdição penal voluntária, inclusive na hipótese de apuração da violação de crimes eleitorais perante a Justiça Eleitoral.

Ainda dentro da análise da jurisdição penal e seus contornos e consectários, tem-se como relevante o fato de que existe a possibilidade do conhecimento pela jurisdição penal de demandas que versam sobre matéria eminentemente de natureza cível, tais como: sequestro de bens, hipoteca legal, restituição de coisas apreendidas, etc.

Ou seja, caso essas questões sejam conexas com a prestação jurisdicional penal e não se caracterizem como assuntos de alta indagação ou complexidade, deverá o juiz competente para conhecer de feito criminal vir a apreciá-los, embora se trate de jurisdição notadamente cível.

Por fim, no estudo da jurisdição penal, deve-se realçar que ela “compreende não só o poder de julgar, como também o de impor a execução da sentença, bem como o de praticar e fazer praticar os atos necessários para chegar ao julgamento”.¹⁷⁷

Esses os desdobramentos da jurisdição penal, cujas principais características serão apreciadas no próximo item.

¹⁷⁶ MARQUES, José Frederico. *Ensaio sobre a jurisdição voluntária*. Ed. rev., atual. e compl. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. Campinas: Millennium, 2000. p. 256-257.

¹⁷⁷ TORNAGHI, Hélio, *Instituições de processo penal*, cit., p. 236.

3.3 Características e regras inerentes à jurisdição criminal

A jurisdição penal apresenta diversos caracteres e princípios norteadores da forma de posicionamento do Estado, constituindo-se em uma espécie de traço de seus desdobros e amplitude.

Escolheram-se as principais características e os princípios fundantes da jurisdição para, de maneira sucinta, promover a análise, posto que serão de grande utilidade prática, quando do estudo da competência penal da Justiça Eleitoral e seus desdobramentos.

3.3.1 Exercício pelo Poder Judiciário

A primeira característica, anteriormente apreciada, ainda que *en passant*, diz respeito ao monopólio do Poder Judiciário no exercício da jurisdição, salvante os raros casos denominados pela doutrina como jurisdição anômala.

Importante, neste passo, citar o entendimento doutrinário que conceitua e exemplifica a “jurisdição anômala”. Ei-lo:

A Constituição admite dois casos de *jurisdição anômala*, exercida por *órgãos alheios ao Poder Judiciário*.

O primeiro diz respeito aos processos de *impeachment*, pelo julgamento (...) nos crimes de responsabilidade, julgamento de competência privativa do Senado Federal, após haver a Câmara dos Deputados declarado a “admissibilidade” da acusação formulada contra tais autoridades.

(...).

Em segundo lugar, o Tribunal de Contas, órgão colegiado, “preposto do Poder Legislativo, encarregado da fiscalização do orçamento”.

(...)

As atribuições do Tribunal de Contas são de natureza administrativa. Entretanto, quando “julga” as contas “dos administradores e demais responsáveis por dinheiro, bens e valores públicos”, tal julgamento impõe-se ao Poder Judiciário no que concerne ao aspecto contábil, sobre a regularidade da própria conta; o julgado do Tribunal de Contas constitui prejudicial no juízo penal, como apuração, da qual o juiz não se pode afastar, de elemento de fato necessário à tipicidade do crime.¹⁷⁸

¹⁷⁸ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 15-16.

Em verdade essas exceções (julgamento político) e o julgamento realizado por um Tribunal que na verdade não integra o Poder Judiciário (que se constitui em Tribunal administrativo, cujas decisões podem vir a ser questionadas em juízo, mormente quando não observado o devido processo legal) em nada limitam a principal característica da jurisdição, que é o fato de vir a ser prestada pelo Poder Judiciário em suas diversas esferas ou instâncias (Justiça comum estadual ou Justiça comum federal, Justiça especial e Tribunais Superiores).

Intimamente interligado com o monopólio estatal da prestação jurisdicional, avista-se o princípio da investidura, significando que somente aqueles regularmente investidos na magistratura estão aptos a prestar jurisdição, em nome do Estado-juiz.

A investidura no Poder Judiciário difere dos demais poderes da República. Nele, embora o poder seja exercido em nome do povo, não existe investidura direta, com ampla participação popular.

Tem-se como regra o concurso público como porta de entrada na magistratura (art. 93, I, da CF), merecendo destaque que, com o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, passou-se a exigir prática forense pelo interstício mínimo de três anos, ressalvadas as hipóteses do quinto constitucional para advogados, considerando que os membros do Ministério Público que ascenderam aos Tribunais Regionais Federais, Tribunais de Justiça ou Superior Tribunal de Justiça já se submeteram ao crivo do concurso público para ingresso no Ministério Público (art. 94, parágrafo único, da CF), a jurisdição por tempo determinado da Justiça Eleitoral (já explorada quando do estudo da composição da Justiça Eleitoral) e as nomeações para a Suprema Corte, regradas na Constituição Federal.

3.3.2 *Ne procedat judex ex officio*

A jurisdição apresenta-se inerte e não pode haver jurisdição sem ação. O órgão jurisdicional, para dizer o direito no caso concreto, precisa vir a ser provocado pela parte interessada, por aquele que busca a prestação jurisdicional, sendo essa provocação deduzida em juízo por intermédio do ajuizamento de uma ação, restando demonstrado o cumprimento das condições da ação e seus requisitos básicos.

Como desdobramento dessa regra, tem-se o *nemo iudex sine actore* (a jurisdição se manifesta após o exercício do direito de ação – art. 5º, XXXV, da Carta da República), devendo-se observar a inafastabilidade da prestação jurisdicional do Estado.

No dizer da doutrina:

O juiz diz o direito, ante a provocação da parte. Esta pergunta, aquele responde. A atividade jurisdicional contrapõe-se à atividade provocadora, fazendo-se esta por meio da ação. Ação, pois, é a invocação da prestação jurisdicional. Desse modo, não pode o juiz, sem provocação da parte, dar início ao processo.¹⁷⁹

O artigo 129, I, da Constituição Federal busca indiscutivelmente assegurar a inércia da jurisdição penal, bem como a imparcialidade do julgamento, conferindo ao Ministério Público a atribuição privativa e precípua de promover a ação penal pública, devendo-se ressaltar que a imensa maioria dos ilícitos penais se inicia com ação penal pública incondicionada.

Dentre os crimes eleitorais, embora já se tenha afirmado e reafirmado, impende consignar novamente que todos os tipos penais eleitorais têm a *persecutio criminis in iudicio* deflagrada por intermédio de denúncia oferecida pelo *Parquet* Eleitoral, posto que se trata de crimes de ação penal pública incondicionada (art. 355 do Código Eleitoral).

3.3.3 Obrigatoriedade da prestação jurisdicional

A indeclinabilidade da jurisdição significa que nenhum juiz pode subtrair-se ao exercício de seu múnus público jurisdicional.

Mesmo diante de lacuna ou omissão normativa, deve o magistrado dizer o direito no caso concreto, inclusive valendo-se da analogia, sendo que em direito penal e processual penal, somente a analogia *in bonam partem* pode vir a ser utilizada como mecanismo de integração da norma.

¹⁷⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *Processo penal*, cit., v. 2, p. 56.

Por mais difícil, complexo e inusitado que venha a ser o direito discutido na solução da lide ou o pedido formulado em juízo, deve o Poder Judiciário apresentar a resposta cabível e possível, dirimindo o conflito.

Afirma a doutrina que “a lei não pode impedir que o Judiciário aprecie qualquer lesão ou ameaça a direito, muito menos poderá o juiz abster-se de apreciá-la, quando invocado”¹⁸⁰, existindo em verdade o dever de decidir.

Diante da imperiosa necessidade de integração da norma, quando da necessária prestação jurisdicional penal, devem-se aplicar os artigos 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e 126 do Código de Processo Civil, que incidem de maneira subsidiária no processo criminal, por força do disposto no artigo 3º do Código de Processo Penal, que prevê a aplicação supletiva e subsidiária dos dispositivos contidos no Código de Processo Civil para solucionar demanda criminal.

Não se apresenta como possível para o Poder Judiciário, uma vez instado a se manifestar, que venha a se furtar de dirimir o conflito, ainda que não exista lei regulamentando a matéria ou que visível a lacuna no ordenamento jurídico.

Em situações desse jaez, nas quais o juiz tem o dever de decidir “em atenção à juridicidade estatal, atribuindo sentido ao caso concreto e conformando a legislação a partir da supremacia da Constituição e dos direitos fundamentais”¹⁸¹, incidirão a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

Portanto, à guisa de arremate, afirma-se: o juiz sempre deve dizer o direito no caso concreto e ainda que não exista norma regrado expressamente a situação, deve o julgador dirimir o conflito, solucionando a lide, pondo em prática a função precípua do poder dos juízes.

¹⁸⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *Processo penal*, cit., v. 2, p. 59.

¹⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel, *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*, cit., p. 174.

3.3.4 Duplo grau de jurisdição

O duplo grau de jurisdição foi historicamente concebido e justifica a sua existência na busca de se assegurar um julgamento justo e equânime, evitando a condenação de inocentes, em hipóteses que configuram o temido erro judiciário (art. 5º, LXXV, da CF), que apresenta consequências nefastas para o acusado, a coletividade e, principalmente, para o Estado Democrático de Direito.

Por essa razão, passou-se a sustentar a necessidade de se promover a interposição de insurgências recursais das decisões monocráticas de primeiro grau ou primeira instância, viabilizando-se recursos que busquem a correção do *error in iudicando* (erro do juiz quanto ao *meritum causae* da demanda apreciada), bem como o *error in procedendo* (erro do magistrado quanto a questões processuais e procedimentais).

A nova análise do processo em sede de apreciação do recurso regularmente interposto deve ser realizada por uma Corte cujas decisões venham a ser adotadas de forma colegiada, em uma instância superior, composta por julgadores experimentados, em razão da larga vivência na magistratura de piso, recrutados por promoção na carreira, alternando-se os critérios da antiguidade e do merecimento. Deve-se destacar que a segunda instância, ao julgar em sede de duplo grau de jurisdição, está autorizada a promover ampla análise da matéria de fato e da matéria de direito.

Por essa razão é que se apresenta como correto afirmar que os recursos para os Tribunais Superiores ou para a Suprema Corte não configuram um triplo grau de jurisdição.

Nesse sentido:

Deve-se observar, porém, que o princípio do duplo grau se esgota nos recursos cabíveis no âmbito da revisão, por uma única vez. Os recursos de terceiro grau das Justiças trabalhistas e eleitoral, o recurso para o Superior Tribunal de Justiça e o extraordinário, para o Supremo Tribunal Federal, não se enquadram na garantia do duplo grau.¹⁸²

¹⁸² GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 23.

Superada a questão introdutória versando sobre a importância do duplo grau de jurisdição, impende registrar que existe acerba discussão se o duplo grau de jurisdição é princípio ou regra, predominando o entendimento de que se trata de regra, e não de garantia constitucional.

Para alguns estudiosos, o duplo grau de jurisdição estaria enquadrado como garantia implícita, sendo um “princípio constitucional autônomo, decorrente da própria Lei Maior, que estrutura os órgãos da chamada jurisdição superior”.¹⁸³

Para outros, não se apresenta como possível alçar o duplo grau de jurisdição ao patamar de garantia constitucional, sendo apenas e tão somente uma regra e, como tal, não encontra previsão, sequer implicitamente, no texto constitucional, posicionamento que é acatado e seguido pelo Supremo Tribunal Federal.

No julgamento do RHC n. 79.785-7/RJ¹⁸⁴, o Supremo Tribunal Federal apreciou a amplitude do duplo grau de jurisdição, inclusive em cotejo com o quanto previsto no Pacto de São José da Costa Rica, e concluiu pela impossibilidade do exercício do duplo grau de jurisdição, quando se tratar de decisão lavrada em sede de ação penal originária que teve trâmite em Tribunal de Justiça estadual.

Discordando do entendimento talhado pelo Supremo Tribunal Federal, parte da doutrina alega que em situações desse jaez, em que resta, após o julgamento pela Corte de Justiça em sede de competência originária (Tribunais Estaduais, Tribunais Regionais Federais ou Tribunais Regionais Eleitorais), apenas e tão somente a possibilidade de interposição de recursos que discutem matéria de direito (recurso especial e recurso extraordinário).

Segundo referido posicionamento, existe violação ao querer da Constituição Federal (art. 5º, § 2º), conjuminado com o disposto no artigo 8º, 2, “h”, do Pacto de São José da Costa Rica, eis que “a interpretação conforme a garantia do indivíduo perante o Estado é aquela que

¹⁸³ PENTEADO, Jaques de Camargo. *Duplo grau de jurisdição no processo penal: garantia e efetividade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 115.

¹⁸⁴ STF – RHC n. 79.785-7/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 29.03.2000.

expressamente contempla o direito ao duplo grau de jurisdição para o arguido e deve ser assegurado a este um amplo reexame da causa penal”.¹⁸⁵

Pois bem, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o duplo grau de jurisdição não constitui garantia constitucional – explícita ou implícita. Além do mais o posicionamento dominante da Suprema Corte é no sentido de que o Pacto de São José da Costa Rica possui *status* de norma infraconstitucional, e não de norma constitucional, razão pela qual não altera a previsão constitucional vigente.

Ouso divergir do entendimento cristalizado no Supremo Tribunal Federal. Acredito, com amparo nos diplomas de direito internacional, bem como nos diversos estudos doutrinários, que o duplo grau de jurisdição configura um postulado constitucional consectário do devido processo legal, além de ser a situação expressamente prevista no pacto que versa sobre direitos civis e políticos (art. 14, n. 5, do Dec. n. 592/92) e na Convenção Americana dos Direitos Humanos (art. 8º, item 2, “h”, do Dec. n. 678/92). Goza o acusado dessa prerrogativa legal que, embora não configure um princípio constitucional do processo penal, e sim uma regra de cariz processual, reveste-se da condição de garantia fundamental, inerente à prestação jurisdicional.

3.3.5 Indelegabilidade e improrrogabilidade da jurisdição

A jurisdição é indelegável, considerando que os juízes que a possuem não podem repassá-la a quem não é magistrado.

Em verdade, o que se apresenta como possível é a delegação da competência, na hipótese de expedição de carta precatória ou de ordem, por exemplo, e não delegação de poder, posto que o “juiz a quem se pediu a prática do ato processual, ao cumprir a diligência, apenas está exercendo sua própria competência, de acordo com a lei”.¹⁸⁶

Importante enfrentar duas questões diretamente ligadas a esse tema, quais sejam:

¹⁸⁵ PENTEADO, Jaques de Camargo, *Duplo grau de jurisdição no processo penal*, cit., p. 121.

¹⁸⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *Processo penal*, cit., v. 2, p. 60.

- 1) carta precatória: inexistente delegação de poder, considerando tratar-se de uma mera cooperação no escopo de impulsionar o feito, sem conteúdo decisório;
- 2) carta de ordem: situação em que se configura verdadeira relativização da indelegabilidade, apresentando-se como possível a delegação de poderes instrutórios para o magistrado responsável pelo seu cumprimento, oriunda ela de Tribunal de Justiça, Tribunal Superior ou até mesmo do Supremo Tribunal Federal (art. 9º, § 1º, da Lei n. 8.038/90).

Compete aos regimentos internos dos Tribunais de cada Estado ou Tribunais Federais estabelecerem regras *interna corporis* atinentes ao cumprimento de carta de ordem.

Logo, não pode o juiz, que recebe o poder-dever de julgar do Estado, vir a delegar a jurisdição, podendo, entretanto, delegar competência.

Guilherme de Souza Nucci afirma:

Delegar é transmitir poderes, atribuições ou meramente incumbir alguém de fazer algo, exatamente o que faz o deprecante: transmite o poder de convocar e ouvir uma testemunha, que diz respeito a processo seu, a outro júízo. Estende-se a competência do juiz em face de delegação autorizada em lei. Por outro lado, se um desembargador pode ir à Comarca do interior onde se encontra determinada testemunha para inquiri-la, mas prefere não fazê-lo, deprecando o ato (carta de ordem), está autorizado, por delegação de competência, que o juiz local o faça.

Não é uma questão de transmitir poder jurisdicional, mas de conferir competência a magistrado que não a possui. Essa parece-nos ser a questão central, que autoriza concluir ser delegável apenas a competência, de acordo com os ditames legais.¹⁸⁷

Acertada a conclusão no sentido de que a jurisdição é indelegável (*delegatus iudex non potest subdelegare*), porém se apresenta como possível delegar a competência, além da imprescindível cooperação que deve existir entre os diversos órgãos do Poder Judiciário.

Por fim, dentre as regras que estão ao redor do conceito de jurisdição, inclusive penal, tem-se a improrrogabilidade, consistindo no fato de que o juiz não pode invadir jurisdição alheia, seja qual for o pretexto ou argumento utilizado, e muito menos se apresenta

¹⁸⁷ NUCCI, Guilherme de Souza, *Manual de processo e execução penal*, cit., p. 218-219.

como possível que as partes venham a escolher um juiz diverso do que determinado ou delimitado por lei para dirimir o conflito que lhe foi posto.

Regra básica da jurisdição: as partes não escolhem o juiz que irá julgá-las, nem o juiz tem direito de escolher os feitos que serão por ele julgados.

O juiz deve exercer a atividade jurisdicional dentro do território e nos limites traçados por lei, ou seja, não pode o juiz da Comarca A vir a processar e julgar um feito criminal que apure a prática de ilícito penal ocorrido na Comarca B.

Essa a regra geral da improrrogabilidade da jurisdição, também definida como princípio da aderência, “pois dá a entender que o juiz não pode exercer a atividade jurisdicional fora do território que lhe é delineado em lei”.¹⁸⁸

Relevante estabelecer que essa regra, diretamente ligada ao conceito e às características da jurisdição, comporta algumas exceções, quais sejam:

- 1) conexão e continência: artigos 76, 77 e 79 do Código de Processo Penal;
- 2) exceção da verdade: artigo 85 do Código de Processo Criminal, quando for aceita por preencher os requisitos legais;
- 3) nas hipóteses de desclassificação do enquadramento típico previstas no artigo 74, parágrafo 2º do Caderno Processual Penal;
- 4) desaforamento: situação inerente aos crimes da competência do Tribunal do Júri (art. 427 do CPP, com a redação da Lei n. 11.689/2008).

Mesmo diante dessas exceções (que não desconfiguram a regra da improrrogabilidade da jurisdição), conclui-se que não poderá o juiz declinar ou prorrogar suas atribuições, salvante as hipóteses expressamente previstas em lei e acima mencionadas, no caso da improrrogabilidade, além das situações de impedimento ou suspeição do magistrado (arts. 252 e 254 do CPP), hipóteses que obrigam o afastamento do julgador, assegurando a imparcialidade no exercício da jurisdição.

¹⁸⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *Processo penal*, cit., v. 2, p. 62.

3.4 Jurisdição comum e especial

Apresentar-se-ia como impossível o exercício ilimitado da jurisdição pelo magistrado no espaço e versando sobre todos os ilícitos penais e temas jurídicos. Há imperiosa necessidade de delimitação do exercício jurisdicional, o que é feito por intermédio do estabelecimento da competência como mecanismo de compartimentalização da jurisdição.

No dizer da doutrina, “embora a jurisdição seja una, como poder soberano do Estado, é evidente que não pode ser exercido ilimitadamente por qualquer juiz”.¹⁸⁹

Portanto, existe necessidade de delimitação da prestação jurisdicional e, diante dessa imposição, tem-se como adequada a separação ou divisão da jurisdição.

Nesse diapasão, entende-se como oportuno promover a classificação e divisão da jurisdição, que pode ser dividida e analisada sob diversos prismas:

- a) quanto à graduação: superior e inferior;
- b) quanto à matéria: comum e especial;
- c) quanto à função: ordinária e extraordinária (art. 52, I, da CF);
- d) quanto à competência: plena e limitada.

Evidentemente que não comporta o presente trabalho uma análise minuciosa e detida de cada uma das hipóteses ou classificação da jurisdição, entretanto, considerando as peculiaridades da Justiça Eleitoral, entende-se como oportuno e escorreito realizar uma análise mais percuciente da divisão quanto à matéria, ou seja, promover um estudo da jurisdição comum ou ordinária e da jurisdição especial.

A jurisdição comum ou ordinária é definida por exclusão, eis que se apresenta como aquela a que se “atribuem todas as causas que não estejam expressamente destinadas a outras jurisdições”.¹⁹⁰

¹⁸⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *Processo penal*, cit., v. 2, p. 75.

¹⁹⁰ *Ibidem*, v. 2, p. 72.

Trilhando essa senda, pode-se afirmar que a Justiça comum ou ordinária está dividida em Justiça Estadual (cuja competência é residual, nos termos do art. 125, § 1º, da *Lex Fundamental*) e em Justiça Federal (que embora com competência delimitada no texto constitucional – art. 109, CF –, afigura-se como Justiça comum), sendo certo que “a Justiça comum Federal é comum em relação às demais Justiças mantidas pela União, mas especial em relação à Justiça Estadual”.¹⁹¹

Corroborando o entendimento de que a Justiça Federal é comum em razão das Justiças especializadas, entretanto deve ser tratada como especial com relação à Justiça Estadual, sendo importante mencionar o teor do verbete de Súmula n. 122 do STJ, que esclarece: “Compete à Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do artigo 78, II, a, do Código de Processo Penal.”

Logo, pode-se afirmar que a Justiça Federal, em relação à Justiça especial (Eleitoral, Militar e Trabalhista) é comum, sendo especial com relação à Justiça Estadual, mormente pelo fato de que a competência do Poder Judiciário da União está expressamente delimitada no texto constitucional.

Avançando na classificação ou definição dos conceitos e/ou diferenças existentes entre a Justiça comum e a Justiça especial, tem-se que a Justiça especial possui competência previamente delimitada e determinada na Constituição Federal, sendo composta pelas Justiças Militar, do Trabalho e Eleitoral, conforme previsto no artigo 92, incisos IV, V e VI, da Constituição da República.

Registre-se que a jurisdição penal somente existe no âmbito da Justiça Militar (precipuamente habilitada para julgar os crimes militares próprios e impróprios, excepcionalmente julga crimes praticados por civis contra as instituições militares federais¹⁹²) e na Justiça Eleitoral (julgamento dos crimes eleitorais e dos crimes comuns conexos com os crimes eleitorais).

¹⁹¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *Processo penal*, cit., v. 2, p. 72.

¹⁹² Súmula n. 53 do STJ: “Compete à Justiça comum Estadual processar e julgar civil acusado de prática de crime contra instituições militares estaduais”. “Assim, conclui-se que a Justiça Militar Estadual jamais julga um civil, impondo-se a regra geral da separação dos processos” (NUCCI, Guilherme de Souza, *Manual de processo e execução penal*, cit., p. 267).

Neste diapasão, repete-se que a Justiça Eleitoral possui delimitação de competência *ratione materiae* no plano constitucional, integrando o conceito de Justiça especial, pois processa e julga as questões pertinentes ao *jus suffragii*, possuindo competência para apreciar matérias atinentes ao direito administrativo eleitoral, direito civil eleitoral e ao direito penal eleitoral.

Importa para este estudo a última parte da competência da Justiça Eleitoral, destacando-se o julgamento dos crimes eleitorais próprios ou acidentários, bem como dos crimes comuns praticados em conexão com os crimes eleitorais, nos termos da legislação vigente (art. 78, IV, do CPP).

3.5 Competência penal

A competência consiste na delimitação da jurisdição, podendo-se afirmar que a competência penal diz respeito à aplicação do *jus puniendi* do Estado (*nulla poena sine judicio*), apresentando a resposta pela violação da lei penal e punindo os autores das infrações penais.

A Constituição Federal e a lei processual estabelecem critérios de delimitação da competência penal, registrando-se que ela “há de ser determinada nunca aleatória ou empiricamente, mas obedecidos certos critérios técnicos para a padronização e uniformidade na fixação da competência, como garantia política para a estabilidade social”.¹⁹³

A Constituição Federal possui diversos dispositivos versando sobre competência *ratione materiae*: estabelece a competência da Justiça especial (Militar – art. 124 e Eleitoral – art. 121), a competência da Justiça Federal (art. 109, incs. IV e ss.), versa sobre a competência *ratione personae*, fixa o foro por prerrogativa de função, delimita as autoridades que fazem jus a responder a processo criminal originalmente perante o Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, “b” e “c”), Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I) e Tribunais – Tribunais Regionais Federais (art. 108, I, a) e Tribunais de Justiça (art. 29, X, 96, III).

¹⁹³ PEDROSO, Fernando de Almeida, *Competência penal: doutrina e jurisprudência*, cit., p. 15.

Por último, preocupa-se, após o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, com a inserção do incidente de deslocamento de competência (art. 109, V-A e § 5º).

Além desses dispositivos, bastantes esclarecedores e relevantes na delimitação da competência, deve-se registrar que o Código de Processo Penal estabelece sete hipóteses de delimitação da competência, contidas no artigo 69 e seus respectivos incisos.

Dentre essas hipóteses, merece especial destaque a determinação da competência *ratione loci*, estabelecida pelo *locus delicti commissi*, bem como as hipóteses de foro por prerrogativa de função, conexão, continência, prevenção e distribuição.

Serão abordadas separadamente cada uma dessas situações e buscar-se-á enfrentar temas especificamente ligados à delimitação da competência penal da Justiça Eleitoral.

Impende gizar que as regras de delimitação de competência para crimes praticados à distância, bem como a bordo de aeronaves e embarcações, em que devem ser utilizados conceitos de direito internacional, incidem na hipótese de crimes eleitorais, merecendo destaque e atenção neste trabalho.

Passar-se-á à análise separada das demais regras ligadas à competência penal, bem como, e principalmente, das hipóteses de delimitação da competência.

3.5.1 Competência relativa e competência absoluta

No processo penal, a delimitação dos conceitos de competência absoluta e competência relativa não decorre de expressa previsão legal, eis que inexistente qualquer dispositivo versando sobre essa matéria, consistindo, na verdade, em construção jurisprudencial e doutrinária.

De maneira bastante simples, podem-se diferenciar as hipóteses de delimitação de competência da seguinte forma:

- a) *Competência absoluta*: 1) não admite prorrogação; 2) torna nulos os atos processuais praticados pelo juiz incompetente; 3) pode vir a ser declarada a qualquer tempo;
- b) *Competência relativa*: 1) admite prorrogação; 2) em razão da prorrogação, os atos decisórios são convalidados; 3) se não arguida *oportuno tempore*, não pode vir a ser declarada, reputando-se competente o juiz que conduziu o feito.

Confirmando o esboço acima tracejado, afirma Guilherme Nucci:

Chama-se absoluta a hipótese de fixação de competência que não admite prorrogação, isto é, deve o processo ser remetido ao juiz natural, determinado por normas constitucionais ou processuais penais, sob pena de nulidade do feito. Encaixam-se neste perfil a competência em razão da matéria (...) e a competência por prerrogativa de função (...). Chama-se relativa a hipótese de fixação de competência que admite prorrogação, ou seja, não invocada a tempo a incompetência do foro, reputa-se competente o juízo que conduz o feito, não se admitindo qualquer alegação posterior de nulidade. É o caso da competência territorial, tanto pelo lugar da infração como pelo domicílio/residência do réu.¹⁹⁴

Portanto, tem-se como absoluta a competência *ratione materiae e ratione personae* (em razão da matéria e em razão da pessoa), enquanto a competência *ratione loci* (em razão do lugar) e por distribuição, endereço do réu e prevenção têm natureza relativa.

Questão relevante sobre a postura do juiz no processo penal, quando da discussão do foro competente, diz respeito à possibilidade de se declarar de ofício a incompetência relativa em razão do lugar.

Com efeito, no processo civil, essa situação não se apresenta possível, eis que “somente o réu pode suscitar a exceção, e no prazo de 15 dias (arts. 112 e 305 do CPC); se o réu não suscitar em tempo hábil a exceção, a competência do juiz considera-se automaticamente prorrogada – i.e., o juiz, em tese incompetente, torna-se competente para conhecer e julgar aquela causa (art. 114 do CPC,)”.¹⁹⁵

¹⁹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza, *Código de Processo Penal comentado*, cit., p. 191.

¹⁹⁵ CARNEIRO, Athos Gusmão, *Jurisdição e competência*, cit., p. 88.

Por outro vértice, no processo penal, nas hipóteses de competência relativa (competência territorial, distribuição e prevenção – Súmula n. 706 do STF), “se o réu não opõe a exceção de incompetência no prazo de três dias¹⁹⁶ (arts. 108, 395 e 537 do CPP), ocorrerá preclusão para o réu, mas o juiz poderá a qualquer tempo, até prolatar a sentença condenatória ou absolutória, dar-se por incompetente”.¹⁹⁷

Portanto, diferentemente do processo civil, no processo criminal ainda que não arguida por qualquer das partes, pode o magistrado de ofício declarar-se incompetente e remeter o feito criminal para o juízo competente, mesmo que a situação verse sobre uma das hipóteses de competência relativa.

A competência penal da Justiça Eleitoral, por ser em razão da matéria, será sempre absoluta, não sendo convalidada, possível de ser arguida a qualquer tempo, mesmo em sede de revisão criminal, pois “a sentença do juiz absolutamente incompetente poderá ser desconstituída a qualquer tempo, quando se tratar de sentença condenatória ou de sentença absolutória imprópria, transitadas em julgado (arts. 621 e 648 do CPP)”.¹⁹⁸

Ademais, também serão trabalhadas e aplicadas no âmbito da Justiça Eleitoral as hipóteses de competência em razão da pessoa, do lugar, por conexão e continência, distribuição e prevenção, sendo de grande pertinência conhecer a amplitude e abrangência dos conceitos de competência absoluta e relativa, para que esses conceitos venham a incidir nesse ramo da Justiça especializada.

3.5.2 Critérios de delimitação da competência

Vários são os critérios de delimitação de competência, sendo imprescindível levar em consideração a natureza da lide, podendo-se especificar a competência dentre a comum e a especial, conforme anteriormente abordado, bem como em razão da matéria (*ratione materiae*), do lugar (*ratione loci*) e da pessoa (*ratione personae*).

¹⁹⁶ Registre-se que com o advento da Lei n. 11.719, de 23.06.2008, o prazo para interposição de exceção de incompetência do juízo passou a ser o mesmo da defesa preliminar esculpida no artigo 396 e 396-A, parágrafo 1º, ou seja, de dez dias, e não mais o prazo de três dias anteriormente previsto.

¹⁹⁷ FEITOZA, Denílson. *Direito processual penal*. 6. ed. rev., ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2009. p. 328.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 329.

Mesmo com essas hipóteses de demarcação da competência, podem ainda ocorrer situações processuais que não permitem delimitá-la somente em razão da matéria, do lugar e da pessoa, às vezes é preciso valer-se de outras regras processuais para se chegar ao juízo competente.

Por exemplo: imagine-se um crime doloso contra a vida praticado na cidade de Salvador/BA, por réu que não possua foro por prerrogativa de função, eis que não ocupa cargo público (vitalício, comissionado ou eletivo) que enseje o foro originário em Tribunal de Justiça, Federal Regional ou Tribunal Superior.

Pois bem, nesse exemplo, tem-se ao mesmo tempo três regras de delimitação de competência incidindo concomitantemente: em razão da matéria (o fato deve ser submetido a uma vara com competência para julgar crimes dolosos contra a vida), da pessoa (se o réu possuísse foro por prerrogativa de função, desde que estabelecido na Constituição Federal – Súmula n. 721 do STF –, o julgamento não ocorreria no Tribunal de Júri) e, por fim, a em razão do lugar (deve-se realizar o julgamento na Comarca da cidade de Salvador/BA).

Ocorre, todavia, que em razão de se tratar de uma Comarca com mais de uma Vara do Tribunal do Júri, impende que incidam nessa situação outras regras de estabelecimento de competência, como a distribuição e a prevenção, *v.g.*, quando então, somente após a utilização concomitante dessas regras, ter-se-á o foro competente.

O exemplo acima mencionado ilustra de maneira adequada a imprescindibilidade da utilização das regras delimitadoras de competência para se estabelecer a comarca ou vara competente para processar e julgar determinada demanda criminal.

No escopo de acuradamente enfrentar esse tema, serão apreciadas de forma separada as hipóteses de delimitação de competência, sendo todas essas regras aplicáveis no processo penal eleitoral.

3.5.3 Competência em razão do lugar (*ratione loci*)

A primeira regra utilizada para delimitar a competência consiste em respeitar o *locus commissi delicti*, ou seja, o magistrado competente para processar e julgar determinada lide criminal é o do local onde a infração penal se consumou.

A justificativa para essa delimitação de competência é que “a perpetração da infração penal provoca um alarma social, e, por isso mesmo, aí é que deve ocorrer a respectiva repressão”.¹⁹⁹

Logo, deve-se promover a deflagração do processo criminal, sua regular instrução e julgamento no local onde a ordem social foi alarmada e violada a ordem jurídica.

Em se tratando de crime tentado, de acordo com o disposto no artigo 70 do Código de Processo Penal, o foro competente será o do local onde foi praticado o último ato de execução.

Ainda como desdobramento da competência em razão do lugar, tem-se relevante questão referente aos crimes plurilocais, ou seja, delitos cuja ação se pratica em um lugar e o evento morte ocorre em outro. Como equacionar essa situação?

Prevalece o entendimento doutrinário e jurisprudencial de que o *locus commissi delicti* deve ser aquele onde se operou a consumação da figura típica penal, havendo, contudo, uma ressalva, consistindo no crime de homicídio.

Imagine-se o seguinte exemplo: o cidadão é gravemente ferido em uma Comarca da região do ABC que integra a grande São Paulo. Socorrido, é levado às pressas para um pronto-socorro localizado na cidade de São Paulo, vindo a falecer no momento em que estava sendo submetido a uma cirurgia.

Onde o crime se consumou? Evidentemente que na cidade de São Paulo. Qual deve ser o foro competente para processar e julgar referido homicídio?

¹⁹⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *Processo penal*, cit., v. 2, p. 91.

Predominantemente na doutrina e na jurisprudência, tem-se essa hipótese como exceção da norma de delimitação de competência estampada no Código de Processo Penal, posto que “se a regra do artigo 70 do Código de Processo Penal fosse fielmente seguida, o correto seria a ocorrência do trâmite processual no local onde se deu a morte da vítima; entretanto, seguindo-se o princípio da busca da verdade real, torna-se mais segura a colheita da prova no lugar da conduta”.²⁰⁰

Ainda versando sobre a hipótese dos crimes plurilocais, ensina a doutrina que a aplicação fria e simples da lei acaba por contrariar a própria *ratio essendi legis*:

A disciplina da competência territorial no processo penal vincula-se fundamentalmente ao interesse público manifestado quer em função da repercussão do fato na localidade onde se deu seu cometimento, quer em função do bom funcionamento da máquina judiciária, já que ali haverá, em tese, maior facilidade de obtenção de provas, a favorecer a maior exatidão possível na reconstituição dos fatos, interesse que, certamente, não será atendido se o processo se desenvolver em lugar diverso daquele onde teria se realizado a conduta alegadamente delituosa.²⁰¹

Registre-se que existem posições jurídicas em contrário ao encaminhamento supramencionado, podendo-se citar como exemplo o pensamento de Tourinho Filho, que chega a afirmar que o encaminhamento à luz do conceito de crime plurilocal “é mais lógico, embora não seja legal”.²⁰²

3.5.3.1 Hipóteses de competência em razão do lugar com delimitação de foro subsidiário

Ainda dentre a regra da competência em razão do lugar onde se consumou a infração penal, tem-se duas hipóteses de foro subsidiário, a primeira como alternativa para evitar a impunidade, e a segunda como faculdade de livre escolha do autor da demanda criminal.

²⁰⁰ NUCCI, Guilherme de Souza, *Código de Processo Penal comentado*, cit., p. 223.

²⁰¹ KARAM, Maria Lúcia. *Competência no processo penal*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 57.

²⁰² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *Processo penal*, cit., v. 2, p. 101.

Esmiuçando: quando, por qualquer motivo, não for possível fixar-se o *locus delicti*, o foro competente, nos termos do artigo 72 do Caderno Processual Penal, será o do domicílio do réu, sendo que em possuindo o acusado mais de um domicílio, ou em não se conhecendo o seu domicílio, o foro competente dar-se-á pela prevenção, nos moldes dos parágrafos 1º e 2º desse dispositivo legal.

Por derradeiro, verifica-se situação que, embora não se aplique no âmbito do processo penal eleitoral, posto que a ação penal para todos os crimes eleitorais é pública incondicionada, está contida no artigo 73 do Código de Processo Penal, que estabelece como foro competente o domicílio do réu, ficando a escolha do local para ajuizar a demanda (se no local onde se consumou a infração penal ou se no domicílio do réu) a critério do querelante, tratando-se, portanto, de competência secundária ou eventual, “que consiste em um desvio ou modificação da competência principal”.²⁰³

3.5.3.2 Delimitação de competência nos crimes à distância e crimes cometidos fora do Brasil, no território marítimo e no espaço aéreo

Também se preocupou o legislador com a figura dos crimes à distância, ou seja, quando iniciada a execução de um crime no território nacional, a consumação se deu fora dos nossos limites geográficos, ou na hipótese inversa: iniciada a prática do crime no estrangeiro, a consumação se deu em nosso território.

Em situações desse jaez se aplica o disposto no artigo 70, parágrafos 1º e 2º do Código de Processo Penal, conjuminado com o contido no artigo 6º do Código Penal, que versa sobre a teoria da ubiquidade, que busca evitar a impunidade por ausência de *foro comissi delicti* para responsabilizar o autor da infração penal.

Haverá interesse, e, por conseguinte, atuação da jurisdição penal pátria, todas as vezes que de alguma forma a conduta tocar o nosso território (quer se iniciando, com a consumação em outro país ou em alto-mar ou no espaço aéreo, quer ainda com o início da execução fora do Brasil e a consumação operando-se em nosso território).

²⁰³ MARQUES, José Frederico, *Da competência em matéria pena*, cit., p. 222.

Essa hipótese guarda grande afinidade com os crimes praticados a bordo de navios e aeronaves, a serem explorado mais adiante.

Apresenta-se como possível ainda a aplicação da lei penal brasileira para os crimes praticados fora do território nacional, nas hipóteses descritas no artigo 7º do Código Penal.

Com efeito, trata-se de extraterritorialidade para fins de incidência da Lei Penal brasileira, expressamente agasalhada a hipótese no artigo 7º do Código Penal, que afirma ser possível a aplicação da lei brasileira para os crimes cometidos no estrangeiro, dividindo-se em extraterritorialidade incondicionada (art. 7º, I, do CP) e extraterritorialidade condicionada (art. 7º, II, do CP).

Na extraterritorialidade incondicionada, como o próprio nome sinaliza, aplica-se a lei brasileira sem qualquer condicionante, com fundamento nos princípios de defesa (art. 7º, I, “a”, “b” e “c”, do CP) e da universalidade (art. 7º, I, “d”, do CP).

Ao se debruçar sobre esse tema, diz a doutrina, *in verbis*:

A importância dos bens jurídicos, objeto da proteção penal, justifica, em tese, essa incondicional aplicação da lei brasileira. Nesses crimes, o poder jurisdicional brasileiro é exercido independentemente da concordância do país onde o crime ocorreu. É desnecessário, inclusive, o ingresso do agente no território brasileiro, podendo, no caso, ser julgado à revelia.²⁰⁴

Por outro vértice, na extraterritorialidade condicionada, aplica-se a lei brasileira, desde que atendidas determinadas condições ou satisfeitos certos requisitos (art. 7º, II e §§ 2º e 3º do CP), com base nos princípios da universalidade (art. 7º, II, a, do CP), da personalidade (art. 7º, II, “b”, do CP), da bandeira (art. 7º, II, “c”, do CP) e da defesa (art. 7º, § 3º, do CP).

Na hipótese de uso do artigo 7º do Código Penal, quer em razão da extraterritorialidade incondicionada ou condicionada, aplicando-se a lei brasileira e havendo processo penal em curso no território nacional, incidirá a regra esculpida no artigo 88 do Caderno Processual Penal, que afirma, *in verbis*:

²⁰⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: parte geral*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1, p. 120.

Artigo 88 - No processo por crimes praticados fora do território brasileiro, será competente o juízo da Capital do Estado onde houver por último residido o acusado. Se este nunca tiver residido no Brasil, será competente o juízo da Capital da República.

Contém esse dispositivo legal duas hipóteses de delimitação de competência, uma de foro comum e outra de foro subordinado ou supletivo.

A competência do juízo poderá ser a da Capital do Estado onde por último houver residido o acusado ou a Capital da República, caso o réu nunca tenha residido no país. Após a fixação do juízo competente, determina-se a competência do órgão jurisdicional, de acordo com as regras gerais de competência.

Nesse sentido afirma a doutrina:

Nesses crimes cometidos fora do território nacional é preciso, em primeiro lugar, investigar se a infração é da alçada da Justiça Estadual, da Justiça Federal, da Justiça Eleitoral ou mesmo da alçada militar. Descoberta qual a Justiça competente (*ratione materiae*) e sendo fixado pelo artigo 88 o foro competente, restará, apenas, determinar o órgão, o que se fará com as regras já conhecidas.²⁰⁵

Por derradeiro, impende registrar que o Código de Processo Penal pátrio dedicou especial atenção aos crimes praticados no território marítimo, em alto-mar e no espaço aéreo, destinando os artigos 89 e 90 para a aplicação, caso ocorram essas hipóteses.

Deve-se lembrar ainda que o artigo 109, IX, da Constituição Federal estabelece ser da competência da Justiça Federal (ressalvada a competência da Justiça Militar) os crimes praticados a bordo de embarcações ou aeronaves, sendo competente o local onde primeiro atracar a embarcação ou pousar a aeronave (na hipótese do crime ser cometido a bordo, quando os meios de transporte se deslocam para o Brasil) ou, na situação inversa (quando deixam o território nacional em busca ou a destino de outras plagas), o foro competente será o local de onde partiu a embarcação ou aeronave.

²⁰⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *Processo penal*, cit., v. 2, p. 163.

3.5.4 Foro por prerrogativa de função e competência penal

O foro constitucionalmente estabelecido por prerrogativa de função consiste na fixação da competência originária, *ratione personae* ou *ratione numeris*, implicando o julgamento de determinada lide penal por um Tribunal (Estadual, Regional Federal ou Regional Eleitoral) ou ainda por um Tribunal Superior (STJ, STM ou STF), e não por um juiz de primeiro grau.

Embora não se encontrem hipóteses iguais no direito comparado, o foro por prerrogativa de função não constitui, como quer fazer crer parte da doutrina, *foro privilegiado*, passando a ideia de uma Justiça que mantém e defende regalias e distinções.

Longe de encontrar um entendimento pacífico e unânime, a questão ora apreciada é objeto de acendrada discussão acadêmica. Existem aqueles que sustentam haver privilégio e benefício, tornando a justiça desigual, podendo-se citar:

O foro privilegiado para julgamentos criminais de autoridades é outra desigualdade que ainda permanece. Reproduzimos, com pequenas variações, a regra antiga de que fidalgos de grandes estados e poder somente seriam presos por mandados especiais do Rei. É um típico caso em que se outorga maior valor à noção de autoridade do que ao princípio da isonomia, com a diferença de que hoje a igualdade é um dos pilares da Constituição.

(...)

Competência processual não se deve medir por uma ótica militar ou por estrato social. Autoridades que cometem crimes devem ser julgadas como quaisquer pessoas, pois deixam de se revestir do cargo quando praticam atos irregulares (...).

O foro privilegiado, tal qual a prisão especial, é herança de uma legislação elitista, que muito se compatibilizou com regimes baseados na força e no prestígio da autoridade.²⁰⁶

Se, por um lado, existem autores que combatem com veemência a prerrogativa de função, apontando como algo desigual, elitista e mantenedor de apanágios, por outro vértice, existem doutrinadores que defendem e sustentam a manutenção da prerrogativa de função, mormente com a justificativa plausível de que se está prestigiando o cargo, as funções, a nobreza da independência e autonomia inerente a alguns poderes (parlamento, por exemplo) e

²⁰⁶ SEMER, Marcelo. A síndrome dos desiguais. *Juízes para a Democracia*, São Paulo, ano 6, n. 29, p. 11-12, jul./set. 2002.

a algumas instituições (Ministério Público, *v.g.*), e não a pessoa que temporariamente ou até mesmo vitaliciamente, ocupa esses cargos ou funções.

Por essa razão é que pensadores de nomeada também lecionam no sentido contrário, ou seja, defendem o foro por prerrogativa de função, podendo-se citar o seguinte escólio:

Há pessoas que exercem cargos de especial relevância no Estado e, em atenção a esses cargos ou funções que exercem no cenário político-jurídico da nossa Pátria, gozam elas de foro especial, isto é, não serão processadas e julgadas como qualquer do povo, pelos órgãos comuns, mas, pelos órgãos superiores, de instância mais elevada.

Poderia parecer, à primeira vista, que esse tratamento especial conflitaria com o princípio de que todos são iguais perante a lei, inserto no limiar do capítulo destinado aos direitos e garantias individuais (Magna Carta, art. 5º), e, ao mesmo tempo, entraria em choque com aquele outro que proíbe o foro privilegiado.

Pondere-se, contudo, que tal tratamento especial não é dispensado à pessoa, mas sim ao cargo, à função. E tanto isso é exato que, cessada a função, desaparece o “privilégio”.²⁰⁷

Filiamo-nos à corrente que assegura a viabilidade do foro por prerrogativa de função, que estabelece como razoável o fato de que determinadas funções ou cargos gozem dessa previsão constitucional. Não acreditamos existir privilégio, benefício, protecionismo ou desigualdade, pois, em verdade, essa norma aparece de forma salutar e necessária.

Óbvio que não comungamos a ideia disseminada pelos meios de comunicação de que o foro por prerrogativa de função implica em impunidade e na eternização dos processos, com infundáveis chicanas jurídicas.

Entrementes, também não admitimos como razoável e adequado que um desembargador venha a ser julgado por um juiz de primeiro grau, vinculado ao Tribunal de Justiça ou Regional Federal, no qual essa autoridade desempenha seu *munus*. Estaria correta essa situação? Ou ainda que um promotor de justiça venha a ser julgado pelo juiz da Comarca onde ele desenvolve suas atribuições. Seria adequado imaginar essas hipóteses?

²⁰⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *Processo penal*, cit., v. 2, p. 129.

Por essa razão é que concordamos em repelir a expressão “foro privilegiado”, posto que “não se trata de foro privilegiado, mas de foro diferenciado em razão do cargo, por isso que não viola os princípios da isonomia e do juiz natural”.²⁰⁸

Portanto, o objetivo da competência por prerrogativa de função é “assegurar um julgamento infenso às influências e pressões políticas”.²⁰⁹

Essa deve ser a *ratio essendi legis*, razão pela qual sustentamos ser razoável e adequada a manutenção do foro por prerrogativa de função, assegurando a independência e isenção para determinadas autoridades no exercício de suas atribuições e competências – membros do Poder Executivo, nas três esferas federadas (presidente da República, governador de Estado e prefeitos, bem como os seus assessores – ministros ou equiparados e secretários de Estado) – membros do Parlamento Nacional ou Estadual (senadores, deputados federais e deputados estaduais) e magistrados ou membros do Ministério Público, nas diversas esferas (juízes, desembargadores, ministros de Tribunal Superior, promotores e procuradores).

3.5.4.1 Evolução histórica do foro por prerrogativa de função

Importante registrar que a prerrogativa de função sempre esteve presente na história das Constituições brasileiras.

Pode-se avistar embrionariamente o foro por prerrogativa de função previsto nas Ordenações Filipinas, apontando a necessidade de tratamento diferenciado para determinadas autoridades ou donatários de títulos da nobreza.

Nesse sentido, importante citar:

As Ordenações Filipinas estabeleciam que nos séculos XII e XV, “os fidalgos, os desembargadores, cavaleiros, doutores, escrivães da Real Câmara, e suas mulheres, ainda que viúvas, desde que conservando-se em

²⁰⁸ DEMO, Roberto Luis Luchi. *Competência penal originária*. Malheiros: São Paulo, 2005. p. 181.

²⁰⁹ HAMILTON, Sérgio Demoro. Reflexões sobre o conflito de atribuições. *Justitia*, São Paulo, Ministério Público do Estado de São Paulo, v. 48, n. 97, p. 113, jan./mar., 1986.

honesta viuvez, deputados da Real Junta do Comércio e da Companhia Geral da Agricultura das vinhas do Alto Douro”, possuíam privilégios processuais.²¹⁰

Portanto, desde antes mesmo de se instituir uma legislação eminentemente brasileira, já havia a previsão de foro e tratamento processual diferenciado.

É bem verdade que da forma como posta nas Ordenações Filipinas, a conotação é de privilégio processual, ou seja, de tratamento diferenciado, de regras desiguais.

Com a evolução histórica, passou-se a ter a previsão do foro por prerrogativa de função no texto constitucional, iniciando-se na Constituição do Império de 1824, que estabelecia como competência do Senado “conhecer dos delitos individuais cometidos pelos membros da Família Imperial, ministros de Estado, conselheiros de Estado e Senadores; e dos delitos dos deputados, durante o período da Legislatura” (art. 47 da Constituição Imperial de 1824).²¹¹

Além da competência do Senado, a Constituição Imperial de 1824 estabelecia a competência do Supremo Tribunal de Justiça, com sede na Capital do Império, no escopo de que viesse a “conhecer dos delitos e erros de Ofício que cometeram os seus ministros, os das Relações, os empregados no Corpo Diplomático e os Presidentes das Provinciais” (art. 164, II, da CI/1824).

A primeira Constituição da República, de 1891, outorgou competência ao Supremo Tribunal Federal para processar e julgar “o presidente da República nos crimes comuns e os ministros de Estado e os ministros diplomáticos, nos crimes comuns e de responsabilidade”. Além disso, em tradição até hoje mantida, o presidente da República, por crime de responsabilidade, de acordo com a Constituição Federal de 1891, passou a ser julgado pelo Senado da República, após autorização da Câmara dos Deputados (arts. 52, I e II e 53 da CF/1891).

²¹⁰ SOUZA, José Caetano Pereira e, *Primeiras linhas do processo criminal*, Lisboa, 1800, p. 49 – Citação extraída do parecer apresentando à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, ao apreciar as propostas de emenda constitucional ns. 103 e 168, de 2007, pelo relator deputado Régis de Oliveira (PSC-SP), que objetivam excluir o foro por prerrogativa de função.

²¹¹ CAMPANHOLLE, Adriano; LOBO, Hilton. *Constituições do Brasil*. 12 ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 818.

A Constituição Federal de 1934 ampliou substancialmente a competência do Supremo Tribunal Federal, inserindo novas autoridades no rol dos que possuem foro por prerrogativa de função (art. 61, § 1º, da CF/1934).

Em 1937, foi imposta uma Constituição (outorgada, ao invés de promulgada), atendendo aos anseios do governo ditatorial de Getúlio Vargas, inspirada na Constituição da Polônia, apelidada de “*a polaca*”, devendo-se “acrescentar a essa fonte inspiradora, a influência do fascismo de Mussolini vitorioso na Itália em 1922, do nazismo implantado por Hitler na Alemanha, com desculpa de prevenção da estabilidade econômico-financeira, sob o impacto da crise mundial de 1929”.²¹²

Esse diploma constitucional manteve o foro por prerrogativa de função, dividindo-o em duas instâncias distintas: Conselho Federal, competente para julgar o presidente da República e os ministros do Supremo Tribunal Federal (arts. 86 e 100) e o Supremo Tribunal Federal, com competência para julgar “os ministros de Estado, o procurador-geral da República, os juízes dos Tribunais de Apelação dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os ministros do Tribunal de Contas e os embaixadores e ministros diplomáticos, nos crimes comuns e nos de responsabilidade”.²¹³

A Constituição Federal de 1946 foi a Carta Política responsável pela redemocratização do país, com a imposição da alternância do poder e criação de instituições que se constituíram em pilares da democracia, também versou sobre o foro por prerrogativa de função, estabelecendo a prerrogativa do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar o presidente da República, nos crimes comuns (art. 101, I, “a”), seus ministros e o procurador-geral da República nos crimes comuns (art. 101, I, “b”) e “os ministros de Estado, os juízes dos Tribunais Superiores federais, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os ministros do Tribunal de Contas e os chefes de missão diplomática em caráter permanente, assim nos crimes comuns como nos de responsabilidade, ressalvado, quanto aos ministros de Estado, o disposto no final do artigo 92”.²¹⁴

²¹² BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 5. ed. Brasília: Editora OAB, 2004. p. 346.

²¹³ CAMPANHOLLE, Adriano; LOBO, Hilton, *Constituições do Brasil*, cit., p. 615.

²¹⁴ *Ibidem*, p. 496.

As alterações procedidas pela Constituição de 1967, e posteriormente pela Emenda n. 1/69, em nada modificaram as regras referentes ao foro por prerrogativa de função.

Em razão da vigência desses diplomas constitucionais, considerando as reiteradas interpretações da Suprema Corte, houve a edição da Súmula 394 do STF, estabelecendo a possibilidade de extensão da prerrogativa de função para ex-autoridades.

Com efeito, esse verbete de súmula, hoje revogada, possibilitava aos ex-ocupantes de mandatos eletivos ou cargos comissionados o direito à preservação do foro por prerrogativa de função, ou seja, protraía no tempo o foro por prerrogativa para os ex-agentes públicos acusados de crimes tentados ou consumados, desde que a conduta houvesse sido praticada durante o exercício do mandato.

De fato, a Súmula n. 394 do STF constituía privilégio, posto que não havia mais independência funcional ou liberdade de exercício de atribuições a ser protegido, e mesmo assim se preservava o foro por prerrogativa de função.

Ocorre, todavia, que o próprio Supremo Tribunal Federal, ao promover o julgamento do Inquérito n. 687/SP, resolveu cancelar esse verbete de súmula, sendo impossível estender para os ex-ocupantes de cargos públicos eletivos o foro por prerrogativa de função.

Portanto, deve-se promover a separação das situações da seguinte forma: crime cometido antes e durante o exercício do cargo, e ainda, preservação da prerrogativa ou não preservação da prerrogativa de função, após o término do exercício do mandato.

Nesse particular, diz a doutrina:

Para o crime cometido antes da investidura no cargo, aplica-se a prerrogativa de função, tendo em vista a proteção atual da dignidade do cargo. Se já iniciada a ação penal, os autos devem ser remetidos ao tribunal, sem prejuízo dos atos já praticados, uma vez que o juízo que os praticou detinha competência (*tempus regit actum*). Terminado o exercício do cargo, v.g., em virtude do término do mandato ou de aposentadoria, acaba o foro privilegiado, por isso que nesta hipótese somente persiste durante o exercício do mandato ou cargo (regra da atualidade ou contemporaneidade).

Para o crime cometido durante o exercício do cargo, num primeiro momento o Supremo Tribunal Federal sufragou o entendimento de que “prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou

ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício” (Súmula n. 394/STF). Entretanto, mencionada Súmula foi cancelada pelo Supremo Tribunal Federal em 25.08.1999, operando-se efeitos *ex nunc*, i.e., mantendo-se válidos os atos até então praticados.²¹⁵

Portanto, esclarecida atualmente a situação: perdido o mandato ou operando-se a aposentadoria (na hipótese da vitaliciedade) ou exoneração (na hipótese de ocupantes de cargos demissíveis *ad nutum*), tem-se a cessação do foro por prerrogativa de função, passando o julgamento a operar-se no primeiro grau, sob a égide das demais regras de competência.

Pois bem, mesmo depois de aparentemente superada a questão da Súmula n. 394 do STF, grande polêmica agitou o mundo jurídico pátrio, há pouco mais de um lustro.

Trata-se da edição da Lei n. 10.628/2002, que alterou o artigo 84, parágrafos 1º e 2º, do Código de Processo Penal, estabelecendo o foro por prerrogativa de função para ex-autoridades, ampliando-se, inclusive, as hipóteses para o julgamento das ações de improbidade administrativa (competência cível).

Dessarte, com a edição e vigência da Lei n. 10.628, de 24 de dezembro de 2002, que dispõe sobre a competência dos tribunais para processo e julgamento de determinados agentes, mesmo após a cessação da função, desde que por atos praticados no exercício do cargo, ressuscitou-se o anterior entendimento contido na Súmula n. 394 do Pretório Excelso.

A novel legislação trazia em seu bojo grave violência ao princípio da igualdade, na medida que estendia um tratamento desigual a indivíduo que não mais ostentava uma condição diferenciada.

Pior que isso, o diploma legal passou a menosprezar o principal argumento de sustentação do foro por prerrogativa de função, qual seja: tem-se o foro especial concedido à pessoa, não a função, quando o contrário é o que se defende e se aceita como adequado, mormente na necessária convivência com o princípio constitucional da isonomia e os demais princípios inerentes ao Estado Democrático de Direito, concebidos em uma forma republicana de governo.

²¹⁵ DEMO, Roberto Luis Luchi, *Competência penal originária*, cit., p. 205.

Em razão da se buscar reviver a Súmula n. 394 do STF com a edição da Lei n. 10.628/2002, sustentando-se a defesa de privilégios, e não de prerrogativa de função, é que foram ajuizadas duas ações diretas de inconstitucionalidade (ADI ns. 2.797 e 2.860), sendo que o Egrégio Supremo Tribunal Federal, por maioria, considerou inconstitucionais os dispositivos da Lei n. 10.628/2002, extirpando-a do ordenamento jurídico pátrio.

Portanto, hoje tem-se a seguinte situação: o ocupante de cargo público (eletivo, vitalício ou comissionado) que venha a responder criminalmente por determinado delito passará a fazê-lo perante a Corte a que está adstrito em razão do cargo ocupado (quer por fatos anteriores a assunção ao cargo público, desde que não julgados até a referida data, quer por fatos praticados durante o exercício do cargo eletivo, vitalício ou comissionado).

Uma vez cessado o exercício do cargo público (fim do mandato, cassação ou perda do mandato por qualquer motivo, aposentadoria ou exoneração), passa a autoridade a responder ao feito perante o primeiro grau de jurisdição, inexistindo qualquer sustentação jurídica na prorrogação do foro por prerrogativa de função, considerando a sua finalidade de preservar a isenção do julgamento e a dignidade do cargo ou função ocupado pelo agente público.

3.5.4.2 Atual estágio de discussão do foro por prerrogativa de função no Congresso Nacional

Com o advento da Carta Constitucional de 1988 e a manutenção do foro por prerrogativa de função para diversas autoridades do Executivo (presidente da República, governadores de Estado e prefeitos) do Legislativo (senadores, deputados federais e deputados estaduais), do Judiciário (ministros do STF, STJ, TST, TSE e STM, desembargadores estaduais e federais e juízes – estaduais, federais, militares, trabalhistas e eleitorais), membros do Ministério Público, dentre outras autoridades (conselheiros de Tribunais de Contas, representantes diplomáticos, ministros de Estado, etc.), diversas propostas passaram a frequentar o Parlamento Nacional, em forma e sede de projetos de emenda constitucional, objetivando alterar essa situação.

Podem-se delimitar as propostas hoje existentes em três grupos, com objetivos e desdobramentos distintos:

a) Extinção do foro por prerrogativa de função.

b) Restrição do foro por prerrogativa de função: projetos de emenda constitucional com o escopo de promover ajustes e delimitação no foro por prerrogativa de função, restringindo-o, porém o mantendo na essência (delimitando de forma sistemática o rol de cargos que viabilizam ou possibilitam o foro por prerrogativa de função).

c) Ampliação da prerrogativa de função: propostas no escopo de alargar a competência de determinadas cortes, ampliando o rol dos beneficiários com o foro por prerrogativa de função, mormente para as hipóteses em que o agente público ou político não mais ocupa cargo público de natureza eletiva, vitalícia ou de livre nomeação ou escolha, bem como para açambarcar lides de cunho cível, em que a jurisdição é cível e as consequências são de natureza administrativa, eleitoral, política e civil/patrimonial, não havendo desdobramento penal (ação de improbidade administrativa e ação popular).

Existem diversos projetos de emenda constitucional (PEC) em curso na Câmara dos Deputados²¹⁶, merecendo destaque as seguintes:

a) PEC n. 168/2007 (autor: José Aparecido de Oliveira – PV/MG) e PEC n. 130/2007 (autor: Marcelo Itagiba – PMDB/RJ), com o objetivo de extinguir o foro especial por prerrogativa de função, sem qualquer exceção, nem mesmo o presidente da República e os demais presidentes de Poderes gozariam do foro por prerrogativa de função, passando a ser julgados por um juiz de primeiro grau.

Essas propostas foram unificadas e tramitam em conjunto, havendo a lavratura de parecer favorável pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJ) da Câmara dos Deputados, relator o deputado Régis de Oliveira; aguarda o envio para tramitação no Plenário da Câmara Baixa do Parlamento Nacional, nos termos do Regimento Interno da

²¹⁶ Disponível em: <www.camaradosdeputados.gov.br>. Acesso em: 28 jun. 2009.

Câmara dos Deputados, observando-se as regras referentes ao processo legislativo (art. 60, § 2º, da *Lex Mater*).

b) PEC n. 470/2005 (autor: deputado Anselmo – PT/RO), que busca a extinção da prerrogativa de função para os parlamentares integrantes do Senado da República, Câmara dos Deputados e Assembleias Legislativas dos Estados-Membros da Federação.

De acordo com essa proposta, os parlamentares, embora permaneçam com a imunidade parlamentar por opiniões, palavras e votos, quando processados criminalmente, responderão no juízo de primeiro grau, sem qualquer foro diferenciado, independentemente do ilícito penal a que venham a ser acusados.

Em meu sentir, o projeto de emenda constitucional, ainda não submetido ao crivo da CCJ da Câmara dos Deputados, não merece prosperar e presta um desserviço, ao retirar do parlamentar o foro por prerrogativa de função, contribuindo indissociavelmente para a diminuição da necessária e imprescindível independência inerente ao exercício parlamentar.

c) Por fim, também na contramão do querer da maioria da população brasileira, e sobretudo em dissonância com decisões do próprio Supremo Tribunal Federal, avista-se a tramitação da PEC n. 358/2005, que objetiva ampliar o foro por prerrogativa de função para os ex-ocupantes de cargos públicos eletivos, prevalecendo a competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, ainda que o inquérito ou ação judicial sejam deflagrados após a cessação do exercício da função pública.

Essa proposta conta com opositores veementes, ressuscitando o que anteriormente estava contido nos parágrafos 1º e 2º do artigo 84 do Código de Processo Penal, inseridos pela Lei n. 10.628, de 24 de dezembro de 2002, considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, consoante mencionado.

Referida propositura praticamente promove a repristinação da Súmula n. 394 do STF, ampliando o seu espectro de atuação, para açambarcar as ações civil pública e popular.

Ainda se encontra pendente de apreciação pela CCJ da Câmara dos Deputados, sem designação de relator.

Por fim, dentre as diversas proposituras parlamentares de modificação da Constituição Federal, no escopo de se modificar o foro especial por prerrogativa de função, fruto de pesquisa realizada no âmbito da Câmara dos Deputados, encontra-se a PEC n. 332/2004, de autoria do deputado Robson Tuma (DEM/SP), cujo espectro diz respeito à concessão de foro especial por prerrogativa de função ao presidente do Banco Central do Brasil, ou seja, amplia apenas e tão somente o rol de autoridades que dispõem do direito a foro diferenciado.

Portanto, esse é o atual cenário no Parlamento Nacional, sendo certo que embora aprovada na CCJ da Câmara dos Deputados o projeto de emenda constitucional que prevê o fim do foro por prerrogativa de função, a questão está longe de vir a ser pacificada, e muitos serão os debates travados ao derredor dessa matéria, avistando-se argumentos em todos os sentidos e com os mais variados propósitos.

Por outro vértice, não se admite retrocesso no sentido de ampliar em demasia o foro por prerrogativa de função (configurando, dessa forma, com acertada razão, foro privilegiado), eis que ele não deve vir a ser estendido para os ex-ocupantes de cargos públicos de natureza eletiva, vitalícia ou comissionada, não havendo justificativa plausível que legitime a prorrogação do foro especial por prerrogativa de função, considerando que cessou o exercício do cargo ou função que legitimou o foro especial.

Feita a análise *de lege ferenda* do atual estágio da discussão sobre esse relevante tema no Parlamento Nacional, passar-se-á nos tópicos seguintes a esquadriñar as Cortes e respectivas autoridades que possuem foro especial por prerrogativa de função, estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil.

3.5.4.3 Competência do Supremo Tribunal Federal

A Carta Política de 1988, em seu artigo 102, I, “a” e “b”, apresenta o rol de autoridades (elenco taxativo) que gozam da prerrogativa de função, estando aptas a responderem criminalmente perante o Supremo Tribunal Federal, alguns somente por crimes comuns, posto que pelos crimes de responsabilidade o julgamento dar-se-á pelo Senado da

República (como o presidente da República, *v.g.*), e outras autoridades, tanto pelos crimes comuns, como pelos de responsabilidade.

Eis a separação feita pela Carta Constitucional:

a) Nas infrações penais comuns, que abrangem os crimes contidos no Código Penal e na legislação penal extravagante, crimes eleitorais, da competência da Justiça Federal e os crimes militares: presidente da República, vice-presidente da República, membros do Congresso Nacional, seus próprios ministros e o procurador geral da República.

b) Nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade (situações previstas na Lei n. 1.079/50): ministros de Estado, comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica (salvo quando os crimes de responsabilidade por eles cometidos forem conexos com os cometidos pelo presidente ou vice-presidente da República, sendo todos julgados pelo Senado Federal), membros dos Tribunais Superiores, integrantes do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente.

3.5.4.4 Competência do Superior Tribunal de Justiça

a) Artigo 105, I, da Constituição Federal (crimes comuns): governadores dos Estados e do Distrito Federal.

b) Crime de responsabilidade: governador de Estado ou distrital pela Assembleia Legislativa ou Câmara Distrital, ou ainda por qualquer outro órgão previsto na Constituição Estadual.

c) Nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade: desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, integrantes dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e do Ministério Público da União, oficiais nos Tribunais.

3.5.4.5 Foro competente para processar e julgar os prefeitos pela prática de infrações penais de competência da Justiça comum e especial

a) Por crimes comuns, fazendo-se a ressalva da competência da Justiça Federal e da Justiça Eleitoral, respondem perante o Tribunal de Justiça do Estado onde exercem o mandato eletivo (art. 29, X, da CF, com o rito processual das ações penais originárias estabelecido na Lei n. 8.038/90).

b) Serão os alcaides julgados pelo Tribunal Regional Federal, na hipótese de denúncia por crimes da competência da Justiça Federal, previstos no artigo 109, IV a IX, da Constituição Federal.

Registre-se que sobre essa hipótese existe a Súmula n. 208 do STJ, não pairando mais dúvida de que se trata de competência originária do Tribunal Regional Federal da Região em que se localiza o Município, havendo “competência por prerrogativa de função para processar e julgar prefeito municipal por delito praticado em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, suas autarquias ou empresas públicas”.²¹⁷

c) Crimes eleitorais e crimes comuns conexos com os crimes eleitorais: competência do Tribunal Regional Eleitoral.

Quando o prefeito pratica crime eleitoral, assim definido no Código Eleitoral, considerando tratar-se a Justiça Eleitoral de uma Justiça especial, prevalece em detrimento da Justiça comum, sendo o Tribunal Regional Eleitoral apto a julgar os crimes eleitorais e os crimes comuns conexos aos crimes eleitorais.

²¹⁷ OLIVEIRA, Roberto da Silva. *Competência criminal da Justiça Federal*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2002. p. 61.

3.5.4.6 Foro por prerrogativa de função na hipótese de ilícitos penais praticados por magistrados e membros do Ministério Público

a) Tribunais de Justiça (art. 96, III, da CF): juízes e promotores estaduais, que sempre responderão perante o Tribunal de Justiça onde desempenham seus cargos vitalícios, ainda que venham a ser acusados da prática de crime da competência da Justiça Federal.

Com efeito, oportuna a citação de estudo doutrinário, que afirma:

Em se tratando de delito praticado por juiz estadual ou promotor de justiça contra bens, serviços ou interesses da União, de suas autarquias ou de empresas públicas federais, persiste a competência do Tribunal de Justiça do Estado para o seu processo e julgamento, em prejuízo da que *prima facie* se delinearía, para o caso, perante os Tribunais Regionais Federais.²¹⁸

b) Tribunais Regionais Federais: juízes federais e procuradores da república, pelos Tribunais Regionais Federais da região onde se encontram desempenhando o múnus público, incluindo-se nesse rol os juízes do trabalho e os integrantes do Ministério Público do Trabalho, juízes e promotores eleitorais, quando no desempenho de seu múnus perante a Justiça Eleitoral, e os integrantes da magistratura e do Ministério Público Militar Federal.

c) Tribunal Regional Eleitoral: juízes e promotores eleitorais que, no desempenho de atribuições eleitorais, vierem a praticar crimes eleitorais.

3.5.4.7 Competência do Tribunal do Júri e prerrogativa de função (art. 5º, XXXVIII, da CF e abrangência da Súmula n. 721 do STF)

Importante questão processual diz respeito a competência por prerrogativa de função na hipótese de prática de crime doloso contra a vida, compatibilizando a garantia constitucional do Tribunal do Júri com o foro especializado.

²¹⁸ PEDROSO, Fernando de Almeida, *Competência penal: doutrina e jurisprudência*, cit., p. 37.

Versando sobre referido problema, tem-se os seguintes desdobramentos jurídicos possíveis, quais sejam:

a) Respeita-se a prerrogativa de função, não se aplicando a competência do Tribunal do Júri, quando a prerrogativa de função vem estabelecida na Constituição Federal. Portanto, competente para processar e julgar um prefeito, promotor ou juiz que pratiquem crime doloso contra a vida é o Tribunal de Justiça do Estado onde exercem o cargo público eletivo ou vitalício, e não o plenário do Tribunal do Júri, como sói acontecer para todos os réus acusados de crime doloso contra a vida, consumado ou tentado, incluídos os ilícitos que lhe são conexos (art. 78, I, do CPP).

b) Prerrogativa de função estabelecida pela Constituição Estadual: determinadas autoridades, como, por exemplo, o vice-governador, os secretários de Estado e o procurador geral do Estado, possuem foro especial por prerrogativa de função, estabelecido no texto da Constituição Estadual.

Nessa hipótese, quando acusados da prática de crime doloso contra a vida, deve prevalecer a competência do Tribunal do Júri, posto que nesse caso opera a incidência da Súmula n. 721 do STF, dispondo que se não houver expressa previsão legal contida na Constituição Federal para delimitar a competência por prerrogativa de função, não se afasta a também constitucional competência do Tribunal do Júri, sendo impossível a Constituição Estadual afastar preceito guardado na Constituição Federal (art. 5º, XXXVIII, “d”, da CF).

c) Conexão, continência e prerrogativa de função nos crimes dolosos contra a vida: separação de processos e julgamento, sendo submetido ao plenário do júri o julgamento das pessoas que não possuem foro por prerrogativa de função, mantendo-se o foro especial apenas e tão somente para a autoridade pública, não havendo extensão do foro especial.

Colhe-se entendimento assim vazado:

E se uma pessoa com foro pela prerrogativa de função e outra sem tal regalia cometerem um crime da alçada do Tribunal do Júri? A competência deste vem fixada na Constituição Federal. Assim, devem os processos ser separados: um será julgado pelo órgão jurisdicional superior, e o outro pelo

Tribunal do Júri. Pouco importa seja a prerrogativa de função fixada na Magna Carta ou nas Constituições estaduais.²¹⁹

Cita-se, à guisa de exemplo, o caso de prefeito acusado de ser o autor intelectual de um homicídio em concurso de agentes com seu segurança (executor da ordem), que não possui foro por prerrogativa de função: separação de processos, mesmo havendo continência (art. 77, I, CPP), sendo o alcaide julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado onde fica localizado o Município do qual ocupa o cargo público; o seu segurança, que não goza do foro especial por prerrogativa de função, não havendo *in casu* a hipótese do *forum attractionis*, deve ser submetido a julgamento pelo plenário do Tribunal do Júri no primeiro grau, sendo competente o foro do local onde houve a consumação do ilícito doloso contra a vida.

3.5.4.8 Competência por prerrogativa de função no âmbito da Justiça Militar

A Justiça Militar possui sua organização estabelecida expressamente no corpo da Constituição Federal (arts. 122 a 124 e 125, §§ 3º e 4º, da CR).

De acordo com o parágrafo único do artigo 124 da Constituição Federal, a lei disporá sobre organização, funcionamento e competência da Justiça Militar, merecendo destaque o fato de que existe o foro especial por prerrogativa de função no âmbito da Justiça Castrense, inserido pelas Leis ns. 8.457/92 e 8.719/93, havendo a delimitação da competência do Superior Tribunal Militar para julgar originariamente os oficiais-generais integrantes das Forças Armadas brasileiras.

Destaque-se que o delito militar é definido como crime comum, dentro da clássica diferenciação entre crime comum (conduta típica, ilícita e culpável, estabelecida na lei penal) e crime de responsabilidade (infração político-administrativa praticada no exercício do cargo público).

²¹⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *Processo penal*, cit., v. 2, p. 200.

3.5.5 Conexão e continência como critérios delimitadores da competência penal

É importante no estudo da delimitação da competência, que se conceituem os critérios de conexão e continência.

Essas hipóteses estão expressamente previstas nos artigos 76 e 77 do Código de Processo Penal, sendo de suma importância para se estabelecer o foro competente, havendo desdobramentos relevantes no que diz respeito ao direito penal eleitoral e ao direito processual penal eleitoral, mormente quando da análise do *forum attractiones* da Justiça Eleitoral/Justiça Especial para os crimes comuns praticados conexos aos crimes eleitorais (art. 78, IV, do CPP).

Diante dessa relevância, promover-se-á a análise separada de cada uma das hipóteses de delimitação da competência no juízo criminal.

3.5.5.1 Conexão

Todas as vezes que existir um nexo ou junção entre duas ou mais condutas criminais, extraíndo-se “dependência recíproca que as coisas e os fatos guardam entre si”²²⁰, promover-se-á a junção das condutas em um único processo, no escopo de vir a ser adotada uma única decisão para essas hipóteses.

A conexão possui dois objetivos claros a favor da regularidade do processo penal:

a) como fim precípuo, busca-se com a adoção da conexão evitar o risco da existência de decisões judiciais contraditórias para decidir fatos idênticos ou análogos que se encontrem conexos;

b) secundariamente, objetiva também racionalizar a duração do processo, mormente com relação ao exame da prova regularmente produzida, evitando-se a produção de atos

²²⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *Processo penal*, cit., v. 2, p. 187.

processuais inócuos ou repetidos (como fazer a oitiva da mesma testemunha duas ou mais vezes sobre o mesmo fato ou realizar várias perícias em feitos distintos, quando um único exame pericial pode ser útil para o deslinde de várias questões, *v.g.*).

Nesse sentido, diz a doutrina:

Para que o julgador tenha uma ótica global, uma visão plena do conjunto e do quadro delitivo, há de ensejar a conexão a unidade de processos e julgamento (*simultaneus processus* por *unum et idem iudex*), ainda que diversos os territórios de consumação das infrações, com o escopo de economia processual e de serem evitadas sentenças contraditórias, conflitantes, colidentes e dissonantes.²²¹

O Código de Processo Penal, em seu artigo 76, incisos I, II e III, é claro ao estabelecer as hipóteses de conexão, que pode ser assim classificada:

a) Conexão intersubjetiva (art. 76, I, do CPP), que se subdivide em intersubjetiva por simultaneidade, concurso ou reciprocidade.

Para que reste configurada a conexão intersubjetiva, impõe-se a participação de várias pessoas na prática de diversos ilícitos penais, que podem ser assim classificados:

Por *simultaneidade*, quando diversas pessoas reunidas ocasionalmente cometem duas ou mais infrações ao mesmo tempo. O exemplo mais recorrente da conexão intersubjetiva por simultaneidade é o saque ao patrimônio público ou privado, no qual várias pessoas circunstancialmente reunidas praticam os crimes de dano, furto ou lesão corporal, dentre outros.

Ocorrerá a conexão intersubjetiva por *concurso* quando várias pessoas, embora diversos o tempo e o lugar, em razão de ajuste prévio, praticam duas ou mais infrações penais em concurso (nesse caso, tem-se a um só tempo o concurso material de crimes – art. 69 do CP – e o concurso de agentes – art. 29 do CP). Exemplo dessa modalidade de conexão é o de uma quadrilha fortemente organizada que no mesmo contexto, e até no mesmo dia, deflagra diversas medidas delitogênicas praticadas contra a ordem pública (assaltos, ataques às instituições policiais, atentados contra agentes públicos, etc.).

²²¹ PEDROSO, Fernando de Almeida, *Competência penal: doutrina e jurisprudência*, cit., p. 84-85.

Por fim, tem-se a conexão intersubjetiva por *reciprocidade*, quando as diversas infrações tiverem sido perpetradas por várias pessoas umas contra as outras. O exemplo mais comum dessa modalidade de conexão é o das constantes e lamentáveis agressões de torcidas nos estádios de futebol, em que vândalos travestidos de torcedores de clubes de futebol aproveitam a realização de grandes jogos para perpetrar crimes.

b) Conexão objetiva (art. 76, II, do CPP): nessa modalidade, “entrelaçam-se as infrações pelo elo causal”²²². Pode ser dividida em conexão teleológica (quando uma infração é cometida para facilitar a prática de outra) e conexão consequencial (quando um crime vem a ser praticado para assegurar a ocultação, impunidade ou vantagem, em relação a outro ilícito).

Na hipótese da conexão objetiva teleológica, pode-se citar a falsificação de determinado documento, no escopo de induzir as autoridades tributárias ao erro e, por conseguinte, praticar ilícito tributário (em hipótese recorrente: falsificar recibos médicos para obter restituição de imposto de renda), em verdade uma infração (arts. 299 ou 304 do CP) foi praticada no escopo de viabilizar a consecução de outro crime (art. 1º, I e II, da Lei n. 8.137/90).

Como exemplo da conexão objetiva consequencial, tem-se a prática de um crime que busca assegurar a impunidade ou vantagem de outro ilícito. À guisa de exemplo, pode-se citar o assassinato de uma testemunha, no intuito de evitar que ela venha a prestar depoimento e esclarecer fatos atinentes à imputação a que responde o réu (o segundo crime foi praticado para assegurar a vantagem ou impunidade do primeiro, pelo qual o réu já respondia criminalmente).

c) Conexão instrumental ou probatória (art. 76, III, do CPP): por fim, se está diante da figura processual da conexão quando a prova de uma infração influir na prova de outra.

A conexão instrumental ou processual é compreendida como questão prejudicial, e se a prova da apuração de um crime influir na prova de outro ilícito, é imprescindível a realização da unidade de processos e julgamento.

²²² PEDROSO, Fernando de Almeida, *Competência penal: doutrina e jurisprudência*, cit., p. 86.

Oportuno citar:

Se a prova de uma infração influi na prova de outra, é evidente dever haver unidade de processos e julgamento, pois, do contrário, teria o juiz de suspender o julgamento de uma, aguardando a decisão quanto à outra. No exemplo dado, para se condenar o receptador, é preciso provar que a coisa adquirida era produto de crime. O furto é, pois, prejudicial da receptação. Assim, ambos os crimes devem ser apreciados conjuntamente.²²³

De grande relevância a conexão instrumentária ou probatória, chegando ao ponto de parte da doutrina afirmar²²⁴ que caso somente existisse essa hipótese, por si só já seria suficiente para fundamentar todos os desdobramentos que ensejam a junção de imputações e de réus no mesmo feito, em razão da conexão processual determinando a unidade de processos e julgamento.

No caso da conexão a ser estudada com mais vagar, e cerne do presente estudo, a conexão existente entre crime eleitoral e crime comum, havendo a atração do foro para a Justiça especial (art. 78, IV, do CPP), não resta dúvida que o principal fundamento será a conexão instrumental ou probatória esculpida no artigo 76, III, do Código de Processo Penal.

3.5.5.2 Continência

Afirma-se que existe continência quando uma ação contiver outra, provindo o termo de continente, significando aquilo que contém ou tem capacidade para conter algo.

Vale-se da presente conceituação doutrinária, *in verbis*:

É um vínculo jurídico entre duas ou mais pessoas, ou entre dois ou mais fatos delitivos, de forma análoga a continente e conteúdo, de tal modo que um fato delitivo contém as duas ou mais pessoas, ou uma conduta humana contém dois ou mais fatos delitivos, tendo como consequência jurídica, salvo causa impeditiva, a reunião das duas ou mais pessoas, ou dos dois ou mais fatos delitivos, em um único processo, perante o mesmo órgão jurisdicional.²²⁵

²²³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *Processo penal*, cit., v. 2, p. 192-193.

²²⁴ “Parece-nos que o inciso III seria capaz de resolver todos os problemas de conexão, inexistindo razão substancial para a previsão feita nos incisos anteriores.” (NUCCI, Guilherme de Souza, *Manual de processo e execução penal*, cit., p. 252).

²²⁵ FEITOZA, Denílson, *Direito processual penal*, cit., p. 343.

A continência pode ocorrer quando houver unidade de crime com concurso de pessoas (co-autoria e participação), hipótese do artigo 77, I, do Código de Processo Penal, quando duas ou mais pessoas são acusadas da prática do mesmo crime.

Merece registro que essa hipótese diverge da conexão por concurso (art. 76, I, do CPP), posto que na conexão são realizados vários crimes por vários agentes (dois ou mais ilícitos penais), enquanto na continência tem-se a prática de um único crime perpetrado por dois ou mais agentes (art. 77, I, do CPP).

Por fim, o artigo 77, II, do Código Adjetivo Penal aborda as hipóteses de unidade de conduta com pluralidade de resultados criminosos (art. 70 do CP, concurso formal; art. 73 do CP, *aberratio ictus*; e art. 74 do CP, *aberratio criminis*).

A continência se justifica nessas situações, posto que “em todos os casos, está-se diante de concurso formal, razão pela qual, na essência, o fato a ser apurado é um só, embora existam dois ou mais resultados”.²²⁶

Portanto, tal qual a conexão, a continência configura hipótese de *simultaneus processus* e, por conseguinte, de *prorrogatio fori*, implicando unidade de processos e julgamento, buscando racionalizar a prestação jurisdicional do Estado.

3.5.5.3 Análise das regras utilizadas para fixar o *forum attractionis* e a *perpetuatio jurisdictionis*

A conexão e a continência implicam unidade de processos e julgamento, devendo ser observadas as regras atinentes ao foro preponderante para o processo e julgamento dos fatos definidos como conexos, ou identificados com a situação de continência, exercendo sua força atrativa e afastando a incidência das demais regras de delimitação de competência (competência em razão do lugar, do domicílio do réu, distribuição, etc.).

²²⁶ NUCCI, Guilherme de Souza, *Manual de processo e execução penal*, cit., p. 257.

Portanto, “como deve haver *simultaneus processus*, é preciso que uma infração exerça *vis attractiva* sobre as demais, prorrogando, assim, a competência do juízo da atração”²²⁷, ou seja, há a competência de um juízo que se prorroga sobre os demais, devendo prevalecer, seguindo as regras esculpidas no artigo 78 do Código de Processo Penal.

A primeira regra, estampada no artigo 78, I, do Caderno de Ritos Penais, diz respeito ao concurso entre crime da competência do Tribunal do Júri e de outro órgão da jurisdição comum.

Nessa situação, prevalecerá a competência do Tribunal do Júri, posto que ele tem sua competência esculpida na Constituição Federal, dentre o rol de cláusulas pétreas, eis que assegurado como garantia individual (art. 5º, XXXVIII, “d”, da *Lex Legum*).

Consoante já afirmado, quando o réu possui foro por prerrogativa de função e o foro especial também tem previsão constitucional, afasta-se a incidência do Tribunal do Júri, não valendo essa hipótese para corréu que não ostente foro diferenciado, figurando o Júri como o juiz natural do crime doloso contra a vida.

No concurso de jurisdições da mesma categoria, o artigo 78, II, do Código de Processo Penal estabelece três regras claras (alíneas “a”, “b” e “c”), quais sejam: foro do lugar onde se deu a prática da infração mais grave, foro do local onde foi cometido o maior número de infrações e, por fim, caso as duas hipóteses anteriores não se apresentem como possíveis e válidas, firmar-se-á a competência pela prevenção.

Na primeira situação (alínea “a” do art. 78, II, do CPP) se existe um furto qualificado pela destreza (art. 155, § 2º, II, do CP) e a uma receptação culposa (art. 180, § 3º, do CP) em Comarcas distintas, o foro competente para processar e julgar esses ilícitos conexos é o da Comarca onde foi realizado o furto, posto que a pena para esse delito é maior que a do crime de receptação culposa.

Na situação do artigo 78, II, “b”, dever-se-á observar o maior número de infrações para se estabelecer o foro competente.

²²⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *Processo penal*, cit., v. 2, p. 196.

Imagine-se a seguinte hipótese, à guisa de exemplo: é praticado o crime de furto simples (art. 155, *caput*, do CP) na Comarca A e duas receptações dolosas (art. 180, *caput*, do CP), também simples (venda dos objetos furtados), na Comarca B. Como as penas para os ilícitos são idênticas (1 a 4 anos de reclusão), tem-se que *in casu* a competência será delimitada pelo local onde foram praticadas infrações em maior quantidade, ou seja, na Comarca B.

Por derradeiro, caso as duas regras mencionadas não sejam úteis para delimitar a competência (mesmo número de crime com a mesma pena – um furto simples e uma receptação simples), firmar-se-á a competência pela prevenção, ou seja, o primeiro juiz que tomar conhecimento do fato, nos termos descritos no artigo 83 do Código de Processo Penal, será o competente para processar e julgar todos os ilícitos, em razão da conexão.

A terceira regra de delimitação do foro competente, diante das hipóteses de conexão e continência, que obrigam unidade de processos e julgamento, diz respeito à observância da jurisdição de maior graduação, quando houver concurso entre jurisdições de graduações diversas.

Com efeito, deve-se observar a jurisdição de maior hierarquia, que sempre prevalecerá, em detrimento das jurisdições de hierarquia inferior.

Citam-se dois exemplos: imagine-se que um deputado federal, um prefeito e um secretário municipal, em concurso de agentes, resolvem praticar o crime de peculato etiquetado no artigo 312 do Código de Crimes e Penas.

Como se trata de situação de coautoria (vários réus praticando um único tipo penal), tem-se continência na modalidade unidade de crimes e concurso de pessoas (art. 77, I, do CPP) e, por conseguinte, deve-se ter um único processo e um único julgamento.

Portanto, diante dessa circunstância, indaga-se: qual o foro competente?

A resposta é simples: o deputado federal responde perante o Supremo Tribunal Federal, o prefeito perante o Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal e o secretário municipal perante o juiz de primeiro grau. Logo, diante da existência de concurso de

jurisdição com graduações diversas, evidente que o foro competente será no Supremo Tribunal Federal, em razão de se tratar da jurisdição de maior graduação.

Por fim, deve-se aplicar a regra estampada no artigo 78, IV, do Código de Processo Penal, que estabelece a prevalência da jurisdição especial, em detrimento da jurisdição comum.

Consta no início deste trabalho que a jurisdição especial penal somente pode vir a ser exercida no âmbito na Justiça Militar e da Justiça Eleitoral.

Ocorre, todavia, que quanto à jurisdição militar (nas hipóteses de conexão e continência entre Justiça comum e especial militar), haverá necessariamente separação de processos (disjunção processual, art. 79, I, do CPP, consoante será melhor esmiuçado adiante).

Portanto, resta-nos a análise da conexão entre a Justiça comum (Estadual ou Federal²²⁸) e a Justiça Eleitoral. Nesse caso, em ocorrendo essa hipótese, predominará a competência da Justiça especial Eleitoral.

Colhe-se da doutrina o seguinte escólio:

Quando a lei processual penal estabelece que no concurso entre a jurisdição comum e a especial prevalecerá esta, excepcionando tão somente a hipótese de concurso entre as Justiças comum e militar, tal dispositivo há que ser tratado com a devida subordinação ao que diz a Constituição Federal, só sendo aquele texto aplicável quando a regra constitucional expressamente autorizar a reunião das ações, como tradicionalmente o fez em relação aos casos de pretensões punitivas fundadas em fatos uns configuradores de crimes eleitorais e outros de crime de natureza diversa a eles vinculados pela conexidade.²²⁹

Ademais, impende registrar que o artigo 35, II, do Código Eleitoral afirma competir à Justiça Eleitoral “processar e julgar os crimes eleitorais e os comuns que lhe forem conexos”.

²²⁸ O teor da Súmula n. 122 do STJ afirma que, apesar de ser a Justiça Federal considerada Justiça comum, a ela se apresenta como especial em relação à Justiça Estadual, cuja competência constitucional é residual, conforme estabelece o artigo 125 da Constituição Federal.

²²⁹ KARAM, Maria Lúcia, *Competência no processo penal*, cit., p. 98.

Quando da abordagem, exclusivamente, da competência penal da Justiça Eleitoral, voltar-se-á a essa questão da competência por conexão da Justiça especial, havendo a possibilidade de julgamento dos crimes comuns, desde que conexos aos crimes eleitorais.

Por derradeiro, dentro desta análise, impõe-se fazer um comentário, ainda que *en passant*, sobre o instituto da *perpetuatio jurisdictionis*.

A perpetuação da jurisdição, em casos de conexão e continência, significa que o juiz ou tribunal competente, quando da reunião de vários processos, caso prolate decisão absolutória atinente ao réu que possui foro por prerrogativa de função, ou ainda desclassifique a imputação respondida pelos réus, permanecerá competente e proferirá o julgamento quanto ao *meritum causae* da demanda criminal.

Com efeito, imagine-se a seguinte situação fática: um prefeito, conjuntamente com seu ajudante, respondem perante o Tribunal de Justiça do Estado pelo crime de corrupção passiva (art. 317, do CP). Mesmo em havendo a absolvição do alcaide, permanecerá a Corte de Justiça (segundo grau de jurisdição) competente (prorrogação da jurisdição) para processar e julgar o ajudante, que não dispõe de foro por prerrogativa de função, porém, em razão da necessidade de unidade de processos e julgamento, deve ser julgado em conjunto.

A celeridade processual é o principal argumento utilizado em favor da *perpetuatio jurisdictiones*, firmando a doutrina que “a essa altura, colhida a prova toda, não tem mais cabimento devolver o conhecimento do processo a juízo diverso, impondo-se o julgamento pelo que conduziu a instrução”.²³⁰

Por essa razão, estabelece o legislador a possibilidade da perpetuação da jurisdição, que é amplamente aceita pela doutrina e jurisprudência pátrias.

²³⁰ NUCCI, Guilherme de Souza, *Manual de processo e execução penal*, cit., p. 272.

3.5.5.4 Disjunções processuais: exceções à regra da unidade de processos e julgamento

Mesmo diante de situações de conexão e continência que *in thesi* implicariam a unidade de processos e julgamentos, casos há em que o trâmite paralelo da *persecutio criminis* se impõe, quer pela natureza obrigatória (art. 79, I e II, §§ 1º e 2º, do CPP), quer facultativa (art. 80 do CPP).

A doutrina elenca cinco hipóteses de exceção à regra de unidade de processos e julgamento, mesmo diante da situação configuradora de conexão ou continência, sendo as quatro primeiras obrigatórias, e uma última facultativa.

A primeira dessas situações diz respeito à necessária separação entre Justiça comum e Justiça Militar.

Com efeito, a Justiça castrense é Justiça especial, destinada mormente a julgar militares (estaduais ou federais²³¹), não havendo competência para julgar civis; assim, ainda que a conduta tenha sido praticada de forma conexa ou exista continência na situação fática, impõe-se a separação de processos.

Indeclinável é a separação de processos quando diante da hipótese de envolvimento de menor de 18 anos (penalmente inimputável), devendo-se promover a cisão de procedimentos, tramitando a demanda em desfavor do inimputável (que somente pode vir a praticar ato infracional conforme definição contida no art. 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069/90) em foro diverso do feito a ser instaurado para apurar a responsabilidade criminal do imputável (art. 79, II, do CPP).

A terceira hipótese de separação obrigatória de processos, mesmo havendo conexão e continência, diz respeito à hipótese de corréus em que, após deflagrada a ação penal, sobrevém doença mental afetando um dos réus; diz o artigo 79, parágrafo 1º, que essa

²³¹ “Tratando-se da justiça castrense federal, tem ela abrigo legal para julgar civis, militares da reserva e reformados quando autores de crimes contra as instituições militares (cf. *RT* 647/342), devendo então prevalecer sua competência sobre a jurisdição comum, nos crimes conexos, porque detentora de jurisdição especial”. (PEDROSO, Fernando de Almeida, *Competência penal: doutrina e jurisprudência*, cit., p. 99).

situação sustará a unidade de processos e julgamento, posto que para o réu acometido de doença mental, o processo será suspenso até o restabelecimento do acusado, nos termos do artigo 152 do Código de Processo Penal.

Por fim, dentre as exceções à unidade de processos e julgamento, diante da conexão ou continência, configurando outra regra de separação obrigatória ou disjunção de processos, tem-se a hipótese de réu foragido ou ausente, cujo julgamento é impossível, mormente quando a ausência ocorre antes da citação e não surte efeito a citação por edital.

Comentando essa situação estampada no artigo 79, parágrafo 2º, do Código de Processo Penal, afirma Guilherme Nucci:

Havendo unidade de processos, mas um dos corréus esteja foragido, é preciso verificar se a lei autoriza o prosseguimento do feito. Há basicamente, uma hipótese, em que o julgamento não é possível, paralisando-se o trâmite processual até que a pessoa seja encontrada: na fase da citação, nos termos do artigo 366, sendo ela realizada por edital e não constituindo o réu advogado, que possa defendê-lo, é considerado ausente e o processo deve ser suspenso. Assim, havendo coacusado presente e regularmente citado, deve o juiz separar o curso do feito, dando prosseguimento somente quanto a quem está ciente da ação penal.²³²

Portanto, ausente o corréu, estando os demais corréus presentes (presos ou em liberdade, pouco importa), deve o juiz promover a disjunção processual, suspendendo o curso da demanda e do prazo prescricional, nos termos do artigo 366 do Código de Processo Penal para o réu citado por edital, e impulsionando regularmente o feito para os demais corréus.

Aliadas as hipóteses obrigatórias de disjunção processual, existe uma única situação de separação facultativa (art. 80, CPP), ficando ao encargo do magistrado decidir como conveniente a disjunção processual, mormente em razão da existência de conexão por crimes praticados em tempo e lugar diferenciados, havendo dificuldade na colheita da prova, ou ainda quando excessivo o número de réus e houver prorrogação da prisão processual de algum ou alguns dos corréus e, por derradeiro, quando o magistrado responsável pela condução do feito criminal reputar conveniente, diante de motivo relevante a ser declinado na decisão que estabelecer a separação de processos.

²³² NUCCI, Guilherme de Souza, *Código de Processo Penal comentado*, cit., p. 240.

Essas são as situações que justificam exceção à regra de unidade de processos e de julgamento.

3.5.6 Distribuição e prevenção

A distribuição e a prevenção, embora elencados no artigo 69 do Código de Processo Penal como critérios delimitativos da competência, em verdade, quando o juiz ou as partes valem-se da distribuição ou prevenção para estabelecer o juízo competente, já existe competência delineada em razão do lugar, da matéria ou da pessoa.

Ocorre, todavia, que ao se promover a delimitação da competência de determinada Comarca ou Tribunal, tem-se, via de regra, dois ou mais juízes como competentes, sendo certo que devem ser utilizados mecanismos para delimitar o juízo competente.

Este o entendimento da doutrina:

A prevenção e a distribuição, destarte, unicamente antecipam ou prorrogam a competência de um juiz competente em face de outro juiz, também competente, transformando em competência única e exclusiva aquela que o primeiro juiz tinha, cumulativa e concorrentemente, com outros juízes (cf. arts. 75 e 83, do CPP).²³³

Por conseguinte, os critérios da distribuição e prevenção não são em verdade critérios de fixação de foro competente, mas sim critérios delimitadores do juízo competente.

A distribuição possui natureza eminentemente administrativa e objetiva regular a repartição dos processos pelos juízes competentes, buscando preservar a isenção na prestação jurisdicional, eis que não pode a parte escolher o juiz que vai decidir sua demanda, assim como não se apresenta como possível ao juiz escolher os casos que serão julgados.

Trilhando essa senda, cita-se escólio assim vazado:

²³³ PEDROSO, Fernando de Almeida, *Competência penal: doutrina e jurisprudência*, cit., p. 74.

Através da regularidade da distribuição evita-se a escolha de um órgão jurisdicional especial para conhecer e decidir sobre determinada causa, tendo as regras que a determinam, contidas nos artigos 251 e 252 do Código de Processo Civil e aplicáveis à distribuição de ações penais, como de quaisquer procedimentos com elas relacionados, o componente garantidor que ocasionalmente aparece nas regras infraconstitucionais sobre competência e que as faz, neste aspecto, irem além de sua finalidade primária de realizar mera divisão racional do trabalho entre os diversos órgãos jurisdicionais, para também funcionarem como instrumentos de viabilização da proibição do juízo ou tribunal de exceção, assim assegurando a presença no processo do juiz natural.²³⁴

Portanto, revela-se como de suma importância a estrita observância das regras de distribuição do processo, sob pena de haver mácula ao próprio princípio fundante do juiz natural agasalhado no artigo 5º, LIII da Constituição da República, além de restarem dúvidas ou tismas na jurisdição prestada, caso não se comprove a absoluta lisura nos critérios e procedimentos adotados para a distribuição do feito.

Essa regra também funciona nas Cortes (nas hipóteses de competência originária ou foro por prerrogativa de função), onde vários dentre os integrantes do Tribunal (desembargadores – estaduais ou federais, juízes eleitorais, na hipótese do Tribunal Regional Eleitoral, e ministros do STF, STJ e TSE) podem figurar como competentes para conhecer a ação penal.

A prevenção firma-se no processo criminal pela realização de atos processuais anteriormente ao recebimento da denúncia ou queixa, havendo “o conhecimento antecipado de determinada questão jurisdicional por um juiz, o que torna-o competente para apreciar os processos conexos e continentais”.²³⁵

O artigo 75, parágrafo único, do Código de Ritos Penais exemplifica a prevenção na hipótese de concessão de fiança, decretação de prisão preventiva ou realização de qualquer diligência instrutória anterior à denúncia ou queixa (afastamento de sigilo bancário, telefônico, determinação de busca e apreensão, dentre outras medidas cautelares e preparatórias, normalmente adotadas no curso do inquérito policial).

²³⁴ KARAM, Maria Lúcia, *Competência no processo penal*, cit., p. 150.

²³⁵ NUCCI, Guilherme de Souza, *Código de Processo Penal comentado*, cit., p. 247.

A prevenção ocorrerá ainda na hipótese de delimitação do foro competente *ratione loci*, não se sabendo ao certo o local da consumação do crime ou, na hipótese de tentativa, onde foram praticados os atos de execução (art. 70, § 3º, do CPP).

Ademais, será extremamente válida a regra da prevenção na hipótese do foro competente ser delimitado pelo domicílio do réu, caso ele venha a possuir mais de um domicílio, devendo-se, nessa situação, aplicar o contido no artigo 72, parágrafo 1º, do Código de Processo Penal.

Eis em linhas gerais e sem maiores desdobramentos os critérios de delimitação da competência do juízo (distribuição e prevenção), inerentes ao conceito de juiz natural, e de aplicabilidade indiscutível no âmbito da Justiça Eleitoral.

3.6 Conflitos de competência

Existe inicialmente cizânia doutrinária para estabelecer se a terminologia adequada diz respeito a conflito de competência ou conflito de jurisdição, tal qual posto no Capítulo IV do Título VI do Código de Processo Penal, bem como nos artigos 113 e 114 do mesmo Diploma.

Embora não acarrete essa divergência maiores consequências práticas, tanto que existem autores que sustentam ser a mesma coisa “a expressão usada para se resolverem conflitos de competência é também a de conflito de jurisdição”²³⁶, em verdade, promovendo uma leitura constitucional do processo penal e atualizando o texto do Caderno Processual Penal com o disposto na Constituição Federal, apresenta-se como adequado falar em conflito de competência, posto que é essa a expressão utilizada pelo legislador constituinte, ao serem estabelecidas as hipóteses de conflito e os Tribunais competentes para promover a delimitação do foro competente.

Pode-se definir o conflito de competência como sendo a discussão existente para delimitar o juízo ou foro competente para aplicar o direito ao caso concreto.

²³⁶ MARQUES, José Frederico, *Da competência em matéria pena*, cit., p. 395.

O conflito pode ser positivo ou negativo.

Dar-se-á conflito positivo quando duas ou mais autoridades judiciárias se declararem ou afirmarem sua competência, enquanto que o conflito negativo ocorre quando duas ou mais autoridades judiciárias negam sua competência, recusando-se a praticar atos jurisdicionais, diante da afirmação da incompetência do juízo (art. 114, I, do CPP).

Pois bem, quando se opera o conflito de competência (declarado de ofício ou em razão da exceção de incompetência do juízo), dever-se-ão observar as seguintes regras de delimitação de competência, agasalhadas no texto da Constituição Federal:

- a) entre Tribunais Superiores ou Tribunal Superior e qualquer outro Tribunal, o conflito será dirimido pelo Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, “o”, da CF);
- b) entre Tribunais estaduais e/ou estaduais e federais, entre juízes estaduais de Estados-Membros diversos e entre juízes estaduais e juízes federais, atuará o Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, “d”, da CF);
- c) entre juízes federais da mesma Região, o Tribunal Regional Federal, e entre juízes federais de regiões distintas, o Superior Tribunal de Justiça.

Somente após se estabelecer o foro competente é que se terá o regular curso da demanda criminal, sem o risco da existência de nulidade processual absoluta, consistindo na prestação jurisdicional por magistrado incompetente, nos termos do artigo 564, I, do Código de Processo Penal, sendo importante lembrar que incompetência absoluta pode vir a ser suscitada a qualquer tempo, inexistindo preclusão processual desse tema.

3.6.1 Conflito de atribuição

Ainda versando sobre a análise da competência e das hipóteses de conflito de competência e critérios utilizados para dirimi-lo, importante mencionar a existência de conflito de atribuição e a necessária distinção que deve ser feita entre conflito de competência e conflito de atribuição.

Configura-se o conflito de atribuição quando existir discussão entre autoridades administrativas (delegado de polícia civil e delegado de polícia federal) ou (promotor de justiça e procurador da república) acerca de quem possui atribuições funcionais para praticar determinado ato administrativo (v.g., promover a investigação policial ou deflagrar uma ação penal).

Nesse caso, haverá a necessidade de se provocar o Poder Judiciário, em suas diversas instâncias (podendo chegar ao Superior Tribunal de Justiça) para que se estabeleça qual a autoridade que possui atribuições funcionais para praticar determinado ato administrativo.

Nesse diapasão, oportuna a lição de Guilherme Nucci:

Quando disser respeito a autoridades administrativas diversas (ex: entre delegado de polícia e promotor de justiça), espera-se que haja provocação do Judiciário, quando então será dirimido, por força de decisão jurisdicional (ex: delegado instaura inquérito policial e promotor instaura procedimento investigatório sobre o mesmo fato; aguarda-se que o investigado ingresse com *habeas corpus* para buscar o trancamento de um deles, quando houver constrangimento ilegal, por abuso na atividade investigatória do Estado). Entretanto, quando envolver autoridades administrativas e judiciárias da União (ex: delegado federal e juiz federal) ou autoridades judiciárias de um Estado e administrativas de outro (ex: juiz estadual e delegado federal) ou do Distrito Federal, ou entre as deste e a da União, cabe ao Superior Tribunal de Justiça resolvê-los (art. 105, I, “g”, da CF).²³⁷

Portanto, preocupou-se o legislador constituinte com a existência do conflito de atribuições, determinando que se promova a definição da autoridade apta a praticar atos administrativos, podendo o conflito vir a ser definido no Poder Judiciário, inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça, na hipótese acima mencionada, com os relevantes exemplos citados.

Por derradeiro, entende-se como importante para o avanço deste trabalho, que seja enfrentada a seguinte questão: como resolver o conflito de atribuições entre membros do Ministério Público?

A questão encontra solução com a adoção dos seguintes critérios:

²³⁷ NUCCI, Guilherme de Souza, *Código de Processo Penal comentado*, cit., p. 298.

a) Conflito de atribuições entre membros do Ministério Público Estadual (v.g., são instaurados dois inquéritos civis, por promotores de Comarcas distintas ou ligados a órgãos internos diversos no seio do Ministério Público): em se tratando de promotores do mesmo Estado da Federação, a questão certamente deverá ser dirimida pelo procurador geral de justiça, comandante-em-chefe da instituição.

Uma vez dirimido o conflito, somente o representante do *Parquet* que teve suas atribuições reconhecidas como legítimas pelo superior hierárquico da instituição deverá continuar atuando.

b) Conflito de atribuições entre membros do Ministério Público Federal: idêntico tratamento deverá ser dispensado, sendo o conflito dirimido pelo procurador geral da República.

c) Conflito de atribuições entre promotores de justiça de Estados da Federação diversos (perfeitamente cabível, principalmente na hipótese de Estados limítrofes): neste caso, existe conflito entre os próprios Estados-membros da Federação, competindo ao Supremo Tribunal Federal dirimi-lo (art. 102, I, “F”, da CF).

d) Por último, tem-se a hipótese do conflito entre promotor de justiça e procurador da república: neste caso (quando são deflagrados dois procedimentos investigatórios, por exemplo), mormente depois da recente decisão lavrada pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que é possível a investigação direta da prática de ilícitos penais, a ser realizada pelo Ministério Público²³⁸, quem deve dizer qual das duas instituições deve continuar desempenhando suas atribuições?

Ao se debruçar sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal pacificou que compete à Suprema Corte “dirimir conflitos de atribuições entre os Ministérios Públicos Federal e Estadual, quando não configurado virtual conflito de jurisdição que, por força da interpretação

²³⁸ STF – HC n. 91.661-9, 2ª Turma, rel. Min. Ellen Gracie, v.u., j. 10.03.2009, *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, n. 29, p. 103-109, abr./maio 2009.

análogica do artigo 105, I, 'd', da Constituição Federal, seja da competência do Superior Tribunal de Justiça".²³⁹

Portanto, eis a forma de dirimir o conflito de atribuições entre representantes dos Ministérios Públicos estadual e federal.

²³⁹ STF – Pet n. 3.528/BA, rel. Min. Marco Aurélio, j. 28.09.2005.

4 COMPETÊNCIA PENAL DA JUSTIÇA ELEITORAL

4.1 Peculiaridades do princípio do juiz natural no âmbito da Justiça Eleitoral

Quando da análise dos princípios fundamentais e inerentes ao moderno processo penal brasileiro, realizada no primeiro capítulo deste estudo, focou-se no princípio do juiz natural, promovendo-se o estudo de seu conceito, evolução história e importância da estrita observância a ele, para que se tenha a jurisdição prestada de forma efetiva, consoante expressa previsão agasalhada no artigo 5º, XXXVII e LIII, da Constituição Federal.

Demonstrou-se a vedação a existência dos tribunais de exceção e a impossibilidade de se manter o processo juridicamente válido nas hipóteses de desrespeito ao juiz natural.

Por derradeiro, ainda no capítulo primeiro, que exalta a importância dos princípios constitucionais do processo, mormente o princípio do juiz natural, fez-se expressa referência ao seu tríplice significado:²⁴⁰

a) *Plano na fonte*: somente a lei (*stricto sensu*) pode vir a instituir o juiz competente, estabelecendo os critérios de delimitação de competência (Constituição Federal, que delimita a competência *ratione personae* e a competência recursal dos Tribunais Superiores; Constituição Estadual, leis federais e leis de organização judiciária), vedando-se o estabelecimento de competência por decreto, resolução, portaria e outros instrumentos normativos;

b) *Referência temporal*: estabelece que a fixação do juiz competente dar-se-á por lei vigente ao tempo em que foi praticado o fato criminoso (*ex post factum*), vedando-se, por conseguinte, a criação de tribunais ou juízes *ad hoc*, incumbidos de julgar determinadas causas;

²⁴⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito processual penal*, cit., p. 323.

c) *Delimitação taxativa da competência*: a ser feita por lei, proibindo ou excluindo a possibilidade de se estabelecer de maneira arbitrária ou discricionária a competência jurisdicional, preservando-se com essa medida a higidez e imparcialidade da jurisdição (*nulla poena sine iudicio*).

Pois bem, feito esse intróito, convém delimitar o tema, trazendo a análise dos contornos e desdobramentos do princípio constitucional do juiz natural para o âmbito da Justiça Eleitoral e, por consequência, para o processo criminal eleitoral.

Essa especificação apresenta-se como necessária em razão das peculiaridades inerentes à organização e composição da Justiça Eleitoral, sendo que, evidentemente, deve-se respeitar, sob pena de nulidade absoluta, o princípio do juiz natural na esfera dessa Justiça especializada.

Quando da análise da organização e composição da Justiça Eleitoral, verificou-se a ausência de uma magistratura integrando o corpo de serventuários do Poder Judiciário Eleitoral.²⁴¹

Entretanto, mesmo diante dessa peculiaridade, a Justiça Eleitoral não está desobrigada de cumprir de maneira obsequiosa as regras que se constituem em desdobramentos do princípio do juiz natural, como critérios utilizados para a substituição do juiz eleitoral competente quando afastado por questões funcionais ou em razão de impedimento ou suspeição, por exemplo, dentre outras hipóteses de suma importância para o regular andamento do processo penal eleitoral.

A Constituição Federal destina os artigos 118 a 121 para a organização da Justiça Eleitoral; todos os juízes eleitorais (do TSE até as Zonas Eleitorais), consoante afirmado no capítulo segundo, desempenham suas funções por tempo determinado, gozando de todas as garantias da magistratura, entretanto o juiz eleitoral “não é vitalício no exercício das funções”.²⁴²

²⁴¹ “A Justiça Eleitoral não dispõe de quadro próprio de magistrados, haurindo-os periodicamente de outros setores judiciários.” (RIBEIRO, Fávila, *Direito eleitoral*, cit., p. 95).

²⁴² GOMES, José Jairo, *Direito eleitoral*: conforme Resolução n. 22.610/2007 do TSE, cit., p. 61.

No mesmo capítulo informamos que os ministros do Tribunal Superior Eleitoral e os juízes do Tribunal Regional Eleitoral são escolhidos por critérios específicos para desempenharem mandato de dois anos, afigurando-se como possível uma única recondução (art. 121, § 2º, da CF), sendo que conjuntamente com os titulares são escolhidos os respectivos suplentes, havendo para cada titular um suplente com prazo idêntico de mandato.

4.1.1 O juiz eleitoral e a peculiaridade do exercício de jurisdição por prazo determinado

Questão interessante diz respeito ao juiz eleitoral de primeiro grau, titular da Zona Eleitoral, com competência, inclusive, para processar e julgar os crimes eleitorais (art. 35, II, do CE).

Esses magistrados são designados pelo Tribunal Regional Eleitoral, exercendo cumulativamente as atribuições de juiz da Comarca ou Vara, ou seja, da Justiça comum, com as atribuições de juiz eleitoral ou Justiça especial.

Nas Comarcas menores, onde não existe divisão em varas, o juiz estadual ou distrital de direito (ainda que substituto, arts. 11 e 22, § 2º, da LOMAN²⁴³) será designado o juiz eleitoral, sendo que nesse caso não haverá rodízio, permanecendo o magistrado com as atribuições de juiz eleitoral por todo o período em que figurar como titular da referida Comarca, sendo, por conseguinte, titular da Zona Eleitoral.

Porém, nas Comarcas que possuem mais de uma vara, ao Tribunal Regional Eleitoral compete designar a vara ou varas que ficarão responsáveis pelo exercício da jurisdição eleitoral.

Uma vez designado pelo Tribunal Regional Eleitoral, o juiz eleitoral passará a figurar nessa condição pelo período de dois anos (art. 121, § 2º, da CF).

²⁴³ TSE – Re. n. 8.521, rel. Min. Torquato Jardim, *JTSE*, 4, p. 236.

Esse sistema de revezamento no exercício da jurisdição especial eleitoral deve ser rigorosamente observado, evitando-se que exista burla ou que um magistrado fique por mais tempo que o devido no exercício das funções de juiz eleitoral.

A respeito desse exercício de jurisdição por prazo determinado, diz a doutrina: “A designação obedece hoje a sistema de rodízio temporário. Havendo numa determinada Comarca menos zonas eleitorais do que juízes estaduais, os juízes eleitorais serão designados pelo Tribunal Regional Eleitoral, obedecido este sistema de rodízio.”²⁴⁴

Desrespeitar o rodízio imposto pela Constituição Federal e pela Lei Eleitoral implica em violação ao princípio do juiz natural.

Também menospreza o princípio do juiz natural não cumprir os critérios delimitados para a substituição dos juizes eleitorais titulares, nas hipóteses de afastamentos funcionais, impedimento e suspeição.

No escopo de evitar a descontinuidade da prestação jurisdicional-eleitoral, em se concluindo o mandato de dois anos do juiz eleitoral durante o curso de uma eleição, ele é automaticamente prorrogado até a data da diplomação dos eleitos (aplicação do art. 40, IV, do CE).

Deve-se atentar para a necessidade de existência de portaria de designação emitida pelo presidente do Tribunal Regional Eleitoral, versando sobre o período em que determinado juiz estadual se encontra regularmente investido de jurisdição eleitoral. A ausência desse instrumento, nas hipóteses de substituição ou de alternatividade, implica a vedação ao exercício da jurisdição eleitoral e, por conseguinte, em violação ao princípio constitucional do juiz natural.

Evidentemente que os atos processuais praticados por juiz eleitoral que não tenha sido regularmente investido são nulos de pleno direito, por expresse menosprezo a relevante princípio constitucional.

²⁴⁴ DECOMAIN, Pedro Roberto; PRADE, Péricles, *Comentários ao Código Eleitoral*, cit., p. 50.

Aos juízes eleitorais aplicam-se as mesmas regras de impedimento e suspeição expressamente contidas no Código de Processo Civil (arts. 134 e 135) para as matérias de temário não penal eleitoral e do Código de Processo Penal (arts. 252 e 254); para as matérias penais eleitorais, acresce-se às hipóteses de impedimento e suspeição a vedação contida no artigo 14, parágrafo 3º, do Código Eleitoral que afirma:

“Artigo 14 - (...)

§ 3º - Da homologação da respectiva convenção partidária, até a apuração final de eleição, não poderão servir como juízes eleitorais nos Tribunais Eleitorais, ou como juiz eleitoral, o cônjuge, parente consanguíneo legítimo ou ilegítimo, ou afim, até o segundo grau, de candidato a cargo eletivo registrado na circunscrição.”

Embora o Código fale em até a apuração final da eleição, sabe-se que com a proclamação dos eleitos e sua diplomação, existe prazo para a interposição de recurso específico (Recurso contra Expedição de Diploma – RECD, segundo o art. 262 do CE, a ser interposto no prazo de prazo de 3 dias, segundo o art. 258 do CE) ou o ajuizamento de ação eleitoral específica (Ação de Impugnação de Mandato Eletivo – AIME, segundo o art. 14, §§ 10 e 11 da CF, a ser intentada no prazo de 15 dias).

Portanto, por questão de prudência, deve-se comunicar o impedimento até o esaurimento dos prazos acima mencionados, posteriormente à diplomação dos eleitos, evitando-se a prática de atos jurisdicionais passíveis de virem a ser eivados de nulidade.

4.1.2 Substituições na Justiça Eleitoral e juiz convocado para atuar como juiz auxiliar. Violação do princípio do juiz natural?

A Constituição Federal, ao organizar a Justiça Eleitoral e a composição de seus tribunais (Tribunal Regional Eleitoral no âmbito dos Estados e Tribunal Superior Eleitoral), estabeleceu que para cada juiz titular haverá um suplente, “sendo os substitutos escolhidos na mesma ocasião e pelo mesmo processo, em número igual para cada categoria” (art. 121, § 2º da CF).

O não comparecimento para a sessão de julgamento, ou o afastamento por qualquer razão funcional (licença médica, *v.g.*) do ministro titular (no caso do TSE) ou do juiz titular na hipótese do Tribunal Regional Eleitoral, implicará na convocação do respectivo suplente, não havendo nessa situação qualquer vício ou ilegalidade que fira o princípio do juiz natural, que é respeitado, de acordo com o disposto na Constituição Federal, mormente pelo fato de se saber previamente quem são os suplentes e a data de sua investidura para o exercício do nobilitante *múnus* público de juiz eleitoral.

Questão bem mais polêmica diz respeito ao disposto no artigo 96, parágrafos 2º, 3º e 4º da Lei n. 9.504/97 (Lei das Eleições), ao criar a figura do juiz auxiliar do tribunal apto a julgar representações e reclamações, mormente em matéria de propaganda eleitoral.

Aduz a doutrina:

Os TREs possuem ampla discricionariedade regulamentar – art. 32 do Código Eleitoral –, inclusive para designar juízes eleitorais para a propaganda eleitoral por meio de imprensa escrita, rádio, televisão, ruas e logradouros públicos, seja nas eleições municipais, quando a circunscrição abranger mais de uma Zona Eleitoral, seja na formação de comissões, onde os magistrados funcionem como auxiliares do Pleno do TRE, procedendo à fiscalização e coordenação em matéria de propaganda eleitoral, bem como na prestação de contas dos candidatos.²⁴⁵

Embora não verse sobre competência penal eleitoral, tem-se interessantíssima hipótese de investidura como juiz eleitoral por intermédio de convocação do Tribunal Regional Eleitoral (até três juízes auxiliares para apreciação de reclamações ou representações).

Explicando essa *sui generis* investidura existente somente no seio da judicatura eleitoral, é importante transcrever lição de Olivar Coneglian que, não obstante longa, justifica-se:

Essa designação de juízes auxiliares só ocorre nas eleições gerais, pois nas eleições municipais o juiz natural das reclamações é o juiz eleitoral.
Quais tribunais eleitorais?
O TSE designa três juízes para suas próprias reclamações, entre seus juízes substitutos.

²⁴⁵ RAMAYANA, Marcos. *Direito eleitoral*. 2. ed. Rio de Janeiro: *Impetus*, 2004. p. 53.

Cada tribunal regional designa três juízes para as reclamações a eles dirigidas, entre seus juízes substitutos, ou, na sua falta, entre juízes estaduais/distritais.

(...) Na Resolução 20.951, em que formatou as regras sobre reclamações e representações, estatuiu o seguinte:

- a reclamação é distribuída a um dos juízes auxiliares, que se torna seu relator;
- após o regular processamento, o juiz relator julga monocraticamente a reclamação;
- contra a decisão do juiz auxiliar cabe agravo;
- após o regular processamento do agravo, o juiz relator o leva à sessão do tribunal;
- na sessão de julgamento do agravo, o juiz auxiliar substitui membro do tribunal (membro de sua própria representação, observada a antiguidade);
- o juiz auxiliar se torna relator do processo e profere seu voto, confirmando ou não, a decisão agravada;
- os demais membros da corte (exceto o titular substituído pelo juiz auxiliar) proferem seus votos após o relator;
- O juiz substituído no julgamento do agravo não vota. Dessa forma, o juiz auxiliar se posiciona como julgador monocrático num primeiro julgamento e relator do processo em que já proferiu decisão, no julgamento colegiado.

Com essa resolução, o TSE criou uma figura judicial diferente, que tem ao mesmo tempo, como juiz natural de caso concreto, função de julgador monocrático e função de relator em julgamento colegiado do agravo interposto contra sua decisão monocrática.

(...)

Daí entender este autor que a resolução criou uma figura sem par.

A figura ímpar ainda pelo fato de que, no julgamento do agravo, um dos juízes titulares perde a jurisdição em favor do juiz auxiliar. O mínimo que se pode dizer é que o TSE foi engenhoso.

No entanto, a figura do juiz auxiliar ainda não encontrou seu ponto de equilíbrio no arcabouço jurídico. Ainda é uma figura anômala.²⁴⁶

Eis situação inusitada, completamente diferente das hipóteses de investidura para prestação jurisdicional conhecidas, além de inexistente em outros ramos do direito, em que um julgador pode a um só tempo atuar no primeiro grau de forma monocrática e, em havendo recurso, converte-se em relator da insurgência (implicando no afastamento de um membro titular da Corte Eleitoral) participando de referido julgamento.

A indagação que se faz é a seguinte: referida hipótese respeita o princípio constitucional do juiz natural?

Ainda está a carecer a matéria de uma análise mais aprofundada, a ser feita certamente pelos mais versados em direito eleitoral; entretantes, duas questões merecem serem contrabalançadas: a primeira, diz respeito à criação de competência por resolução que

²⁴⁶ CONEGLIAN, Olivar Augusto Roberti. *Lei das eleições comentada*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2006. p. 406-407.

regulamenta lei eleitoral e informa o rito a ser seguido e os temários que ficarão ao encargo dos juízes auxiliares. A segunda, de maior complexidade e inventividade, está adstrita à participação do juiz auxiliar na sessão de julgamento proferindo o voto em havendo recurso, tendo sido ele mesmo o responsável pela instrução da representação e pela primeira manifestação.

Tem-se duas atuações no mesmo rito: primeiro, como julgador *a quo* e, posteriormente, como integrante de órgão colegiado *ad quem*.

Portanto, diante dessas situações aptas a surtirem efeito nas questões de cunho cível-eleitoral (mormente nos temários atinentes à propaganda eleitoral e prestação de contas), não valendo em matéria penal eleitoral, insista-se, entendo, com o devido respeito dos estudiosos que pensam em contrário, que existem fortes indícios de inconstitucionalidade, tanto na forma de investidura dos magistrados eleitorais, como na ritualística concebida pela Justiça Eleitoral, desbordando a matéria dos contornos próprios do juiz natural.

Por outro vértice, os defensores dessa sistemática contam em seu favor com o argumento da necessidade imperiosa de resposta a todas as demandas eleitorais durante o curso do processo eleitoral, não havendo outro mecanismo senão a utilização do juiz auxiliar da propaganda, quando do período eleitoral (do dia 5 de julho do ano da eleição até o dia das eleições, englobando a hipótese de eleição em segundo turno, nos termos do contido nos arts. 36 e ss. da Lei n. 9.504/97).

4.1.3 Julgamento de matéria penal eleitoral pelo Supremo Tribunal Federal em sede de recurso eleitoral e o princípio do juiz natural

Ainda dentre as peculiaridades somente existentes na esfera do Poder Judiciário Eleitoral, voltadas para fins de concepção do princípio do juiz natural, tem-se uma outra questão que ainda padece de maior discussão e aprofundamento, qual seja: a possibilidade jurídica de um ministro julgar duas vezes a mesma matéria, inclusive quando se tratar de direito penal ou processual penal eleitoral.

Explica-se: na composição do Tribunal Superior Eleitoral, tem-se três ministros do Supremo Tribunal Federal titulares e três ministros suplentes, consoante delimitação do artigo 119, I, “a”, c.c. o artigo 121, parágrafo 2º, da Constituição Federal.

Ocorre, todavia, que os três Ministros do Tribunal Superior Eleitoral que participaram do julgamento da matéria penal eleitoral no âmbito do Poder Judiciário Eleitoral, em havendo recurso admitido ou ajuizamento originário de nova ação constitucional (como na hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário em sede de decisão denegatória de *habeas corpus*) poderão vir a participar de novo julgamento no Supremo Tribunal Federal.

Eis hipótese inusitada, rara e exclusiva da Justiça Eleitoral, na qual um mesmo magistrado participa duas vezes do julgamento da mesma matéria (no juízo *a quo* TSE e no juízo *ad quem* STF).²⁴⁷

Sobre a matéria, existe o verbete de Súmula n. 72 do Supremo Tribunal Federal, que embora vetusto, encontra-se em vigor, afirmando o seguinte: “No julgamento de questão constitucional, vinculada à decisão do Tribunal Superior Eleitoral, não estão impedidos os ministros do Supremo Tribunal Federal que ali tenham funcionado no mesmo processo ou no processo originário.”

Dessa forma, quer no recurso extraordinário em matéria penal (situação cada vez mais difícil de ocorrer, posto que com a vigência da EC n. 45/04 apresenta-se como imprescindível demonstrar a repercussão geral – art. 102, § 3º da *Lex Fundamental*, regulamentado pelos arts. 543-A e 543-B do CPC e pelos arts. 322 e ss. do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, inseridos por força da Emenda Regimental n. 21, de 30.04.2007), quer no recurso ordinário em sede de *habeas corpus* ou mandado de segurança em matéria criminal (art. 121, § 3º da CF), quer, por último, quando ajuizado novo *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário constitucional (art. 102, II, “a”, da CF), é possível que um mesmo ministro (integrante do TSE e da Suprema Corte) profira dois julgamentos sobre a mesma matéria.

²⁴⁷ Essa situação não passou despercebida do Parlamento Nacional, tanto que tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n. 4.597/2009 (autoria do deputado federal Dr. Ubiali (PSB-SP), cuja proposta implica na inclusão do parágrafo 4º no artigo 281 do Código Eleitoral. De acordo com a propositura legislativa, o novo parágrafo deve ter a seguinte redação: “É defeso ao ministro do Supremo Tribunal Federal exercer as suas funções em processo que conheceu enquanto integrante do Tribunal Superior Eleitoral, tendo-lhe proferido decisão de qualquer natureza”. Disponível em: <www.camaradosdeputados.gov.br>. Acesso em: 19 jul. 2009.

Merece registro que, de acordo com o artigo 6º, I, “a”, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), o *habeas corpus* originário quando a coação provier do Tribunal Superior Eleitoral será julgado pelo Pleno da Corte.

Da mesma forma, compete ao Plenário do Supremo Tribunal Federal julgar em recurso ordinário os *habeas corpus* denegados pelo Tribunal Superior Eleitoral (art. 6º, III, “a”, do RISTF).

Embora não exista uma explicação a respeito da competência plenária, acredito que a medida existe por duas razões: a uma, pelo fato das decisões do Tribunal Superior Eleitoral serem sempre adotadas pelo seu plenário, posto que inexistente órgão fracionário no âmbito do Poder Judiciário Eleitoral; a duas, em razão do fato de que três ministros já proferiram seus votos quando do julgamento da matéria perante o Tribunal Superior Eleitoral, o que poderia, inclusive, inviabilizar um julgamento perante uma das turmas do Supremo Tribunal Federal, considerando que três dos cinco votos possíveis já são conhecidos (embora possível a mudança de entendimento quando do julgamento no Supremo Tribunal Federal).

Ainda esmiuçando a análise dessa possibilidade *sui generis* de um mesmo magistrado por duas vezes proferir julgamento sobre a mesma causa, mais uma vez cita-se o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal que, em seu artigo 77, parágrafo único, afirma, *in verbis*:

Artigo 77 - (...)

Parágrafo único - Tratando-se de recurso extraordinário eleitoral, de *habeas corpus* contra ato do Tribunal Superior Eleitoral, ou de recurso de *habeas corpus* denegado pelo mesmo Tribunal, serão excluídos da distribuição, se possível, os ministros que ali tenham funcionado no mesmo processo ou no processo originário.

Portanto, o único impedimento que existe é no sentido de um ministro do Supremo Tribunal Federal que acumula suas funções no Tribunal Superior Eleitoral quando o recurso oriundo da Corte Eleitoral adentrar na Suprema Corte; no momento da distribuição, ter-se-á que excluir esses magistrados da condição de relator do recurso ou do *habeas corpus*.

Insista-se: embora impossibilitado de funcionar como relator, atua o julgador como membro do Pleno, proferindo julgamento conjuntamente com os demais integrantes do Tribunal Constitucional.

Conclui-se, dessarte, que de forma diversa ao que existe e é posto em prática nos demais ramos do direito, o Supremo Tribunal Federal aceita sem qualquer embaraço que os seus integrantes que participaram de julgamento no Tribunal Superior Eleitoral venham novamente exarar a decisão quando a matéria chegar à Suprema Corte, servindo de exemplos recentes o julgamento dos mandados de segurança que atacaram a Resolução n. 22.610/2008 (infidelidade partidária)²⁴⁸ e o julgamento da ADPF n. 144/DF, que abordou a relevante questão dos candidatos “*fichas sujas*”.²⁴⁹

4.1.4 Impossibilidade de um mesmo magistrado julgar duas vezes idêntico fato atuando como juiz de instâncias distintas, diante da existência de impedimento (art. 252, III, do CPP)

Percebe-se pelos exemplos anteriormente citados e pela análise dos dispositivos contidos no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal que a Suprema Corte considera absolutamente normal e em consonância com a *Lex Fundamentalis* (princípio do juiz natural – art. 5º, LIII) e com a lei (art. 252, III, do CPP) a possibilidade de um ministro (juiz) julgar duas vezes a mesma matéria, envolvendo os mesmos réus, atuando em instâncias distintas (TSE e STF).

²⁴⁸ STF: MS ns. 26.602 e 26.603, rel. Min. Celso de Mello e 26.604, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 04.10.2007. Registre-se que participaram desse julgamento os ministros Marco Aurélio, Carlos Britto e César Peluso, votando as respostas às Consultas ns. 1.398 e 1.407 – TSE, que versaram sobre fidelidade partidária e período de vigência das novas regras atinentes à perda do mandato pela mudança de partido, quando submetidas ao Tribunal Superior Eleitoral, ou seja, se manifestaram por duas vezes sobre a mesma matéria.

²⁴⁹ STF – ADPF n. 144/DF, rel. Min. Celso de Melo, j. 06.08.2008. Figurou como autora a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), que teve preliminarmente sua legitimidade contestada; entretanto, superada por maioria a legitimidade ativa, ao apreciar o mérito, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do voto do ministro relator, decisão com efeitos vinculantes, nos termos da Lei n. 9.882/99. Consigne-se que restaram vencidos os ministros Carlos Britto e Joaquim Barbosa, que participaram dessa discussão no âmbito do Tribunal Superior Eleitoral, mantendo coerência com o voto anteriormente lavrado quando da resposta a Consulta n. 1.621/PB (Resolução n. 22.842 do TSE), entretanto participando duas vezes da análise do mesmo temário jurídico, embora em foros distintos (TSE e STF) e com recursos ou ações com ritualística ou efeitos diversos, porém, indiscutivelmente, com o mesmo *meritum causae*.

Parece-nos evidente, com a devida ressalva dos que pensam em contrário, que a hipótese de um mesmo juiz decidir duas vezes o mesmo fato, envolvendo as mesmas partes, atuando em grau de recurso, implica vitupério e menoscabo ao princípio constitucional do juiz natural.

Qual a justificativa para um mesmo magistrado atuar como revisor de seus próprios julgados, como duplo grau de sua própria jurisdição?

Acredita-se que nessas hipóteses tem-se situação de verdadeiro impedimento, tal qual posto no artigo 252, III, do Código de Processo Penal.

Com efeito, diz esse diploma legal, aplicável no âmbito do processo penal eleitoral, *in verbis*:

Artigo 252 - O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que:
(...)

III - Tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão.

Em verdade o juiz (ou ministro do STF) que já tiver funcionado em outra instância (TSE), pronunciando-se de fato ou de direito sobre a matéria, não mais está apto a exercer a jurisdição, nos termos do preceito legal acima mencionado, considerando que existem “vínculos objetivos do juiz com o processo, independentemente de seu ânimo subjetivo”.²⁵⁰

Ocorrendo essa hipótese, deve-se considerar impedido o magistrado, respeitando-se regra consistente no desdobramento do princípio do juiz natural, apresentando-se como medida absolutamente razoável, ínsita à prestação jurisdicional com isenção, além do necessário respeito ao duplo grau de jurisdição, no sentido de que um juiz que decide duas vezes a mesma matéria em tribunais distintos “não pode ser guindado a juiz de segundo grau dele próprio”.²⁵¹

Trilha essa senda Guilherme Nucci, ao afirmar:

²⁵⁰ FEITOZA, Denílson, *Direito processual penal*, cit., p. 670.

²⁵¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal comentado*. 3. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 457.

Qualquer participação do magistrado em instância diversa, no processo ao qual é chamado a julgar, faz nascer o impedimento. Assim, se tiver decidido qualquer tipo de questão – excetuando-se despachos de mero expediente, pois a lei fala em matéria de fato ou direito – em primeiro grau, não poderá integrar colegiado de grau superior, para julgar recurso contra decisão proferida no feito. Caso tenha sido convocado a integrar colegiado, sendo ainda juiz de primeira instância, tornando à Vara, deve abster-se de decidir questão envolvendo o processo do qual participou, enquanto estava em segundo grau.²⁵²

Seria o caso de indagar: qual a razão de não se considerar válida essa regra no caso do ministro do Supremo Tribunal Federal integrante do Tribunal Superior Eleitoral que venha a julgar novamente o mesmo feito em sede de recurso ou ação constitucional tramitando na Suprema Corte?

Não se vislumbra qualquer hipótese ou explicação que justifique tratamento excepcional.

Ainda que o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal informe que os recursos extraordinários, os recursos ordinários em *habeas corpus* ou o *habeas corpus* originariamente impetrado venham a ser da competência originária do Pleno do Supremo Tribunal Federal (art. 6º, I, “a”, e inc. III, “a”, do RISTF) e que o ministro da Suprema Corte que atuou no julgamento do feito quando submetido ao Tribunal Superior Eleitoral não poderá figurar como relator da insurgência recursal (art. 77, do RISTF), mesmo assim, não entendo como norma regimental pode contrariar dispositivo contido no texto do Código de Processo Penal (art. 252, III, do CPP) e, principalmente, a respeito da interpretação constitucional que deve ser dada ao preceito contido no artigo 5º, LIII, da *Lex Mater*.

Portanto, não merece aplicação, em razão de se encontrar em descompasso com o artigo 5º, LIII, da Constituição da República, a Súmula n. 72 do Supremo Tribunal Federal.

Logo, o ministro do Supremo Tribunal Federal que tem assento no Tribunal Superior Eleitoral e proferiu julgamento de matéria penal eleitoral no âmbito da Justiça Eleitoral, quando aporta na Suprema Corte um recurso de referido *decisum*, está impedido de proferir novo julgamento, considerando que ninguém é revisor ou segundo grau de si mesmo.

²⁵² NUCCI, Guilherme de Souza, *Código de Processo Penal comentado*, cit., p. 548. conferir o título (*Manual?*)

A não observância do impedimento implica a prestação de jurisdição nula de pleno direito, invalidando a manifestação jurisdicional.

Nesse sentido se posiciona a doutrina:

Há condições, previstas em lei, que impedem o juiz, o órgão do Ministério Público, peritos, intérpretes e jurados de exercerem sua função num determinado processo.

Tais condições, que são verdadeiros obstáculos para a reta administração da justiça, impedindo o juiz, ou uma daquelas pessoas, de se conduzir com a independência, a serenidade e a imparcialidade necessárias ao desempenho da sua função, são denominados impedimentos. E os atos praticados por juiz impedido, ensina Tornaghi, não são apenas nulos, mas juridicamente inexistentes.²⁵³

Pode-se sustentar a nulidade do julgamento em razão da participação desse julgador (impedido de novamente prestar jurisdição).

Ocorre, todavia, que essa questão pode ensejar um desdobramento de suma relevância, qual seja, em se considerando impedido de proferir julgamento o ministro do Supremo Tribunal Federal que já participou da discussão quando do julgamento no Tribunal Superior Eleitoral, ter-se-á a diminuição de três ministros no *quorum* de composição do Tribunal, podendo restar inviabilizado o julgamento, posto que, em se tratando de matéria constitucional, diz o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, deverá haver a composição mínima de oito ministros (art. 143, parágrafo único, do RISTF).

Esta a redação do artigo 143, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal:

Artigo 143 - O Plenário, que se reúne com a presença mínima de seis Ministros, é dirigido pelo Presidente do Tribunal.

Parágrafo único - O *quorum* para votação de matéria constitucional e para a eleição do Presidente e do Vice-Presidente, dos membros do *Conselho Nacional da Magistratura* e do Tribunal Superior Eleitoral é de oito Ministros.

Logo é suficiente que um dos outros oito ministros, *v.g.*, esteja de licença médica ou ausente por qualquer motivo justificado, para não se obter o *quorum* mínimo e iniciar o

²⁵³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *Código de Processo Penal comentado*, cit., p. 457.

juízo das matérias penais eleitorais em sede de recurso extraordinário, recurso ordinário constitucional em *habeas corpus* ou ainda *habeas corpus* originário, apontando-se o Tribunal Superior Eleitoral como autoridade coatora.

Diante dessa situação, indaga-se: o que fazer ou como proceder?

Como sugestão, acredita-se que a questão pode ser resolvida com a incidência do artigo 40 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que permite a convocação de ministros do Superior Tribunal de Justiça para integralizar o *quorum* exigido para o julgamento de determinadas matérias pela Suprema Corte, mormente em se tratando de matéria constitucional.

Nesse diapasão, cita-se o querer do artigo 40 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que afirma:

Artigo 40 - Para completar *quorum* no Plenário, em razão de impedimento ou licença superior a três meses, o Presidente do Tribunal convocará o Ministro licenciado, ou, se impossível, Ministro do *Tribunal Federal de Recursos*, que não participará, todavia, da discussão e votação das matérias indicadas nos artigos 7º, I e II, e 151, II.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, onde se lê Tribunal Federal de Recursos, leia-se Superior Tribunal de Justiça. Portanto, tem-se como perfeitamente possível e cabível a convocação de ministros do Superior Tribunal de Justiça para integralizarem o *quorum* de julgamento do Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Concluindo esta parte do trabalho, apresenta-se a seguinte alternativa no escopo de evitar burla ou vitupério ao artigo 252, III, do Código de Processo Penal: todas as vezes que aportar no Supremo Tribunal Federal recurso oriundo do Tribunal Superior Eleitoral, versando sobre matéria penal-constitucional, em sede de recurso extraordinário (demonstrada a repercussão geral), recurso ordinário constitucional ou *habeas corpus*, devem ser declarados impedidos de julgar os três ministros que participaram do julgamento anterior no Tribunal Superior Eleitoral, convocando-se três ministros do Superior Tribunal de Justiça²⁵⁴ para

²⁵⁴ Evidentemente que dentre os Ministros do Superior Tribunal de Justiça convocados para integralizar o *quorum* do Supremo Tribunal Federal, deve-se excluir aqueles que possuem assento no Tribunal Superior Eleitoral, quer como titulares, quer ainda na condição de suplentes, nos termos do artigo 119, I, “b”, da Constituição Federal.

integralizar o *quorum*, evitando-se, com a adoção dessa medida, a participação de um mesmo juiz em dois julgamentos realizados em cortes distintas.

Repise-se: nenhum juiz pode exercer o duplo grau de jurisdição de sua própria decisão ao julgar duas vezes em instâncias distintas o mesmo feito, envolvendo as mesmas partes.

Essa sugestão é apresentada no escopo de evitar óbices ao regular curso do processo, mormente no que pertine à alegação de nulidade do julgado, e ainda que o Supremo Tribunal Federal enfrente a matéria e não afirme a existência de impedimento.

Ao se impossibilitar a participação de juiz impedido, tem-se respeito ao princípio do juiz natural em sua inteireza, possibilitando-se um julgamento sem peias, não sendo possível antecipadamente conhecer o posicionamento do julgador, preservando-se a reta administração da justiça e a adequada prestação jurisdicional.

4.1.5 Princípio do promotor natural

Com a vigência da Constituição Federal de 1988, indiscutivelmente foram fortalecidos os princípios basilares que dão sustentação ao Ministério Público, bem como as prerrogativas dos integrantes de relevante carreira jurídica imprescindível para o Estado Democrático de Direito.

Indubitavelmente, passou essa instituição de natureza permanente – que tem dentre suas metas existenciais precípuas a defesa da ordem democrática e do ordenamento jurídico, centrada nos princípios institucionais da unicidade, independência funcional e indivisibilidade, destacando-se entre as suas atribuições privativas a promoção da ação penal pública²⁵⁵ (arts. 127 e 129, I, da *Lex Mater*) – a ter redobrada relevância e destaque, sendo que

²⁵⁵ Consigne-se que no processo penal eleitoral, todos os crimes são de ação penal pública incondicionada, havendo redobrada relevância na atuação do Ministério Público (art. 355, do CE), a um só tempo como autor da ação e como *custos legis*; além disso, como a maioria dos crimes eleitorais, atenta contra as eleições, a ordem democrática, a lisura do processo eleitoral e a vontade soberana do eleitor, sobreleva-se o papel do Ministério Público Eleitoral, no intuito de coibir práticas que lamentavelmente impedem o amadurecimento dos princípios democráticos e que a cidadania floresça em nossa combalida República e ainda incipiente democracia.

sua atuação no foro penal está condicionada à observância do princípio/garantia do promotor natural.

Em verdade, tal qual o juiz natural, com todos os seus desdobramentos acima estudados (vedação da instituição de juiz *ex post factum* ou de exceção, *ad hoc*), garantia de que o juiz somente deverá atuar quando sua jurisdição tiver previsão legal, vedação aos juízes escolhidos a dedo ou impostos de acordo com o interesse e a conjuntura política, enfim, todas essas regras, *mutatis mutandis*, devem incidir na escolha do promotor de justiça ou promotor eleitoral que atue em determinado feito criminal.

Desse modo, “a existência do Ministério Público natural e imparcial não é uma mera garantia para seus membros, mas acima de tudo, uma garantia para o próprio indivíduo, para a coletividade”.²⁵⁶

Aplicar as regras do promotor natural de maneira indiscutível, consagrando esse princípio/garantia, constitui em sério mecanismo de proteção do indivíduo, mormente pelo fato de que se evita a figura do promotor por encomenda, escolhido de forma proposital, às vezes com interesses escusos e atentatórios à própria dignidade da função ministerial.

Soaria absolutamente inócuo e despiciendo falar em autonomia e independência do *Parquet*, tanto estadual, como federal ou eleitoral, “se os membros do Ministério Público estivessem sujeitos a designações discricionárias dos procuradores gerais, efetuadas e cessadas *ad nutum*, para cumprirem em casos concretos a vontade dos chefes das respectivas instituições”.²⁵⁷

Trilhando essa senda, e por concordar em absoluto com o necessário respeito ao princípio do promotor natural, inclusive no âmbito do Ministério Público Eleitoral e do processo penal eleitoral, é que se insere neste trabalho informações sobre essa importante conquista e garantia da sociedade brasileira, configurando hipótese de nulidade processual absoluta a existência de feito criminal eleitoral em que a garantia do promotor natural não foi observada estritamente.

²⁵⁶ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê; MIRANDA, Gustavo Senna, *Princípios do processo penal*, cit., p. 241.

²⁵⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. *O acesso à justiça e o Ministério Público*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 203.

4.1.5.1 Fundamentos constitucionais para o reconhecimento e a consagração do princípio do promotor natural

O princípio do promotor natural encontra suas raízes e fundamentação no texto constitucional de 1988, tanto no artigo 127, *caput*, da *Lex Mater* (quando se afirma ser o mesmo defensor da ordem jurídica e do regime democrático), como também quando se assegura aos membros do *Parquet* as mesmas garantias e prerrogativas dos membros da magistratura (inamovibilidade, vitaliciedade e irredutibilidade dos vencimentos – art. 128, § 5º, I, “a” a “c”).

A conjugação desses princípios da independência funcional como a inamovibilidade, bem como a investidura apenas por concurso de provas e de provas e títulos, consagram o princípio do promotor natural, não se admitindo como razoável e escoreita a possibilidade de existência de promotores sob encomenda ou premeditadamente estabelecidos para atuar em determinado feito.

Além disso, tem-se como possível a arguição de suspeição e impedimento do representante do Ministério Público (arts. 104 e 258 do CPP), sendo certo que ao se permitir essa possibilidade, pensou-se no Ministério Público com a preservação de um mínimo de imparcialidade (mesmo atuando a um só tempo na condição de parte e, ainda, como *custos legis*).

Com efeito, não mais se admite o promotor que se porta como acusador implacável, o verdugo que espera o réu à socapa no cadafalso ou patíbulo, o *Parquet* que de maneira sistemática e até irresponsável busca uma condenação, ainda que os autos do feito criminal não levem a essa conclusão.

Esse tempo está superado.

Hoje o Ministério Público é, sobretudo, um adequado fiscal do cumprimento da lei, devendo zelar pela defesa dos interesses da coletividade, sendo esse mais um argumento e razão para se sustentar a existência do princípio do promotor natural, que deve ser observado estritamente.

Nesse sentido, pinça-se estudo doutrinário assim vazado:

Os princípios do promotor e juiz natural têm por inspiração a independência desses órgãos e evitam interferência arbitrárias na distribuição da justiça. No primeiro caso, protege-se o titular privativo da ação penal (assegurando-lhe uma atuação independente e uma interferência revisora) e, no segundo, o que está em causa é a segurança de um julgamento imparcial.²⁵⁸

Ademais, quando a questão bate às portas do Poder Judiciário, o Superior Tribunal de Justiça²⁵⁹ e o Supremo Tribunal Federal²⁶⁰ de há muito vem defendendo e confirmando a existência do princípio do promotor natural; entretanto, de acordo com o entendimento da Suprema Corte, não ofenderia o princípio do promotor natural a formação de equipes ou grupos especializados para atuação em determinado assunto ou matérias.

Esse é um ponto relevante e que ainda precisa contar com evolução jurisprudencial, posto que a constituição de grupos especiais (com a escolha pessoal e impessoal, direta e vinculada dos membros que integrarão da equipe) viola o princípio do promotor natural.

Fica o registro de que muitas vezes o próprio Ministério Público, que luta pelo reconhecimento judicial do princípio do promotor natural e pelo fortalecimento *interna corporis* do respeito às garantias da independência funcional e da inamovibilidade, abre concessões para tentar justificar a existência de grupos especializados (de combate ao crime organizado, às fraudes no serviço público e dos crimes contra o sistema financeiro, por exemplo), denominados pela imprensa de “*força-tarefa*”, que seriam legítimos e não violariam o princípio do promotor natural.

Dessa postura discordo frontalmente, ainda que dentre os integrantes do *Parquet* que compõem o grupo de trabalho ou equipe de investigação ou força-tarefa se aviste o promotor natural, ou seja, o titular da Comarca ou Vara (no caso específico do direito penal eleitoral a Zona Eleitoral), responsável pela atuação como representante do Ministério Público.

Assim, como não é possível uma sentença assinada por dois ou três magistrados, soa estranho um ato processual (denúncia, razões de recurso, pedido cautelar incidental, dentre

²⁵⁸ DEMERCIAN, Pedro Henrique. *Regime jurídico do Ministério Público no processo penal*. São Paulo: Verbatim, 2009. p. 86.

²⁵⁹ STJ – REsp n. 11.722-0/SP, 6ª Turma, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 08.09.1992.

²⁶⁰ STF – HC n. 67.759/RJ, j. 06.08.1992.

outras hipóteses) firmado por dois ou três integrantes do *Parquet*, sendo que somente um deles é o que possui atribuições e figura como promotor natural.

Eis questão a ser melhor refletida e que, em meu sentir, atrapalha o reconhecimento, por completo, da existência inexorável do princípio/garantia do promotor natural.

Por derradeiro, impende trazer à colação estudo doutrinário que afirma não consistir causa de nulidade absoluta a inobservância do princípio do promotor natural:

Em suma, o princípio do promotor natural, que não tem uma conformação legal expressa e precisa (e, portanto, é de duvidosa incidência no sistema brasileiro) não permite a anulação de processos por uma suposta deficiência de representação do Estado, como, aliás, decidiu o colendo Supremo Tribunal Federal em decisão relatada pela ministra Ellen Gracie – *STF Informativo* n. 328.²⁶¹

O mesmo autor afirma que inexistente a figura do procurador de justiça natural, pois “esses relevantes órgãos do Ministério Público agem em caráter residual, naqueles feitos distribuídos aos tribunais superiores e que não imponham a atuação, em caráter privativo, do chefe do Ministério Público”.²⁶²

Logo, em matéria de definição conceitual e desdobramentos teóricos, muito ainda deve ser construído para que efetivamente se respeite a figura do promotor natural no processo penal brasileiro.

4.1.5.2 Designação do promotor eleitoral e critérios de escolha

Derradeiramente, dentre o temário do promotor natural, indaga-se: incide referida garantia no âmbito do Ministério Público Eleitoral? Como se procede a escolha ou designação do promotor eleitoral?

A resposta ao primeiro quesito é no sentido de que evidentemente incide a garantia do promotor natural no seio da Justiça Eleitoral, inexistindo qualquer argumento hábil ou

²⁶¹ DEMERCIAN, Pedro Henrique, *Regime jurídico do Ministério Público no processo penal*, cit., p. 77.

²⁶² *Ibidem*, p. 88.

possível de afastar a aplicação de retrocitado princípio/garantia no âmbito do devido processo legal eleitoral.

Avulta como relevante explicar o *modus operandi* decorrente da lei para a escolha do representante do Ministério Público Eleitoral.

Quando no desempenho de atribuições de *Parquet* Eleitoral, atua o promotor de justiça estadual por delegação do Ministério Público Federal, a quem compete desempenhar as atribuições de Ministério Público Eleitoral, nos termos do artigo 78 da Lei Complementar n. 75/93.

Explica José Jairo Gomes como se dá a indicação do promotor eleitoral e quais os seus contornos:

A designação de promotor eleitoral é feita pelo Procurador Regional Eleitoral, em regra, após indicação do Procurador-Geral de Justiça. Este, como chefe do Ministério Público Estadual, detém o controle administrativo do promotor de justiça. Somente ele poderia informar ao Procurador Regional Eleitoral os promotores que se encontram lotados nas diversas zonas eleitorais dos Estados, quem passou a gozar férias, quem foi promovido, removido, exonerado. A Resolução TSE n. 14.442/94 cuida deste tema.

Inexistindo promotor que officie perante a Zona Eleitoral, ou havendo impedimento ou recusa justificada do oficiante, outro deverá ser indicado ao Procurador Regional Eleitoral a fim de que seja procedida a designação (cf. art. 79, parágrafo único, da LC n. 75/93 c.c. art. 10, IX, “h” da Lei n. 8.625/93). Não havendo indicação, o Procurador Regional Eleitoral deverá designar aquele que melhor atender aos interesses da justiça e do serviço eleitoral afeto ao Ministério Público.²⁶³

Ainda com relação aos critérios de escolha do representante do Ministério Público Eleitoral, deve-se lembrar que a matéria passou a ser objeto de preocupação do Conselho Nacional do Ministério Público, estando positivada na Resolução n. 30, de 19.05.2008, do CNMP (art. 1º, I).²⁶⁴

²⁶³ GOMES, José Jairo, *Direito eleitoral*: conforme Resolução n. 22.610/2007 do TSE, cit., p. 68-69.

²⁶⁴ O Ministério Público do Estado São Paulo, de forma inovadora, editou os Atos Normativos ns. 557/2008 e 559/2008, estabelecendo critérios para indicação dos representantes do Ministério Público para atuarem como promotores eleitorais.

Merece registro que o promotor eleitoral também desempenha suas funções por prazo determinado (2 anos), sendo que somente haverá recondução na hipótese de inexistir outro promotor na Comarca a ser designado para desempenhar as atribuições de promotor eleitoral.

Mais ainda: de acordo com o artigo 79 da Lei Complementar n. 75/93, o membro do *Parquet* a ser designado é o que está vinculado ao juiz eleitoral, em existindo mais de uma Vara na Comarca e devendo-se promover rodízio para ocupar as atribuições de promotor eleitoral, acompanhando o mesmo revezamento dos magistrados eleitorais de primeiro grau.

Ainda na análise do Ministério Público Eleitoral, inclusive seu desdobramento no que tange à existência da garantia do promotor natural, destacam-se dois princípios referentes à atuação eleitoral: a federalização e a delegação das funções eleitorais.

No dizer da doutrina:

Princípio da Federalização – Previsto no artigo 37, I, e artigo 72 da LMPU, significa que pertence ao Ministério Público Federal, a princípio, a atribuição de oficiar junto à Justiça Eleitoral, em todas as fases do processo eleitoral.

Princípio da Delegação – Por este princípio, a lei delega ao Ministério Público dos Estados e do Distrito Federal a atribuição de oficiar perante os juízes e juntas eleitorais, primeira instância da Justiça Eleitoral, abrindo uma exceção, pela delegação de parte dessa atribuição, ao princípio anterior. Tem como base o artigo 78 da LC n. 75/93.²⁶⁵

Portanto, a título de conclusão deste tópico, pode-se afirmar que observando o princípio da federalização e da delegação, bem como o rodízio na ocupação das atribuições das funções de *Parquet* Eleitoral, além dos preceitos contidos na Lei Complementar n. 75/93 e no texto constitucional, tem-se a figura do promotor natural atuando na Justiça Eleitoral, em todas as suas instâncias – Zonas Eleitorais, Tribunal Regional Eleitoral e Tribunal Superior Eleitoral.

²⁶⁵ CÂNDIDO, Joel José. *Direito eleitoral brasileiro*. 8. ed. Bauru: Edipro, 2000. p. 54-55.

4.2 Conceito de crime eleitoral e seus desdobramentos

Superada a análise do conceito do juiz natural com os olhos voltados para as especificidades da Justiça Eleitoral, inserindo nesse contexto os contornos do princípio do promotor natural e considerando a competência criminal da Justiça Eleitoral para processar e julgar “os crimes eleitorais e os comuns que lhe forem conexos” (art. 35, II, do CE), é oportuno analisar o conceito de crime eleitoral, bem como os seus desdobramentos de ordem processual que implicam ou interferem na delimitação da competência da Justiça Eleitoral.

Relevante transcrever o posicionamento de estudiosos do direito penal eleitoral²⁶⁶, que ao se debruçarem sobre esse temário, delimitaram o conceito de crime eleitoral, bem como os seus principais contornos.

Após a análise desses vários conceitos tecidos pela doutrina abalizada da matéria, apresentamos o nosso conceito de crime eleitoral.

O crime eleitoral consiste na prática de conduta típica, antijurídica e culpável, atentatória à proteção dos direitos políticos, ao livre exercício do voto, à organização e ao desenvolvimento do pleito eleitoral e à incolumidade e lisura do processo eleitoral.

O ilícito penal eleitoral, portanto, agride os princípios que são inerentes ao conceito de Estado Democrático de Direito (art. 1º da CF), figurando como temário de supina relevância, mormente em razão da proteção ao livre exercício do sufrágio, considerado pelo legislador constituinte como cláusula pétrea (art. 60, § 4º, II, da CF).

²⁶⁶ “São crimes eleitorais as infrações, penalmente sancionadas, que dizem respeito às várias e diversas fases de formação do eleitorado e processo eleitoral.” (HUNGRIA, Nélon. Os crimes eleitorais. *Revista Eleitoral da Guanabara*, v. 1, p. 129, 1968). “São, assim, crimes eleitorais todas aquelas condutas levadas a efeito durante o processo eleitoral e que, por atingirem ou macularem a liberdade do direito de sufrágio, em sua acepção ampla, ou mesmo os serviços e desenvolvimento das atividades eleitorais, a lei as reprimiu infligindo a seus atores uma pena. Consistem, desta forma, em condutas delituosas que podem se revelar nas mais diferentes formas, indo desde aquelas que conspurcam a inscrição de eleitores, a filiação a partidos políticos, o registro de candidatos, a propaganda eleitoral, a votação, até aquelas que violam a apuração dos resultados e diplomação dos eleitos.” (GOMES, Suzana de Camargo. *Crimes eleitorais*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 28). “Crimes eleitorais são condutas descritas na lei como atentatórias à lisura, transparência, correta formação e desenvolvimento do processo eleitoral, que tem como resposta penal destinada a seus responsáveis a imposição da correspondente sanção penal, sem prejuízo da suspensão dos direitos políticos”. (PONTE, Antonio Carlos da, *Crimes eleitorais*, cit., p. 18).

Como desdobramento da conceituação, devem-se inserir relevantes informações que estão ao redor da classificação do crime eleitoral.

A primeira questão que merece ser pontificada diz respeito ao fato de que não existe a figura das contravenções penais eleitorais, sendo que todas as condutas típicas eleitorais devem ser consideradas crimes eleitorais, ainda que puníveis somente com a pena de multa (arts. 320 e 345 do CE, *v.g.*).

Nesse aspecto, verifica-se exceção à regra de diferenciação estabelecida no artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, apresentando-se como possível a existência de crime tendo como única sanção cabível a pena de multa (e não a sanção pecuniária imposta alternativa ou cumulativamente).

A doutrina tradicional do direito penal, ao promover a diferenciação entre crime e contravenção, afirmava:

O ilícito penal é um *genus* de que são *species* o *crime* e a *contravenção*. Esta, porém, não é senão crime de menor entidade, o *crime anão*. Se não há diferença ontológica entre o ilícito penal e o ilícito civil ou administrativo, muito menos poderá ser encontrada entre esses dois ramos do mesmo tronco. (...) Como se pode, então, identificar o crime ou a contravenção, quando se trate de ilícito penal encontrado em legislação esparsa, isto é, não contemplado no Código Penal (reservado aos crimes) ou na Lei das Contravenções Penais? O critério prático adotado pelo legislador brasileiro é o da *distinctio delictorum ex poena* (segundo o sistema dos direitos francês e italiano): a reclusão e a detenção são as penas privativas de liberdade correspondentes ao crime, e a prisão simples a correspondente à contravenção, enquanto a pena de multa não é jamais cominada isoladamente ao crime.²⁶⁷

Logo, tem-se uma exceção à regra, posto que possível crime eleitoral apenado exclusivamente com pena pecuniária, reafirmando-se que “não há previsão na legislação eleitoral de contravenções penais”.²⁶⁸

Além disso, os crimes eleitorais somente aparecem no ordenamento jurídico como tipos penais dolosos, inexistindo a figura do crime eleitoral culposos, ou ainda do crime eleitoral preterdoloso ou preterintencional, sendo certo que “nenhum dos códigos eleitorais do

²⁶⁷ HUNGRIA, Nélson, *Comentários ao Código Penal*, cit., v. 1, t. 1, p. 39.

²⁶⁸ PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes eleitorais*, cit., p. 19.

passado, tampouco a Lei Agamenon Magalhães, trouxe punição a título de culpa para os crimes eleitorais”.²⁶⁹

Diferentemente das diversas outras figuras típicas, tanto contidas no Código Penal como na legislação penal extravagante, os crimes eleitorais não possuem *nomen juris*, limitando-se o Código Eleitoral e a legislação eleitoral esparsa a definir a conduta típica, sem qualquer denominação do ilícito penal.

Existe a previsão do crime eleitoral de atentado (em que se aplica a mesma pena para o crime consumado e para o crime tentado, não incidindo a regra do art. 14, II, do CP), podendo-se citar como exemplos os artigos 309, 312 e 317 do Código Eleitoral.

Os crimes eleitorais são de regra crimes comuns, ou seja, passíveis de serem praticados por qualquer pessoa (havendo divergência com relação à possibilidade de pessoa jurídica praticar crime eleitoral, consoante será explorado adiante), embora excepcionalmente existam crimes eleitorais próprios (praticados por promotor de justiça eleitoral – art. 342 do CE; pelo juiz eleitoral e pelos serventuários da Justiça Eleitoral – art. 343 do CE, dentre outras hipóteses).

Tem-se ainda como desdobramento do conceito de crime eleitoral que os tipos penais eleitorais são formais, havendo a descrição da conduta e do resultado, consumando-se independentemente da produção do resultado naturalístico descrito na figura típica.

Por fim, destaca-se o fato de que os crimes eleitorais sempre terão como sujeito passivo o Estado, mais especificamente a União (responsável pela organização da Justiça Eleitoral e, por conseguinte, pela manutenção da lisura do processo eleitoral), sendo que em algumas situações, além do Estado, tem-se o cidadão (eleitor, serventuário da Justiça Eleitoral ou candidato) como sujeito passivo dos delitos.

Assim, no crime de corrupção eleitoral (art. 299 do CE), o sujeito passivo é o Estado, posto que ao ser praticada a conduta contida no tipo penal, está se ferindo de morte a lisura do

²⁶⁹ CÂNDIDO, Joel José. *Direito penal eleitoral e processo penal eleitoral*. Bauru: Edipro, 2006. p. 62.

processo eleitoral, bem como, em havendo captação ilícita de sufrágio, ocorre desequilíbrio do pleito.

Por outro vértice, no crime de calúnia eleitoral (art. 324 do CE) cometida durante a propaganda eleitoral, identifica-se como sujeito passivo, além do Estado (responsável por manter a lisura na propaganda eleitoral), o candidato ofendido, ou ainda, no crime eleitoral do artigo 301 (coagir alguém a votar ou não votar em determinado candidato), no qual, além do Estado, tem-se como sujeito passivo o eleitor vítima da coação.

Por fim, pode-se afirmar que os crimes eleitorais são unissubjetivos (não havendo exigência de concurso necessário), de forma livre (quanto à execução) e comissivos ou omissivos por comissão.

Essa a classificação do crime eleitoral.

4.2.1 Crime eleitoral como espécie do crime político e crime comum

É relevante promover a classificação do crime eleitoral, que se destaca como espécie do crime político. Quando em cotejo com o crime de responsabilidade, o crime eleitoral está englobado no rol dos crimes comuns, sendo essa matéria pacificada no seio da doutrina e da jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal.

Convém melhor explicar essa classificação.

Inicialmente, pelo conceito de crime político que, segundo abalizada doutrina são crimes que “agridem a própria segurança interna ou externa do Estado ou são dirigidos contra a própria personalidade deste”.²⁷⁰

Não remanesce o menor laivo de dúvida de que o crime eleitoral atenta contra as instituições do Estado Democrático de Direito, contra o direito ao voto, as instituições

²⁷⁰ HUNGRIA, Néilson, *Comentários ao Código Penal*, cit., v. 1, t. 1, p. 39.

partidárias, enfim, os regramentos inerentes ao processo eleitoral e a escolha livre dos candidatos e partidos políticos que irão ocupar o poder pela eleição direta e periódica.

Nesse diapasão, afirma-se que os crimes eleitorais integram o conceito de crimes políticos, merecendo destaque ensinamento doutrinário, que afirma:

Os crimes eleitorais compõem subdivisão dos crimes políticos. Entre nós no Brasil, comportaria, presentemente, dividir os crimes políticos em duas categorias, estando a primeira ocupada pelos crimes contra a segurança nacional e a ordem política e social, ficando a segunda com os crimes eleitorais.²⁷¹

Consigne-se que tanto os crimes previstos na Lei n. 7.170, de 14.12.1983 (que define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social), cuja competência para processar e julgar é da Justiça Federal de primeiro grau (art. 109, IV, 1ª parte, da *Lex Mater*), como os crimes eleitorais (tanto os previstos no CE como na legislação extravagante), sendo competentes para processar e julgar o Poder Judiciário Eleitoral e os Tribunais Superiores (STJ e STF), estão englobados e constituem divisões do conceito de crime político.

No dizer da doutrina, “crime político é gênero, do qual o crime eleitoral é espécie. Pois, todo crime eleitoral é crime político, enquanto que nem todo crime político poderá ser crime eleitoral”.²⁷²

Portanto, indubitavelmente, o crime eleitoral é espécie do crime político, devendo ser processado e julgado na Justiça Eleitoral.

Derradeiramente, insere-se a observação no sentido de que o crime eleitoral é crime comum, inexistindo distinção entre o conceito de crime eleitoral e crime comum, sendo que a “expressão crime comum é usada na Constituição em contraposição a crime de responsabilidade”.²⁷³

²⁷¹ RIBEIRO, Fávila, *Direito eleitoral*, cit., p. 472.

²⁷² COSTA, Tito. *Crimes eleitorais e processo penal eleitoral*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 30.

²⁷³ GOMES, Suzana de Camargo, *Crimes eleitorais*, cit., p. 49.

Com efeito, no dizer de antigo entendimento do Pretório Excelso, “crimes comuns são, portanto, todos os que estão contemplados na legislação ordinária e não foram especialmente definidos como de responsabilidade”.²⁷⁴

Logo, pouco importa se o crime é previsto na parte especial do Código Penal (homicídio, furto, peculato), se crime militar, eleitoral ou contido na Lei de Drogas, para fins de distinção com o crime de responsabilidade, todas essas modalidades se afiguram como crime comum.

Essa distinção é de suma importância para delimitação de competência, posto que se um deputado federal ou governador de Estado praticam crime eleitoral, buscar-se-á a delimitação da competência de acordo com a regra da competência do crime comum, e não do crime de responsabilidade (no qual o julgamento pode ocorrer pelo parlamento, no caso do governador de Estado, por exemplo).

Nesse sentido, de que “não há que se distinguir crime eleitoral dos crimes comuns, pois estes são todos os delitos, salvo os impropriamente chamados de crime de responsabilidade”²⁷⁵, avistam-se diversos julgados do Supremo Tribunal Federal.

Ao fim e ao cabo desta breve análise, conclui-se que o crime eleitoral é espécie do crime político, sendo definido como crime comum em cotejo com a diferenciação existente entre o conceito de crime comum e crime de responsabilidade.

4.2.2 Bens jurídicos tutelados

Diversas as tentativas doutrinárias de conceituação do bem jurídico, cada uma delas vinculada a um determinado momento histórico e a concepção que se tem do direito penal.

Não comporta este trabalho uma análise mais acurada da evolução do conceito de bem jurídico, além de se promover pesquisa acerca de seus contornos e desdobramentos, posto que

²⁷⁴ STF – HC n. 42.108/PE, rel. Min. Evandro Lins e Silva, *RTJ* 32/614.

²⁷⁵ STF – Inq n. 507/DF, rel. Paulo Brossard, *DJ*, de 17.12.1993, p. 28.049.

o objetivo primordial diz respeito à apreciação do seu conceito, voltado para a análise do crime eleitoral.

Entretanto, mesmo com referida limitação, cita-se conceito de bem jurídico de grande relevância:

*El bien jurídico es un concepto indispensable para hacer efectivo el principio de lesividad pero no es, en modo alguno, un concepto legitimante del poder punitivo (de lege lata ni de lege ferenda). Por ello no debe confundirse el uso limitativo del concepto de bien jurídico con su uso legitimante, dado que este último termina acuñado un verdadero concepto legitimante diferenciado, que es el pretendido bien jurídico tutelado. (...). Si la ley penal no fundamenta, no decide la tutela. Por el contrario, el concepto limitativo del bien jurídico sirve para exigir como presupuesto del poder punitivo la afectación de un bien jurídicamente tutelado por el derecho (constitucional, internacional, civil etc.). Sostener la existencia de un bien jurídico-penalmente tutelado importa reconocer una función constitutiva a la ley penal, y luego abrir la vía a una aspiración completa (no fragmentaria). Aun cuando la pretendida tutela jurídico-penal se proclame subsidiaria (o complementaria) y se pretenda limitarla con la cláusula de ultima ratio, no puede negarse que importa una naturaleza fundante también complementaria, pues lleva a la distinción entre bienes jurídicamente tutelados y bienes jurídico-penalmente tutelados y, en último análisis, la extensión de la segunda dependerá de la medida en que la ultima ratio sea acogida por la decisión política criminalizante, siempre determinada por coyunturas de poder: las emergencias desnudan la contingencia de la ultima ratio.*²⁷⁶

Deve-se destacar ainda que o bem jurídico possui pelo menos quatro funções: função de garantia ou de limitar o poder de punir do Estado; função teleológica ou interpretativa; função individualizadora; e função sistemática.

No dizer de estudioso da matéria: “Em suma a função limitadora opera uma restrição na tarefa própria do legislador, a função teleológica-sistemática busca reduzir a seus devidos limites a matéria de proibição e a função individualizadora diz respeito à mensuração da pena/gravidade da lesão ao bem jurídico.”²⁷⁷

²⁷⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho penal: parte general*. Introdução do direito penal: fundamentos para um sistema penal democrático. 2. ed. Buenos Aires: Ediar Editora, 2002. p. 486-487.

²⁷⁷ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 42.

A proteção da lisura do processo eleitoral e do Estado Democrático de Direito, respeitando-se a vontade do eleitor, são os bens jurídicos penalmente tutelados com o etiquetamento dos crimes eleitorais.

Em verdade, desde o Código Criminal do Império de 1830²⁷⁸ que os crimes eleitorais passaram a ser objeto de preocupação legislativa; agasalha esse Código Criminal, em sua Parte II (Dos crimes públicos), Título III (Dos crimes contra o livre gozo e exercício dos direitos políticos dos cidadãos), nos artigos 100 *ut* 106, os tipos penais eleitorais (voltados à liberdade de manifestação do eleitor), mesmo estando em um período de eleições indiretas e censitárias.

Com o advento do Código Penal de 1890 (primeiro código criminal após o advento da proclamação da República, com a abolição do voto censitário), foi criado um título para abordar “Os crimes contra o livre gozo e exercício dos direitos individuais” (Título IV, arts. 165 a 178).

Posteriormente, os crimes eleitorais passaram a ser previstos nos Códigos Eleitorais de 1932 (Dec. n. 21.076/32), 1935 (Lei n. 48), 1945 (Dec. n. 7.586/45, segundo Código Eleitoral), 1950 (Lei n. 1.164, de 24.07.1950, terceiro Código Eleitoral de nossa história) e no atual Código Eleitoral (Lei n. 4.737, de 15.07.1965).

Ressalte-se que nem todas as figuras típicas eleitorais estão agasalhadas no Código Eleitoral de 1965, podendo-se destacar pelo menos a existência de cinco leis eleitorais extravagantes que também possuem conteúdo penal-eleitoral:

1. Lei n. 6.091, de 15.08.1974 – Lei do Transporte e Alimentação de Eleitores: tipifica como crime eleitoral a concessão de transporte gratuito de eleitores e o fornecimento de alimentos aos eleitores, fora das hipóteses legais, apresentando, inclusive uma das maiores penas do direito penal eleitoral, reclusão de 4 a 6 anos e multa).

²⁷⁸ “Muito embora se possa afiançar, com absoluta segurança, não ter a nossa primeira codificação penal se prendido a algum modelo de legislação ou de projetos existentes, e, portanto, ser ela original, é evidente ter ela sofrido, em alguns passos, influências das ideias dominantes na época. Como já assinalamos, ideias iluministas já se apresentavam nitidamente na Carta Constitucional de 1824, e, que esta, de várias maneiras, estabeleceu a linha do pensamento a ser seguida pelo legislador ordinário na elaboração da legislação da novel nação.” (PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 68).

2. Lei 6.996, de 07.06.1982 – Utilização do processamento eletrônico de dados nos serviços eleitorais: o seu artigo 15 afirma que incorre nas mesmas penas do artigo 315 do Código Eleitoral quem, no processamento eletrônico das cédulas, alterar resultados, qualquer que seja o método utilizado.

3. Lei 7.021, de 06.09.1982 – Destruição ou supressão da relação de candidatos afixada na cabine eleitoral.

4. Lei Complementar n. 64, de 18.05.1990 – Lei das Inelegibilidades: seu artigo 25 estabelece como crime eleitoral a impugnação de registro de candidatura de má-fé.

5. Lei n. 9.504/97, de 30.09.1997 – Lei das Eleições: estabelece diversos tipos penais eleitorais voltados para a pesquisa eleitoral (arts. 33 e 334), boca de urna e abuso de equipamentos sonoros (art. 39), propaganda indevida (art. 40), crimes atinentes ao boletim de urna eletrônica e acesso ao sistema eleitoral (arts. 68, 72 e 87), e, por fim, o crime de retenção de título ou comprovante de alistamento eleitoral (art. 91).

Extraí-se desses tipos penais eleitorais a proteção da liberdade do voto, dos princípios inerentes à democracia, mormente o respeito à supremacia da vontade popular, além da legitimidade do processo eleitoral.

Nesse diapasão, leciona a melhor doutrina, *in verbis*:

A objetividade jurídica, nos crimes eleitorais, está centrada no livre exercício dos direitos políticos, do direito de votar e ser votado, e na garantia de um processo eleitoral legítimo, escoimado de vícios, sem máculas, sendo que o Estado possui total interesse na proteção dessas liberdades públicas, posto que fundamentais para a constituição e pleno desenvolvimento de suas funções institucionais.²⁷⁹

Esses os bens jurídicos penalmente tutelados com a tipificação das figuras penais eleitorais, que podem ser classificados como bens jurídicos penais difusos.

A sabendas, a Constituição Federal de 1988 deu especial atenção aos interesses difusos, coletivos e metaindividuais.

²⁷⁹ GOMES, Suzana de Camargo, *Crimes eleitorais*, cit., p. 40.

Com o advento da sociedade moderna e a modificação das relações humanas e sociais, passou-se a inserir uma nova preocupação com a proteção de bens anteriormente ignorados ou renegados, havendo especial dedicação e preocupação com os interesses difusos ou supraindividuais.

Pode-se perceber que além da proteção dos bens jurídicos classicamente definidos (vida, liberdade, patrimônio etc.), cujo caráter é tipicamente individual, ou mesmo dos bens jurídicos de natureza coletiva, porém considerados tradicionais (fé pública, administração pública etc.), com o advento da revolução industrial e dos avanços tecnológicos, “formatam-se, no momento de criação das sociedades de risco pós-industrial, novos bens jurídicos, supraindividuais”.²⁸⁰

Portanto, na análise do bem jurídico penal difuso, devem-se ter em alça de mira todos os princípios norteadores do moderno direito penal, ou seja, não se apresenta como possível tipificar condutas e proteger bens jurídicos sem o devido e necessário respeito aos princípios basilares do direito penal, como, v.g., o princípio da legalidade, com os seus três postulados fundamentais: reserva legal, anterioridade e taxatividade.²⁸¹

Dessarte, perfeitamente possível contemporizar um bem jurídico penal difuso, com todas as suas nuances (crime de perigo abstrato, norma penal em branco, pluralidade ou indeterminação das vítimas etc.), com o garantismo penal, mormente em respeito à taxatividade e à vedação a utilização excessiva dos tipos penais abertos.

Nesse sentido, caminha a doutrina:

É verdade que a atualidade da vida social demonstra a importância dos interesses difusos para o convívio em sociedade. Os novos riscos impostos pela sociedade pós-moderna impõem certo tratamento a estas condutas. Fundando-se nessa necessidade, muitos clamam por uma tutela penal (ainda que nos moldes tradicionais) dos bens jurídicos difusos.²⁸²

²⁸⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 57.

²⁸¹ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. p. 17-18.

²⁸² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, ob. cit., p. 190.

Por fim, quando da análise do bem jurídico penal difuso, deve-se levar em consideração a intensidade da danosidade social, consistente na violação da referida norma penal.

Com efeito, pode-se afirmar que hodiernamente os crimes eleitorais devem ser vistos como figuras típicas, cujo bem jurídico tutelado é difuso, caracterizando-se pelo fato de que “quase que invariavelmente os responsáveis por tais ataques são pessoas detentoras de poder político ou econômico, que se utilizam de tal condição privilegiada para cometerem crimes fiscais, societários, corrupção, crimes eleitorais etc.”²⁸³

O bem jurídico tutelado com a tipificação dos crimes eleitorais é supraindividual e está diretamente ligado ao Estado Democrático de Direito.

4.2.3 Crimes eleitorais específicos ou puros e crimes eleitorais acidentais

Importante classificação dos crimes eleitorais, diretamente ligada à sua conceituação e aos bens jurídicos tutelados, diz respeito à existência dos crimes eleitorais puros ou específicos e dos crimes eleitorais acidentais.

Em artigo doutrinário considerado clássico para a definição do conceito de crime eleitoral, o penalista Nélson Hungria – responsável pela elaboração do anteprojeto que se transformou no Código Penal de 1940 – fez expressa distinção entre os crimes eleitorais específicos ou puros e os crimes eleitorais acidentais.

Com efeito, diz o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal:

Os crimes eleitorais dividem-se em: específicos ou puros, e, acidentais. Os primeiros são aqueles que somente podem ser praticados na órbita eleitoral, e os últimos aqueles que, embora também previstos em outras leis que não a eleitoral, se incluem no elenco do ilícito penal eleitoral quando praticados no sentido de ofender a objetividade jurídica a que já acima nos referimos.²⁸⁴

²⁸³ PONTE, Antonio Carlos da, *Crimes eleitorais*, cit., p. 46.

²⁸⁴ HUNGRIA, Nélson, *Os crimes eleitorais*, cit., p. 132.

Pode-se citar, à guisa de exemplo desse conceito, o crime vulgarmente conhecido como “boca de urna”, capitulado no artigo 39, parágrafo 5º, da Lei n. 9.504/97, que é crime eleitoral específico ou puro, posto que somente existe e se justifica no âmbito do direito eleitoral, tutelando os bens jurídicos penalmente protegidos com a legislação eleitoral (havendo a proteção de bens jurídicos de caráter supraindividual).

Por outro vértice, os crimes praticados durante a propaganda eleitoral permitida (calúnia, difamação e injúria – arts. 324, 325 e 326 do CE), configuram crimes eleitorais acidentais.

As ofensas à honra fora do contexto eleitoral também configuram crimes a serem punidos mediante *persecutio criminis in iudicio* tipificados em outros diplomas legais (Código Penal, Código Penal Militar, Lei de Segurança Nacional etc.), caracterizando-se, portanto, como crime eleitoral acidental.

Outro exemplo recorrente de crime eleitoral acidental consiste no delito de desobediência.

Caso a teima em jungir-se à legislação eleitoral ocorra em razão de recusa ao cumprimento de ordem emanada pelo juiz eleitoral, tem-se o crime agasalhado no artigo 347 do Código Eleitoral.

Em havendo desobediência a ordem expedida por autoridade ou servidor público que não possuam vinculação com a Justiça Eleitoral, tem-se o delito tipificado no artigo 330 do Código Penal.

Essa a diferenciação entre o crime eleitoral puro e o crime eleitoral acidental.

Servindo de arremate, cita-se escólio assim talhado:

Em suma, são crimes eleitorais puros aqueles que somente podem ter existência ou serem praticados no âmbito eleitoral, ou seja, atingem, de forma exclusiva e em sua essência, bens jurídicos tutelados pelo direito eleitoral, ao passo que os crimes eleitorais acidentais somente são assim considerados se as condutas levadas a efeito contarem com um *plus* que as vincula ao processo eleitoral, seja na fase de alistamento, da preparação, da propaganda, da votação, da apuração de resultados dos pleitos eleitorais,

bem como no que concerne aos partidos políticos, dado que, não se enquadrando nessas fases, poderão caracterizar infrações penais de outra natureza.²⁸⁵

Essa a diferenciação necessária, de suma relevância para o estudo do direito penal eleitoral e seus contornos jurídicos, embora para fins de delimitação da competência penal da Justiça Eleitoral, independentemente de se tratar de crimes eleitorais puros ou acidentais, bem como dos crimes comuns conexos com os crimes eleitorais, todos serão processados e julgados pelo Poder Judiciário Eleitoral, nos moldes doravante explicitados.

4.2.4 Crimes de atentado e crime eleitoral

Crimes de atentado ou de consumação antecipada são aqueles que a lei penal estabelece a mesma sanção, independentemente da consumação ou não da conduta delitogena.²⁸⁶

Para essas hipóteses não se aplica o disposto no artigo 14, parágrafo único, do Código Penal²⁸⁷, que prevê a diminuição de 1/3 a 2/3 da pena fixada, válida para a regra geral dos crimes tentados.

Nesse sentido, leciona a doutrina: “A ressalva ‘disposição em contrário’ refere-se aos casos em que o Código ou lei especial considera a tentativa como crime *sui generis* (com pena autônoma) ou a equipara ao crime consumado, cominando-lhe a mesma pena.”²⁸⁸

Percebe-se na legislação eleitoral a existência de três crimes de atentado (arts. 309, 312 e 317 do CE), não incidindo a regra do artigo 14, parágrafo único, do Código Penal, sendo possível ao magistrado eleitoral, ao promover o julgamento e lavrar sentença por esses tipos penais eleitorais, considerar o fato de não ter existido consumação “como circunstância

²⁸⁵ GOMES, Suzana de Camargo, *Crimes eleitorais*, cit., p. 55.

²⁸⁶ Existem autores que, ainda, ao invés de denominar de crimes de consumação antecipada, classifica essa hipótese, com previsão no artigo 352 do Código Penal, de “crime de atentado ou de empreendimento” (JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal: parte geral*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1, p. 220).

²⁸⁷ Código Penal: “Artigo 14 - (...) Parágrafo único - Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de 1 (um) a 2/3 (dois terços).”

²⁸⁸ HUNGRIA, Néelson, *Comentários ao Código Penal*, cit., v. 1, t. 2, p. 92.

judicial em favor do acusado, na forma do artigo 59 do Código Penal (consequências do delito)”.²⁸⁹

Finalmente, a aplicação sem qualquer questionamento dos dispositivos que versam sobre os crimes de atentado pode se configurar como de constitucionalidade discutível, tisanando o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da *Lex Mater*), eis que, no meu sentir, existe evidente prejuízo para a figura do réu, ao se considerar o mesmo *quantum* de reprimenda penal para a hipótese em que resultou consumado e exaurido o delito, e para a hipótese na qual somente a figura tentada foi demonstrada.

Eis mais uma peculiaridade do direito penal eleitoral apontada nesta análise, sendo relevante também para a demonstração da competência penal da Justiça Eleitoral.

4.2.5 Penas nos crimes eleitorais

Todos os princípios constitucionais inerentes às sanções penais (legalidade – *nulla poena sine previa lege* – art. 5º, XXXIX; humanidade da pena – arts. 1º, III, e 5º, XLVII; culpabilidade – *nulla poena sine culpa*; proporcionalidade; personalidade ou intranscendência – art. 5º, XLV; individualização da pena – art. 5º, XLVI, dentre outros), são aplicáveis na hipótese dos crimes eleitorais.

Entretanto, o direito penal eleitoral possui mais uma especificidade que o diferencia do direito penal convencional, qual seja, a existência de regras específicas para a fixação das penas.

Destacam-se pelo menos sete características com relação ao estabelecimento das reprimendas penais e dos efeitos da condenação no âmbito do direito penal eleitoral. De forma didática, porém perfunctória, passa-se a apreciar as características das sanções penais eleitorais:

²⁸⁹ CÂNDIDO, Joel José, *Direito penal eleitoral e processo penal eleitoral*, cit., p. 57.

a) Princípio da proporcionalidade: as penas cominadas em abstrato para as violações penais eleitorais (preceito secundário em seu mínimo e máximo) normalmente são criticadas por serem muito brandas, não guardando uma proporção entre a relevância do bem jurídico tutelado e a reprimenda possível.

Aliás, de há muito que a doutrina pátria se posiciona de forma acerba com relação à frouxidão das reprimendas penais para os crimes eleitorais.

Nesse diapasão, transcreve-se lição assim vazada:

O que resta acentuar, e o faço melancolicamente, é que, no Brasil, a *parte penal* das leis eleitorais não tem passado de espantinho que não afugenta, sequer, os mais tímidos pardais. Notadamente a corrupção, a fraude e a pressão da superioridade hierárquica ou econômica continuam, com pleno êxito, desnorteando ou deturpando a manifestação da vontade popular ou o curso natural das eleições.²⁹⁰

Não há como discordar do ministro do Supremo Tribunal Federal e penalista de vulto Nélson Hungria, pois se for considerado que condutas graves e atentatórias ao Estado Democrático de Direito, como *v.g.* a corrupção eleitoral (art. 299, CE), possibilitam a suspensão condicional do processo (pena mínima de 1 ano – art. 89 da Lei n. 9.099/95), tem-se a confirmação do ensinamento doutrinário acima mencionado.

A doutrina ainda afirma:

Enquanto a corrupção eleitoral continuar sendo tratada como forma da criminalidade ordinária, com os meios próprios de um direito penal tradicional, a própria existência do Estado, aqui no Brasil arquitetado como Democrático de Direito, estará ameaçada, senão condenada. Essa é a chaga que o direito penal tem a obrigação de combater, não contemplar.²⁹¹

Preocupado com a sensação de impunidade gerada em razão das sanções possíveis para os crimes eleitorais faz com que estudioso da matéria sustente que “a corrupção eleitoral ativa e passiva do parlamentar, no exercício do mandato perante a respectiva Casa legislativa

²⁹⁰ HUNGRIA, Nélson, Os crimes eleitorais, cit., p. 138.

²⁹¹ PONTE, Antonio Carlos da, *Crimes eleitorais*, cit., p. 177.

que atue, deverá ser guindada à categoria de crime hediondo, devendo constar no rol da Lei n. 8.072/90²⁹².

Nem tanto ao mar, nem tanto à terra.

Embora não concorde com o tratamento leniente que a legislação penal eleitoral dispensa para determinados tipos penais eleitorais, também não simpatizo com a ideia de etiquetar determinadas condutas no rol dos crimes hediondos. Acredito que a resposta correta poderá ser encontrada com a exata aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade, que em matéria penal possui duas vertentes: proibição do excesso e proibição da proteção penal insuficiente.

Em outras palavras, tanto agride a proporcionalidade dosar penas excessivamente elevadas para condutas que não possuem tanta gravidade (tomando-se como parâmetro os bens jurídicos tutelados), como ainda tratar com tibieza sancionatória condutas relevantes e que atentam contra bens jurídicos de sublime relevância.

Nesse sentido e servindo de arremate, cita-se a doutrina:

(...) se, por um lado, deve ser combatida a sanção penal desproporcional porque excessiva, por outro lado, cumpre também evitar a resposta penal que fique muito aquém do seu efetivo merecimento, dado o seu grau de ofensividade e significação político-criminal, afinal a desproporção tanto pode dar-se para mais quanto para menos. Exemplo disso – de insuficiência da resposta estatal – são os crimes de abuso de autoridade previstos na Lei n. 4.898/65, que comina, para as graves infrações que define, pena de detenção de dez dias a seis meses (art. 6º, § 3º, “b”).²⁹³

Portanto, tem-se como peculiaridade do direito penal eleitoral, no que tange às sanções penais, invariavelmente discussão a respeito da observância do princípio da proporcionalidade (tanto quanto à proibição do excesso, mas principalmente com relação à proteção jurídica insuficiente, em razão da falta de severidade na reprimenda aos crimes eleitorais).

b) Diferentemente das demais figuras típicas penais, a imensa maioria dos crimes eleitorais não possui fixação de pena mínima, quando da definição do preceito secundário,

²⁹² PONTE, Antonio Carlos da, *Crimes eleitorais*, cit., p. 185.

²⁹³ QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito penal: introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 28.

aplicando-se o disposto no artigo 284 do Código Eleitoral, que afirma ser de 15 dias a pena mínima para os crimes punidos com detenção e de 1 ano a pena mínima para as figuras penais eleitorais punidas com reclusão.

Fixa-se a pena mínima sempre no mesmo patamar, independentemente da figura típica (alterando se detenção ou reclusão), variando, apenas e tão somente, o máximo.

c) No direito penal eleitoral, as circunstâncias atenuantes e agravantes devem ser calculadas com a incidência de um percentual, diferentemente do direito penal convencional, no qual fica a critério e ao talante do juiz o *quantum* a ser diminuído ou majorado.

Para os crimes eleitorais, havendo atenuante e agravante, a pena deve ser diminuída ou acrescida no patamar que vai de 1/5 a 1/3 (um quinto a um terço – art. 285 do CE).

d) Aplicação parcial das penas restritivas de direito: no âmbito das sanções penais eleitorais, destaca-se ainda outra característica, qual seja a aplicação apenas parcial das penas restritivas de direito esculpidas no artigo 43 a 48 do Código Penal.

Melhor explicando: para determinados crimes eleitorais, o legislador expressamente diz qual a pena restritiva de direito permitida e possível; logo, não existe faculdade para o magistrado, ao promover substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (aplicando-se o rol contido no art. 43 do CP), posto que deverá fazer incidir a determinação contida na lei eleitoral.

Nesse sentido, diz a doutrina:

Nos crimes eleitorais da Lei das Eleições em que expressamente menciona, o legislador só admite, na espécie, a pena restritiva de direito consistente em “prestação de serviços à comunidade” (CP, art. 43, IV), não comportando, assim, nenhuma das demais penas restritivas previstas nesse dispositivo legal (arts. 34, §§ 2º e 3º; 39, § 5º, I, II e III; 40; 68, § 2º, 87, *caput*, § 2º e 91, parágrafo único).²⁹⁴

Portanto, para os crimes acima mencionados, todos contidos na Lei n. 9.504/97 – Lei das Eleições –, em havendo condenação, o juiz eleitoral não poderá promover ampla

²⁹⁴ CÂNDIDO, Joel José, *Direito penal eleitoral e processo penal eleitoral*, cit., p. 104.

substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, tendo que se limitar à aplicação de pena restritiva de direito na modalidade “prestação de serviços à comunidade”.

e) Quanto à pena de multa, tem-se novamente uma diferença entre o direito penal eleitoral e o direito penal convencional.

A diferenciação se destaca tanto nos valores mínimos (1 dia-multa – eleitoral e 10 dias-multa – penal comum) e máximos (300 dias-multa – eleitoral e 360 dias-multa – penal comum), no montante máximo dos valores fixados e na destinação dos recursos (Tesouro Nacional – hipótese de multa fixada para crime eleitoral; Fundo Penitenciário Nacional – hipótese de multa fixada para o crime comum).

f) Os crimes eleitorais apresentam um efeito específico da condenação, consistindo na declaração de inelegibilidade do condenado, perdurando essa situação pelo interstício de três anos, consoante expressa previsão legal agasalhada no artigo 1º, I, “e” da Lei de Inelegibilidades (LC n. 64/90).

Na hipótese de aplicação de *sursis* quando do cumprimento da pena, o interstício de três anos somente passa a ser computado quando expirado o período de suspensão condicional da pena, ou seja, caso o condenado por crime eleitoral beneficiado com o *sursis* tenha cumprido a reprimenda penal pelo interregno de dois anos, somente após esse período, com a declaração de extinção da punibilidade, é que serão considerados os efeitos da condenação, passando “a incidir, a partir dessa data, o período de inelegibilidade do agente, que dura mais três anos, à luz do artigo 1º, I, “e” da Lei das Inelegibilidades.²⁹⁵

Portanto, para os crimes eleitorais com condenação transitada em julgado, há imprescindibilidade da incidência desse efeito da condenação.

g) Sanções políticas cominadas cumulativamente com as sanções penais.

Por fim, tem-se como peculiaridade das sanções penais eleitorais a coexistência de sanções extrapenais, que podem constar expressamente na sentença penal condenatória,

²⁹⁵ CÂNDIDO, Joel José, *Direito penal eleitoral e processo penal eleitoral*, cit., p. 111.

mormente a “cassação do registro da candidatura” (art. 334 do CE) ou “cassação do diploma” (art. 11, V, da Lei n. 6.091, de 15.08.1974).

Essa hipótese é específica e privativa do direito penal eleitoral.

Portanto, eis as principais nuances existentes entre o direito penal convencional e o direito penal eleitoral, no que tange às sanções penais cabíveis e possíveis.

4.2.6 Destinatários da norma penal eleitoral

É possível definir como destinatários da norma penal eleitoral todos os imputáveis que estão aptos a responder pelas infrações à legislação penal-eleitoral, após deflagração de processo penal-eleitoral.

Nesse diapasão, permeia-se a discussão versando sobre a inimputabilidade em razão da menoridade e de problemas mentais, além das situações atinentes aos silvícolas e surdos-mudos.

Ainda com relação à discussão de imputabilidade, buscar-se-á analisar a situação de elevada relevância atinente à imunidade parlamentar ostentada por mandatário que figure como candidato e porventura venha a praticar crimes eleitorais.

4.2.6.1 Inimputável e crime eleitoral

De acordo com as regras esculpidas na Constituição Federal (art. 228) e no Código Penal (art. 27), são inimputáveis os menores de 18 anos, além do agente que não tiver capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (art. 26 do CP).

Logo, não respondem por crimes eleitorais os menores de 18 anos, os doentes mentais absolutamente incapazes, os silvícolas não aculturados e os surdos-mudos de

desenvolvimento mental retardado, ainda que inscritos como eleitores facultativos ou obrigatórios.

Com relação ao menor de 18 anos, tem-se situação bastante peculiar, posto que o alistamento e o voto para os maiores de 16 anos e menores de 18 anos é facultativo (art. 14, § 1º, II, “c”, da CF); além disso, de acordo com previsão legal agasalhada no artigo 11, parágrafo 2º, da Lei n. 9.504/97, o menor de 18 anos poderá filiar-se a partido político e concorrer ao mandato de vereador, desde que na data da posse tenha completado 18 anos.²⁹⁶

Logo, pode o menor de idade (a partir dos 15 anos, desde que no momento da eleição venha a completar 16 anos²⁹⁷) ser eleitor, filiar-se a partido político e vir a ser candidato a vereador (desde que complete 18 anos até a data da posse, normalmente no dia 1º de janeiro do ano subsequente a eleição).

A questão que se coloca é a seguinte: imaginando-se um adolescente de 17 anos inscrito eleitor que, no dia da eleição, pratica condutas tipificadas como ilícitos eleitorais, qual deve ser o encaminhamento possível e plausível?

Em razão da inimputabilidade dos menores de 18 anos, deverá o menor infrator que tenha praticado conduta etiquetada como crime eleitoral responder (ainda que figure como candidato ao mandato de vereador) pelas suas condutas com a incidência da legislação pertinente, aplicando-se o Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 103 da Lei n. 8.069/90).

Nesse sentido pontifica a doutrina:

Responderá pelas normas especiais do ECA, por atos análogos a crimes eleitorais ou até crimes comuns, pouco importando se conexos ou não, sendo o processo e julgamento desses atos infracionais realizados pelo Juízo da Infância e Juventude (Justiça comum) e não pela Justiça especializada (Justiça Eleitoral), já que a Lei n. 8.069/90 é uma lei igualmente especial.²⁹⁸

²⁹⁶ Resolução n. 20.527, de 09.12.1999, do TSE.

²⁹⁷ Artigo 14 da Resolução n. 21.538, de 14.10.2003, do TSE.

²⁹⁸ CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. *Direito eleitoral brasileiro*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 919-920.

Evidentemente que o fato de figurar como eleitor, filiado a partido político e até candidato, não altera em nada a idade mínima para fins de imputabilidade penal, eis que se trata de matéria esculpida no corpo do texto constitucional (art. 228 da CF), havendo a veemente defesa de alguns constitucionalistas de que se trata de cláusula pétrea, não obstante acirrado debate no parlamento nacional objetivando a redução da maioria penal.

4.2.6.2 Imunidade parlamentar e crime eleitoral

A Constituição Federal, em seu artigo 53, estabelece que os deputados federais e senadores são invioláveis civil e penalmente por suas opiniões, palavras e votos, sendo que os deputados estaduais “gozam das mesmas imunidades que usufruem os senadores e deputados federais, nos limites de seus respectivos Estados”.²⁹⁹

Também os vereadores gozam de imunidade por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato, desde que lançadas as manifestações na circunscrição do município (art. 29, VIII, da CF).

A imunidade parlamentar indubitavelmente implica em garantia e conquista da democracia, protegendo o agente político no exercício do mandato, evitando represálias ou ataques que imponham peias ao livre exercício de relevante *múnus* público.

No dizer de estudioso do assunto:

A inviolabilidade parlamentar, também denominada imunidade material, substantiva, absoluta ou real, ou ainda cláusula de irresponsabilidade ou indenidade, visa a assegurar a liberdade de expressão dos parlamentares, significando que eles não responderão, nem penal, nem civilmente, nem administrativa, nem disciplinarmente, por suas opiniões, suas palavras, seus votos, sua atuação. Desse modo, o parlamentar, ao se pronunciar, ao criticar, ao votar, não cometerá os chamados crimes de opinião ou crimes de palavra, como os delitos contra a honra, apologia do crime ou do criminoso, vilipêndio oral a culto religioso, dentre outros.³⁰⁰

²⁹⁹ SANTOS, Miguel Ângelo Ciavareli Nogueira dos. *Imunidades jurídicas: penais, processuais, diplomáticas e parlamentares*. São Paulo: Juarez Oliveira, 2003. p. 183.

³⁰⁰ VERONESE, Osmar. *Inviolabilidade parlamentar: do senador ao vereador*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 53-54.

Feito esse intróito sobre a imunidade parlamentar, volta-se ao tema do presente tópico, colocando-se a seguinte questão: é possível o parlamentar praticar crime eleitoral, não obstante a imunidade de que goza no exercício do mandato?

Ou ainda, melhor esmiuçando: durante a propaganda eleitoral permitida (arts. 36 e ss. da Lei das Eleições – Lei n. 9.504/97), eventuais ofensas perpetradas por senador, deputado federal, deputado estadual ou vereador que figurem como candidatos, líderes partidários ou apoiadores de candidatura configuram crime eleitoral, em especial os crimes de calúnia, difamação e injúria previstos nos artigos 324, 325 e 326 do Código Eleitoral?

Evidentemente que o adequado é permitir a persecução penal para apurar esses ilícitos, não se aplicando a imunidade parlamentar nessas hipóteses, eis que o mandatário, embora investido da condição de parlamentar, não está no desempenho de atribuições inerentes ao seu mandato, devendo responder pelos crimes eleitorais.

Nesse sentido, leciona a doutrina:

Em síntese, não é por ser parlamentar que os atos praticados por alguém gozam de inviolabilidade, mas, além de ser parlamentar, os atos jurídicos por ele praticados devem estar a serviço da formação da vontade da câmara, carregando a legitimação institucional, estando impregnado de alguma oficialidade. Desse modo, possíveis atos levados a efeito em agitação social, praticados pelo político, por mais importantes à democracia que sejam, não carregando as características acima mencionadas estão a descoberto da inviolabilidade.³⁰¹

Portanto, se em um comício, no horário eleitoral ou em um debate, determinado candidato que ocupa mandato parlamentar (senador, deputado federal, deputado estadual ou vereador) vem a ofender a honra de seus adversários, responde penalmente, não podendo evocar em seu favor a imunidade parlamentar que ostenta, em razão da determinação constitucional.

Pacífica a jurisprudência pátria ao estabelecer que “as palavras produzidas no comício não têm a imunidade daquelas proferidas no exercício da vereança”³⁰², ou ainda “a matéria

³⁰¹ VERONESE, Osmar, *Inviolabilidade parlamentar: do senador ao vereador*, cit., p. 56.

³⁰² TRE/SP – RC n. 119.134, j. 31.05.94 (STOCO, Rui; STOCO, Leandro de Oliveira. *Legislação eleitoral interpretada: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 613).

injuriosa, de caráter eminentemente eleitoral, fixa a competência da Justiça especializada, bem como afasta a avocação de imunidade parlamentar, eis que extrapola os limites por esta abrangidos”.³⁰³

Ademais, caso não se considerasse dessa forma o afastamento da imunidade parlamentar para os candidatos que são ocupantes de mandato, ter-se-ia situação de absoluta desigualdade, ferindo-se a isonomia, posto que o candidato que fosse parlamentar teria muito mais liberdade e condições de promover sua campanha, eventualmente até apelando para atos de baixa ética e moral, lamentavelmente tão comuns no cenário político nacional, e sempre que fosse confrontado com demandas oriundas da Justiça Eleitoral, evocaria o candidato/parlamentar como escudo protetivo a imunidade parlamentar, em situação de desvirtuamento da *ratio essendi legis* da inviolabilidade parlamentar, além de evidente desequilíbrio político-institucional.

Servindo de arremate, impende registrar o posicionamento do Tribunal Superior Eleitoral, posto que quando a questão acima mencionada bateu às suas portas, adotou o seguinte pensamento: “A imunidade parlamentar material acoberta apenas as manifestações feitas no exercício do mandato eletivo, dela se excluindo as declarações feitas em campanha eleitoral”.³⁰⁴

Portanto, demonstrado que os ocupantes de mandato eletivo, quando na disputa eleitoral e valendo-se da propaganda eleitoral ou de quaisquer atos de campanha, venham a incorrer na prática de crimes (principalmente os ilícitos penais eleitorais perpetrados pela palavra – calúnia, difamação e injúria – arts. 324, 325 e 326 do CE), respondem penalmente, eis que a imunidade não se estende a essas hipóteses, figurando, dessa forma, como destinatários da norma penal-eleitoral.

³⁰³ TRE/SP – RC n. 128.596 (STOCO, Rui; STOCO, Leandro de Oliveira, *Legislação eleitoral interpretada: doutrina e jurisprudência*, cit., p. 613).

³⁰⁴ TSE – HC n. 434/SP, rel. Min. Ellen Gracie Northfleet, j. 15.08.2002, DJU, de 13.09.2002.

4.2.7 Responsabilidade penal de pessoa jurídica e crime eleitoral (art. 336 do CE)

Hodiernamente, tem-se como relevante tema para a ciência do direito penal a discussão a respeito da possibilidade de se atribuir culpabilidade à pessoa jurídica, fazendo-a figurar como ré em processo criminal, imputando-lhe sanções penais.

Debruçando-se sobre a matéria, descobre-se a existência de duas posições doutrinárias, bem delineadas:

A primeira, amparada na máxima *societas delinquere non potest*, inadmite a responsabilidade penal da pessoa jurídica, capitaneada por vários expoentes do direito penal, que chegam a afirmar que “falta à pessoa jurídica capacidade criminal”.³⁰⁵

Por outro vértice, existe corrente que defende de maneira veemente a possibilidade da pessoa jurídica praticar ilícitos penais, figurando como ré em liça criminal e sofrer condenação penal com todos os seus desdobramentos, desde que com adaptação das reprimendas, eis que “atualmente prepondera na doutrina o entendimento de que pessoas jurídicas não são uma mera ficção, mas têm realidade própria, diversa das pessoas naturais”.³⁰⁶

A Carta Republicana de 1988 deu *status* constitucional ao temário da responsabilidade penal da pessoa jurídica, havendo previsão de tipificação de condutas a serem praticadas por pessoa ficta em duas hipóteses: a) crimes contra o meio ambiente (art. 225, § 3º, da CF); b) crimes praticados em detrimento da ordem econômica e financeira e contra a economia popular (art. 173, § 5º, da *Lex Mater*).

Inexiste qualquer passagem no texto constitucional versando sobre a possibilidade de se punir penalmente pessoa jurídica pela prática de crimes eleitorais.

³⁰⁵ REALE JÚNIOR, Miguel. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: PRADO, Luiz Régis (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 138.

³⁰⁶ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 109.

Resta a indagação: partidos políticos (pessoa jurídica de direito privado – art. 17, § 2º, ou, no dizer da doutrina, “associações privadas com funções constitucionais”³⁰⁷) podem ser responsabilizados criminalmente?

A dúvida certamente existe por força do contido no artigo 336, parágrafo único, do Código Eleitoral, que prevê nas hipóteses dos crimes eleitorais dos artigos 322, 323, 324, 325, 326, 328, 329, 331, 332, 333, 334 e 335³⁰⁸ a aplicação da sanção de suspensão da atividade eleitoral, pelo prazo de 6 a 12 meses, para o diretório responsável pela prática dos ilícitos acima elencados.

Registre-se que esse dispositivo se encontra no Título IV (Disposições penais), Capítulo II (Dos crimes eleitorais), do Código Eleitoral.

Remanesce a dúvida: a sanção (suspensão de funcionamento e/ou atividades do diretório do partido) implica punição de natureza penal?

De novo se dividem os estudiosos da matéria, que majoritariamente se inclinam pela impossibilidade de responsabilidade penal dos partidos políticos, posto que a sanção contida no artigo 336, parágrafo único, trata-se de reprimenda meramente administrativa, não sendo cabível a sanção penal para partido político, à míngua de previsão constitucional.

Em verdade, existe péssima técnica do legislador, ao estabelecer sanção administrativa misturada e em capítulo que versa sobre reprimenda penal, entretanto não se afigura possível a responsabilização penal da pessoa jurídica partido político.

Avista-se pensamento no sentido contrário, afirmando:

Indubitavelmente, a norma penal em apreço contempla uma forma de responsabilidade penal da pessoa jurídica, pois prescreve uma sanção a atingir o diretório do partido político a ser decretada na sentença penal condenatória, isto em decorrência de ter restado caracterizado que membros da entidade concorreram de alguma forma, para a consecução das práticas delitivas apontadas ou que a entidade obteve algum benefício em razão delas.³⁰⁹

³⁰⁷ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 729.

³⁰⁸ Impende registrar que o artigo 107 da Lei n. 9.504/97 revogou os dispositivos contidos nos artigos 322, 328 e 329 do Código Eleitoral.

³⁰⁹ GOMES, Suzana de Camargo, *Crimes eleitorais*, cit., p. 215.

Registre-se que esse posicionamento é francamente minoritário, sendo combatido pela maioria dos pesquisadores do direito eleitoral, que entende ser impossível a responsabilização penal dos partidos políticos, quer por não existir previsão expressa (o dispositivo do art. 336 do Código Eleitoral versa sobre sanção meramente administrativa), quer, ainda, pela impossibilidade de se aplicar pena para o partido político (ou melhor: diretório partidário), sem que tenha integrado a lide penal e exercido os sacrossantos direitos ao contraditório e à ampla defesa, consectários lógicos do *due process of law*, quer, por fim, diante da impossibilidade de se considerar o diretório partidário como partido político (este, o diretório, é uma parte do todo, partido político).

Afirmando não ser possível punir criminalmente partido político, mormente pelo fato de que não figurou na lide para defender-se, tem-se posição no sentido de que “o partido, além dos agentes, deveria tomar parte no polo passivo, para efeito de imposição de multa, e não de condenação criminal, falha clamorosa na elaboração desse tipo”.³¹⁰

Portanto, vaticina a doutrina que “no parágrafo único do art. 336 do Código Eleitoral temos que a suspensão das atividades do diretório não é pena criminal”³¹¹.

Adequado estabelecer que “a pena de ‘suspensão da atividade eleitoral’ do partido, pelo período fixado na lei, não figura ali como pena criminal, no seu sentido técnico, mas de caráter meramente administrativo”.³¹²

Logo, conclui-se pela impossibilidade de responsabilização penal de partido político, não obstante a existência do dispositivo contido no artigo 336 do Código Eleitoral, chegando-se a esse entendimento com amparo nas seguintes conclusões:

a) inexistência de previsão constitucional para responsabilização penal de pessoa jurídica por crime eleitoral;

³¹⁰ CORDEIRO, Vinícius; SILVA, Anderson Galdino da. *Crimes eleitorais e seu processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 171.

³¹¹ CÂNDIDO, Joel José, *Direito penal eleitoral e processo penal eleitoral*, cit., p. 117.

³¹² COSTA, Tito, *Crimes eleitorais e processo penal eleitoral*, cit., p. 111-112.

b) o parágrafo único do artigo 336 do Código Eleitoral versa sobre sanção de natureza administrativa e não criminal, eis que impossível a aplicação de sanção penal para pessoa jurídica sem o expresse encaminhamento constitucional e infraconstitucional;

c) restaria impossível punir pessoa jurídica de direito privado que não integrou o polo passivo da lide criminal, não ofertando defesa durante o curso do processo, não sendo adequado, e muito menos consentâneo com a Carta Cidadã, a possibilidade de imposição de pena sem devido processo legal;

d) por fim, não cabe ao intérprete expandir o conceito de norma proibitiva e sancionatória, devendo existir expressa previsão legal nesse sentido, somente sendo possível a incidência de sanção administrativa quando estiver posta de maneira escoreta, sem margem para dúvidas ou polêmicas.

Por todas essas razões, conclui-se ser impossível pessoa jurídica de direito privado (partido político) responder por crime eleitoral, não sendo destinatária do direito penal eleitoral, não obstante a redação do artigo 336 do Código Eleitoral.

4.2.8 Crime eleitoral e a realização de plebiscito e referendo

A Constituição Federal estabelece duas hipóteses de participação popular (plebiscito e referendo, art. 14, I e II, da CF), consectários ou desdobramentos da democracia direta, configurando-se em “consultas formuladas ao povo para que delibere sobre matéria de acentuada relevância, de natureza constitucional, legislativa ou administrativa”.³¹³

O plebiscito no Brasil pode ocorrer em duas situações: quando se promove consulta ao povo no escopo de ser decidida previamente uma questão política ou institucional, antes da formulação legislativa, havendo autorização popular ao Parlamento para deliberar neste ou naquele sentido normativo, inclusive para alteração do texto constitucional ou ratificação de tratados e convenções; na hipótese do artigo 18, parágrafo 4º da Constituição Federal, quando há necessidade de plebiscito para “a criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de

³¹³ SILVA, José Afonso da, *Comentário contextual à Constituição*, cit., p. 223.

municípios”³¹⁴, que depende de lei complementar para regular os mecanismos de criação de novas entidades municipais.

O referendo, por seu turno, muito menos frequente, porém extraordinário mecanismo de participação popular no Estado Democrático de Direito, pode ocorrer quando leis ou emendas constitucionais devem ser submetidas ao crivo popular para ter eficácia, ingressar no ordenamento jurídico e surtir efeitos jurídicos.³¹⁵

Feita essa digressão, apresenta-se como oportuno responder à seguinte indagação: eventuais condutas penais praticadas no dia da realização de plebiscito ou referendo (boca de urna em favor de uma das teses possíveis, coação do eleitor que irá responder à consulta, violação do sistema eletrônico de votação etc.) configuram crimes eleitorais?

A resposta é no sentido contrário, eis que somente as figuras típicas que atentem contra eleições político-partidárias, havendo a escolha de representantes populares, é que configuram crimes eleitorais positivados na norma penal.

Nesse sentido, afirma a doutrina:

Segundo têm entendido os Tribunais Eleitorais, a infração penal que se verificar durante a realização de plebiscito, ou em razão dele (anterior, ou posteriormente), não configura crime eleitoral (...).

Tanto o plebiscito referente à criação de municípios, ou o que tenha por objetivo a consulta sobre qualquer outra questão de interesse da coletividade, como, por exemplo, mudança de forma de governo, não se confunde com eleição. E os delitos eventualmente praticados no plebiscito, ou em razão dele, não são crimes eleitorais, podendo ser enquadrados, conforme o caso, na legislação penal comum, não na eleitoral.³¹⁶

Em verdade, tem-se verdadeira lacuna normativa, posto que inexistente previsão no Código Eleitoral de extensão da incidência dos crimes eleitorais para as hipóteses de plebiscito e referendo, embora sejam essas consultas organizadas pela Justiça Eleitoral, possuindo os mesmos moldes de uma organização eleitoral, inclusive com propaganda no

³¹⁴ O artigo 2º do ADCT da Constituição Federal de 1988 estabeleceu a realização de plebiscito no dia 7 de setembro de 1993, convocando a população brasileira para definir a forma (república ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) que deveria vigorar no país.

³¹⁵ Foi o que ocorreu com o Referendo das Armas de Fogo, posto em prática em razão do disposto no artigo 35, parágrafo 1º, da Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento), estabelecendo que no mês de outubro de 2005 deveria ser consultada a população no intuito de colher entendimento sobre a possibilidade de comercialização de armas de fogo de uso permitido, desde que obedecidas as hipóteses previstas em lei ou em regulamento.

³¹⁶ COSTA, Tito. *Recursos em matéria eleitoral*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 213-214.

rádio e TV versando sobre as teses em debate, sobre os argumentos inerentes à consulta feita à população.

Além do mais, somente pode vir a ser consultado, ou seja, comparecer para sufragar seu entendimento em favor desta ou daquela tese, contrário ou favorável à aprovação de determinado projeto de lei, quem está regularmente inscrito como eleitor, possuindo domicílio e alistamento eleitoral (art. 14, § 4º, da CF).

Ademais, impende registrar que não caracteriza crime eleitoral apenas e tão somente a existência de campanha com discussão de teses (que ocorrerá em qualquer plebiscito ou referendo), em verdade impende que a figura típica esteja positivada no Código Eleitoral ou na legislação eleitoral extravagante, sendo impossível por resolução do Tribunal Superior Eleitoral tipificar condutas penais, consoante anteriormente analisado neste estudo.

Portanto, em razão da ausência de lei versando sobre as condutas ilícitas praticadas durante a realização de plebiscito e referendo, tem-se verdadeira lacuna normativa, até porque “o abuso do poder econômico, a cabala de votos, ou mesmo o tumultuamento da votação podem ocorrer em um acirrado plebiscito que vise à emancipação de um distrito que tenha vital importância econômica para o município-mãe, por exemplo, ou na formação de um novo Estado”.³¹⁷

Conclui-se que inexistente diploma legal prevendo como crime eleitoral as condutas ilícitas praticadas no âmbito do plebiscito ou referendo, devendo na medida do possível essas hipóteses serem enquadradas como crimes comuns, e não crimes eleitorais, registrando-se não ser possível por resolução do Tribunal Superior Eleitoral ou do Tribunal Regional Eleitoral se estabelecerem figuras típicas penais, em homenagem ao princípio constitucional penal da legalidade entalhado no artigo 5º, XXXIX, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Aponta-se, à guisa de sugestão, a premente necessidade de se apresentar projeto de lei estendendo a possibilidade de tipificar como crimes eleitorais as condutas delitogênicas praticadas durante as consultas à população feitas em forma de plebiscito e referendo.

³¹⁷ CORDEIRO, Vinícius; SILVA, Anderson Galdino da, *Crimes eleitorais e seu processo*, cit., p. 227.

4.3 Competência penal da Justiça Eleitoral

A análise da competência penal da Justiça Eleitoral deve ser promovida em estrita observância ao princípio constitucional do juiz natural (art. 5º, LIII, da *Lex Fundamentalis*) e aos seus consectários lógicos e demais desdobramentos, anteriormente estudados e esgrimidos neste estudo monográfico.

Além do mais, todos os demais regramentos atinentes à delimitação de competência esculpido no texto constitucional (competência em razão da matéria – *ratione materiae* e por prerrogativa de função – *ratione personae*) servem como bússola na delimitação da competência penal da Justiça especializada eleitoral.

Por derradeiro, devem ser observadas as regras estampadas no Código Eleitoral e na legislação eleitoral extravagante (arts. 29, I, “d” e 35, II, do CE e 96 da Lei n. 9.504/97), bem como nas súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral versando sobre a matéria.

De maneira didática, far-se-á a análise da competência penal da Justiça Eleitoral utilizando-se dos principais regramentos de delimitação de competência contidos na Carta Política de 1988 e na legislação processual penal em vigor.

4.3.1 Competência pelo lugar da prática do crime eleitoral

A competência em razão do lugar (*ratione loci*) é a primeira e principal regra de delimitação de competência, devendo-se promover o processo e julgamento do crime eleitoral no local onde se consumou a infração eleitoral ou onde foram praticados os últimos atos de execução (na hipótese de tentativa), ou seja, busca-se promover o processo e julgamento no *locus commissi delicti*.

É a hipótese contida nos artigos 69, I, e 70 do Código de Processo Penal, vigorando plenamente no processo penal eleitoral, devendo-se priorizar o lugar onde se consumou a infração para processar e julgar o feito criminal eleitoral, sendo eleito esse critério pelo

legislador em razão da possibilidade de se produzir “a prova mais facilmente, propiciando uma melhor proteção aos interesses do Estado e, ao mesmo tempo, uma mais ampla e efetiva defesa do acusado”.³¹⁸

Portanto, descoberto o local de consumação do crime eleitoral e dos demais crimes comuns conexos ao crime eleitoral, o foro competente será o da Zona Eleitoral que açambarca essa localidade.

Impende rememorar, conforme anteriormente explorado e analisado no Capítulo 3, que a Justiça Eleitoral de primeira instância divide-se em Zonas Eleitorais, podendo um mesmo município possuir várias Zonas (São Paulo, Rio de Janeiro, Salvador, Aracaju, *v.g.*), ou ainda, vários municípios integrarem uma mesma Zona Eleitoral (por exemplo, no Estado de Sergipe, ao se apreciar a organização judiciária da Justiça Eleitoral, descobre-se que a 25ª Zona Eleitoral engloba os municípios de Cedro de São João, Amparo do São Francisco, Malhada dos Bois, São Francisco e Telha), portanto, tem-se uma única Zona Eleitoral para cinco municípios.

Buscar-se-á demonstrar quais os critérios, dentro da competência *ratione loci*, para delimitar a competência penal eleitoral.

4.3.1.1 Delimitação da competência na hipótese de vários municípios integrarem a mesma Zona Eleitoral e na situação de existir um município com mais de uma Zona Eleitoral

Nas circunscrições eleitorais que possuem uma única Zona Eleitoral (englobando um município ou ainda existindo vários municípios açambarcados pela mesma ZE), acredita-se que não existe maior complexidade, eis que o processo penal eleitoral terá seu regular curso na Zona Eleitoral que jurisdiciona todos esses municípios, bastando descobrir o lugar onde o crime foi consumado.

³¹⁸ CÂNDIDO, Joel José, *Direito penal eleitoral e processo penal eleitoral*, cit., p. 581.

Entretanto, a situação ganha contornos de complexidade nos municípios de maior concentração de eleitores, divididos em duas ou mais Zonas Eleitorais, posto que nessa hipótese deve-se saber o local exato da consumação do delito para se descobrir qual a Zona Eleitoral responsável para processar e julgar o ilícito penal.

Consigne-se que o fato de existirem várias Zonas Eleitorais na mesma cidade não implica se estabelecer competência da Zona Eleitoral em razão da matéria, de forma que determinada Zona Eleitoral somente julgaria questões atinentes à propaganda eleitoral, outras somente cuidariam de prestação de contas, outras ainda das ações eleitorais durante o curso do processo eleitoral (AIRC – ação de impugnação de registro de candidatura, AIJE – ação judicial eleitoral ou AIME – ação de impugnação de mandato eletivo) e, por último, a existência de Zonas Eleitorais cuidando da parte criminal, processando os crimes eleitorais praticados no curso do pleito eleitoral.

Não é dessa forma que se organiza a Justiça Eleitoral, eis que diferentemente do que ocorre com a Justiça comum (Estadual ou Federal), o fato de existirem várias Zonas Eleitorais em um mesmo município implica afirmar que *in thesi* todas as Zonas Eleitorais possuem competência penal para processar e julgar os crimes eleitorais e os crimes comuns conexos com os crimes eleitorais, nos moldes do contido no artigo 38, II, do Código Eleitoral.

Portanto, em havendo a prática de crime eleitoral, apresenta-se como fundamental perquirir o local da consumação ou da prática dos últimos atos de execução, descobrindo-se, assim, o foro competente.

No dizer da doutrina:

A existência de mais de uma Zona Eleitoral numa cidade divide seu mapa de tal sorte que cada uma delas passa a ter os seus limites territoriais, importantes para a delimitação da competência *ratione loci*. Portanto, dentro do território de uma mesma cidade, teremos tantas outras ‘cidades’ (para efeitos eleitorais) quantas forem as zonas eleitorais ali sediadas. Cada uma delas terá seu território e, por conseguinte, a sua própria competência para os delitos ocorridos dentro de seus respectivos limites geográficos.³¹⁹

³¹⁹ CÂNDIDO, Joel José, *Direito penal eleitoral e processo penal eleitoral*, cit., p. 581.

Perdurando a dúvida, ou seja, não se descobrindo o local exato de consumação do crime eleitoral – situação possível nos crimes formais pois, imagine-se, à guisa de exemplo, o candidato que ofende seu adversário durante a propaganda eleitoral, sendo as ofensas perpetradas por um carro de som que fica circulando pelas diversas ruas do município com gravações atentatórias à dignidade e ao decoro, configurando o crime de injúria etiquetado no artigo 326 do CE –, adotar-se-á a regra do artigo 72 do Código de Processo Penal, devendo o feito ser processado e julgado no domicílio do réu, sendo que *in hoc casu* evidentemente o domicílio a ser utilizado para delimitação da competência será o eleitoral, nos moldes do artigo 42, parágrafo único, do Código Eleitoral, ou seja, descobre-se em qual Zona Eleitoral determinado acusado se encontra inscrito como eleitor e tem-se a configuração do foro competente, à míngua da descoberta do local exato da consumação do ilícito penal eleitoral.

Por fim, nada obsta que, em sendo incerto o local da prática do ilícito eleitoral, sendo ele cometido nos lindes existentes entre duas ou mais jurisdições, a competência poder-se-á firmar pela prevenção, nos moldes do contido no artigo 70, parágrafo 3º, do Código de Processo Penal, aplicável no processo penal eleitoral.

Essa a primeira e mais usual regra de delimitação da competência penal eleitoral: em razão do lugar da infração.

4.3.1.2 Delimitação da competência no local onde o crime eleitoral deve produzir seu resultado

Ainda versando sobre o *locus commissi delicti*, impõe-se trazer à baila a seguinte situação: imagine-se o autor do crime eleitoral praticando o ilícito em uma Zona Eleitoral de Estado diverso do qual está registrado como eleitor, possuindo sua conduta ampla repercussão na Zona Eleitoral onde concorre como candidato, alterando o regular andamento do processo eleitoral: qual deve ser o foro competente nesse caso?

Explicando com um exemplo concreto: o Estado de Sergipe faz divisa com o Estado da Bahia, havendo grande proximidade entre os municípios (Zonas Eleitorais) limítrofes.

Imagine-se o seguinte: um candidato a prefeito no município de Simão Dias, SE concede entrevista em rádio situada na cidade de Paripiranga, BA (cidades contíguas), sendo que na manifestação (burla à propaganda eleitoral permitida), o candidato espalha falsamente, na semana que antecede o pleito eleitoral, a informação de que seu adversário teve o registro eleitoral cassado pela Justiça Eleitoral e não mais irá concorrer ao mandato eletivo de prefeito, violando, dessa forma, o tipo penal contido no artigo 323 do Código Eleitoral.

Diante de sobredita situação, indaga-se: qual o foro competente para processar e julgar referido crime eleitoral?

A Zona Eleitoral de Paripiranga, BA, onde fica situada a emissora de rádio (local da concessão da entrevista, porém Zona Eleitoral que não foi afetada pela propaganda indevida e ilícita que configura crime) ou a Zona Eleitoral de Simão Dias, SE (local onde o candidato possui interesses político-eleitorais, está registrado o seu domicílio eleitoral e buscou amealhar votos de forma leviana)?

Essa hipótese não encontra resposta irrefutável na lei, posto que, seguindo-se às cegas a regra da competência em razão do lugar, ter-se-ia consumado o crime na Zona Eleitoral de Paripiranga, vinculada ao Tribunal Regional Eleitoral do Estado da Bahia, entretanto o propósito do candidato fora espalhar a mentira, propalar notícia inverídica no escopo de alterar o resultado do pleito eleitoral, favorecendo-se com propaganda criminosa (art. 323 do CE), sendo que sobreditos desdobramentos ocorrem na Zona Eleitoral de Simão Dias, vinculada ao Tribunal Regional do Estado de Sergipe.

Acredito que a resposta adequada para o caso concreto deve ser a aplicação analógica (possível no processo penal e, por conseguinte, cabível no processo penal eleitoral do art. 2º do CPP c.c. o art. 364 do CE), valendo-se da seguinte regra: o foro competente será o do local onde o crime eleitoral deveria produzir seu resultado (art. 70, § 2º, do CPP).

Ou seja: a propaganda delitogena foi divulgada em determinada Zona Eleitoral, configurando o crime do artigo 323 do Código Eleitoral, mas não existe qualquer plausibilidade no processo e julgamento do ilícito nessa localidade, posto que os efeitos e consequências dar-se-ão em outra Zona Eleitoral (onde o autor da propaganda criminosa figura como candidato); logo, deve-se aplicar a regra do foro no local onde o crime eleitoral

deveria produzir seu resultado, assemelhando-se à hipótese do crime praticado a distância, havendo exceção à regra estrita do lugar da prática dos atos de execução, tal qual já se admite nos casos de crimes plurilocais.

4.3.1.3 Competência relativa em razão do lugar e exceção de competência dilatória

A competência em razão do lugar é relativa, ou seja, deve ser suscitada pelas partes ou declarada pelo Juízo eleitoral no momento oportuno, não configurando nulidade absoluta o fato de um juiz eleitoral inicialmente incompetente prolatar decisão em feito criminal eleitoral, desde que não tenha existido qualquer questionamento das partes no momento processual adequado (considerando que por se tratar de nulidade relativa, opera-se a preclusão para as partes).

Pois bem, consoante alhures afirmado, por se tratar de competência relativa – na qual os atos processuais podem ser convalidados e a nulidade é relativa, exigindo-se que se aponte o prejuízo –, deve o réu no momento processual específico levantar a arguição da exceção de incompetência do Juízo.

No rito processual penal eleitoral, as questões atinentes à competência relativa devem ser levantadas no momento processual de oferecimento da resposta – antiga contestação –, hoje definida como defesa preliminar.

Essa manifestação é ofertada no prazo de dez dias a contar da citação do acusado, consoante estabelece o artigo 359, parágrafo único, do Código Eleitoral.

Em não sendo ofertada a exceção de incompetência do juízo – competência *ratione loci* –, tem-se a convalidação e a preclusão para a defesa, posto que exceção processual dilatória e relativa, não mais sendo possível agitar o temário, embora nada obste que o magistrado venha *ex officio* a reconhecê-la.

Nesse sentido, leciona a doutrina:

É relativa a nulidade por incompetência *ratione loci*. Deve, portanto, ser arguida por exceção, na resposta, à acusação no rito da LJEC; na defesa prévia, no rito da competência do 1º grau de jurisdição e também na resposta à acusação no rito da competência originária dos tribunais.³²⁰

Logo, no prazo de defesa preliminar ou defesa prévia, deve o réu apresentar em petição apartada a exceção de incompetência do Juízo em razão do lugar, apontando o foro competente, *in casu* a Zona Eleitoral competente para processar e julgar o feito penal eleitoral.

Essa situação é idêntica ao que atualmente ocorre no rito ordinário do processo penal para apurar as infrações comuns, aplicando-se as regras inseridas no ordenamento jurídico, com a alteração legislativa promovida pela Lei n. 11.719/2008.

Com efeito, a atual redação do artigo 396-A do Código de Processo Penal afirma que na resposta, o acusado poderá arguir preliminares, oferecer documentos e justificações, especificar provas e arrolar testemunhas, qualificando-as. As exceções processuais – dilatórias ou peremptórias (art. 95, CPP) – serão autuadas em apartado, conforme expressa previsão agasalhada no artigo 111 do Código de Ritos Processuais Penais.

Como a exceção de incompetência do Juízo em razão do lugar é meramente dilatória, deve ser ofertada no prazo de defesa preliminar – 10 dias –, buscando-se o deslocamento da competência para processar e julgar o réu.

Nesse sentido, afirma a doutrina:

A exceção de incompetência relativa, por exemplo, que é uma modalidade de exceção dilatória, deve ser oposta já ali, no prazo da defesa escrita, sob pena de preclusão, para a defesa. Dizemos preclusão para a defesa porque, como já visto, o nosso Código de Processo Penal permite que o juiz reconheça, de ofício, a sua incompetência relativa (art. 109, do CPP).³²¹

³²⁰ CÂNDIDO, Joel José, *Direito penal eleitoral e processo penal eleitoral*, cit., p. 581.

³²¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 558.

Portanto, discordando o réu do foro competente no processo penal eleitoral, deverá, no prazo do artigo 359, parágrafo único, do Código Eleitoral, c.c. o artigo 396-A do Código de Processo Penal (Lei n. 11.719/2008), ofertar exceção de competência *ratione loci*, promovendo, caso julgada procedente a exceção processual, um deslocamento de competência.

A depender da situação, caso o juiz da Zona Eleitoral para onde foi enviado o feito, após julgamento procedente da exceção de incompetência do Juízo eleitoral, venha a discordar da decisão exarada por seu colega juiz eleitoral, poderá suscitar, consoante será melhor esmiuçado doravante, um conflito negativo de competência.

4.3.1.4 Conflito de competência em razão do lugar e delimitação do foro competente

A discussão sobre o foro competente (Zona Eleitoral) para processar e julgar determinado feito penal eleitoral poderá ensejar o conflito negativo ou positivo de competência, quer de ofício, determinado pelos próprios juízes eleitorais, quer ainda em razão da discussão lançada em sede de exceção de incompetência do juízo, nos moldes acima mencionados.

Em qualquer das duas hipóteses (conflitos positivo ou negativo), existentes de ofício por manifestações de juízes eleitorais, ou ainda em razão de ter o réu provocado em sede de exceção de incompetência do juízo, caso dois ou mais juízes eleitorais se julguem competentes ou incompetentes (hipótese mais usual), caberá ao Tribunal Regional Eleitoral ou ao Tribunal Superior Eleitoral dirimir o conflito e dizer o juiz eleitoral competente.

Com efeito, um conflito travado entre dois juízes eleitorais vinculados ao mesmo Tribunal Regional Eleitoral (dois juízes eleitorais integrantes de Zonas Eleitorais da mesma cidade ou de cidades contíguas, ambos em razão do lugar julgam-se incompetentes) será dirimido pelo Tribunal Regional Eleitoral, sendo estabelecido o juízo competente nos moldes do artigo 29, I, “b”, do Código Eleitoral.

Caso o conflito ocorra entre dois juízes eleitorais pertencentes a Zonas Eleitorais vinculados a Tribunais Regionais Eleitorais diversos (v.g., conflito negativo de competência entre o juiz eleitoral da Zona Eleitoral do Município de Simão Dias, SE, e juiz eleitoral titular da Zona Eleitoral de Paripiranga, BA), considerando tratar-se de juízes eleitorais vinculados a Tribunais Regionais Eleitorais distintos, o foro competente para dirimir o conflito será o Tribunal Superior Eleitoral, nos termos do disposto no artigo 22, I, “b”, do Código Eleitoral.

Identicamente, na hipótese de conflito de competência (positivo ou negativo) entre Tribunais Regionais Eleitorais distintos, caberá ao Tribunal Superior Eleitoral dizer qual o Tribunal Regional Eleitoral competente para processar e julgar determinado processo penal eleitoral.

Por último, nos termos do artigo 105, I, “d”, da Constituição Federal, caberá ao Superior Tribunal de Justiça dirimir o conflito de competência entre juiz estadual e juiz eleitoral, juiz federal e juiz eleitoral, entre Tribunal de Justiça Estadual ou Tribunal Regional Federal e Tribunal Regional Eleitoral.

Nesse sentido:

Ao Superior Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 105, I, “d”, da Constituição Federal, caberá processar e julgar os conflitos de competência entre quaisquer Tribunais, ressalvado, é lógico, o disposto no artigo 102, I, “o”, da Magna Carta, bem como o artigo 22, I, “b”, do Código Eleitoral, recepcionado pela Magna Carta; entre Tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a Tribunais diversos.³²²

Portanto, essa a forma de dirimir os conflitos de competência (positivo, negativo ou ainda resultante de julgamento procedente de exceção de incompetência do Juízo em razão do lugar) e esses os desdobramentos juridicamente possíveis.

³²² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *Processo penal*, cit, v. 2, p. 623.

4.3.2 Competência por prerrogativa de função na Justiça Eleitoral

A competência por prerrogativa de função está fixada na Constituição Federal, positivada em diversos dispositivos (arts. 102, I, “b” e “c”, 105, I, 108, I, “a”, 96, III, 29, X, e 125, § 1º).

Além dos preceitos normativos esculpidos no texto constitucional, impende registrar que todos os Estados da Federação, ao elaborarem sua Constituição Estadual e delimitarem a competência do Tribunal de Justiça, estabelecem determinadas autoridades que gozam de foro por prerrogativa de função (normalmente o vice-governador, deputados estaduais, secretários de Estado, procurador geral do Estado e defensor geral do Estado).

Evidentemente, consoante será esmiuçado doravante, essas autoridades devem guardar simetria com as autoridades existentes no âmbito federal, justificando-se assim a inserção no corpo da Carta Constitucional Estadual do foro por prerrogativa de função.

Por fim, impende registrar que a Lei de Organização Judiciária Militar da União também versa sobre os oficiais gerais que possuem foro por prerrogativa de função e são julgados no Superior Tribunal Militar.

O foro especial por prerrogativa de função (*ratione personae vel numuris*), erroneamente denominado por alguns setores como “*foro privilegiado*”, trata-se, em verdade, de situação em que, ao invés de privilégio, tem-se verdadeiro equilíbrio processual, buscando a realização de um julgamento justo e sem interferências no plano político, administrativo e funcional.

Insista-se que não se cuida de tratamento privilegiado para com determinados réus, em razão dos nobilitantes cargos que ocupam (eletivos, vitalícios ou de livre nomeação), mas sim de prerrogativas que vão ao encontro da boa administração da justiça, existente no intuito de “amparar a um só tempo o responsável e a justiça, evitando, por exemplo, a subversão da hierarquia, e para cercar o seu processo e julgamento de especiais garantias, protegendo-os

contra eventuais pressões que os supostos responsáveis pudessem exercer, sobre os órgãos jurisdicionais inferiores”.³²³

Trilhando essa senda, o mesmo autor faz o seguinte comentário:

Há determinadas pessoas, independente de condições de fortuna, posição social, raça ou credo, que exercem no cenário jurídico político da nossa terra funções relevantes e, em atenção a essas funções, gozam elas de foro especial, isto é, não são processadas e julgadas pelos órgãos de primeira instância, mas pelos Tribunais. Não obstante todos sejam iguais perante a lei, esse foro privativo a que estamos nos referindo foi criado para melhor assegurar a aplicação da lei penal. Ele não é dispensado à pessoa. Tanto isso é exato que, cassada a função, desaparece o “privilégio” (*rectius*: garantia), na dicção da Súmula 451 do STF.³²⁴

Portanto, deve-se dissipar o entendimento de que o foro por prerrogativa de função implica em violação ao princípio constitucional da isonomia, significando privilégio e tratamentos diferenciados, até porque, consoante explorado mais ainda, uma das características do foro por prerrogativa de função é justamente a inexistência de submissão do julgado ao duplo grau de jurisdição.

Servindo de arremate, cita-se estudioso do assunto que afirma:

(...) *data venia* das respeitabilíssimas opiniões em contrário, a competência por prerrogativa de função não tem por finalidade ‘*homenagear*’ pessoas que exercem elevados cargos e funções. Ela existe, unicamente, com o fito de assegurar a essas mesmas pessoas e à sociedade, um processo justo, infenso, ao mínimo, às influências e pressões que, como é notório, ocorrem em tais casos, em razão do poder político que tais pessoas são investidas.³²⁵

Este trabalho perfilha-se aos entendimentos lançados no sentido de que inexistente qualquer violação ao princípio constitucional da isonomia ou tratamento privilegiado ao se preservar o foro por prerrogativa de função, valendo esse tratamento, inclusive, para as hipóteses de crimes eleitorais, consoante será demonstrado doravante.

³²³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Da competência pela prerrogativa de função. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, v. 5, n. 28, p. 6, out./nov. 2004.

³²⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, Da competência pela prerrogativa de função, cit., p. 6.

³²⁵ HAMILTON, Sérgio Demoro. Questões e questões de processo penal. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 2, n. 12, p. 13, fev./mar. 2002.

4.3.2.1 Da ausência de duplo grau de jurisdição e o foro por prerrogativa de função

No primeiro capítulo deste estudo promoveu-se a análise dos princípios que norteiam o moderno processo penal brasileiro, debruçando-se sobre o duplo grau de jurisdição, que afirmou-se tratar-se de desdobramento do *due process of law*, que encontra previsão expressa no Pacto sobre Direitos Civis e Políticos (art. 14, n. 5, do Dec. n. 592/92,) e na Convenção Americana dos Direitos Humanos (art. 8º, item 2, “h”, do Dec. n. 678/92 – Pacto de São José da Costa Rica).

Mesmo possuindo essa amplitude e todos os desdobramentos e contornos acima elencados, o entendimento da jurisprudência dominante é no sentido de que não se assegura o duplo grau de jurisdição a todos os feitos criminais em curso, posto que nas hipóteses de foro por prerrogativa de função, inexistente a incidência dessa garantia.

A matéria não é nova e já aportou no Supremo Tribunal Federal (RHC n. 79.785-7/RJ)³²⁶, que adotou o entendimento de não se apresentar como possível alçar o duplo grau de jurisdição ao patamar de garantia constitucional, sendo apenas e tão somente uma regra infraconstitucional de contornos processuais e, como tal, não encontrar previsão, sequer implicitamente, no texto da Carta Política de 1988, concluindo pela impossibilidade do exercício do duplo grau de jurisdição, quando se tratar de julgamento realizado em sede de ação penal originária.

Essa situação não passou despercebida da melhor doutrina, que sustenta haver violação ao duplo grau de jurisdição, ao não se permitir a interposição de recurso das decisões meritórias adotadas pelos Tribunais Estaduais, Regionais Federais, Regionais Eleitorais e Superiores, em sede penal.

Com efeito, este o pensar de Fernando da Costa Tourinho Filho, que vaticina:

³²⁶ STF – RHC n. 79.785-7/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 29.03.2000.

Note-se que a competência funcional originária *ratione personae* é exercida em uma única instância. Não existe para ela o duplo grau de jurisdição. Embora se presuma o acerto das decisões dos órgãos superiores, posto que colegiados, o ideal seria, e ainda o acalentamos, devessem os tribunais, no processo e julgamento das pessoas subordinadas às suas jurisdições, atuar pelas suas câmaras ou turmas, isto é, pelos seus órgãos fracionários, funcionando o Pleno como órgão de segundo grau.³²⁷

Palmilhando o mesmo caminho e ofertando sugestões, avista-se manifestação doutrinária:

Outra solução seria estabelecer que os recursos de apelação, nos processos com foro por prerrogativa de função, fossem apreciados pelo tribunal hierarquicamente superior. (...) Essa solução não resolve, contudo, a situação das autoridades processadas perante o Supremo Tribunal Federal, uma vez que ele é o órgão máximo do Poder Judiciário. Em relação a esse tribunal há, então, duas soluções. A primeira seria retirar todas as competências por prerrogativa de função do Supremo Tribunal Federal, passando-as para o Superior Tribunal de Justiça. O Supremo passaria a julgar tão somente os recursos de apelação, e o duplo grau de jurisdição estaria concretizado. A segunda proposta adota a solução apresentada em primeiro lugar. As Turmas do Supremo Tribunal Federal ficariam responsáveis pelo julgamento do processo e os recursos seriam endereçados ao Pleno, para a garantia do duplo grau de jurisdição.³²⁸

Entrementes, as posições doutrinárias acima transcritas são de *lege ferenda*, posto que hodiernamente inexistente qualquer preocupação em se promover o respeito ao duplo grau de jurisdição para os acusados que gozam da prerrogativa da competência *ratione personae*.

Faz-se esta digressão no intuito de esclarecer que, no âmbito do processo penal eleitoral, o foro por prerrogativa de função incide identicamente ao previsto no processo criminal comum.

³²⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, Da competência pela prerrogativa de função, cit., p. 6.

³²⁸ LIMA, Carolina Alves de Souza. O duplo grau de jurisdição nos processos de competência originária dos tribunais em razão da prerrogativa de função. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coords.). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 875.

4.3.2.2 Competência *ratione personae* fixada por Constituição Estadual

A Constituição Federal de 1988 indica algumas competências do Tribunal de Justiça Estadual: julgamento dos prefeitos (art. 29, X) por crime comum, juízes e membros do Ministério Público por crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral (art. 96, III).

Embora expressamente não tenha a Constituição Federal incluído no rol de autoridades que gozam de foro por prerrogativa de função o deputado estadual, impende registrar que o artigo 27, parágrafo 1º, da *Lex Mater* estabelece que são aplicadas as regras da Constituição Federal sobre imunidade, subsídios, perda do mandato etc.

Trata-se do princípio da simetria constitucional, que consiste na “obrigação do constituinte estadual de seguir fielmente as opções de organização e de relacionamento entre os poderes acolhidas pelo constituinte federal”.³²⁹

O Supremo Tribunal Federal, instado a se manifestar sobre esse temário, definido por parte da doutrina como “princípio da simetria do foro federal para agentes políticos com similitude de funções”³³⁰, estabeleceu o seguinte silogismo: se a Constituição Federal de 1988 dá foro para o deputado federal no Supremo Tribunal Federal (inclusive para o crime doloso contra a vida), também deverá o deputado estadual ter foro no Tribunal de Justiça (se previsto na Constituição Estadual), mesmo no crime doloso contra a vida.³³¹

Portanto, com amparo nesse princípio, se o deputado federal faz jus à prerrogativa de responder a demandas criminais perante o Supremo Tribunal Federal (mais alta Corte da República), deve-se assegurar ao deputado estadual o direito de somente vir a ser processado e julgado (durante o exercício do mandato) pela mais alta Corte do Estado onde exerce sua atividade política (Tribunal de Justiça do Estado ou do Distrito Federal).

³²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 814.

³³⁰ CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua, *Direito eleitoral brasileiro*, cit., p. 443.

³³¹ STF – HC n. 79.212/PB, rel. Min.Néri da Silveira.

Além das previsões explícitas e implícitas de autoridades que possuem foro perante a Corte Estadual, impende registrar que a Carta Magna estabelece em seu artigo 125, parágrafo 1º, competir às Constituições Estaduais estabelecerem as autoridades que gozam da prerrogativa de função, devendo responder criminalmente perante o Tribunal de Justiça do Estado, posto que “a competência dos Tribunais e juízes estaduais é matéria da Constituição e leis de organização judiciária do Estado”.³³²

Possui cada ente federado autonomia para estabelecer quais autoridades locais possuirão foro por prerrogativa de função, respondendo por crimes comuns ou de responsabilidade perante o Tribunal de Justiça Estadual, inexistindo uniformidade, variando para cada Estado o rol de ocupantes de cargos públicos que possui a garantia de somente vir a ser processado e julgado diante da Corte Estadual de Justiça.

No Estado de Sergipe, por exemplo, a Constituição Estadual em seu artigo 106, I, “a” e “b”, estabelece que compete ao Tribunal de Justiça processar e julgar originariamente nos crimes comuns o vice-governador do Estado, os deputados estaduais, os prefeitos municipais, os secretários de Estado, o procurador geral de justiça, o procurador geral do Estado, os membros do Ministério Público Estadual, os juízes de direito e os juízes substitutos, como também compete processar e julgar nos crimes de responsabilidade, não conexos com o governador do Estado, os secretários de Estado, o procurador geral de justiça, o procurador geral do Estado, os membros do Ministério Público Estadual, os juízes de direito e os juízes substitutos.

Insista-se que o rol de autoridades pode variar de Estado para Estado da Federação, bem como a competência.

Por exemplo, a Constituição do Estado de São Paulo estende o foro por prerrogativa de função para o comandante geral da Polícia Militar (art. 74 da Constituição do Estado de São Paulo), bem como estabelece regramento específico para o julgamento dos crimes de responsabilidade cometidos por determinadas autoridades (art. 49, § 2º, da CESP).

³³² SILVA, José Afonso da, *Comentário contextual à Constituição*, cit., p. 590.

Logo, com sobreditos exemplos, resta clara a hipótese de Constituição Estadual fixar foro por prerrogativa de função, estabelecendo a competência originária do Tribunal de Justiça Estadual.

A questão que se coloca é a seguinte: e se uma dessas pessoas que têm o Tribunal de Justiça como foro privativo (estabelecido no texto da Constituição Estadual) vem a ser acusadas de crime eleitoral, o foro competente passa a ser o do Tribunal Regional Eleitoral?

A questão não é nova e já foi objeto de reflexão e julgamento do Supremo Tribunal Federal que, de forma unânime, em decisão revestida de bom senso e raciocínio lógico, concebeu que competirá ao Tribunal Regional Eleitoral processar e julgar autoridade que no âmbito do Estado possui foro perante o Tribunal de Justiça, quando acusada da prática de crime eleitoral.

Assim, por exemplo, se um Secretário de Estado é flagrado no dia da eleição praticando “*boca de urna*”, sendo enquadrado no tipo penal esculpido no artigo 39, parágrafo 5º, II, da Lei n. 9.504/97, o foro competente para processar e julgar a demanda, inclusive para aplicar os institutos despenalizadores da Lei n. 9.099/95, será o Tribunal Regional Eleitoral.

Cita-se passagem doutrinária assim esculpida:

E essa mesma lição foi apanhada e gasalhada, *una voce*, pelo Plenário da Excelsa Corte no julgamento do CJ 6.113/MT, instaurado entre os Tribunais de Justiça e Regional Eleitoral do Estado do Mato Grosso, em que se discutia sobre a competência para o processo e julgamento de deputado estadual pela prática de crime eleitoral. Enquanto aquele sustentava falta de jurisdição e este alegava que o Código Eleitoral, no seu artigo 29, I, “d”, restringirá a competência originária *ratione numeris* apenas aos juízes eleitorais, quando do cometimento de crime eleitoral, pelo que a competência seria do órgão de primeiro grau, a augusta Corte acolheu o voto do eminente Ministro Moreira Alves que, com profunda sensibilidade jurídica e respaldado na melhor doutrina, considerou competente o Tribunal Regional Eleitoral, por aplicação analógica, porquanto as normas sobre competência funcional – e nelas se situam as relativas à competência originária dos Tribunais (Liebman, em nota à tradução brasileira das *Instituições de direito processual civil*, e Chiovenda, v. II, p. 267) – são suscetíveis de ter suas lacunas preenchidas pela analogia ou pelos princípios gerais de direito (RTJ, 91/62).³³³

³³³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, Da competência pela prerrogativa de função, cit., p. 16.

Portanto, de forma escorreita tem entendido a Suprema Corte que as autoridades com foro estabelecido em Constituição Estadual, quando acusadas de crime eleitoral, devem responder perante o Tribunal Regional Eleitoral.

Nesse diapasão, calha à fiveleta citar o verbete de Súmula n. 702 do STF, que afirma: “A competência do Tribunal de Justiça para julgar prefeitos restringe-se aos crimes de competência da Justiça comum estadual; nos demais casos, a competência originária caberá ao respectivo tribunal de segundo grau.”

Logo, enquanto perdurar o exercício da função, o prefeito, assim como o deputado estadual, o secretário de Estado, o procurador geral do Estado etc., por crime comum estadual, respondem perante o Tribunal de Justiça e, por crime eleitoral, respondem originariamente perante o Tribunal Regional Eleitoral.

Derradeiramente trata-se de uma exceção referente ao foro por prerrogativa estabelecido pela Constituição Estadual e à prática de crime doloso contra a vida.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula n. 721, que afirma: “A competência constitucional do Tribunal do Júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela Constituição Estadual.”

Logo, indiscutivelmente a competência originária prevista na Constituição Estadual tem consequências no âmbito da Justiça Eleitoral – conforme anteriormente visto, o secretário de Estado responde por crime eleitoral perante o Tribunal Regional Eleitoral, e não no Tribunal de Justiça Estadual; entretanto, essa interpretação não se apresenta possível na hipótese de existência de crime doloso contra a vida, nos moldes do contido no verbete de súmula acima mencionado.

Apenas para esmiuçar, o secretário de Estado, para todos os crimes, responderá perante o Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Eleitoral; entrementes, caso venha a ser acusado de crime doloso contra a vida, o foro competente será o Tribunal do Júri, nos moldes do contido na Súmula n. 721 do STF.

Essa a conclusão a que se chega, fazendo o cotejo dos preceitos constitucionais e legais, além dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais a respeito da matéria.

4.3.2.3 Competência por prerrogativa de função, conexão e continência e a cessação da função

Os institutos da conexão e continência foram enfrentados no Capítulo 3, quando se promoveu a adequada conceituação, além de terem sido demonstradas as principais hipóteses, razão pela qual desnecessário se repetirem esses conceitos.

Na atual quadra, apresenta-se como importante realçar as hipóteses de processos em que se verifica a conexão (instrumental ou probatória, por exemplo) ou a continência (pelo concurso de agentes, *v.g.*), quando um dos acusados possui foro por prerrogativa de função.

Diante dessa situação, cabe indagar como delimitar o foro competente. Deverá haver junção ou disjunção de processos?

Respeitadas as hipóteses excepcionais de crime militar ou envolvimento de menores de idade, adstritos a uma Justiça Especial (art. 79, I e II, do CPP), para as demais situações de conexão ou continência aplica-se o disposto no artigo 78, III, do Código de Processo Penal, ou seja, no concurso de jurisdições de diversas categorias, predominará a de maior graduação.

Poder-se-ia pensar que a utilização de regra atinente ao *forum attaciones* implicaria em violação ao princípio constitucional do juiz natural (art. 5º, LIII, da CF), desdobramento do devido processo legal e uma das vigas-mestras do moderno e democrático processo criminal brasileiro; entretanto, essa situação já foi submetida ao Supremo Tribunal Federal por diversas vezes, a ponto de ser elaborada a Súmula n. 704 que afirma, *ad litteram*: “Não viola a garantia do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo de corréu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados.”

Resulta portanto evidente que se determinado crime eleitoral foi praticado (havendo conexão ou continência) e um dos réus possui foro por prerrogativa de função, deverá haver

unidade de processos e julgamento, predominando o foro de maior graduação, “do contrário, eventual disjunção de processos poderia carretar decisões conflitantes, com o inevitável desprestígio da Justiça”.³³⁴

Portanto, se um prefeito, conjuntamente com seus assessores, são flagrados praticando o crime eleitoral entalhado no artigo 299 do Código Eleitoral, o processo e julgamento deverão ocorrer no Tribunal Regional Eleitoral, havendo junção processual em razão da continência, implicando em unidade de processo e julgamento, aplicando-se o querer do artigo 78, III, do Código de Processo Penal e o entendimento agasalhado na Súmula n. 704 do STF.

Aliás, reiteradamente o Supremo Tribunal Federal tem confirmado essa regra, quando, diante de processos com conexão e continência, assegura a sua competência, estabelecendo a junção processual; pode-se citar, a título de exemplo, o contido na Ação Penal n. 470-1³³⁵, em fase de instrução processual, porém quando do recebimento parcial da denúncia, não se questionou a competência da Suprema Corte para os réus que não ocupam cargo público e, por conseguinte, não gozam da prerrogativa de foro.

Por derradeiro, impende registrar que somente durante o exercício da função pública tem-se o foro por prerrogativa, posto que cessada a função (por fim do mandato, renúncia, cassação, no caso dos prefeitos e deputados estaduais, por exemplo), ou por exoneração (no caso dos secretários de Estado, v.g.) ou ainda em razão da aposentadoria (no caso dos magistrados e membros do Ministério Público), automaticamente cessa o foro por prerrogativa de função, retornando o feito no estágio em que se encontra para o primeiro grau de jurisdição.

Essa questão foi fruto de acirrados debates em nosso país, envolvendo a doutrina especializada na matéria e os tribunais, inclusive e principalmente o Supremo Tribunal Federal, podendo-se afirmar a existência de três estágios evolutivos e interpretativos da matéria, sucintamente exibidos, quais sejam:

³³⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, Da competência pela prerrogativa de função, cit., p. 25.

³³⁵ Esse feito criminal ganhou ampla repercussão na mídia nacional, sendo batizado de processo do “*mensalão*”, quer em razão da gravidade das acusações, quer, principalmente, por conta dos personagens envolvidos, dentre eles parlamentares – razão de ser da competência originária do STF – ex-ministros de Estado, líderes partidários, ex-parlamentares e empresários, dentre outros réus.

a) Vigência da Súmula n. 394 do STF: o primeiro marco para discussão da existência do foro por prerrogativa de função após o encerramento de mandato, ou o exercício de determinado cargo público, deu-se com a vigência da Súmula n. 394 do STF, que afirmava: “Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício.”

Todavia, o próprio Supremo Tribunal Federal resolveu por ampla maioria cancelar o entendimento sumular, ao promover o julgamento do Inquérito n. 687/SP, determinando que os processos em trâmite nesse tribunal fossem endereçados aos juízes de primeiro grau³³⁶, *decisum* que teve ampla repercussão em todas as demais Cortes de Justiça do país, que passaram a aplicar o seguinte posicionamento: cessada a função, extingue-se a prerrogativa de foro, volvendo o feito para a primeira instância.

Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula n. 451, asseverando: “A competência especial por prerrogativa de função não se estende ao crime cometido após a cessação definitiva do exercício funcional.”

Referido entendimento pretoriano vigora até os dias que correm, não obstante tentativa legislativa de alteração normativa, no escopo de reviver o posicionamento aplicado com a Súmula n. 394 do STF.

b) Vigência da Lei n. 10.628, de 24.12.2002: posteriormente a essas definições conceituais e temporais para fins de delimitação da competência por prerrogativa de função, tem-se o advento da Lei n. 10.628, de 24.12.2002, que alterou o artigo 84, parágrafos 1º e 2º, praticamente ripristinando o teor da Súmula n. 394 do STF, alargando ainda o foro especial para as hipóteses de ações civis de improbidade administrativa.

Vários foram os questionamentos em todo o país sobre a incidência e vigência desse diploma legal, implicando na remessa de diversos processos que se encontravam no primeiro grau de jurisdição para as Cortes Superiores, bem como ocorreu acendrada dúvida com

³³⁶ STF – Inq n. 687/SP, j. 25.08.1999, DJU, de 09.11.2001, *Informativo do STF*, n. 159.

relação à tramitação de ações civis que apuravam atos de improbidade administrativa, chegando-se ao terceiro e atual estágio.

c) Declaração de inconstitucionalidade da Lei n. 10.628/2002 pelo Supremo Tribunal Federal: a Lei n. 10.628, de 24.12.2002, concebida, votada e sancionada no apagar das luzes do ano de 2002, teve sua constitucionalidade arguida perante o Pretório Excelso, sendo ajuizadas duas ações diretas de inconstitucionalidade (ADI ns. 2.797-2 e 2.860-0³³⁷) e, por maioria, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da n. Lei 10.826/2002, impossibilitando a preservação da competência especial em razão da função exercida, para os ex-ocupantes de cargos públicos que autorizam essa prerrogativa.

Esse o atual estágio atinente à prerrogativa de função perante o Supremo Tribunal Federal: cessada a função, imediatamente deixa de existir o foro especial. Ademais, as ações ajuizadas posteriormente ao término do exercício da função pública deverão ser ofertadas no primeiro grau de jurisdição, salvo se o acusado estiver ocupando outra função ou cargo eletivo que enseje o foro especial por prerrogativa de função.

4.3.2.4 Prerrogativa de função e foro competente para processar e julgar crimes eleitorais

Quando da conceituação do crime eleitoral, restou esclarecido se tratar de infração penal comum (na diferenciação necessária a ser feita entre crime comum e crime de responsabilidade).

Diante dessa assertiva, os autores de crimes eleitorais (espécie dos crimes políticos) responderão, em regra, por essas infrações penais perante o Poder Judiciário Eleitoral e, excepcionalmente, perante o Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, caso pelo menos um dos autores do ilícito penal eleitoral figure como autoridade a quem a Carta Constitucional de 1988 assegure foro por prerrogativa de função.

³³⁷ STF – rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJU*, de 12.12.2006.

No intuito de abordar todas as Cortes de Justiça competentes para processar e julgar crimes eleitorais, será promovida a análise em separado de cada Tribunal e das autoridades que nele responderão pelos ilícitos penais eleitorais e pelos crimes comuns conexos aos eleitorais.

4.3.2.4.1 Competência do Supremo Tribunal Federal

A Suprema Corte figura como juiz natural, possuindo competência originária para processar e julgar os crimes eleitorais praticados por:

a) Presidente e vice-presidente da República – artigo 102, I, “b”, da Constituição Federal: merece registro que a parte cível atinente à eleição presidencial será processada e julgada pelo Tribunal Superior Eleitoral (registro de candidatura, representação por propaganda eleitoral, reclamações, AIJE, AIME etc.), nos moldes do artigo 96, III, da Lei n. 9.504-97.

Entrementes, eventual ilícito penal eleitoral atribuído ao presidente da República ou ao vice-presidente da República, quer na condição de autores diretos³³⁸ – imagine-se uma ofensa praticada durante um debate eleitoral, ou ainda no horário eleitoral gratuito, configurando os tipos penais etiquetados nos artigos 324, 325 e 326 do Código Eleitoral –, quer como coautores ou partícipes, será processado e julgado no Supremo Tribunal Federal, juiz natural para processar e julgar essas autoridades por qualquer crime comum, inclusive o crime eleitoral.

b) Deputados federais e senadores: os parlamentares integrantes do Congresso Nacional, desde a expedição do diploma (art. 53, § 1º, da CF), somente poderão ser processados e julgados criminalmente pelo Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, “a”, da *Lex Fundamentalis*).

³³⁸ Embora difícil de conceber um presidente da República ou qualquer brasileiro nato que postule tão honroso cargo público (ápice do serviço e da Administração pública, cargo que obriga seu ocupante a adotar postura de verdadeiro estadista e magistrado), colhe-se na história recente do país exemplos de ofensas perpetradas por candidatos durante o horário eleitoral, podendo configurar *in thesi* crimes eleitorais contra a honra, ou ainda o crime do artigo 323 do Código Eleitoral (importante lembrar do pleito eleitoral de 1989 e das declarações do candidato eleito sobre a personalidade do atual presidente da República, inclusive sobre suas opiniões a respeito do aborto, em situação que ficou conhecida como “*Dossiê Miriam Cordeiro*”).

Dessa forma, qualquer investigação preliminar (inquérito) ou ação penal (pública ou privada) ofertada em desfavor de parlamentar nacional tem como foro competente o Supremo Tribunal Federal, inclusive para as questões incidentais e processuais (quebra de sigilo bancário, fiscal e telefônico, busca e apreensão, dentre outras medidas).

Nesse sentido, a jurisprudência afirma:

O Supremo Tribunal Federal, sendo o juiz natural dos membros do Congresso Nacional nos processos penais condenatórios, é o único órgão judiciário competente para ordenar, no que se refere à apuração de supostos crimes eleitorais atribuídos a parlamentares federais, toda e qualquer providência probatória essenciais à demonstração de alegada prática delituosa.³³⁹

Logo, de maneira indubitável, a competência para processar e julgar deputado federal e senador da República por crime eleitoral é do Supremo Tribunal Federal, seguindo o processo criminal o rito esculpido na Lei n. 8.038/90³⁴⁰, bem como o quanto disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

c) Ministro de Estado e os comandantes das Forças Armadas – artigo 102, I, “b” e “c”, da Constituição Federal: os ministros de Estado, ocupantes de Ministérios criados por Lei federal, e ainda os que lhe são equiparados, estão descritos no artigo 25, parágrafo único, da Lei n. 10.683, de 28.05.2003, alterada pela Lei n. 11.036, de 22.12.2004³⁴¹, que incluiu o cargo de natureza especial de presidente do Banco Central do Brasil.³⁴²

³³⁹ TSE – Inq n. 13.849, rel. Min. Edson Vidigal, j. 18.08.1998 (STOCO, Rui; STOCO, Leandro de Oliveira, *Legislação eleitoral interpretada: doutrina e jurisprudência*, cit., p. 379).

³⁴⁰ Esse diploma legal foi recentemente alterado pela Lei n. 12.019, de 21.08.2009, publicado no *Diário Oficial da União*, de 24.08.2009, no escopo de acrescentar o inciso III ao artigo 3º da Lei n. 8.038/90, estabelecendo como possível, nos processos penais de competência originária do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, delegar poderes instrutórios para desembargadores estaduais ou federais ou juízes estaduais ou federais, no intuito de serem realizados o interrogatório do acusado e demais atos atinentes à instrução processual.

³⁴¹ Lei n. 10.683, de 28.05.2003, alterada pela Lei n. 11.036, de 22.12.2004: “Artigo 25 – (...) Parágrafo único - São Ministros de Estado os titulares dos Ministérios, o Chefe da Casa Civil, o Chefe do Gabinete de Segurança Institucional, o Chefe da Secretaria de Comunicação de Governo e Gestão Estratégica, o Chefe da Secretaria-Geral da Presidência da República, o Chefe da Secretaria de Coordenação Política e Assuntos Institucionais da Presidência da República, o Advogado-Geral da União, o Ministro de Estado do Controle e da Transparência e o Presidente do Banco Central do Brasil”.

³⁴² Lei n. 11.036, de 22.12.2004: “Artigo 2º - O cargo de Natureza Especial de Presidente do Banco Central do Brasil fica transformado em cargo de Ministro de Estado. Parágrafo único - A competência especial por prerrogativa de função estende-se também aos atos administrativos praticados pelos ex-ocupantes do cargo de Presidente do Banco Central do Brasil no exercício da função pública.”

Portanto, essas autoridades, caso venham a ser acusadas da prática de crime eleitoral, responderão perante o Supremo Tribunal Federal; idêntico tratamento será dispensado aos comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica que, não obstante militares, podem incorrer na prática de crime eleitoral, e o juiz natural será a Suprema Corte.

d) Ministros do Supremo Tribunal Federal, procurador geral da República, ministros dos Tribunais Superiores, do Tribunal de Contas da União e chefes de missão diplomática de caráter permanente – artigo 102, I, “b” e “c”, da Constituição Federal: por fim, é competência do Supremo Tribunal Federal processar e julgar por crime eleitoral os seus próprios ministros, o procurador geral da República que, nos termos da Lei Complementar n. 75/93, desempenha as atribuições de procurador geral eleitoral, os ministros dos Tribunais Superiores (STJ, TSE, TST e STM), os ministros do Tribunal de Contas da União e os diplomatas que chefiam missão de caráter permanente (embaixadores).

Todas essas autoridades podem eventualmente responder pela prática de crime eleitoral (como autores, coautores e partícipes) e o juiz natural para processar e julgar a lide eleitoral será o Supremo Tribunal Federal.

Consigne-se que o artigo 22, I, “d”, do Código Eleitoral, que afirmava ser da competência originária do Tribunal Superior Eleitoral processar e julgar os crimes eleitorais praticados por seus próprios juízes (ministros do TSE) e pelos juízes dos Tribunais Regionais, não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido se posiciona a doutrina, afirmando que “embora pessoalmente nos pareça apropriado reconhecer a competência unicamente da Justiça Eleitoral para o processo e julgamento de crimes eleitorais, tal regra de competência, todavia, sofreu alteração pela Constituição Federal de 1988”.³⁴³

Com a vigência da Constituição Federal de 1988, diversos dispositivos do Código Eleitoral não foram recepcionados, inclusive os que previam competência originária do

³⁴³ DECOMAIN, Pedro Roberto; PRADE, Péricles, *Comentários ao Código Eleitoral*, cit., p. 36.

Tribunal Superior Eleitoral, não funcionando a Corte Superior Eleitoral como juiz natural originário para processar e julgar crimes eleitorais.

4.3.2.4.2 Competência do Superior Tribunal de Justiça

Ao Superior Tribunal de Justiça compete processar e julgar os crimes eleitorais praticados por:

a) Governadores de Estado e do Distrito Federal – artigo 105, I, “a”, da Constituição Federal: o Tribunal Superior Eleitoral, com o advento da Constituição Federal de 1988, deixou de possuir competência *ratione personae*, não mais julgando, por exemplo, os crimes eleitorais praticados por governador de Estado, sendo essas infrações da competência do Superior Tribunal de Justiça.

Este o entendimento doutrinário: “O Tribunal Superior Eleitoral não tem mais competência para processar e julgar, por crime eleitoral, uma vez que o artigo 105, I, ‘a’, da Constituição Federal atribuiu ao Superior Tribunal de Justiça os julgamentos que antes eram de sua competência (RI/TSE, art. 8º, ‘n’).”³⁴⁴

De forma pacífica, toda a jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal e do próprio Tribunal Superior Eleitoral³⁴⁵, afirma não mais possuir a Corte Eleitoral Superior competência originária penal e “em face de expressa disposição constitucional, o Tribunal Superior Eleitoral perdeu a sua competência funcional vertical originária *ratione personae vel numeris*”.³⁴⁶

Portanto, os governadores de Estado por crimes eleitorais são processados e julgados perante o Superior Tribunal de Justiça, e caso exista concurso de agentes, os demais corréus, ainda que não possuam foro por prerrogativa de função, serão julgados perante essa Corte Superior de Justiça.

³⁴⁴ CÂNDIDO, Joel José, *Direito penal eleitoral e processo penal eleitoral*, cit., p. 586.

³⁴⁵ “A jurisprudência se pacificou no sentido de que a competência para processar e julgar, originariamente, os feitos relativos a crimes eleitorais praticados por governador de Estado é do Superior Tribunal de Justiça.” (TSE – REsp n. 15.584, rel. Garcia Vieira, j. 09.05.2000).

³⁴⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, Da competência pela prerrogativa de função, cit., p. 10.

b) Desembargadores estaduais, federais (integrantes dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais Regionais do Trabalho), juízes integrantes dos Tribunais Regionais Eleitorais, conselheiros dos Tribunais de Contas dos Estados, membros do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais – art. 105, I, “a”, da Constituição da República: todas essas autoridades respondem penalmente perante o Superior Tribunal de Justiça, mesmo quando acusadas da prática de crimes eleitorais, posto que definidos como crimes comuns, em contraposição aos crimes de responsabilidade, considerando o que foi afirmado alhures, principalmente em razão da Constituição Federal de 1988 não estabelecer para o Tribunal Superior Eleitoral a previsão de competência penal originária, deixando de ser recepcionado o artigo 22, I, “d”, do Código Eleitoral, bem como os dispositivos do Regimento Interno do Tribunal Superior Eleitoral que versam sobre competência originária.

4.3.2.4.3 Competência dos Tribunais Regionais Eleitorais

Por fim, importante registrar a competência originária do Tribunal Regional Eleitoral (consigne-se que somente três Cortes possuem foro por prerrogativa de função para apreciar os crimes eleitorais: STF, STJ e TRE).

O rol de autoridades que respondem por crimes eleitorais e pelos crimes comuns conexos com os eleitorais perante o Tribunal Regional Eleitoral do respectivo Estado da Federação onde se deu a consumação do delito ou a prática dos últimos atos de execução (na hipótese do crime tentado, ou ainda onde deveriam produzir os efeitos e resultado da consumação) é o seguinte: juiz e promotor eleitoral, prefeitos, deputados estaduais, vice-governador e secretários de Estado, além das demais autoridades com foro estabelecido na Constituição Estadual.

Este o entendimento pacificado na doutrina e na jurisprudência, citando-se Joel José Cândido, que afirma, *in verbis*:

A competência originária do Tribunal Regional Eleitoral, em matéria criminal eleitoral, é, basicamente, para os processos em que figurem como acusados os prefeitos municipais (CF, art. 29, X); os vices-prefeitos no exercício da chefia do Poder Executivo do município; os deputados estaduais; os juízes de direito e juízes eleitorais; os membros do Ministério

Público dos Estados; os membros do Ministério Público da União que não atuam perante os tribunais e, inclusive o vice-governador do Estado.³⁴⁷

Registre-se que com relação ao juiz e representante do Ministério Público (que podem praticar crimes eleitorais próprios, inclusive), embora integrantes da magistratura ou do *Parquet* estadual, tem-se a competência da Justiça Eleitoral expressamente prevista na Carta Política de 1988 que, em seu artigo 96, III, estabelece competir aos Tribunais de Justiça Estadual julgar os juízes estaduais, bem como os membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.

Por se tratar de exceção esculpida no próprio texto da *Lex Mater*, quando o juiz eleitoral (e também o representante do Ministério Público Eleitoral) figurarem como sujeito ativo de crime eleitoral, “será julgado pelo Tribunal Regional Eleitoral que o designou, como, aliás, já previa o artigo 29, I, ‘d’, do Código Eleitoral”.³⁴⁸

Com relação aos prefeitos, superadas as dúvidas e discussões versando sobre o foro competente, tendo o Supremo Tribunal Federal enfrentado a matéria e definido se tratar de competência do Tribunal Regional Eleitoral³⁴⁹, pode-se afirmar ainda que essa competência compreende também os crimes eleitorais praticados antes do exercício do mandato (durante o prélio eleitoral), havendo a competência do Tribunal Regional Eleitoral após a investidura no cargo público eletivo e perdurando durante todo o período de exercício do mandato.³⁵⁰

Quanto aos deputados estaduais, consoante afirmado alhures, pelo princípio da simetria constitucional, o julgamento dar-se-á perante o Tribunal Regional Eleitoral, na hipótese da prática de crimes eleitorais (salvo se coautor ou partícipe tenha praticado a infração conjuntamente com autoridade que goze de foro especial perante o STJ ou STF), valendo essa regra para as demais autoridades que possuem competência funcional originária estabelecida na Carta Constitucional Estadual.

³⁴⁷ CÂNDIDO, Joel José, *Direito penal eleitoral e processo penal eleitoral*, cit., p. 586.

³⁴⁸ STOCO, Rui; STOCO, Leandro de Oliveira, *Legislação eleitoral interpretada: doutrina e jurisprudência*, cit., p. 329.

³⁴⁹ STF – HC n. 69.503-5, 2ª Turma, rel. Min. Néri da Silveira, j. 04.08.1992, *DJU*, de 16.04.1993, p. 6.433.

³⁵⁰ “Injúria na propaganda eleitoral (Cód. Eleitoral, art. 326). Denunciado que vem a ser eleito prefeito. Competência do TRE. (TSE – RO n. 003-0, rel. Min. Torquato Jardim, *DJU*, de 03.11.1995, p. 37.217).” (STOCO, Rui; STOCO, Leandro de Oliveira, ob. cit., p. 383).

Ainda, e por último, no que tange à competência estabelecida na Constituição Estadual, afirmando que, em homenagem ao princípio constitucional do juiz natural, a competência somente possui efeitos para as hipóteses da Justiça Estadual, não surtindo efeito com relação aos crimes da competência do Poder Judiciário federal e da Justiça Eleitoral, cita-se entendimento doutrinário assim vazado:

Admitida que seja a aludida fixação de foros privativos nas Constituições Estaduais, não há como negar: o foro privativo deferido a tais autoridades pelas Constituições Estaduais deverá limitar-se ao julgamento de crimes estaduais, excluídos os demais juízos naturais previstos na Constituição da República, com o que, tratando-se de crimes federais ou eleitorais, a competência será aquela prevista na Constituição da República, ou seja, do juiz federal e do juiz eleitoral, ambos de primeiro grau.³⁵¹

Esse entendimento doutrinário, apesar do vulto de seu subscritor, não prospera nos tribunais pátrios³⁵², sendo certo que a competência estabelecida na Constituição Estadual também implica a observância da simetria para as hipóteses de Justiça Federal e Justiça Eleitoral.

Essa, portanto, a competência por prerrogativa de função do Tribunal Regional Eleitoral.

4.3.3 Competência constitucional do Tribunal do Júri e da Justiça Eleitoral

A Constituição Federal de 1988 deu especial atenção ao Tribunal do Júri – destinado ao julgamento dos crimes dolosos contra a vida –, estabelecendo tratar-se de garantia individual esculpida no artigo 5º, XXXVIII, figurando como verdadeira cláusula pétrea e regra de proteção ao cidadão.

³⁵¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de, *Curso de processo penal*, cit., p. 199.

³⁵² O Supremo Tribunal Federal estabeleceu que o secretário de Estado, com foro estabelecido na Constituição Estadual, por crimes praticados em detrimento da União, responderá perante o Tribunal Regional Federal (QO Inq n. 2051-6/TO, rel. Min. Gilmar Mendes). Logo, *mutatis mutandis*, por crime eleitoral, deverá responder perante o respectivo TRE.

No dizer da doutrina:

O júri é direito e garantia humanas fundamentais formais, merecendo ser respeitado, especialmente no que concerne aos princípios constantes das alíneas do artigo 5º, XXXVIII, da Constituição Federal. O seu caráter formal não elimina a situação jurídica de figurar no rol dos direitos e garantias individuais do mencionado artigo 5º. O poder constituinte originário ali o inseriu. Não devem o operador do direito e o legislador ordinário lesar o seu *status* e as regras constitucionais que o regulam.³⁵³

O próprio texto constitucional (para evitar alterações por parte do legislador ordinário) estabelece uma competência mínima obrigatória do Tribunal do Júri (crimes dolosos contra a vida), inexistindo, contudo, óbices para a ampliação da competência do tribunal popular (sendo que essa dilatação de competência poderá ocorrer por lei ordinária).

Não se pode olvidar que o júri no Brasil já teve competência para processar e julgar os crimes de imprensa e contra a economia popular (Lei n. 1.521/51), não sendo essa competência recepcionada pela Constituição de 1967 e pelos textos subsequentes (EC de 1969 e CF de 1988), que limitaram a competência do tribunal popular para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida (tentados ou consumados).

A possibilidade de ampliação do rol dos crimes a serem julgados pelo Tribunal do Júri apresenta-se como pacífica e indiscutível, afirmando-se:

Da forma como hoje está constando no Texto Fundamental, cláusula pétreia que é, não é possível investir contra o tribunal popular. Eventualmente, sua competência poderá ser ampliada pela lei ordinária, o que parece muito pouco provável, embora continue a instituição em manifesta e permanente atividade, devendo ser, de fato, assimilada por todos, especialmente pelos tribunais togados.³⁵⁴

Portanto, demonstrada está a competência constitucional do Tribunal do Júri e os seus desdobramentos, figurando como verdadeira garantia do cidadão frente ao Estado.

Ademais, impende consignar que de acordo com o artigo 78, I, do Código de Processo Penal, no concurso entre a jurisdição comum e crime da competência do Tribunal do Júri,

³⁵³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do júri*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 41.

³⁵⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Júri: princípios constitucionais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999. p. 175.

prevalece a competência do tribunal popular, que excepcionalmente poderá julgar crimes que não sejam etiquetados como dolosos contra a vida.

Assim, em havendo o crime de homicídio (art. 121, *caput*, do CP) em concurso com o crime de ocultação de cadáver (art. 211, do CP), por exemplo, em razão da conexão haverá unidade de processo e julgamento, competindo ao Tribunal do Júri o julgamento dessa última infração penal.

No entendimento da doutrina, a razão de referida conexão é óbvia, posto que:

A competência do Tribunal do Júri é competência de jurisdição, regra de juiz natural, portanto, de índole constitucional. Ora, nenhuma norma infraconstitucional, como é o caso do Código de Processo Penal, poderia estabelecer qualquer critério de modificação da competência que pudesse alterar aquela prevista expressamente na Constituição.³⁵⁵

Logo, havendo conexão com o crime doloso contra a vida, promover-se-á a atração do crime conexo, para submetê-lo a julgamento perante o Tribunal Popular.

A questão objeto de preocupação e cerne do presente tópico é a seguinte: quando houver conexão entre um crime doloso contra a vida e um crime eleitoral, considerando o previsto no artigo 78, I, Código de Processo Penal, e também o quanto disposto no artigo 78, IV, do mesmo diploma legal, qual deverá ser o foro competente para processar e julgar os delitos?

Imagine-se a seguinte hipótese: no dia da eleição, determinado eleitor, portando o título eleitoral de outrem, dirige-se à seção de votação e, após exibir seus documentos, tem o acesso à cabine eleitoral impedido pelo mesário (servidor público federal, nos moldes do art. 283, §1º, do CE³⁵⁶); revoltado com a recusa e transtornado pelo fato de ter recebido voz de

³⁵⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de, *Curso de processo penal*, cit., p. 199.

³⁵⁶ “Nosso Código, como falamos, tomou a expressão no sentido mais amplo possível, como convém aos trabalhos eleitorais, posto que a Justiça Eleitoral não sobrevive sem a colaboração tanto de juízes da justiça comum como de servidores de outros poderes e de outros setores da Administração pública como, e principalmente, de cidadãos que possam prestar inestimável serviço nos dias de votação e de apuração.” (STOCO, Rui; STOCO, Leandro de Oliveira, *Legislação eleitoral interpretada: doutrina e jurisprudência*, cit., p. 765).

prisão em flagrante, por força dos indícios da prática do crime eleitoral contido no artigo 309 do Código Eleitoral, o eleitor, utilizando-se de arma de fogo e com *animus necandi*, atinge a vítima, que vem a falecer no hospital (art. 121, § 2º, V, do CP).

Tem-se *in casu* um concurso de crimes – um crime eleitoral (art. 309, do CE) e um crime doloso contra a vida (art. 121, do CP). Diante dessa situação fática hipotética, indaga-se: qual o foro competente para processar e julgar esse eleitor?

A respeito da matéria, existem três correntes de interpretação. Antes de apresentarmos nosso posicionamento, convém fazer um rápido apanhado das principais razões de cada vertente interpretativa.

Eis os desdobramentos possíveis para a hipótese acima mencionada:

- a) unicidade de processos, prevalecendo a competência da Justiça Eleitoral para julgar o crime eleitoral e o crime doloso contra a vida;
- b) separação de processos: o Tribunal do Júri processa e julga o crime doloso contra a vida, enquanto a Justiça Eleitoral promove o julgamento do crime eleitoral, sendo que o processo que apura o crime doloso contra a vida pode ter curso no âmbito da Justiça Federal ou na Justiça Estadual, a depender da vítima (Súmula n. 147 do STJ);
- c) unidade de processo e julgamento, devendo o feito ser julgado pelo Tribunal do Júri organizado no âmbito da Justiça Eleitoral.

De forma didática, promover-se-á a análise de cada uma das hipóteses acima delineadas, demonstrando os argumentos utilizados em seu favor, bem como quais os embasamentos citados pela doutrina especializada sobre a matéria.

4.3.3.1 Competência da Justiça Eleitoral para processar e julgar o crime doloso contra a vida conexo com o crime eleitoral

A primeira corrente doutrinária que se apresenta para solucionar o problema da conexão entre crime doloso contra a vida e crime eleitoral afirma que deverá ocorrer a unidade de processos e julgamento, havendo a atração por parte da Justiça Eleitoral – Justiça Especial –, que julgará o crime doloso contra a vida da competência da Justiça comum, Estadual ou Federal.

Ter-se-ia o julgamento do crime doloso contra a vida na Justiça Eleitoral, seguindo-se o rito especial para apurar os crimes eleitorais contido nos artigos 355 e seguintes do Código Eleitoral.

Nesse sentido, como análise precursora dessa tese, em obra escrita sob a vigência da Constituição Federal de 1946, avista-se o seguinte ensinamento: “Se entretanto houver concurso de jurisdição, entre o júri e a Justiça Eleitoral, prevalecerá a competência desta, pois a Constituição, no artigo 119, n. VII, fala em crime comuns, sem estabelecer distinção de qualquer espécie.”³⁵⁷

Hodiernamente sustentando o mesmo entendimento, acrescentando o argumento de que além da Justiça Eleitoral ser uma Justiça especializada, tem-se que observar o fato de se tratar de Justiça cuja organização foi atribuída por Lei Complementar (art. 121 da CF), sendo o Código Eleitoral, no que tange à organização da Justiça Eleitoral e à competência, alçada a condição de lei complementar, não dispondo o Código Eleitoral sobre o Tribunal do Júri.

Com efeito, cita-se atual estudo, assim vazado:

Portanto, havendo a concorrência entre o Tribunal do Júri e a Justiça especializada, a competência entre o Tribunal do Júri e a Justiça especializada, a competência é desta última. É o que decorre do artigo 78, IV, do Código de Processo Penal, dado estabelecer que no concurso entre jurisdição comum e a especial, prevalecerá esta.

³⁵⁷ MARQUES, José Frederico. *O júri no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1955. p. 199.

Ora, inegável é a especialização da Justiça Eleitoral, ao passo que o Tribunal do Júri, instituição prevista pela Constituição Federal para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, insere-se no âmbito da Justiça comum. Assim, somente é possível o julgamento pelo Tribunal do Júri desde que não registrada a competência de outras esferas especializadas de jurisdição, pelo que, havendo a conexão de crimes eleitorais com crimes dolosos contra a vida, a competência é da Justiça Eleitoral, dado ser a prevalente.³⁵⁸

Não obstante a profundidade teórica da obra mencionada, impossível concordar com sua conclusão, posto que, ao invés de se buscar a análise com relação à Justiça comum e Justiça especializada (premissa utilizada pela autora), creio que o mais adequado estaria na apreciação de qual dos dois foros (Justiça Eleitoral ou Tribunal do Júri) decorre de garantia constitucional, alçada à condição de cláusula pétrea, mais proximamente vinculada ao conceito de juiz natural, também garantia constitucional.

Indubitavelmente, resolve-se o aparente conflito processual dando-se maior valor à regra que decorre das garantias fundamentais do cidadão, esculpidas no texto constitucional.

Portanto, o Tribunal do Júri somente poderá vir a ser excepcionado pela própria Constituição Federal (ao estabelecer o foro por prerrogativa de função), não havendo, neste passo, como considerar competente a Justiça Eleitoral para, de forma monocrática, julgar crime doloso contra a vida (consumado ou tentado) conexo com o crime eleitoral.

4.3.3.2 Separação de processos e julgamento: Justiça Eleitoral julga o crime eleitoral e o Tribunal do Júri julga o crime doloso contra a vida

A segunda corrente, à qual nos filiamos, afirma que, em homenagem à garantia constitucional do Tribunal do Júri, esculpida no artigo 5º, XXXVIII, da Constituição Federal, deve-se, mesmo em havendo conexão, promover a separação de processos (deflagrando-se o processo e julgamento do crime eleitoral perante a Justiça Eleitoral e o crime doloso contra a vida perante o Tribunal do Júri).

³⁵⁸ GOMES, Suzana de Camargo, *Crimes eleitorais*, cit., p. 49.

Trata-se de hipótese de separação de processos não prevista expressamente no artigo 79 do Código de Processo Penal.

Ao se debruçar sobre o assunto, diz a doutrina:

Entendemos que, havendo conexão entre crime doloso contra a vida (tribunal do júri) e crime eleitoral (juiz eleitoral), o crime eleitoral será julgado pelo juiz eleitoral e o crime doloso contra a vida pelo tribunal do júri, pois, por um lado, o julgamento pelo tribunal do júri se constitui em garantia constitucional fundamental, além de que o júri é constitucionalmente o juiz natural (art. 5º, XXXVIII, “d”, c/c LIII, CR), e, por outro, a Justiça Federal, razão pela qual o crime eleitoral não poderia ser atraído para as Justiças Comuns Federal ou Estaduais, em que haja previsão constitucional. Por último, o artigo 5º da CR não pode ser alterado nem por emenda constitucional, por se constituir em “cláusula pétrea” (art. 60, § 4º, IV, CR), que se dirá pela lei complementar (art. 121, CR). Assim, não nos convence o argumento de que, tendo em vista que a Constituição remeteu a competência da Justiça Eleitoral para a lei complementar federal (art. 121, *caput*, CR) e que o Código Eleitoral (Lei n. 4.737/65) foi recepcionado como lei complementar pela Constituição, os crimes dolosos contra a vida seriam atraídos para a Justiça Eleitoral, pois essa lei estabelece que a Justiça Eleitoral processará e julgará os crimes eleitorais e os comuns que lhes forem conexos. Contudo, se um outro crime comum, de competência da Justiça Federal ou das Justiças Estaduais, for conexo com um crime eleitoral, aí sim, a Justiça Eleitoral prevalecerá.³⁵⁹

Acertado esse entendimento, não sendo razoável imaginar o julgamento de crime doloso contra a vida pela Justiça Eleitoral.

Logo, esta a conclusão possível: havendo conexão entre crime eleitoral e crime comum (competência da Justiça Federal ou Estadual), por força do contido no artigo 78, IV, do Código de Processo Penal, prevalecerá a competência da Justiça Eleitoral como *foro attrationes*; essa assertiva comporta uma única exceção, qual seja, quando houver conexão entre crime eleitoral e crime doloso contra a vida.

Nessa hipótese, dever-se-á promover separação de processos e julgamentos (embora não expressamente contida essa situação no artigo 79 do CPP), respeitando-se a um só tempo o princípio constitucional do juiz natural (art. 5º, LIII, DA *Lex Mater*) e a garantia constitucional do Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVIII, “d”, da CF), que somente pode vir a ser excepcionada pela própria Constituição Federal.

³⁵⁹ FEITOZA, Denílson, *Direito processual penal*, cit., p. 347.

Faz-se ainda uma observação: com a separação de processos, o Tribunal do Júri processa e julga o crime doloso contra a vida, enquanto a Justiça Eleitoral promove o julgamento do crime eleitoral, mas ainda há um outro desdobramento possível, eis que o crime doloso contra a vida pode ter curso no âmbito da Justiça Federal ou na Justiça Estadual, a depender da vítima, aplicando-se o querer da Súmula n. 147 do STJ.

Melhor explicando: conforme disposto no artigo 283, parágrafo 1º, do Código Eleitoral, quem, embora transitoriamente e sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública eleitoral, para fins penais, considera-se servidor público eleitoral (nos mesmos moldes do contido no art. 327 do CP para conceituar o servidor público) e, portanto, o crime é doloso contra a vida de servidor público eleitoral. Juiz eleitoral, representante do Ministério Público Eleitoral, servidor da Justiça Eleitoral, inclusive os que foram cedidos, além dos particulares convocados que laboram como auxiliares do juízo, mesários, escrutinadores, dentre outras funções, são considerados servidores públicos eleitorais, sendo que qualquer agressão atentatória a sua vida implica na incidência do verbete de Súmula n. 147 do STJ, que afirma: “Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes praticados contra funcionário público federal, quando relacionados com o exercício da função.”

Portanto, por ser a Justiça Eleitoral integrante do Poder Judiciário da União, indubitavelmente os seus serventuários (inclusive os particulares recrutados para laborarem durante o pleito eleitoral de forma transitória e sem remuneração) são considerados servidores públicos federais, para fins de enquadramento na súmula acima mencionada.

Corroborando esse entendimento, diz a doutrina: “Matar um servidor público federal, no exercício da função e em razão dela, pode despertar a atuação da Justiça Federal, logo, instala-se o júri nessa esfera.”³⁶⁰

Por último, quando o crime eleitoral conexo com o crime doloso contra a vida não envolver servidor público da Justiça Eleitoral (art. 283, § 1º, do CE), ter-se-á separação de processos, com julgamento pelo Júri Estadual e a Justiça Eleitoral.

³⁶⁰ NUCCI, Guilherme de Souza, *Tribunal do júri*, cit., p. 472.

À guisa de exemplo, imagine-se o candidato ou “*cabo eleitoral*” que venha usar de violência ou grave ameaça para coagir eleitor a votar ou não votar em determinado candidato ou agremiação política (art. 301 do CE), sendo que extrapola os limites da violência e pratica tentativa de homicídio (art. 121, *caput*, c.c.o art. 14, II, do CP).

O foro competente será no júri da Justiça Estadual para a tentativa de homicídio (posto que a situação fática não envolve a figura do servidor público federal no exercício da função, deixando de incidir a Súmula n. 147 do STJ) e na Justiça Eleitoral para o crime etiquetado no artigo 301 do Código Eleitoral.

4.3.3.3 Unidade de processos e julgamento: julgamento pelo Tribunal do Júri instalado no âmbito da Justiça Eleitoral

Derradeiramente, há alguns autores que sustentam uma terceira via, objetivando solucionar a quíscia com situação híbrida, em que a um só tempo seria respeitada a competência constitucional do Tribunal do Júri e a competência da Justiça Eleitoral como Justiça especializada.

Essa alternativa consiste em instalar na Justiça Eleitoral sessão do Tribunal do Júri. Defendendo essa possibilidade, verdadeiro *tertio genus*, cita-se doutrinador, que afirma:

Nos crimes dolosos contra a vida, porventura conexos com infrações eleitorais, certamente o Juízo competente será o eleitoral, que, sustentamos, poderia ser organizado como tribunal do júri. Essa posição híbrida, em nossa visão, é a única que atende aos ditames constitucionais, pois o júri se caracteriza mais como forma de julgar, do que como órgão do judiciário comum. Organizado o serviço do júri na seara eleitoral, proceder-se-ia ao julgamento dos crimes dolosos contra a vida, conexos com os eleitorais, respeitando-se a vontade do constituinte originário, que garantiu que os cidadãos procederiam ao julgamento de tais delitos, sob a direção de um juiz togado e que os crimes eleitorais seriam julgados pela justiça dedicada a tal ramo da vida pública.³⁶¹

³⁶¹ CORDEIRO, Vinícius; SILVA, Anderson Galdino da, *Crimes eleitorais e seu processo*, cit., p. 72.

Essa construção teórica encontra um obstáculo intransponível, qual seja: nem o Código de Processo Penal (que organiza o rito do Tribunal do Júri³⁶²), nem o Código Eleitoral ou qualquer outra legislação esparsa prevê sobredita hipótese, razão pela qual se apresenta como inviável a realização da sessão de julgamento pelo Tribunal do Júri, sendo o plenário do júri presidido por juiz eleitoral, e no âmbito da Justiça Eleitoral, pois “se assim fosse, estaria sendo desrespeitado o artigo 5º, XXXVIII, da Constituição Federal, que determina tenha a instituição do júri a organização que a lei lhe conferir”.³⁶³

Portanto, conclui-se pela impossibilidade de realização do Tribunal do Júri pela Justiça Eleitoral, devendo-se, consoante afirmado alhures, em situações de conexão entre crime doloso contra a vida e crime eleitoral, promover a separação de processos e julgamento, posto que a conexão de cunho processual não tem o condão de afetar e afastar competência estabelecida constitucionalmente, mormente quando alçada à condição de garantia fundamental (art. 5º, XXXVIII, “d”, do CF).

4.3.4 Competência por conexão ou continência

A competência poderá ser delimitada por conexão (quando presentes as situações contidas no art. 76 do CPP) e por continência (desdobramentos estampados no art. 77 do CPP), regras de delimitação de competência que foram esmiuçadas no capítulo anterior, fazendo-se a classificação de cada uma das hipóteses de conexão e continência (inclusive com exemplos práticos), bem como com a apresentação de definições teóricas.

Logo, regra geral, em havendo conexão ou continência, dar-se-á a unidade de processos e julgamento, nos termos do artigo 78 do Código de Processo Penal, com as exceções agasalhadas no artigo 79 desse diploma normativo.

Nesse sentido, trilha a doutrina:

³⁶² Alterado pela Lei n. 11.689, de 10.06.2008, em vigor 60 dias após a sua publicação, ou seja, a contar de 10.08.2008.

³⁶³ GOMES, Suzana de Camargo, *Crimes eleitorais*, cit., p. 64.

Identificadas a afinidade, ligação, influência ou identidade entre dois ou mais fatos, a lei haveria de atribuir alguma consequência a esta realidade, não podendo ignorar o enorme proveito que a apuração conjunta ou simultânea deles poderia gerar.

A principal delas, praticamente comum a todas as modalidades de conexão e continência, diz respeito à grande utilidade probatória que a reunião de processos conexos ou continentes permite. Isso no plano da utilidade estritamente processual.

(...).

A unidade de processos conexos e/ou continente determina, assim, a unidade de processos, para o fim de instrução simultânea, e a unidade de julgamento, para o mais completo aproveitamento dos atos processuais realizados em um e outro.³⁶⁴

Ter-se-á como regra, quando detectada a conexão ou a continência, a unidade de processos e julgamento, devendo-se respeitar algumas exceções, tais como as previstas no artigo 79 do Código de Processo Penal, a conexão entre o crime doloso contra a vida e o crime eleitoral, acima esmiuçada, além da separação facultativa de processos, contida no artigo 80 do Código de Ritos Penais.

Estabelecida a questão da conexão e continência, deve-se buscar a eleição do Juízo prevalente, ou seja, “o juízo que deverá prevalecer a sua jurisdição quando em concurso (ou em concorrência) com outras, em razão da conexão e da continência”.³⁶⁵

O Código de Processo Penal, em seu artigo 78, estabelece o Juízo do domínio ou prevalente, merecendo especial destaque para os crimes eleitorais conexos as regras referentes ao concurso entre jurisdições de diversas categorias (art. 78, III, do CPP), devendo predominar a de maior graduação (foro por prerrogativa de função de um réu atraindo a competência dos demais corréus) e o concurso entre jurisdição comum e especial, prevalecendo a especial, sendo a jurisdição eleitoral classificada dessa forma (art. 78, IV, do CPP).

Não se pode olvidar ainda do quanto disposto no artigo 35, II, do Código Eleitoral, afirmando que compete aos juízes eleitorais “processar e julgar os crimes eleitorais e os comuns que lhe forem conexos”.

³⁶⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de, *Curso de processo penal*, cit., p. 255-256.

³⁶⁵ *Ibidem*, p. 256.

Feito esse intróito, volta-se a atenção para a análise dos principais desdobramentos atinentes à conexão entre crimes eleitorais e crimes comuns.

4.3.4.1 Conexão entre crime eleitoral e crime comum da competência da Justiça Federal ou da Justiça Estadual

O primeiro desdobramento apontado é o mais simples e, com exclusão do crime doloso contra a vida, não encontra exceção, devendo ser alçado à condição de Juízo prevalente o foro eleitoral, aplicando-se o contido no artigo 78, IV, do Código de Processo Penal c.c. o artigo 35, II, do Código Eleitoral.

Isso ocorre mesmo em se tratando de crime originariamente da competência da Justiça Federal, posto que a competência dessa Justiça, por decorrer do texto constitucional (art. 109, IV, e ss. da CF), engloba a Justiça comum, prevalecendo em relação à Justiça Estadual.

Nesse sentido, diz a doutrina:

Cumprе assinalar que diante de conexão ou continência entre crimes que compitam à Justiça Estadual e a Federal, a competência concorrente de ambas se dirime pela prevalência da última. Não porque tenha supremacia sobre a Justiça Estadual, uma vez que não é Justiça especial relativamente a ela e, por derradeiro, porque entre ambas inexistе hierarquia. (...) Isso porque a competência da Justiça Federal, porque tem assento constitucional, atrai a competência da Justiça Estadual, de natureza meramente residual.³⁶⁶

Ademais, deve-se rememorar a existência da Súmula n. 122 do STJ, que afirma prevalecer a competência da Justiça Federal, quando houver conexão entre crimes das Justiças Federal e Estadual.

Pois bem, havendo conexão entre crime da competência da Justiça Eleitoral e crime da Justiça Federal ou Estadual, prevalecerá esta última, por se tratar de Justiça especializada.

³⁶⁶ PEDROSO, Fernando de Almeida, *Competência penal: doutrina e jurisprudência*, cit., p. 94.

Mais ainda: mesmo que existam ao mesmo tempo três crimes (um eleitoral, um da competência da Justiça Federal e outro da Justiça Estadual), todos conexos, prevalecerá a competência da Justiça Eleitoral.

Imagine-se, à guisa de exemplo: um eleitor, quando perfilhado no local de votação, no dia da eleição, distribui adesivos e “*santinhos*” com proposta de seu candidato (art. 39, § 5º, II, da Lei n. 9.504/97); admoestado pelo serventuário da Justiça Eleitoral, desfere-lhe um golpe, praticando lesão corporal (art. 129, *caput*, do CP) em servidor público federal (Súmula n. 147 do STJ); e, por último, quando recolhido pela Polícia Militar até a Superintendência da Polícia Federal, no escopo de vir a ser lavrado o termo circunstanciado ou auto de prisão em flagrante, pratica o crime de desacato (art. 330 do CP), ofendendo a dignidade funcional do policial militar.

Tem-se no exemplo citado a prática de três crimes, todos conexos, sendo que isoladamente cada um dos ilícitos possui um foro competente: Justiça Eleitoral (art. 39, § 5º, II, da Lei n. 9.504/97), Justiça Federal (art. 129, *caput*, do CP c.c. o art. 109, IV, da CF e Súmula n. 147 do STJ) e Justiça Estadual (art. 330 do CP).

Entretanto, em razão da conexão, aplicando-se a regra do *forum attractionis*, a competência será da Justiça Eleitoral para processar e julgar todos os ilícitos penais supramencionados (art. 78, IV, do CPP).

Insista-se que essa regra vai ao encontro do Código Eleitoral (art. 35, II), considerado para fins de delimitação de competência como lei complementar constitucional (art. 121 da CF).

Por fim, importante realçar que a regra da atração da Justiça Eleitoral para processar e julgar os crimes comuns conexos com os crimes eleitorais encontra exceções (como na hipótese de conexão entre crime eleitoral e crime doloso contra a vida), consoante afirmado anteriormente, e ainda quando há conexão entre crime eleitoral e crime militar e entre crime eleitoral e ato infracional praticado por criança ou adolescente (Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente), aplicando-se nesse caso o contido no artigo 79, I e II, do Código

de Processo Penal, promovendo-se a separação de processos e julgamento, não obstante presente a conexão.

4.3.4.2 Conexão entre crime eleitoral e crime comum com rito específico

Outra questão processual que pode ser inserida neste estudo é a seguinte: quando houver conexão entre crime eleitoral e crime comum (da competência da Justiça Estadual ou Federal), mas o crime comum possuir rito específico previsto em lei, qual deverá ser o foro competente e o rito processual a ser seguido?

Indubitavelmente, o *forum attrationes* será exercido pela Justiça Eleitoral, independentemente de existir rito processual específico para o crime da competência da Justiça comum (exceto o Tribunal do Júri, posto ser garantia constitucional).

Cita-se a título de exemplo dessa conjectura: no dia da eleição, determinado “*cabo eleitoral*” utiliza o seu veículo para transportar eleitores, sem autorização da Justiça Eleitoral, configurando essa postura o ilícito eleitoral etiquetado no artigo 11, III, da Lei n. 6.091, de 15.08.1974, sendo que, quando da prisão em flagrante, foi encontrada no porta-malas do veículo automotor do réu grande quantidade de substância entorpecente, caracterizando o crime de tráfico ilícito de drogas (art. 33 da Lei n. 11.343/2006), que possui um rito processual específico.

Diante dessa situação, indaga-se: qual o foro competente e qual o rito processual a ser utilizado para a realização da *persecutio criminis in iudicio*?

Nesse caso, mesmo existindo um ilícito com rito próprio previsto em lei (frise-se que os arts. 48 e ss. da Lei n. 11.343/2006 versam sobre o procedimento penal para a apuração dos crimes previstos na Lei de Drogas), deve-se observar o rito contido no Código Eleitoral para a apuração dos crimes eleitorais (arts. 355 e ss. do CE), posto que compete à Justiça Eleitoral processar e julgar esses ilícitos penais (art. 78, IV, do CPP c.c o art. 35, II, do CE).

Logo, como há a prevalência da Justiça especializada em detrimento da Justiça comum, o rito a ser seguido é o professado perante a Justiça Eleitoral, afastando-se o rito originário para a apuração de determinado ilícito perante a Justiça comum.

Esse o entendimento a que se chega na análise da conexão e do *foro attrationes*.

4.3.4.3 Conexão entre crime eleitoral e crime comum, havendo a prescrição do crime eleitoral

Como desdobramento da delimitação do foro competente pela conexão, transportando para a Justiça Eleitoral a competência para o julgamento do crime comum, tem-se relevante questão processual consistindo no seguinte: em havendo prescrição do crime eleitoral (cujas penas normalmente são bem inferiores aos crimes comuns), qual deverá ser o foro competente?

A princípio, duas respostas podem ser ofertadas para a questão, quais sejam: ou se mantém o foro da Justiça Eleitoral, considerando o feito no estágio em que se encontra, dando-se sequência para a apuração do crime não prescrito, ainda que não se trate de crime eleitoral, ou se promove a declaração da extinção da punibilidade do crime eleitoral e, diante do fato de não mais existir crime eleitoral no feito, remetem-se os autos no estágio em que se encontram para a Justiça comum, federal ou estadual.

Essa questão não é inédita e já foi enfrentada pela Justiça Eleitoral, sendo que o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral³⁶⁷, seguido pelos Tribunais Regionais Eleitorais³⁶⁸, é no sentido de que mesmo operada a prescrição em relação ao crime eleitoral, subsiste a competência da Justiça especializada para o crime comum, devendo o feito seguir o seu curso regular, até o julgamento do *meritum causae*.

³⁶⁷ TSE – ROHC n. 56, rel. Min. Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira, j. 30.10.2007, *DJU*, de 14.11.2007, p. 185; TSE – HC n. 325, rel. Min. Nilson Naves, j. 21.05.1998, *DJU*, de 12.06.1998, p. 118.

³⁶⁸ TRE/SP – RC n. 134.243, rel. Juiz Otávio Henrique, j. 10.08.1999, *DOE*, de 19.08.1999, p. 46 (STOCO, Rui; STOCO, Leandro de Oliveira, *Legislação eleitoral interpretada: doutrina e jurisprudência*, cit., p. 446).

Acertado esse entendimento e em consonância com os princípios da economia e celeridade processual, consistindo na resposta a ser dada pelo Estado-juiz, em processo que respeite a duração razoável (art. 5º, LXXVIII, da *Lex Mater*), não sendo plausível e inteligente, uma vez demonstrada a prescrição do crime eleitoral (que pode ocorrer em momento posterior ao encerramento da instrução processual, ou ainda na modalidade prescrição retroativa – art. 110, § 1º do CP), transferir os autos para a Justiça comum no escopo de apurar o crime conexo, repetindo atos processuais já realizados, havendo a necessidade de convalidação de procedimentos e das provas colhidas.

Em verdade, acredita-se que ao manter a competência da Justiça Eleitoral na hipótese do crime eleitoral conexo com o crime comum, objetiva a jurisprudência eleitoral, com elevado senso de responsabilidade, imprimir os princípios constitucionais da duração razoável do processo, bem como os relevantes princípios da economia e celeridade processual, além da instrumentalidade processual, não se apegando somente ao formalismo exacerbado, mas sim voltando-se para o resultado efetivo da prestação jurisdicional.

Desse modo, pode-se ter excepcionalmente uma decisão condenatória oriunda da Justiça Eleitoral que não trate de crime eleitoral, caso o ilícito penal eleitoral se encontre prescrito.

Imagine-se, à guisa de exemplo e servindo de arremate, a seguinte situação: no dia do pleito eleitoral, determinado candidato é preso em flagrante delito distribuindo material de campanha (art. 39, § 5º, II, da Lei n. 9.504/97), sendo que, ao ser revistado, descobre-se que estava portando arma de fogo de uso permitido sem a devida autorização, incorrendo nas penas do crime capitulado no artigo 14 da Lei n. 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento).

Pois bem, diante dessa situação fática, competirá à Justiça Eleitoral processar e julgar ambos os delitos, sendo que em se operando a prescrição do crime eleitoral (cuja pena vai de 6 meses a 1 ano), promover-se-á o regular impulso para o crime comum (havendo o julgamento do *meritum causae* para o crime comum) na Justiça Eleitoral.

Eis mais uma especificidade inerente à competência penal da Justiça Eleitoral.

4.3.4.4 Conexão entre crime eleitoral e crime militar

Como desdobramento da competência delimitada pela conexão do crime eleitoral com o crime comum e seus consectários, tem-se situação relevante e juridicamente possível, envolvendo a conexão entre um crime eleitoral e um crime militar.

Diante dessa hipótese, em que se trata de duas Justiças especiais, deve-se enfrentar a seguinte indagação: qual deve ser o foro competente, considerando que a Justiça Militar não tem competência para processar e julgar qualquer outro crime, ainda que conexo com o crime militar, devendo-se promover a separação de processos (art. 79, I, do CPP)?

Antes da resposta, versando sobre a Justiça Militar, a doutrina afirma que “não haverá reunião de processos da competência da Justiça Militar com os de qualquer outra jurisdição, diante da absoluta especialização e especialidade daquela (art. 79, I, do CPP)”.³⁶⁹

Poder-se-ia afirmar não ser possível faticamente a existência de conexão entre crime eleitoral e crime militar.

Ledo engano.

Sabe-se que os militares sempre são solicitados a auxiliar na organização do pleito eleitoral (convocação de efetivo da Polícia Militar no âmbito dos Estados da Federação) e, inclusive, em situações de risco estabelece o Código Eleitoral a possibilidade de “requisitar força federal necessária para garantir a votação e apuração” (art. 23, XIV, do CE).

A solicitação de tropas federais no escopo de garantir a normalidade do pleito eleitoral, diante de justificativas e circunstâncias que apontem para risco de perturbação dos trabalhos eleitorais (distribuição das urnas, organização da votação, manutenção da ordem no dia da eleição e apuração dos resultados) também encontra previsão na Resolução n. 21.843/2004 do TSE e vem sendo largamente utilizada pela Corte Eleitoral em todos os pleitos, mormente nas eleições municipais, nos rincões da nossa pátria.

³⁶⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de, *Curso de processo penal*, cit., p. 257.

Pois bem, imagine-se a hipótese em que um militar, requisitado para prestar segurança ao pleito eleitoral, venha a praticar conjuntamente crime militar (v.g., o crime de recusa de obediência – insubordinação – às ordens de superior – art. 136 do Código Penal Militar), com crime eleitoral (por exemplo, impedir ou embaraçar o exercício do sufrágio – art. 297 do CE, ou ainda, o crime de coação de eleitor – art. 301 do CE).

Retoma-se a pergunta: qual o foro competente?

Nesse caso, não obstante a conexão, dever-se-á promover a separação de processos e julgamentos, observando-se o querer do artigo 79, I, do Código de Processo Penal, diante da impossibilidade da Justiça Eleitoral exercer o *forum attrationes*, posto que “indeclinável será a disjunção de processos no concurso entre a jurisdição comum e a militar, *ex vi legis* (art. 79, I, do CPP), ou entre a militar e a eleitoral”.³⁷⁰

Portanto, quando a conexão ocorrer entre crime eleitoral e crime da competência da Justiça Militar, separam-se os processos, devendo cada feito ter o seu trâmite na respectiva Justiça especializada.

4.3.5 Crimes praticados contra a administração da Justiça Eleitoral e foro competente

Os crimes eleitorais estão tipificados no Código Eleitoral e nas leis extravagantes, sendo tutelados como bens jurídicos, consoante demonstrado no item 4.2.2, a liberdade e legitimidade do sufrágio, o livre exercício dos direitos políticos, a regularidade do pleito eleitoral e a lisura das eleições, buscando-se, com isso, o fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

Dentre as diversas classificações feitas pelos autores que estudam a problemática dos crimes eleitorais, avista-se a preocupação em delimitar os crimes que são praticados em detrimento da organização e funcionamento dos serviços eleitorais.

³⁷⁰ PEDROSO, Fernando de Almeida, *Competência penal: doutrina e jurisprudência*, cit., p. 99.

Existem vários tipos penais eleitorais guardados no Código Eleitoral, concebidos no escopo de resguardar o regular funcionamento da Justiça Eleitoral, considerando que essa Justiça especializada “desempenha uma série de atribuições, a iniciar pelo alistamento eleitoral, passando pelo controle dos partidos políticos e da propaganda eleitoral, preparação e realização das eleições, apuração dos resultados, até a efetiva diplomação dos eleitos”.³⁷¹

Entrementes, não existem no Código Eleitoral, ou até mesmo na legislação extravagante, figuras típicas que se assemelhem aos crimes contra a administração da Justiça, etiquetados nos artigos 338 e seguintes do Código Penal.

Logo, surge relevante questão processual, com desdobramento na delimitação da competência penal, consistindo na busca do foro competente para processar e julgar a conduta ilícita praticada em desfavor da administração da Justiça Eleitoral.

Crimes relativamente comuns praticados em detrimento da dignidade e lisura da administração e da Justiça Eleitoral (desacato, denúncia caluniosa, falso testemunho, tergiversação, destruição de autos do processo, dentre outros) não serão processados e julgados perante a Justiça Eleitoral (embora cometidos em desfavor dessa Justiça especializada), situações adiante esmiuçadas.

4.3.5.1 Conceito de crimes contra a administração da Justiça e a Justiça Eleitoral como integrante do Poder Judiciário da União

O Código Penal estabelece no Título IX (Dos Crimes contra a Administração pública), os crimes praticados por particulares contra a Administração em geral (Capítulo II) e os crimes praticados contra a administração da Justiça (Capítulo III).

Dentre os ilícitos penais, diversos podem ser praticados no âmbito do processo penal eleitoral, a exemplo do desacato à autoridade (réu que desacata delegado da Polícia Federal³⁷², membro do Ministério Público Eleitoral ou juiz eleitoral no exercício de suas funções), falso

³⁷¹ GOMES, Suzana de Camargo, *Crimes eleitorais*, cit., p. 301.

³⁷² “Em matéria criminal, é a Polícia Judiciária Federal que detém atribuições para instaurar e conduzir inquéritos policiais com vistas à apuração de crimes eleitorais, o que é feito corriqueiramente.” (GOMES, José Jairo, *Direito eleitoral*: conforme Resolução n. 22.610/2007 do TSE, cit., p. 50).

testemunho (testemunha que no curso de ação eleitoral – cível-eleitoral ou criminal-eleitoral – vem a praticar perjúrio), patrocínio infiel ou tergiversação (advogado que na mesma causa trai o dever profissional prejudicando interesse que lhe é confiado por partido político, coligação partidária ou candidato, ou, ainda, advogado que defende interesses antagônicos), subtração, ocultação ou destruição de autos ou de documento de valor probatório atinente a feito eleitoral, enfim, várias são as hipóteses em que a administração da Justiça Eleitoral pode figurar como vítima de condutas delitôgenas.

Neste diapasão, relevante definir em que consiste a administração da justiça, valendo-se de ensinamento doutrinário que afirma:

Não se trata no sentido restrito de jurisdição, mas de tudo quanto se refere à atuação e a atividade da Justiça, para conseguir os fins que lhe são próprios e inerentes. São os delitos aqui considerados fatos que não atentam apenas contra a instituição da Justiça, mas também contra a função, atingindo-a no prestígio e eficácia que lhe são absolutamente indispensáveis. (...) Protege-se, pois, a atuação, o desenvolvimento normal da instituição, tutelando-a contra fatos atentatórios à sua atividade, autoridade e à própria existência, isto é, contra fatos que a negam e postergam.³⁷³

Portanto, como a legislação penal eleitoral (Código Eleitoral e legislação extravagante) não prevêem figuras típicas que se assemelhem aos crimes acima mencionados, no escopo de proteger as autoridades e os atos da Justiça Eleitoral, que “precisam estar garantidas contra fatos atentatórios à sua atividade, ao seu império e a própria existência”³⁷⁴, em havendo qualquer conduta ilícita, aplicam-se as regras estampadas no Código Penal.

Diante dessa situação, remanesce a indagação: como delimitar o foro competente?

Como a Justiça Eleitoral “apresenta natureza de Justiça Federal, sendo mantida pela União e seus servidores são federais, além de possuir orçamento aprovado pelo Congresso Nacional”³⁷⁵, os crimes contra a administração da Justiça Eleitoral devem ser considerados como crimes praticados em detrimento da administração da Justiça federal, logo, por conseguinte, o foro competente passa a ser a Justiça Federal, aplicando-se o querer do artigo

³⁷³ NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 4. p. 355.

³⁷⁴ CUNHA, Rogério Sanches. *Direito penal*: parte especial. Coordenação de Luiz Flávio Gomes; Rogério Sanches Cunha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 427 (Direito Penal, v. 3).

³⁷⁵ GOMES, José Jairo, *Direito eleitoral*: conforme Resolução n. 22.610/2007 do TSE, cit., p. 50.

109, IV, da Constituição Federal, conjuminado com a Súmula n. 147 do STJ, havendo violação de bens, serviços ou interesses da União.

4.3.5.2 Crimes contra a administração da Justiça Eleitoral e desdobramentos processuais

Portanto, se no curso de um processo eleitoral – administrativo (transferência de domicílio eleitoral ou prestação de contas, *v.g.*), cível (ação de investigação judicial eleitoral ou ação de impugnação de mandato eletivo) ou criminal, para apurar crimes eleitorais e crimes comuns conexos) – houver a prática de qualquer dos crimes contra a Administração pública e/ou administração da Justiça (falso testemunho, desacato, destruição de autos, tergiversação etc.), ter-se-á como foro competente o Poder Judiciário Federal – Justiça Federal de primeiro grau (art. 109, IV, da *Lex Mater*) e/ou Tribunal Regional Federal respectivo – nas hipóteses de competência originária, aplicando-se a Lei n. 8.038/90.

Logo, se um eleitor, dirigente de partido político ou parte no processo penal eleitoral vem a desacatar delegado de polícia, promotor eleitoral ou juiz eleitoral, tem-se a violação do artigo 330 do Código Penal, devendo o feito vir a ser remetido para a Justiça Federal de instância primeira.

Este o entendimento dos tribunais:

Penal e processual penal. Crime de desacato. Artigo 331 do Código Penal. Promotora de justiça no exercício de funções eleitorais. Materialidade e autoria delitiva provada nos autos. Apelação do acusado a que se nega provimento.

(...)

III. Competência da Justiça Federal, por ter o fato delituoso sido praticado em face de promotora de justiça no exercício de função eleitoral (AP n. 2005.85.00.003236-2/SE, 2ª Turma, rel. Des. Fed. Manoel de Oliveira Erhart j. 10.06.08, *v.u.*, *DJU*, de 01.07.2008).³⁷⁶

³⁷⁶ RT 877/716.

Também esse é o posicionamento com relação ao crime de falso testemunho, afirmando a melhor doutrina, calçada em diversos precedentes jurisprudenciais:

A competência será da Justiça Federal quando o crime de falso testemunho ocorrer na Justiça Eleitoral (STJ, CC 2437/SP, José Dantas, 3ª S., u., 19.3.92; STJ, CC 34702/SP, Laurita Vaz, 3ª S., u., 25.6.03; STJ, CC 35883/SE, Fontes Alencar, 3ª S., u., 27.08.03).³⁷⁷

Esse entendimento vale para todos os demais crimes cometidos em detrimento da administração da Justiça Eleitoral (denúncia caluniosa, suborno ou peita de testemunha, subtração ou destruição de autos ou de papel de valor probatório, fraude processual, patrocínio infiel, patrocínio simultâneo ou tergiversação etc.), ou seja, tem-se como foro competente a Justiça Federal, tratando-se de crimes comuns, não possuindo a Justiça Eleitoral especialização para processar e julgar crimes comuns, ainda que praticados em detrimento de seu funcionamento, salvo se conexo com crime eleitoral, respeitando-se o contido nos artigos 121 da Constituição Federal e 35, II, do Código Eleitoral.

4.3.6 Competência para execução da sentença penal eleitoral

Após a condenação criminal com trânsito em julgado, deve-se promover a execução da pena imposta na sentença ou acórdão, podendo a reprimenda ser executada com a privação da liberdade do apenado (não mais acusado ou réu, posto que condenado com *animus* de definitividade, afastando-se a incidência do princípio constitucional da presunção de inocência – art. 5º, LVII, da CF), mediante a aplicação de uma pena restritiva de direitos substitutiva de uma sanção privativa da liberdade, ou ainda em razão da fixação de uma sanção de natureza pecuniária (pena de multa), quer substitutiva da pena privativa de liberdade (art. 60, § 2º, do CP), quer como sanção cabível alternativa ou cumulativamente com a pena privativa de liberdade.

O regramento não é diferente no âmbito do direito penal eleitoral, devendo-se esquadriñar, quando da execução penal, qual o foro competente para promover a execução das penas estabelecidas na decisão penal condenatória existente em processo penal eleitoral.

³⁷⁷ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 228.

Consigne-se que todas as análises jurídicas contidas neste estudo, até o atual estágio, dizem respeito à competência para processar e julgar os crimes eleitorais e os crimes comuns que lhe forem conexos.

Impende nesta quadra, ainda que *en passant*, perquirir o foro competente para promover a execução penal, quando se tratar de sentença penal condenatória oriunda da Justiça Eleitoral (independentemente do grau de jurisdição).

Eis os temas adiante esmiuçados, servindo de arremate quanto à análise da competência e dos crimes eleitorais.

4.3.6.1 Execução de penas privativas de liberdade e das penas restritivas de direito

Último estágio da lide penal, após a imposição de sentença condenatória com o advento do trânsito em julgado, tem-se a fase de execução da reprimenda, cumprindo-se o comando sentencial e aplicando-se o querer da lei.

Obviamente que o princípio constitucional da individualização da pena deverá incidir nessa fase (art. 5º, XLVI, da *Lex Mater*) – derradeiro estágio da individualização da pena –, aplicando-se para o cumprimento das sanções penais o quanto disposto na Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/84).

Pois bem, direto ao cerne do presente tópico, convém esclarecer o seguinte: quando transitada em julgado sentença ou acórdão condenatório oriundo da Justiça Eleitoral, havendo a fixação de pena privativa de liberdade ou restritiva de direito, onde deve ser executada a pena?

A quem compete a execução das reprimendas penais decorrentes do processo penal eleitoral?

O Código Eleitoral dispõe no artigo 363 que compete ao Ministério Público Eleitoral, sob pena de responder pela omissão³⁷⁸, promover a execução da sentença condenatória.

Entrementes, cabe a indagação: qual o foro competente, Justiça Eleitoral, Justiça Federal ou Justiça comum Estadual?

A resposta está contida no artigo 2º, parágrafo único, da Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/84) e, em razão de diversos conflitos de competência, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula n. 192, que afirma: “Compete ao Juízo das Execuções Penais do Estado a execução das penas impostas a sentenciados pela Justiça Federal, Militar ou Eleitoral, quando recolhidos a estabelecimentos sujeitos à administração estadual.”

Portanto, o condenado a pena privativa de liberdade executará a reprimenda penal perante a Vara de Execuções Penais mantida pelo Poder Judiciário Estadual, à qual competirá decidir sobre os incidentes contidos na Lei de Execução Penal (progressão de regimes, remição da pena, saída temporária, regressão de regimes, indulto ou comutação da pena, dentre outras hipóteses).

A Lei n. 10.792, de 01.12.2003, inseriu o parágrafo 1º no artigo 86 da Lei de Execução Penal, estabelecendo a possibilidade de a União Federal construir presídios federais.

De fato, hoje já existem em funcionamento dois presídios federais e outros dois estão sendo construídos, entretanto, pelo contido no texto legal, eles não se destinam ao cumprimento das condenações impostas pela Justiça Federal, Justiça Eleitoral e Justiça Militar.

Em verdade, esses presídios de segurança máxima têm como escopo promover o isolamento de apenados de periculosidade comprovada, aplicando inclusive o sistema de regime disciplinar diferenciado, “quando a medida se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio condenado” (art. 86, § 1º, da Lei de Execução Penal, com redação inserida pela Lei n. 10.792/2003).

³⁷⁸ O artigo 342 do Código Eleitoral afirma que configura crime eleitoral próprio “não apresentar o órgão do Ministério Público, no prazo legal, denúncia ou deixar de promover a execução de sentença condenatória”.

Dessarte, os crimes eleitorais não serão executados nos presídios federais, ainda que o ilícito tenha sido praticado em local onde fica sediado qualquer desses estabelecimentos prisionais.

Merece registro que a *ratio essendi legis* que legitimou a criação de presídios federais diz respeito à premente necessidade de evitar o crescimento do crime organizado, no qual várias facções criminosas de grandes proporções foram concebidas e existem mantidas nos presídios, comandando de dentro do cárcere condutas delitogênicas de elevada periculosidade, tais como o tráfico de drogas, tráfico de armas, assaltos a bancos, extorsão mediante sequestro, dentre outros delitos de gravidade elevada, causando verdadeiro pânico e tumulto no seio social.

Apenas para arrematar essa conclusão, ancora-se o presente estudo em posicionamento doutrinário que afirma:

Visa-se, pois, atender às situações graves que surgem, não apenas em termos de segurança pública, quando a presença do condenado em determinado local sirva para conturbar a ordem, mas do próprio condenado, como diz a lei, em situações identificáveis aos que pertencem a facções criminosas. Com efeito, não raras têm sido as notícias a respeito de execuções sumárias nos estabelecimentos penais por motivos relacionados às facções que se formaram nos presídios. Visa-se, pois, a neutralizar as lideranças negativas que se formam.³⁷⁹

Logo, de maneira insofismável chega-se a seguinte conclusão: condenado a pena privativa de liberdade por crime eleitoral deverá cumprir a reprimenda em estabelecimento prisional estadual, ficando adstrito, após o trânsito em julgado da decisão condenatória à jurisdição prestada pela Vara de Execução Penal pertencente a Justiça Estadual, aplicando-se, com isso, o querer da Súmula n. 192 do STJ, não se adequando os crimes eleitorais à hipótese de determinação de cumprimento de pena em presídio federal.

E quanto às penas restritivas de direito (fruto da substituição da pena privativa de liberdade, quando preenchidos os requisitos contidos no art. 44 do CP), qual deverá ser o foro competente para executá-las?

³⁷⁹ KUEHNE, Maurício. Alterações à execução penal: primeiras impressões. In: GOMES, Luiz Flávio; VANZOLINI, Maria Patrícia. (Coord.). *Reforma criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 296.

Essas reprimendas deverão ser executas pela própria Justiça Eleitoral, encontrando-se farta jurisprudência nesse sentido³⁸⁰, somente passando a existir a competência da Justiça Estadual comum ordinária quando ocorrer eventual conversão da pena restritiva de direito para privativa de liberdade, em razão do descumprimento das condições impostas.

Essas as primeiras conclusões no que pertine ao foro competente em sede de execução penal, havendo a execução de sanção penal estabelecida pela Justiça Eleitoral.

4.3.6.2 Execução da pena de multa

Quando do estudo das reprimendas cabíveis no âmbito do direito penal eleitoral, descobriu-se a possibilidade de incidência das penas privativas de liberdade em conjunto com as penas de multa, alternativamente com a pena pecuniária, ou ainda a possibilidade de crimes eleitorais que estabelecem única e exclusivamente a pena de multa como possível (art. 320 do CE, *v.g.*).

Convém repisar que a pena de multa também decorre de eventual substituição de pena privativa de liberdade, desde que não superior a 6 meses, nos moldes do contido no artigo 60, parágrafo 2º, c.c. o artigo 44, II e III, do Código Penal.

Estabelecida a pena de multa na decisão condenatória, originariamente ou por força de conversão, havendo o trânsito em julgado do *decisum*, questiona-se: qual o foro competente e quem possui legitimidade para cobrar a sanção pecuniária?

Sabe-se que desde a revogação expressa dos parágrafos 1º e 2º do artigo 51 do Código Penal pela Lei n. 9.268/96, proibindo-se a conversão da pena de multa em privativa de liberdade, passou a sanção pecuniária a se constituir em dívida de valor com o Poder Público, sendo que no caso de pena de multa fixada pela Justiça Eleitoral, tem-se dívida de valor

³⁸⁰ “Compete à Justiça Eleitoral fazer cumprir as obrigações impostas em *sursis* concedido a réu condenado por crime eleitoral, já que inexistente qualquer afetação sujeita a controle do Juízo. (STJ – CC n. 16.941/SP).”; “Compete ao juiz eleitoral, que suspende o processo-crime com base na Lei n. 9.099/95 (art. 89), a fiscalização do cumprimento das condições que impôs ao acusado, consoante se depreende do artigos 98 da Constituição Federal e 89, parágrafo 1º, da Lei n. 9.099/95 (RSTJ 99/301).” (MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Execução penal*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 37).

pertencente à União Federal, passível de execução fiscal a ser encetada pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional.

Nesse sentido, diz a doutrina:

Tem-se concluído que a multa imposta em sentença transitada em julgado tendo sido aplicada isolada ou cumulativamente com outra pena, perde o caráter de sanção penal, transformando-se em mera dívida de valor, com todas as consequências desta. (...) Assim, a atribuição para executar a multa teria passado a Procuradoria Fiscal e a competência para o processo ao Juízo das Execuções Fiscais.³⁸¹

Esse o desdobramento a ser encetado na hipótese da fixação de pena de multa para os crimes eleitorais, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ou seja, considera-se a pena de multa dívida de valor, inscreve-se na dívida ativa como débito não tributário e determina-se a execução fiscal pela Justiça Federal, na Vara da Execução Fiscal, seguindo-se o rito esculpido na Lei n. 6.830/80.

³⁸¹ MIRABETE, Júlio Fabbrini, *Execução penal*, cit., p. 713.

5 CRIMES ELEITORAIS DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO – APLICAÇÃO DOS INSTITUTOS DESPENALIZADORES DA LEI N. 9.099/95 NO ÂMBITO DA JUSTIÇA ELEITORAL

5.1 Crime de menor potencial ofensivo

Demonstrada a competência penal da Justiça Eleitoral, deve-se voltar o foco para os desdobramentos atinentes aos crimes de menor potencial ofensivo e a aplicação das regras pertinentes ao direito penal consensual e dos institutos despenalizadores (*plea bargaining* – transação penal, suspensão condicional do processo e composição civil dos danos) na seara da Justiça Eleitoral.

Antes, porém, impende fazer um rápido esboço do conceito de crime de pequeno potencial ofensivo, inclusive gizando componentes extraídos da evolução histórica desse conceito, bem como a análise e os desdobramentos inerentes aos Juizados Especiais Criminais.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 98, I, traz a primeira previsão do crime de pequeno potencial ofensivo, do Juizado Especial Criminal e da necessidade de criação de um rito específico com institutos despenalizadores.

Diz a Magna Carta:

Artigo 98 - A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I. juizados especiais, providos de juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

O legislador constituinte apenas tracejou os delineamentos básicos do Juizado Especial Criminal, reportando-se ao crime de pequeno potencial ofensivo, sem, contudo, vir a defini-lo, ficando essa tarefa afeita ao legislador ordinário, responsável não só pela conceituação do

crime de menor potencial ofensivo, como também pela criação dos Juizados Especiais Criminais, delimitação dos princípios norteadores e fases que integram o rito processual sumaríssimo.

Somente em 1995 com o advento da Lei n. 9.099/95, que criou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, cujo artigo 61 define como crime de pequeno potencial ofensivo as contravenções penais e os crimes punidos com pena máxima de até um ano, além de ser vedada a aplicação desse diploma legal para os crimes que possuíam rito específico (como é o caso dos crimes eleitorais, *v.g.*, considerando o quanto disposto nos arts. 355 *usque* 364 do CE).

Posteriormente, sofreu o texto constitucional um acréscimo, com o advento da Emenda Constitucional n. 22, de 18.03.1998, adicionando parágrafo único ao artigo 98, determinando a criação dos Juizados Especiais Federais.

Em atenção ao novel comando constitucional, veio a lume no ordenamento jurídico pátrio a Lei n. 10.259/2001, estabelecendo o parágrafo único do artigo 2º desse diploma legal a conceituação de crime de pequeno potencial ofensivo na esfera do Poder Judiciário Federal, como sendo aquele com pena máxima de até dois anos, nada versando sobre as infrações que possuíam rito próprio ou específico na sua apuração.

Diversas interpretações passaram a ocorrer com o advento da novel lei, podendo-se destacar a corrente minoritária, que entendia que existiam duas possibilidades de conceituação de crimes de pequeno potencial ofensivo (um da competência da Justiça Estadual, com pena de até um ano, e outro da competência da Justiça Federal, com reprimenda *in abstracto* de até dois anos).

Uma outra corrente doutrinária (com maior fôlego e calcada no princípio constitucional da isonomia – art. 5º, *caput*, da CF) passou a sustentar a derrogação tácita do artigo 61 da Lei n. 9.099/95 pelo artigo 2º, parágrafo único da Lei n. 10.259/2001, sendo ampliado o conceito de crime de menor potencial ofensivo (independentemente do foro competente – Justiça Estadual ou Judiciário Federal) para todo e qualquer crime com pena de até dois anos, independentemente de rito específico (passando a englobar esse entendimento os crimes eleitorais, crimes contra a honra, dentre outras hipóteses).

Para dissipar as dúvidas e corrigir as erronias, adentrou no ordenamento jurídico pátrio a Lei n. 11.313/2006, que redefiniu o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo, afirmando tratar-se de contravenções penais, crimes com pena máxima abstratamente cominada de até dois anos, sendo a reprimenda privativa de liberdade cumulada ou não com a pena pecuniária, além da incidência do rito sumaríssimo, com as medidas despenalizantes da Lei n. 9.099/95 (Juizado Especial Criminal) para todo e qualquer crime, independentemente de previsão de ritualística processual própria, eis que afastada a vedação das infrações apuradas por rito específico.

Pode-se afirmar que na gênese do conceito de infração penal de pequeno potencial ofensivo, até os dias atuais, “o critério utilizado, basicamente, pelo legislador para determinar o que seja delito de menor potencial ofensivo foi o da intensidade da sanção, a pena”.³⁸²

Acredita-se que com a vigência da Lei n. 11.313/2006, foi definitivamente assentada a discussão versando sobre a abrangência do conceito da infração penal de pequeno potencial ofensivo e a competência do Juizado Especial Criminal.

Este é o entendimento da doutrina:

Hoje, contudo, principalmente em face do novo diploma já tantas vezes citado, são da competência do Juizado Especial Criminal dos Estados e do Distrito Federal o processo e julgamento das contravenções e dos crimes cuja pena máxima não supere dois anos, sujeitos ou não a procedimento especial, ressalvada a competência dos Juizados Especiais Criminais Federais.³⁸³

Portanto, o artigo 2º, parágrafo único, da Lei n. 10.259/2001 derogou o artigo 61 da Lei n. 9.099/95, posto que a interpretação dada pela jurisprudência pátria, *una voce*, é no sentido de que se estendia para o âmbito dos Juizados Estaduais a ampliação do conceito de crime de menor potencial ofensivo (pena de até dois anos), além de não mais existir qualquer vedação, em razão da previsão expressa da existência de procedimento especial.

³⁸² TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais: comentários à Lei 9.099/95*. 5. ed. rev., ampl. e atual. com a Lei 11.313/2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 405.

³⁸³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais*. 4. ed. rev. e atual. de acordo com as Leis 11.313/06 e 11.340/06. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 29.

Com a Lei n. 11.313/2006, regularizou-se a situação, posto que “o legislador não teve outro jeito, senão ceder à força da jurisprudência e da doutrina, e, desse modo, editou a Lei n. 11.313, de 28.06.2006, alterando o artigo 61 da Lei n. 9.099/95, aumentando o teto da pena máxima para considerar infração de menor potencial ofensivo a punida com pena máxima de 2 (dois) anos”.³⁸⁴

Esse o entendimento hoje vigente, aplicável em todos os foros e instâncias, inclusive perante o Poder Judiciário Eleitoral, para os crimes eleitorais e os crimes comuns conexos com os crimes eleitorais.

5.1.1 Afastamento da vedação atinente ao procedimento especial com a vigência da Lei n. 11.313/2006

O advento da Lei n. 11.313/2006 fez com que as regras do Juizado Especial Criminal contidas na Lei n. 9.099/95 passassem a ser aplicadas sem qualquer questionamento no âmbito da Justiça Eleitoral.

Explica-se: mesmo com o surgimento da Lei n. 10.259/2001 suprimindo a vedação de incidência das regras do direito penal consensual para os crimes que fossem apurados com rito próprio ou específico, havia alguns questionamentos doutrinários a respeito da viabilidade dessa incidência normativa (alguns autores e parte da jurisprudência entendiam ser impossível aplicar o rito esculpido na Lei n. 9.099/95 nos crimes eleitorais).

Hoje, contudo, considerando a modificação normativa produzida pela Lei n. 11.313/2006, não remanesce o menor laivo de dúvida de que ela se aplica na hipótese de todo e qualquer crime, independentemente de previsão de rito próprio específico, bastando que o tipo penal tenha uma pena máxima de até dois anos, para que venham a incidir os institutos despenalizadores contidos na Lei n. 9.099/95.

³⁸⁴ TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias, *Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais*: comentários à Lei 9.099/95, cit., p. 413.

Esse o posicionamento do Tribunal Superior Eleitoral, que chegou inclusive a editar a Resolução n. 21.294 a respeito da matéria.

Colhe-se dessa Resolução, que tem força de lei e vincula a atuação de todos os Tribunais Regionais Eleitorais e juízes eleitorais do país, a seguinte passagem, que afirma:

É possível, para as infrações penais cuja pena não seja superior a dois anos, a adoção da transação e da suspensão condicional do processo, salvo para os crimes que contam com um sistema punitivo especial, entre eles aqueles a cuja pena privativa de liberdade se cumula a cassação de registro se o responsável for candidato, a exemplo do tipificado no artigo 334 do Código Eleitoral.³⁸⁵

Portanto, o Tribunal Superior Eleitoral não só passou a aceitar a incidência dos institutos despenalizadores previstos na Lei n. 9.099/95 após a criação dos Juizados Especiais Criminais Federais (Lei n. 10.259/2001), como expressamente versou sobre a matéria, editando resolução eleitoral que possui o condão de recomendar a todos os juízes eleitorais do país que apliquem o rito processual esculpido na Lei n. 9.099/95 nos crimes eleitorais, bem como os institutos despenalizadores contidos nesse diploma legal (composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo).

Uma questão resulta de grande relevância, qual seja: apesar de serem aplicáveis os institutos previstos nos artigos 74, 76 e 89 da Lei n. 9.099/95, excepcionalmente não será possível a incidência de mecanismos consecutórios do *plea bargaining* (direito penal consensual), ainda que o autor do fato etiquetado como crime eleitoral venha a ser primário e de antecedentes sem máculas, posto que estão excepcionados “os crimes que contam com um sistema punitivo especial, como no caso do artigo 334”?³⁸⁶

Trilhando essa mesma senda, encontra-se escólio que afirma:

Apesar de serem aplicáveis os institutos previstos nos artigos 69, 74, 76 e 89 da Lei n. 9.099/95, excepcionalmente não serão aplicáveis, quando os tipos penais eleitorais extravasarem, sob o ângulo da apenação, a perda da liberdade e a imposição de multa, para alcançarem, relativamente a

³⁸⁵ Resolução TSE n. 21.294 (rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 07.11.2002, *DJ*, de 07.02.2003, p. 133).

³⁸⁶ CORDEIRO, Vinícius; SILVA, Anderson Galdino da, *Crimes eleitorais e seu processo*, cit., p. 259.

candidatos, a cassação do registro, conforme exemplo do artigo 334 do CE (cf. Acórdão 25.137/2005, TSE, Rel. Min. Marco Aurélio e Resolução do TSE 21.294/2002, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 07.11.2002).³⁸⁷

Logo, regra geral: aplicam-se os institutos despenalizadores da Lei n. 9.099/95 no seio da Justiça Eleitoral (embora não exista um Juizado Especial Eleitoral), entretantes, somente existirá óbice à aplicação desses preceitos legais (arts. 74, 76 e 89 da Lei n. 9.099/95) quando os crimes eleitorais trouxerem como pena, além da privação da liberdade e/ou multa, questões atinentes aos direitos políticos (como cassação de registro de candidatura ou diploma expedido pela Justiça Eleitoral, v.g., art. 334 do CE).

5.2 Crimes eleitorais de menor potencial ofensivo e incidência dos institutos despenalizadores da Lei n. 9.099/95

Considerando que não existem contravenções penais eleitorais, pode-se conceituar, para fins de incidência da Lei n. 9.099/95, que se considera infração penal eleitoral de pequeno potencial ofensivo todo crime eleitoral contido no Código Eleitoral ou na legislação extravagante ao qual venha a ser cominada pena de multa e/ou pena privativa de liberdade (detenção ou reclusão) no patamar máximo de até dois anos, ressalvados os tipos eleitorais que imponham sanções diversas da pecuniária e a perda da liberdade e tenham pertinência com o exercício dos direitos políticos (cassação de registro de candidatura ou cassação de diploma, por exemplo).

Após acurada análise dos tipos penais eleitorais, descobre-se que a imensa maioria das condutas se enquadram no conceito de crime eleitoral de pequeno potencial ofensivo, sendo encontradas 56 figuras típicas penais, quais sejam: a) Código Eleitoral: artigos 290, 292, 293, 295, 296, 297, 300, 303, 304, 305, 306, 310, 311, 312, 313, 314, 318, 319, 320, 321, 323, 324, *caput*, 324, parágrafo 1º, 325, 326, *caput*, 326, parágrafo 2º, 331, 332, 334, 335, 337, *caput*, 337, parágrafo único, 338, 341, 342, 343, 344, 345, 346 e 347; b) Lei n. 6.091/74: artigo 11, I e II; c) Lei n. 7.021/82: artigo 5º; d) Lei Complementar n. 64/90: artigo 25; e) Lei n. 9.504/97:

³⁸⁷ CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua; CERQUEIRA, Camila Medeiros de Albuquerque Pontes Luz de Pádua. *Tratado de direito eleitoral: processo penal eleitoral*. São Paulo: Premier Máxima, 2008. v. 3, p. 578.

artigos 33, parágrafo 4º, 34, parágrafos 2º e 3º, 39, parágrafo 5º, I, II e III, 40, 68, parágrafo 2º, 87, parágrafo 4º e 91, parágrafo único.

Portanto, cometido qualquer dos tipos penais eleitorais acima mencionados, a autoridade policial que tomar conhecimento deverá lavrar o termo de ocorrência circunstanciado, remetendo à Zona Eleitoral competente, onde serão aplicados os institutos da Lei n. 9.099/95, seguindo-se o rito estabelecido na Lei dos Juizados Especiais Criminais.

Doravante, serão apreciadas questões atinentes à composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo na Justiça Eleitoral, abordando-se os principais contornos e desdobramentos.

5.2.1 Possibilidade de aplicação das Leis ns. 9.099/95 e 11.313/2006 pelo Poder Judiciário Eleitoral

Evidentemente que se está a conceituar o crime eleitoral de pequeno potencial ofensivo é porque não remanesce o menor laivo de dúvida de que são perfeitamente aplicáveis no Poder Judiciário Eleitoral as Leis ns. 9.099/95 e 11.313/2006, inclusive na superior instância, em hipóteses de foro por prerrogativa de função, por exemplo.

Embora hoje pacífica a matéria, impende consignar que quando do advento da Lei 10.259/2001, houve ligeira discordância ou dúvida com relação à aplicação dos citados diplomas legais no Judiciário Eleitoral.

A melhor doutrina sempre se posicionou favorável à incidência do direito penal consensual no âmbito do Poder Judiciário Eleitoral, embora não exista um Juizado Especial Criminal Eleitoral, sendo sugerida a criação desses Juizados:

É interessante notar que a Justiça Eleitoral representa uma forma de Justiça especializada, expressamente tratada nos artigos 118 a 121 da Seção VI, do Capítulo III, do Título IV, da Constituição Federal, daí a necessidade de criação de um Juizado Especial Criminal para a análise e eventual

juízo das infrações eleitorais de pequeno potencial ofensivo. A medida justifica-se dadas as especificidades e consequências decorrentes dos crimes eleitorais.³⁸⁸

Mesmo não existindo os Juizados Especiais Criminais Eleitorais, aplicam-se os dispositivos despenalizadores das Leis ns. 9.099/95 e 11.313/2006 nos crimes eleitorais pelo próprio juiz eleitoral titular da Zona Eleitoral onde se deu o fato delitífero, ou ainda pelo Tribunal Regional Eleitoral.

Este o entendimento pacificado na doutrina:

Com o advento da Lei n. 9.099/1995 restou evidente a relevância de se indagar da incidência, ou não, dessa lei, em matéria eleitoral. Cogita-se, apenas, nesta indagação, da matéria criminal, já que na parte da lei relativa às causas cíveis (art. 3º) o texto é, por evidente, absolutamente inaplicável em direito eleitoral, em cuja temática sequer existe o elenco de hipóteses previsto nesse artigo 3º.

Dos institutos constantes da LJEC, incidem em matéria penal eleitoral a transação penal (art. 76) e a suspensão condicional do processo (art. 89).³⁸⁹

Extrai-se de uma interpretação sistemática do direito a inevitável incidência dos institutos despenalizadores guardados na Lei dos Juizados Especiais Criminais nos crimes eleitorais cuja tramitação ocorre na Justiça Eleitoral, foro competente, conforme demonstrado no Capítulo 4.

5.22 Critérios utilizados para delimitação da pena mínima no crime eleitoral

O direito penal eleitoral possui diversas peculiaridades que o tornam diferente do direito penal comum, conforme já tantas vezes foi enfatizado no curso deste estudo.

Uma dessas nuances diz respeito à cominação do *quantum* correspondente à pena mínima e ao estabelecimento de atenuantes e agravantes.

³⁸⁸ PONTE, Antonio Carlos da, *Crimes eleitorais*, cit., p. 109.

³⁸⁹ CÂNDIDO, Joel José, *Direito penal eleitoral e processo penal eleitoral*, cit., p. 69.

Foram analisadas no item 4.2.5 as peculiaridades da fixação da pena para os crimes eleitorais, dentre elas o estabelecimento de pena mínima idêntica para vários crimes, conforme preceitua o artigo 284 do Código Eleitoral.

Dois desdobramentos importantes sobressaem da análise desse dispositivo legal, quais sejam:

1. Existem crimes eleitorais em que o legislador estabelece pena mínima e máxima, ao promover a cominação do preceito secundário do tipo penal (por exemplo, o art. 91, parágrafo único, da Lei n. 9504/97, retenção de título eleitoral, cuja pena varia de um a três meses de detenção e multa de cinco a dez mil UFIR), enquanto em outros tipos penais não se estabelece o mínimo cominado, incidindo o artigo 284 do Código Eleitoral (por exemplo, o art. 299 do CE: Pena – reclusão até quatro anos e pagamento de cinco a quinze dias-multa).

Logo, para o crime de corrupção eleitoral, a pena mínima, como não foi expressamente fixada, será de um ano, passível de *sursis* processual inclusive (art. 89 da Lei n. 9.099/95, não obstante a oposição de parte da doutrina, por razões adiante alinhavadas).

2. É definida a pena mínima com o mesmo lapso temporal de duração (art. 284 do CE) para diversas figuras típicas, não havendo preocupação em delimitar para cada tipo penal o preceito secundário.

Outra questão assaz interessante no âmbito do direito penal eleitoral diz respeito ao contido no artigo 285 do Código Eleitoral, que estabelece patamar mínimo e máximo para diminuição e aumento de pena em razão da existência de atenuante e agravante.

Essa situação, já estudada com maior vagar no item 4.2.5, é completamente diversa da legislação penal comum (arts. 61 *ut* 65 do CP).

Nesse sentido, afirma a doutrina:

No direito penal eleitoral, ainda, há agravação ou atenuação da pena em *quantum* fixo nas regras gerais (art. 285), uniforme para todos os casos (entre um quinto e um terço), salvo se a lei estabelecer *quantum* diverso, o

que não ocorre no direito penal comum. Essa agravação ou atenuação, porém, não pode ultrapassar os limites máximo e mínimo da pena ao crime cominada.³⁹⁰

Esta a forma de se determinar a pena mínima nos crimes eleitorais: após o enquadramento, tratando-se de crime punido com detenção ou reclusão, ter-se-á a pena mínima, considerando o máximo fixado; deve-se então promover o enquadramento no limite estabelecido na Lei n. 11.313/2006, buscando, por exemplo, identificar quais os delitos eleitorais que ensejam a possibilidade de incidência do mecanismo inerente ao direito penal consensual denominado de transação penal, ou ainda o enquadramento da figura típica penal eleitoral na figura despenalizante estampada no artigo 89 da Lei n. 9.099/95 (suspensão condicional do processo).

5.2.3 Dificuldade de incidência da etapa procedimental atinente à busca da composição civil dos danos (art. 74 da Lei n. 9.099/95)

O primeiro dos institutos despenalizadores amparado e previsto na Lei n. 9.099/95 é a composição civil dos danos, na qual se destaca uma louvável preocupação do legislador com a figura da vítima, objetivando a reparação cível dos prejuízos causados pela prática delitígena (abordando tanto os danos materiais, como os danos morais).

Consigne-se que somente na última reforma do processo penal brasileiro a preocupação com a vítima passou a integrar o ordenamento jurídico de forma mais prática e efetiva³⁹¹, estabelecendo o legislador que na sentença condenatória deve o magistrado fixar um valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.

Comentando essa alteração legislativa, diz a doutrina:

Trata-se de inovação promovida pela lei em comento, que determina ao magistrado sentenciante, ao condenar o réu, fixar em sentença um “valor mínimo” para a reparação dos danos resultantes da infração, levando em conta os prejuízos suportados pela vítima.

³⁹⁰ CÂNDIDO, Joel José, *Direito penal eleitoral e processo penal eleitoral*, cit., p. 102.

³⁹¹ Trata-se da inclusão do artigo 387, IV, no Código de Processo Penal feita pela Lei n. 11.719, de 20.06.2008.

A novidade inserida nos artigos 63 e 387, ambos do Código de Processo Penal, tem por escopo a facilitação e aceleração de futura ação civil *ex delicto*, evitando-se, com isso, que se realize prévia fase de liquidação dos danos suportados pelo ofendido quando estes forem facilmente apuráveis pelo juízo criminal.³⁹²

Portanto, somente no atual estágio passou a indenização da vítima a ser algo mais pensado pelo moderno processo penal brasileiro, independentemente do crime e do rito processual (sumário ou ordinário).

Para os crimes de pequeno potencial ofensivo, seguindo-se o rito estabelecido na Lei n. 9.099/95 (art. 74), desde o advento dos Juizados Criminais, passou-se a ter especial preocupação com o ressarcimento dos danos (materiais e morais) sofridos pela vítima; deve ser designada uma audiência preliminar de composição dos danos civis, da qual, em logrando êxito o acordo, com a devida e necessária homologação, haverá duas consequências jurídicas relevantes:

1. Em se tratando de crime de ação pública condicionada ou ação privada, a homologação do acordo extingue a punibilidade.

Registre-se que, em se tratando de ação pública incondicionada, quando identificado o sujeito passivo mediato, nada obsta a realização da composição civil, entretanto “a homologação do acordo não impede o prosseguimento do processo, como se vê dos artigos 75 (não composição de danos), 76 (transação penal) e 77 (oferecimento da denúncia)”³⁹³. Ressalte-se também que todos os crimes eleitorais, inclusive os praticados contra a honra durante a propaganda eleitoral, são de ação pública incondicionada (art. 355 do CE).

2. A decisão que homologa o acordo constitui título executivo judicial, como é a sentença condenatória proferida no processo de conhecimento, nos termos do artigo 475-N do Código de Processo Civil.

³⁹² TRIGUEIROS NETO, Arthur da Motta; MONTEIRO, Marcelo Valdir. *Comentários às recentes reformas do Código de Processo Penal e legislação extravagante correlata*. 2. ed. São Paulo: Método, 2009. p. 137.

³⁹³ TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias, *Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais: comentários à Lei 9.099/95*, cit., p. 529.

Embora a composição e o acordo devam ser a *meta optata* do Poder Judiciário, concitando as partes a abrirem mão do litígio em nome da pacificação social, ver-se-á que nos crimes eleitorais, é praticamente impossível a composição civil. E porque se apresenta como difícil a configuração da composição cível no âmbito da Justiça Eleitoral, quando da prática do crime eleitoral?

Na imensa maioria dos crimes eleitorais, o dano é praticado em desfavor do Estado, da organização da Justiça Eleitoral, contra as instituições democráticas, o livre exercício do direito ao voto e a própria democracia, não havendo a localização do sujeito passivo, e mesmo em se identificando e particularizando a vítima (como na hipótese dos crimes contra a honra praticados durante a propaganda eleitoral – arts. 324, 325 e 326 do CE), não incidirá o caráter despenalizador da composição civil, posto que consoante afirmado alhures (art. 355 do CE), todos os crimes eleitorais são de ação pública incondicionada.

Logo, dificilmente ocorrerá a incidência do artigo 74 nos crimes eleitorais de pequeno potencial ofensivo, e mesmo quando se entender pela possibilidade de sua atuação, impende registrar que o acordo cível não possui o condão de obstar o curso da demanda criminal.

5.2.4 Aplicação da transação penal nos crimes eleitorais de pequeno potencial ofensivo e seus desdobramentos

O artigo 76 da Lei n. 9.099/95 conceitua e apresenta os requisitos para a obtenção da transação penal, verdadeira barganha (*plea bargaining*) entre o Ministério Público e o suposto autor do fato.

Diz o artigo 76, parágrafo 2º, da Lei n. 9.099/95 quais as hipóteses em que não é possível a transação penal, destacando-se a situação pessoal do autor do fato (primariedade, antecedentes sem registros, não ter usufruído de referido benefício nos últimos cinco anos, conduta social, personalidade do agente e motivos do crime a autorizarem a adoção da medida despenalizadora).

Preenchidos os requisitos, deve o Ministério Público, consoante adiante detalhado, ofertar a proposta, cuja aceitação depende do comparecimento do suposto autor do fato devidamente acompanhado de advogado constituído, ou com a designação de um defensor público ou dativo; em sendo aceita a proposta, deverá o juiz promover a homologação do acordo.

O descumprimento da transação penal devidamente homologada gera as consequências doravante estudadas, sendo que além de evitar o oferecimento da denúncia, não atacando o princípio constitucional da presunção de inocência, mantendo intacto e sem máculas os antecedentes do suposto autor do fato, a transação penal em matéria eleitoral ainda apresenta uma enorme vantagem para o candidato ou detentor de mandato eletivo que eventualmente esteja sendo acusado de prática de crime eleitoral, qual seja, não produz qualquer consequência para fins de inelegibilidade, preservando a capacidade eleitoral passiva ou direitos políticos passivos, consistindo no direito de inscrever-se para disputar mandato eletivo e vir a ser votado, em suma, a capacidade de ser eleito.

Importante repisar que os crimes eleitorais possuem um efeito específico da condenação esculpido no artigo 1º, I, “e”, da Lei Complementar n. 64/90, consistindo na inelegibilidade por três anos após a condenação e o cumprimento da reprimenda penal.

Dessarte, a transação penal ofertada e devidamente aceita, cumprindo-se as formalidades do artigo 76 da Lei n. 9.099/95, a depender do desenho fático contido na lide penal, pode se encontrar revestida de relevantes consequências, mormente pelo fato de evitar a instrução processual e o risco de uma condenação criminal e suas consequências deletérias, dentre elas a inelegibilidade (situação que atormenta o político militante, posto que para cada novo pedido de registro de candidatura, precisa o candidato demonstrar que é elegível).

5.2.4.1 Propositura da transação penal, ausência de proposta e seus desdobramentos

A propositura da transação penal compete ao Ministério Público Eleitoral, considerando que todos os crimes eleitorais são de ação pública incondicionada.

Portanto, tendo o Ministério Público Eleitoral recebido o termo de ocorrência circunstanciado, inquérito policial ou peças de informação, sendo plausível o oferecimento da denúncia ante a existência de indícios veementes da autoria do crime e comprovação da sua prática ou consumação, deve o *Parquet* Eleitoral solicitar a designação de audiência, notificando-se o suposto autor do fato, advertindo da necessidade de comparecer acompanhado de advogado, quando então será apresentada a proposta de transação penal.

Registre-se que não se está diante de uma liberalidade ou faculdade do Ministério Público Eleitoral, mas sim perante verdadeiro poder-dever do órgão de acusação (transação como direito subjetivo do suposto autor do fato).

Afirma a doutrina, sem tergiversar, que a apresentação da proposta de transação penal não fica ao talante do *Parquet*, eis que se constitui em verdadeira obrigatoriedade do órgão de acusação, desde que possível extrair dos autos e das condições pessoais do suposto autor do fato os requisitos autorizadores contidos na norma.

Nesse sentido, pode-se afirmar que “se o autor do fato preencher os requisitos para obter a transação (direito subjetivo), o Ministério Público deverá – e não poderá (faculdade) – propô-la. Estamos diante de um poder-dever”³⁹⁴.

Eis a conclusão processual possível: demonstrando o suposto autor do fato que estão presentes os requisitos ensejadores da proposta de transação penal, deverá (obrigatoriamente) o Ministério Público ofertá-la, nos moldes especificados em lei (art. 76 da Lei 9.099/95).

Diante dessa situação, indaga-se: o que fazer na hipótese do *Parquet* Eleitoral, mesmo diante do preenchimento das condições objetivas e subjetivas para a apresentação de proposta de transação penal, optar por não apresentá-la?

Acredita-se que nesse caso deve-se aplicar analogamente o querer do artigo 28 do Código de Processo Penal (incidindo de maneira subsidiária no processo penal eleitoral, por força de determinação expressa do art. 364 do CE).

³⁹⁴ TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias, *Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais*: comentários à Lei 9.099/95, cit., p. 561.

Ou seja, impõe-se que se promova a remessa dos autos ao procurador regional eleitoral para que o comandante do Ministério Público Eleitoral daquele Estado da Federação promova a proposta de transação penal, realize o ajuizamento da ação penal (caso julgue possível, ofertando denúncia), delegue atribuições a outro representante do Ministério Público Eleitoral para vir a fazê-lo ou, ainda, insista no não oferecimento da transação penal ou no arquivamento do feito, devendo ser atendido o comando oriundo do *Parquet* Eleitoral por parte do juiz eleitoral titular da Zona Eleitoral onde tramita o termo de ocorrência circunstanciado.

Sobre a transação penal, não foi batido o martelo pelo Poder Judiciário com relação à interpretação acima mencionada, entretanto não se pode olvidar a existência de verbete de súmula do Supremo Tribunal Federal que aborda a hipótese de não apresentação de proposta do *sursis* processual (situação que guarda inúmeras semelhanças com a transação penal, no que pertine ao direito subjetivo do acusado).

Com efeito, afirma a Súmula n. 696 do STF:

Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o promotor de justiça a propô-la, o juiz dissentindo, remeterá a questão ao procurador geral, aplicando-se por analogia o artigo 28 do Código de Processo Penal.

Logo, *mutatis mutandis*, deve-se aplicar essa súmula na hipótese de recusa injustificada ou imotivada por parte do órgão ministerial de ofertar proposta de transação penal, verdadeiro direito subjetivo do suposto autor do fato.

Derradeiramente, uma questão se coloca: e quando houver ação penal privada, quem deve propor a transação penal?

Primeiramente, cumpre reiterar que não obstante os crimes eleitorais sejam todos de ação pública incondicionada (art. 355 do CE), nada obsta que seja proposta a ação privada subsidiária da pública, caso exista inércia do *Parquet* Eleitoral.

A ação penal privada subsidiária da pública existe no ordenamento jurídico como verdadeira garantia constitucional do cidadão/vítima, que não deve ficar à mercê do Ministério Público, razão pela qual está etiquetada no rol de direitos e garantias fundamentais contidos na Constituição da República (art. 5º, LIX).

Ademais, a própria Carta Política de 1988 não estabeleceu nenhuma restrição quanto à aplicação da ação penal privada subsidiária da pública nos processos relativos aos delitos previstos na legislação especial, devendo ela vir a ser admitida nas ações em que se apurem crimes eleitorais.

Dessa forma, em sendo ofertada ação privada subsidiária da pública em matéria penal eleitoral (insista-se: algo perfeitamente possível, consoante precedentes do TSEI)³⁹⁵, também se apresentará como cabível a apresentação de proposta de transação penal.

Dessa forma, pode-se concluir que na hipótese de ação penal privada deflagrada para apurar crime eleitoral (art. 5º, LIX, da CF c.c. o art. 29 do CPP), dever-se-á ofertar proposta de transação penal ou suspensão condicional do processo, caso o crime eleitoral se enquadre no conceito de crime eleitoral de menor potencial ofensivo.

Não é pelo fato de se tratar de ação penal privada subsidiária da pública que se viabiliza a supressão da transação penal, configurando situações absolutamente distintas, não havendo qualquer tipo de correlação.

A oferta de transação penal poderá partir do suposto autor do fato para a vítima, pois “se o querelante pode o mais, que é propor a ação, porque não pode o menos, que é propor a transação?”³⁹⁶, ou, em não havendo qualquer proposta apresentada pelo suposto autor do fato, deve ela vir a ser formulada pelo Ministério Público, atuando no feito de ação privada na condição de *custos legis*.

³⁹⁵ TSE – REsp n. 21295-SP, rel. Min. Fernando Neves da Silva, j. 14.08.2003 (CORDEIRO, Vinícius; SILVA, Anderson Galdino da, *Crimes eleitorais e seu processo*, cit., p. 238).

³⁹⁶ TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias, *Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais: comentários à Lei 9.099/95*, cit., p. 561.

5.2.4.2 Efeitos da sentença homologatória da transação penal

A homologação da transação penal deve ser feita por sentença exarada pelo juiz competente (no caso dos crimes eleitorais, pelo juiz eleitoral titular da Zona Eleitoral onde teve curso o feito criminal eleitoral).

Homologada e cumprida a transação, tem-se hipótese de extinção da punibilidade e o único registro que existirá diz respeito à vedação de nova oportunidade de concessão do mesmo benefício no interstício de cinco anos (art. 76, § 4º, da Lei n. 9.099/95).

Repise-se que não haverá qualquer terna nos direitos políticos ou qualquer anotação para fins de inelegibilidade.

Nesse sentido caminha a doutrina:

É interessante verificar que a transação penal e a suspensão condicional do processo não implicam a inelegibilidade do candidato a cargo eletivo, mesmo porque não existe sentença penal condenatória transitada em julgado, reconhecendo a culpabilidade do agente. Somente o provimento jurisdicional com estas características, apto a gerar reincidência, traz como consequência a suspensão dos direitos políticos, enquanto perdurarem os efeitos da condenação, nos termos do que estabelece o artigo 15, inciso III, da Constituição Federal.³⁹⁷

Portanto, consoante anteriormente mencionado, tem-se nessa medida relevante atrativo para os acusados da prática de crimes eleitorais, mormente os ocupantes de cargo eletivo e os candidatos (ainda que não figurem como mandatários), posto que, além de não serem obrigados a aguardar o curso da demanda em todos os seus estágios e instâncias, podem se livrar do feito criminal sem qualquer anotação ou registro para fins de inelegibilidade, ou seja, estão aptos a disputar o cargo público eletivo que julgarem conveniente.

³⁹⁷ PONTE, Antonio Carlos da, *Crimes eleitorais*, cit., p. 110.

Repise-se que quando o tipo penal estabelecer no preceito secundário (sanção penal) qualquer punição que importe em restrição dos direitos políticos (como a cassação de registro da candidatura, *v.g.*), impossível a apresentação de proposta de transação penal e, caso apresentada, resta impossível a aceitação e homologação (cita-se como exemplo o art. 334 do CE).

5.2.4.3 Descumprimento da transação penal e seus desdobramentos

Avançando na análise do instituto da transação penal a ser ofertada e aplicada nos crimes eleitorais de pequeno potencial ofensivo, cumpre promover o estudo da seguinte hipótese: e se uma vez homologada pelo juiz eleitoral a proposta de transação penal, ela não vier a ser cumprida, qual providência deve ser adotada?

A respeito do assunto, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal ainda não chegaram a um consenso sobre os desdobramentos do descumprimento da medida despenalizadora imposta (transação penal).

Entende o Superior Tribunal de Justiça (5ª e 6ª Turmas) que a homologação da transação penal gera eficácia de coisa julgada material e formal, logo, uma vez não atendido o acordo celebrado, não pode haver oferecimento de denúncia contra o autor do fato.

Por outro vértice, o Supremo Tribunal Federal, em decisão relatada pelo Ministro Marco Aurélio, lavrou entendimento no sentido de que “o inadimplemento do avençado na transação penal, pelo autor do fato, importa desconstituição do acordo e, após cientificação do interessado e seu defensor, determina remessa dos autos ao Ministério Público”.³⁹⁸

Entendo que uma vez tendo havido o trânsito em julgado da sentença penal homologatória do acordo/barganha consistente na transação penal, em havendo

³⁹⁸ TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias, *Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais*: comentários à Lei 9.099/95, cit., p. 587.

inadimplemento do acordo, não se apresenta como escorreito enviar os autos ao Ministério Público (para eventual denúncia).

Ora, como dar continuidade ao curso de um processo cuja punibilidade se encontra extinta desde a homologação de um acordo?

Não se apresenta como juridicamente possível essa hipótese, posto que, com a homologação da transação, cessa a jurisdição penal e extingue-se a punibilidade do suposto autor do fato delitífero.

Por essa razão, entendo ser adequada a compreensão adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que homologada a transação penal, com o trânsito em julgado de referida decisão, tem-se a constituição de coisa julgada formal e material.

Deve-se admitir, contudo, que a questão ora suscitada se encontra longe de estar devidamente solucionada, havendo respeitáveis entendimentos em sentido contrário, pugnano pela necessidade de retomada do curso da demanda, com a deflagração da ação penal, mediante oferecimento de denúncia em razão do descumprimento do que foi regularmente avençado.

5.3 Suspensão condicional do processo na hipótese de crime eleitoral

Analisada, ainda que *en passant*, a transação penal, dentre os institutos despenalizadores guardados na Lei n. 9.099/95, deve-se apreciar a suspensão condicional do processo contida na Lei dos Juizados Especiais Criminais.

Reza o artigo 89 da Lei n. 9.099/95 que o Ministério Público, ao oferecer denúncia, desde que o crime imputado ao acusado tenha uma pena mínima de até um ano e que reste demonstrado o cumprimento das exigências para que o denunciado se beneficie do *sursis* processual, deverá propor a suspensão condicional do processo por um período que vai de dois a quatro anos, estabelecendo-se condições para o seu cumprimento.

Ainda mais adiante, o diploma legal aponta que suspenso o curso do processo, dar-se-á incontinentemente a suspensão do prazo prescricional e, cumpridas as exigências talhadas na norma, promover-se-á a extinção da punibilidade.

De forma pacífica tem-se que, desde o advento da Lei n. 9.099/95, se apresenta como possível a utilização do *sursis* processual na esfera do Judiciário Eleitoral para açambarcar os crimes eleitorais cuja pena mínima seja de até um ano.

Registre-se que, diferentemente da transação penal, que somente foi inserida no âmbito da Justiça Eleitoral com o advento da Lei n. 10.259/2001, o *sursis* processual teve aplicação imediata na Justiça Eleitoral, a contar da vigência da Lei n. 9.099/95, considerando que embora contido na Lei dos Juizados Especiais Criminais, o instituto da suspensão condicional do processo sempre foi posto em prática para todo e qualquer crime, independentemente do rito e da justiça onde o feito processual tramita, excetuando-se a Justiça Militar, por força do disposto no artigo 90-A da Lei n. 9.099/95.

Ainda fazendo uma análise perfunctória desse instituto, embora o artigo 89 da Lei n. 9.099/95 estabeleça que o Ministério Público *poderá* propor a suspensão do processo desde que presentes os requisitos objetivos e subjetivos, em verdade trata-se de obrigação do Ministério Público, e não mera faculdade.

Constitui um poder-dever, não sendo adequado negar-se injustificada e imotivadamente ao oferecimento da proposta de *sursis* processual.

Imotivada ou injustificada resistência por parte do *Parquet* Eleitoral deve implicar a incidência da Súmula n. 696 do STF, posto que, consoante anteriormente afirmado, não se trata de mera irregularidade, mas sim de violência ao direito subjetivo do denunciado de não se ver processar diante da Justiça Eleitoral, aceitando o *sursis* processual e cumprindo as condições impostas quando da propositura e homologação da suspensão condicional do processo.

Apesar de aparentemente evidente e óbvio, talvez se apresente necessário fazer a distinção entre a transação penal (art. 76 da Lei n. 9.099/95) e a suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/95) e entre o *sursis* processual e o *sursis* pena (art. 77 do CP).

Embora tanto a transação penal quanto a suspensão condicional do processo sejam medidas despenalizadoras, estando dentro do direito penal consensual, e para a sua viabilidade dependam da aceitação do suposto autor do fato ou do denunciado, sendo direito subjetivo do réu contar com a proposta (quer de transação, quer da suspensão condicional do processo), em verdade várias são as diferenças entre esses institutos. Eis as principais:

- a) a transação penal leva em consideração a pena *máxima abstratamente cominada* para determinado delito (até 2 anos), enquanto a suspensão condicional do processo preocupa-se e vincula-se a pena *mínima abstratamente cominada* (até 1 ano);
- b) a transação penal será sempre ofertada antes da denúncia elaborada pelo *Parquet*, enquanto que a suspensão condicional do processo normalmente tem sua proposta apresentada no bojo da própria denúncia elaborada pelo Ministério Público;
- c) na transação penal, se impõe ao autor do fato o pagamento de uma multa ou medida restritiva de direitos, enquanto na suspensão condicional do processo não haverá pagamento de multa ou medida restritiva, porém durante o lapso temporal de 2 a 4 anos, o acusado deverá cumprir determinadas condições impostas, à semelhança do ocorre com a suspensão condicional da pena;
- d) o não cumprimento da transação penal implicará a extinção do processo (para alguns, em razão da homologação do acordo) ou o oferecimento de denúncia (para outros autores, caso se apresente como possível e não se encontre extinta a punibilidade), enquanto que o não cumprimento das condições impostas na suspensão condicional do processo implicará a retomada do curso da ação penal até o seu desiderato (lembrando que se opera, também, a suspensão do curso do prazo prescricional).

Por fim, também são muitas as diferenças existentes entre a suspensão condicional do processo e o *sursis* pena (estabelecido no art. 77 do CP):

a) enquanto a suspensão do processual ocorre no início da demanda, sendo proposta no bojo da denúncia, não havendo sanção penal, o *sursis* propriamente dito implica suspensão da execução de pena privativa de liberdade;

b) o *sursis* processual não implica perda de primariedade e ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF), já a suspensão condicional da pena, por ser sanção penal impingida em sentença penal condenatória com trânsito em julgado, implica registro do nome do réu no rol de culpados e, por conseguinte, perda da primariedade;

c) o descumprimento das condições impostas para a obtenção da suspensão condicional do processo implica a revogação do benefício e o curso do processo (podendo, inclusive, ao final, haver a absolvição do réu). Por outro vértice, o descumprimento das condições da suspensão da pena implica o retorno ao cumprimento da sanção penal em um dos regimes prisionais (fechado, semiaberto ou aberto).

Arremata-se essa parte da análise do *sursis* processual afirmando que a suspensão condicional do processo implica a um só tempo um tríplice benefício, ou seja, beneficia o réu (livrando-o do *strepitus fori* que é o curso de um processo criminal, muitas vezes perdurando por largo interregno), a sociedade (que evita o ingresso em suas fileiras de mais um condenado) e favorece o Poder Judiciário (na medida que será desafogado, não precisando realizar a instrução processual para apurar a autoria e materialidade do crime, podendo concentrar seus esforços na apuração das condutas efetivamente graves e danosas para a coletividade).

Este o pensamento da doutrina que, ao versar sobre as vantagens da suspensão condicional do processo, traça referidos benefícios, afirmando que “livra o réu de um

tormento, que é o processo; facilita a prestação jurisdicional, com a diminuição de processos; e diminui os gastos do tesouro, beneficiando a sociedade”.³⁹⁹

Deve-se, portanto, estimular a aplicação do *sursis* processual em todos os feitos criminais, inclusive e principalmente na seara do direito penal eleitoral, evitando-se o curso de demanda, se possível a aplicação de relevante medida despenalizadora.

Feitas essas digressões, importante ainda apreciar questões atinentes à suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/95) que, por uma questão de didatismo, serão enfrentadas de maneira separada.

5.3.1 Requisitos para a oferta de proposta do *sursis* processual e momento processual da propositura

De acordo com o artigo 89 da Lei n. 9.099/95, a suspensão condicional do processo perdurará pelo interstício que vai de dois a quatro anos e será ofertada pelo *Parquet* Eleitoral quando:

- a) a pena mínima cominada para o delito eleitoral for de até um ano;
- b) não responder o acusado a qualquer outro processo criminal em qualquer esfera do Poder Judiciário e em qualquer estágio;
- c) não ter sido condenado por outro crime, perdendo, com isso, a primariedade;
- d) estarem presentes os demais requisitos autorizadores da suspensão condicional da pena – *sursis* (CP, art. 77).

Estando presentes essas condições, deve (ao invés de pode) o Ministério Público Eleitoral, concomitantemente ao oferecimento da denúncia, apresentar proposta de suspensão condicional do processo.

³⁹⁹ TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias, *Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais*: comentários à Lei 9.099/95, cit., p. 687.

A proposta será apresentada no início da lide penal, quando do oferecimento da denúncia, entretantes impõe-se uma observação: pode ocorrer desclassificação de determinada imputação penal, sendo que o anterior tipo penal de que o réu era acusado não se amoldava às hipóteses de suspensão condicional do processo, enquanto que o novel tipo, fruto da desclassificação, enquadra-se na hipótese de suspensão do processo.

Em ocorrendo tal situação, qual deve ser a providência?

Se dúvida, deve ser a apresentação de proposta de *sursis* processual independentemente do estágio em que se encontre a demanda penal eleitoral.

Essa questão foi iniciada como uma reivindicação doutrinária e hoje consta expressamente da lei, fruto das reformas que o Código de Processo Penal vem sofrendo.

Com efeito, a Lei n. 11.719, de 20.06.2008, que alterou dispositivos do Código de Processo Penal relativos à suspensão do processo, *emendatio libelli*, *mutatio libelli* e aos procedimentos, em vigor desde 22.08.2008, estabelece nova redação para o artigo 383, parágrafo 1º, do Código de Processo Penal, aplicável subsidiariamente ao processo penal eleitoral (art. 364 do CE):

Artigo 383 - O juiz sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.

§ 1º - Se, em consequência de definição jurídica diversa, houver possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo, o juiz procederá de acordo com o disposto na lei.

Comentando esse dispositivo, leciona a doutrina:

Novidade introduzida pela Lei n. 11.719, de 20 de junho de 2008, diz respeito à aplicação da Lei n. 9.099/95, que trata dos juizados especiais criminais. Com efeito, na dicção atual do parágrafo 1º do artigo 383 do Código de Processo Penal, se em face da definição jurídica diversa da constante na acusação (portanto, uma nova classificação legal para o fato), o delito permitir, agora, a suspensão condicional do processo, cumpre ao próprio juiz proceder “*de acordo com o disposto na lei*”. Ou seja, designar audiência para que a acusação formule proposta de *sursis* processual, sem a

necessidade de enviar os autos ao juizado especial. Com isso, o legislador prestigiou monótono entendimento jurisprudencial, cristalizado na Súmula n. 337 do STJ, *in verbis*: “É cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva”.⁴⁰⁰

Logo, hodiernamente tem-se dois momentos processuais para a propositura do *sursis* processual:

- a) regra geral, com o oferecimento da denúncia, se desde logo o Ministério Público Eleitoral promover a tipificação da conduta como crime eleitoral que venha a possuir pena mínima abstratamente cominada igual ou inferior a um ano;
- b) excepcionalmente, quando se operar a desclassificação da imputação no curso da demanda, aplicando-se o querer do artigo 383, parágrafo 1º, do Código de Processo Penal, que incide no processo penal eleitoral por força da aplicação subsidiária do Código de Processo Penal no foro eleitoral (art. 364 do CE), devendo-se nesse caso fazer a proposta de suspensão condicional do processo independentemente do estágio em que se encontre o feito criminal, viabilizando-se ao acusado o exercício de relevante direito.

5.3.2 A suspensão condicional do processo como direito subjetivo do acusado

Não obstante o artigo 89 da Lei n. 9.099/95 afirme que estando presentes os requisitos legais o Ministério Público poderá propor a suspensão condicional do processo, resulta pacífico da doutrina e da jurisprudência o entendimento de que demonstrado que foram preenchidas as exigências talhadas na norma, trata-se de direito subjetivo do acusado, e não de mera liberalidade do *Parquet*.

É dizer: trata-se de poder-dever do Ministério Público.

⁴⁰⁰ GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 326.

Portanto, para todo e qualquer crime eleitoral cuja pena mínima seja de até um ano (aplicação do art. 284 do CE), presentes os requisitos ensejadores do *sursis* processual, está obrigado o promotor eleitoral a apresentar sua proposta de suspensão condicional do processo, sob pena de em não o fazendo, obrigar ao juiz eleitoral a aplicar a Súmula n. 696 do STF, sendo que a remessa dos autos dar-se-á, evidentemente, para o procurador regional eleitoral.

O acusado de crime eleitoral, caso não entenda como escorreito enfrentar o curso da demanda e buscar uma sentença absolutória, deve ter todo o interesse na proposta de suspensão condicional do processo, mormente pelo fato de que aceito e homologado o *sursis* processual, passa a não existir qualquer restrição ao exercício dos direitos políticos.

Aponta a doutrina:

Se denunciado pela prática de crime comum ou de crime eleitoral, tiver sido beneficiado pela suspensão condicional do processo, continuará elegível, pois não terá sofrido, até então, nenhuma condenação. A simples existência de uma denúncia formal, em processo criminal, não implica em inelegibilidade, porque não acarreta a suspensão de direitos políticos, até mesmo por obediência ao princípio da inocência albergado no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal.⁴⁰¹

Além disso, buscar não sofrer condenação para quem almeja ser candidato ou ocupa mandato eletivo é imprescindível, considerando a necessidade de manutenção dos direitos políticos intactos, posto que eventual condenação por crime eleitoral, nos termos do artigo 1º, I, “e”, da Lei Complementar n. 64/90, implica em inelegibilidade por mais três anos, após o cumprimento da pena (consoante anteriormente mencionado e repisado agora).

Esmiuçando: a condenação criminal com trânsito em julgado, independentemente da pena estabelecida na sentença, implica suspensão dos direitos políticos pelo período de cumprimento da reprimenda penal (art. 15, III, da CF).

Em se tratando de condenação por crime eleitoral, mesmo após o cumprimento da pena, nos termos do artigo 1º, I, “e”, da Lei n. 64/90, por mais três anos ficará o cidadão inelegível (insista-se: três anos após o cumprimento da pena estabelecida na sentença penal

⁴⁰¹ COSTA, Tito, *Crimes eleitorais e processo penal eleitoral*, cit., p. 214.

condenatória com trânsito em julgado, independentemente do tipo de reprimenda penal, tanto faz se privativa de liberdade ou restritiva de direitos).

Joel José Cândido, ao se debruçar sobre a Lei das Inelegibilidades, apresenta a seguinte lição:

A questão da suspensão dos direitos políticos em decorrência de condenação criminal transitada em julgado tem um componente adicional que se reveste de muita importância. Passado o período da suspensão, inicia-se, automática e concomitantemente, um novo período de restrição aos direitos políticos do condenado, por força da norma cogente constante no artigo 1º, I, “e”, da Lei das Inelegibilidades. E isso é aplicável a qualquer pessoa, indistintamente. Esse período é de inelegibilidade, somente (não mais de suspensão de todos os direitos políticos), e, ao contrário da suspensão, que é período de duração incerto no tempo, este dura exatamente 3 anos, seja qual for a condenação criminal imposta ao acusado e a pena que lhe foi aplicada.⁴⁰²

Exsurge de toda essa análise que, se para qualquer cidadão a suspensão condicional do processo é um direito subjetivo e se apresenta como algo útil e relevante, para os ocupantes de mandatos eletivos e os que almejam ingressar na disputa político-partidária, apresenta-se com redobrado interesse, mormente diante da ausência de restrições aos direitos políticos quando aceito *sursis* processual, evitando-se, inclusive, a incidência do artigo 1º, I, “e”, da Lei Complementar n. 64/90.

5.3.3 Corrupção eleitoral, captação ilícita de sufrágio e suspensão condicional do processo

Questão extremamente interessante atinente à suspensão condicional do processo para os crimes eleitorais diz respeito à sua aplicação para o crime de corrupção eleitoral etiquetado no artigo 299 do Código Eleitoral.

Registre-se que a sanção para esse delito é de um ano (art. 284 do CE) até quatro anos e pagamento de cinco a quinze dias-multa.

⁴⁰² CÂNDIDO, Joel José, *Inelegibilidades no direito brasileiro*, cit., p. 68.

Fazendo uma análise *a priori*, poder-se-ia informar que é perfeitamente cabível o *sursis* processual para o delito.

Ocorre, todavia, que parte considerável da doutrina se opõe à incidência da suspensão condicional do processo para o crime de corrupção eleitoral, apresentado relevantes argumentos jurídicos, dos quais dois se destacam e merecem análise mais detalhada:

- a) a previsão da pena de cassação de registro do candidato na hipótese do artigo 41-A (captação de sufrágio – sanção cível resultante da mesma conduta penal, popularmente batizada de “*compra de votos*”);
- b) impossibilidade em razão do crime de corrupção eleitoral ferir um mandato implícito de criminalização contido na Constituição Federal.

Passar-se-á a apreciar esse temário.

A corrupção eleitoral ganhou mais notoriedade com o advento da Lei n. 9.840/99, que inseriu o artigo 41-A na Lei n. 9.504/97, punindo com a perda do registro o candidato que for flagrado praticando a captação ilícita de sufrágio, perdendo a condição de candidato ou mesmo de eleito, caso a sanção venha a ser aplicada posteriormente à investidura em mandato eletivo.

Este o entendimento dos estudiosos da matéria, que afirmam:

No que se refere às sanções eleitorais previstas no artigo 41-A da Lei n. 9.504/97, o próprio dispositivo especifica as condutas puníveis, tais como a multa pecuniária e perda do registro ou do diploma, como intuito de dominar e reprimir os candidatos infratores.

O candidato que na campanha eleitoral praticar a conduta típica prevista no artigo 41-A da Lei das Eleições terá cassado seu registro ou mesmo o diploma, caso a conduta tenha sido apurada posteriormente à diplomação, perdendo, assim, tal condição.

O legislador eleitoral pretendeu com a mencionada sanção retirar a condição de candidato do infrator da conduta vedada no pleito que ocorrera. Medida esta que antes não se fazia possível, pois o candidato estaria incorrendo no crime de abuso de poder econômico, constante no artigo 299 do Código

Eleitoral, com natureza eminentemente penal, o que permitiria àquele ainda concorrer ao pleito, já que diferentemente do artigo 41-A (efeito imediato), os seus efeitos dependem do trânsito em julgado da sentença condenatória.⁴⁰³

Portanto, impossível promover a dissociação do artigo 299 do Código Eleitoral do artigo 41-A da Lei n. 9.504/97, embora vários estudiosos do direito eleitoral informem que não existe qualquer alteração na lei penal com o advento da captação ilícita de sufrágio.

Cita-se o seguinte entendimento:

Entretanto, cumpre ressaltar que, com o advento da Lei n. 9.840, de 28.09.1999, se o candidato for o sujeito ativo da conduta de “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”, ficará sujeito à pena de multa de mil a cinquenta mil UFIR, e cassação do registro ou do diploma, observado o procedimento previsto no artigo 22 da Lei Complementar n. 64, de 18.05.1990.

É que o artigo 1º da Lei n. 9.840/99 veio acrescentar à Lei n. 9.504, de 30.09.1997, o artigo 41-A, passando, então, a definir o que constitui captação ilícita de sufrágio, vedado por lei. Na verdade, esse dispositivo em nada alterou a disciplina penal pertinente ao crime de corrupção eleitoral, que continua incólume, pelo que incide no delito tipificado no artigo 299 do Código Eleitoral tanto o candidato como qualquer outra pessoa que realize as figuras típicas ali descritas. A mudança está que, sendo o autor da infração um candidato, além de responder criminalmente, nos termos do artigo 299 do Código Eleitoral, submete-se, também, às penas previstas no artigo 41-A da Lei n. 9.504/97, com a redação dada pela Lei n. 9.840/99, sendo que o procedimento para a apuração é o previsto na Lei Complementar n. 64, de 18.05.1990, em seu artigo 22, denominado de investigação judicial.⁴⁰⁴

Embora existam posicionamentos como o acima transcrito, afirmando que o artigo 41-A não trouxe qualquer modificação no âmbito do direito penal eleitoral, em verdade há diversos autores que discordam desse entendimento, afirmando que com o advento da conceituação legal de captação ilícita de sufrágio, passou-se a impedir o *sursis* processual na hipótese do artigo 299 do Código Eleitoral.

Cita-se posição divergente, assim talhada:

⁴⁰³ VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura, *Elementos de direito eleitoral*, cit., p. 365-366.

⁴⁰⁴ GOMES, Suzana de Camargo, *Crimes eleitorais*, cit., p. 237-238.

Candidato denunciado por corrupção eleitoral em continuidade delitiva, aplica-se-lhe a suspensão condicional do processo? O TRE/MS desconsiderou o aumento da continuidade, por força da Lei n. 11.313/2006, aplicando o benefício. Está correto o entendimento adotado por esse Tribunal? Pela Lei n. 11.313/2006 estaria, pois não se considera mais o concurso de crimes (arts. 69, 70 e 71 do CP) para impedir a benesse. Todavia, por força de decisão do TSE, não cabe suspensão condicional do processo no artigo 299 do CE, eis que no Cível há um dispositivo (art. 41-A da Lei n. 9.504/97) que prevê cassação do registro ou diploma.⁴⁰⁵

Também perfilhando o entendimento de que não se apresenta como possível a suspensão do processo para o crime de corrupção eleitoral, manifesta-se Antonio Carlos da Ponte, que utiliza como fundamento uma sofisticação doutrinária que se encontra na ordem do dia em matéria de direito penal constitucional, denominada mandado de criminalização.

Aduz o autor que por ser a corrupção eleitoral algo atentatório ao Estado Democrático de Direito e à própria democracia, bem como aos princípios fundantes da República Federativa do Brasil, como a cidadania, por exemplo, aplicar referido instituto despenalizador implicaria fazer uma leitura apequenada do texto constitucional e do moderno direito penal.

Afirma o citado doutrinador:

A corrupção eleitoral ativa, por seu turno, trabalha com outra dinâmica. É travada uma espécie de relação comercial: o voto é trocado por dinheiro, por recursos materiais diretos ou, até mesmo, por favores ilegais. O compromisso do corruptor é com a sua eleição e com a perpetuação da miséria, que lhe garantirá novos triunfos eleitorais.

É interessante notar que há uma verdadeira teia ligando a corrupção eleitoral ao clientelismo e à criminalidade organizada. São vasos comunicantes que se sustentam mutuamente e a atuação eficiente de todos é responsável pelo desvirtuamento do próprio Estado.

(...)

Por fim, a última providência seria inserir a corrupção eleitoral no rol dos crimes que exige a atuação de um direito penal voltado ao combate à criminalidade organizada, com as modificações que exigem tal opção. Enquanto a corrupção eleitoral continuar sendo tratada como forma de criminalidade ordinária, com os meios próprios de um direito penal tradicional, a própria existência do Estado, aqui no Brasil arquitetado como Democrático de Direito, estará ameaçada, sendo condenada. Essa é a chaga que o direito penal tem a obrigação de combater, não contemplar.⁴⁰⁶

⁴⁰⁵ CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua; CERQUEIRA, Camila Medeiros de Albuquerque Pontes Luz de Pádua, *Tratado de direito eleitoral: processo penal eleitoral*, cit., v. 3, p. 595-596.

⁴⁰⁶ PONTE, Antonio Carlos da, *Crimes eleitorais*, cit., p. 168 e 177.

Portanto, no entender de parte considerável e respeitável da doutrina, apresenta-se impossível a suspensão condicional do processo em matéria de crime eleitoral.

Ouso discordar.

Em verdade, a interpretação que se dá ao direito penal deve sempre ser restritiva, ademais, não se pode imaginar que o direito penal funcionaria como panaceia para corrigir todos os males que afligem a nossa sociedade e a frágil e ainda incipiente democracia brasileira.

Mais ainda: o fato de existir uma sanção civil não faz com que essa sanção se comunique no âmbito do Juízo penal (existe a independência das instâncias), podendo o acusado ao menos *in thesi* vir a ser condenado civilmente (reconhecimento do art. 41-A da Lei n. 9.504/97) e absolvido penalmente pelo crime do artigo 299 do Código Eleitoral, posto que utilizados critérios e regramentos diversos, bem como por existir divergência quando da valoração da prova.

Além disso, deve-se inserir uma última informação: não consta no preceito secundário do artigo 299 do Código Eleitoral qualquer outra vedação ou restrição (não se pode deduzir pena de inelegibilidade, cassação de registro ou diploma, dentre outras hipóteses).

Razão disso é que se concomitantemente ao oferecimento de denúncia pelo artigo 299 do Código Eleitoral não for deflagrada a ação civil (representação eleitoral para apurar captação de sufrágio ou ação de investigação judicial eleitoral no rito do art. 22 da LC n. 64/90), nada será feito no âmbito da discussão da regularidade da obtenção do mandato, somente surtindo os efeitos de eventual sentença condenatória após o trânsito em julgado, quando então poderá operar-se a perda do cargo, tudo em homenagem ao sacrossanto princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade, já estudado Capítulo 1.

Forte nesses argumentos, entendo, com o respeito aos que pensam em contrário, que se apresenta como possível a suspensão condicional do processo para o crime de corrupção eleitoral, não sendo adequada a interpretação ampliativa dos conceitos do direito civil eleitoral

para restringir direitos na esfera do direito penal eleitoral, mormente em homenagem ao princípio da independência das instâncias.

Tem-se no presente conflito situação assaz relevante, na qual de um lado está o combate à corrupção, praga que ainda grassa em nossa combalida democracia, e de outro lado a necessidade de respeito ao direito de liberdade, discutindo-se a aplicação de instituto despenalizador de grande relevância inserido como direito subjetivo do acusado no artigo 89 da Lei n. 9.099/95.

5.3.4 Revogação do *sursis* processual

A suspensão condicional do processo, se não for rigorosamente observada e não tiver cumpridas as exigências decorrentes da lei e pactuadas quando da audiência de aceitação da proposta de *sursis* processual, será revogada, retomando-se o curso da demanda criminal.

O artigo 89, parágrafos 3º e 4º, da Lei n. 9.099/95 traz as hipóteses de revogação obrigatória e revogação facultativa do *sursis* processual.

Quanto à revogação obrigatória, ela se dará pela prática de novo crime durante o período de prova (2 a 4 anos), ou ainda a não reparação do dano causado, mesmo sendo possível fazê-lo.

Quanto à reparação do dano, raras serão as hipóteses em que ele será possível ou exigível no direito penal eleitoral.

Entretantes, a situação mais frequente é justamente a primeira, ou seja, a acusação da prática de crime durante o período de prova.

Questão controvertida e interessante diz respeito ao seguinte: o que deve revogar a suspensão condicional do processo é a prática de um novo crime ou a condenação por ter violado figura típica penal durante o período de prova?

Entendo que somente uma nova condenação possui o condão da revogação do benefício do *sursis* processual, e não a simples abertura de um novo processo, considerando que, em homenagem ao princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade (art. 5º, LVII, da *Lex Mater*), haveria violência a essa regra, em sendo promovida a revogação imediata.

Merece registro e deve-se fazer um paralelo dessa situação com a hipótese do livramento condicional, em que, caso o apenado venha a responder por novo crime praticado durante o período de livramento condicional, ter-se-á a prorrogação dessa situação até o julgamento final do feito criminal (art. 83 do CP).

Acredito que o mesmo entendimento ou interpretação deve ser adotado no caso do artigo 89, parágrafo 3º, da Lei n. 9.099/95.

Assim se posiciona parte da doutrina ao afirmar, *ad litteram*:

Do contrário poderia resultar manifesto prejuízo para o acusado. É que, revogado o benefício, o processo teria seu andamento normal (ou até mesmo acelerado), e, finalmente, arredada a hipótese de absolvição ou extinção da punibilidade, seria o réu condenado. Enquanto isso, o outro processo, por qualquer motivo, arrastou-se por algum tempo e, ao final, foi o réu absolvido. *Quid juris?* Nesse caso, entemos que o simples fato de ser instaurado outro processo não pode levar a Justiça a determinar a revogação do benefício, principalmente se se cuidar de crime culposos.⁴⁰⁷

Por fim, restam as hipóteses de revogação facultativa do *sursis* processual (art. 89, § 4º, da Lei n. 9.099/95), como sendo:

- a) a prática de contravenção penal durante o período de prova;
- b) deixar de cumprir qualquer requisito imposto na decisão homologatória da suspensão do processo.

Quanto à acusação de cometimento de contravenção penal, repisam-se as razões atinentes ao cometimento de crime.

⁴⁰⁷ TOURINHO FILHO, Fernando José da Costa, *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais*, cit., p. 23.

Ora, se a acusação da prática de um crime (somente a condenação teria esse poder) não deve implicar a revogação do *sursis* processual, muito mais razão para a acusação de prática de uma mera contravenção penal.

Quanto ao inadimplemento de obrigação imposta (comparecer mensalmente à sede do Juízo, ausentar-se por mais de 7 dias sem comunicar ao Juízo, frequentar determinados lugares etc.), acredito que antes de se promover a revogação, deve-se designar audiência (semelhante à audiência admonitória existente no rito contido na Lei de Execução Penal – Lei n. 7.210/84), indagando ao beneficiário quais as razões que ensejaram o descumprimento da condição imposta e colhendo informações sobre a existência ou não de justificativa plausível para o descumprimento.

Uma vez revogado o benefício, retomar-se-á o curso da lide penal (desconsiderando-se para fins de prescrição penal o período em que o feito restou suspenso, posto que uma das consequências do *sursis* processual diz respeito à suspensão do curso do prazo prescricional), promovendo-se a instrução, sendo que em se tratando de crime eleitoral, seguindo o rito processual estabelecido nos artigos 355 *ut* 364 do Código Eleitoral.

5.3.5 Extinção da punibilidade pelo cumprimento do *sursis* processual

Após a conclusão do período de prova, restando cumpridas todas as condições impostas quando da homologação da suspensão condicional do processo por crime eleitoral, deve o juiz eleitoral promover a extinção da punibilidade do acusado, declarando-o por decisão judicial.

Extremamente importante a declaração de extinção da punibilidade, posto que em ocorrendo essa providência, “o fato é apagado da vida do acusado como se nunca tivesse existido”.⁴⁰⁸

⁴⁰⁸ TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias, *Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais*: comentários à Lei 9.099/95, cit., p. 713.

Qual deve ser a providência a ser adotada na hipótese de ter ocorrido a verificação do descumprimento das condições impostas posteriormente à declaração de extinção da punibilidade?

Nada pode ser feito, afinal prazo fatal não se ressuscita.

Estabelecido o período de prova (2 a 4 anos), cumprido o período de prova e declarada extinta a punibilidade, nada mais pode ser feito; tem-se situação jurídica pronta e acabada, mantendo o acusado o seu *status* de presumidamente inocente, além de continuar possuindo antecedentes sem máculas.

5.3.6 Suspensão condicional do processo virtual, projetada, antecipada ou em perspectiva

Por derradeiro, impende trazer a lume questão relevante agitada por Thales Tácito Cerqueira, consistindo na concepção (nos moldes da prescrição virtual⁴⁰⁹) da possibilidade da suspensão condicional do processo virtual, projetada, antecipada ou em perspectiva.

Explica o referido analista do direito eleitoral:

O que o direito penal deve privilegiar? Pena abstrata (mera presunção) ou pena concreta (análise real e efetiva de cada indivíduo)?

É claro que a pena concreta, pois a tendência moderna é a teoria da imputação objetiva tomar conta do cenário penal, levando em conta o indivíduo e o caso concreto, e não em sentido abstrato.

Pois bem, com base nisso e emprestando analogicamente o pensamento da prescrição virtual, tenho sustentado o que chamo de “suspensão condicional do processo virtual, projetada, antecipada ou em perspectiva”, ou seja, a fórmula é simples:

Pena mínima concreta (e não abstrata) + de 2 anos + projetada de forma virtual (ou seja, ao oferecer a denúncia o Ministério Público analisa de forma projetada a situação individual do denunciado e submete a proposta se perceber que o juiz irá aplicar pena concreta de dois anos, no máximo, não importando assim a pena abstrata, seja qual for.

Esse seria o moderno direito processual/penal, sem presunções, sem abstrações, mas analisando o indivíduo, caso a caso (caso concreto – teoria

⁴⁰⁹ Modalidade de prescrição que não encontra amparo no Código Penal e que vem sendo rejeitada pelo Poder Judiciário, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, que não admite a prescrição antecipada pela pena em perspectiva (STF – AgR AI n. 728.423-9, rel. Min. Eros Grau, j. 26.05.2009, *DJe*, de 19.06.2009).

da imputação objetiva), de forma que este direito teria uma função limitadora na agressiva ou arbitrária intervenção do Estado nas liberdades individuais, exacerbando o direito de punir.⁴¹⁰

Impende registrar que essa hipótese somente se justificava diante da decisão do Superior Tribunal de Justiça (REsp n. 356.174/MG, rel. Min. Félix Fischer) que entendeu ser a suspensão condicional do processo cabível para crimes punidos com pena mínima de até dois anos.

Ocorre, todavia, que o próprio ministro relator voltou atrás em seu entendimento, afirmando que houve uma confusão de conceitos entre os limites da transação penal e da suspensão condicional do processo.

Não obstante sedutora e completamente inovadora, acredito que muitas serão as resistências à tese de referido professor, que por ora não encontra eco na doutrina e na jurisprudência pátria e, de fato, ampliaria sobremaneira, independentemente da vontade do legislador infraconstitucional, o espectro de abrangência das hipóteses de suspensão condicional do processo.

Portanto, não merece acolhida essa proposta, eis que o legislador, ao conceber o *sursis* processual foi de uma clareza cristalina, ao afirmar somente ser cabível o instituto despenalizador para crimes cuja pena mínima venha a ser igual ou inferior a um ano.

⁴¹⁰ CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua; CERQUEIRA, Camila Medeiros de Albuquerque Pontes Luz de Pádua, *Tratado de direito eleitoral: processo penal eleitoral*, cit., v. 3, p. 584-585.

CONCLUSÃO

1. A Constituição Federal, carta de princípios de uma nação politicamente organizada, é responsável por espargir seus postulados em todo o ordenamento jurídico, delimitando os princípios preponderantes, de modo que a legislação infraconstitucional não possa vir a desobedecê-la ou contrariá-la.

2. Ninguém poderá sem processo regularmente instaurado e que observe estritamente as formas legais sofrer a incidência de uma sanção penal, devendo-se, ao limitar o *status libertatis* do cidadão, observar diversas garantias fundamentais, mormente a dignidade da pessoa humana.

3. A evolução conceitual da processualização da justiça penal conduz ao entendimento inevitável de que a aplicação de sanção penal – previamente cominada no preceito secundário da norma penal – somente pode vir a cabo nas hipóteses em que foi respeitado o devido processo legal, com os seus consectários lógicos, observando-se as garantias constitucionais do processo, nos moldes do estatuído em lei.

4. A Carta Política de 1988, seguindo a tendência do constitucionalismo moderno, assume o papel garantista dos direitos e liberdades fundamentais, verdadeiro escudo protetivo do cidadão frente ao arbítrio do Estado. Nesse diapasão, ao contemplar garantias inerentes ao processo penal constitucional, instituindo inclusive os alicerces da organização judiciária, tracejando os limites de proteção da dignidade da pessoa humana frente ao interesse e poder de punir do Estado, eleva-se o papel da Constituição da República como marco regulatório fundamental.

5. Portanto, o hodierno processo penal somente se apresenta como juridicamente válido se estiver em consonância com os princípios constitucionais reitores – garantias humanas fundamentais –, destacando-se o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa e o juiz natural.

6. O princípio do juiz natural desempenha relevante função de garantia do indivíduo frente ao Estado, delimitando o juiz ou foro competente para processar e julgar determinada

lide penal, evitando-se o aviltamento da jurisdição com escolhas aleatórias de julgadores para determinados casos, objetivando, com isso, assegurar um julgamento efetivamente justo e destacadamente isonômico.

7. Em razão da existência do princípio do juiz natural, veda-se peremptoriamente a existência de tribunais de exceção, bem como a constituição de julgadores ou juízos *ex post factum*. Atua, pois, esse princípio/garantia constitucional como meio apto a assegurar a imparcialidade da decisão judicial.

8. Tem-se como desdobramento do princípio do juiz natural a impossibilidade de alteração da competência por atos normativos de tribunal (resolução, portaria, dentre outros), bem como a imperiosa necessidade de se respeitar os critérios de substituição do juiz competente nas hipóteses de ausência legal, impedimento e suspeição.

9. Portanto, a constituição prévia do órgão jurisdicional competente, respeitando-se o quanto esculpido no corpo do texto constitucional, apresenta-se como de fundamental importância para a persecução penal juridicamente válida, eis que o juiz natural da causa é quem terá legitimidade e poder para impulsionar o regular andamento do feito, decidindo o *meritum causae* da demanda, não se concebendo um *judicium accusationis* desvinculado do *judicium causae*.

10. A composição da Justiça Eleitoral e o fato de ser o único órgão integrante do Poder Judiciário a não possuir um corpo próprio de magistrados contribui para o advento de diversos questionamentos à luz do princípio do juiz natural, existindo variadas normas inerentes ao processo penal eleitoral que tangenciam esse princípio fundamental.

11. Os magistrados eleitorais são designados pelo Tribunal Regional Eleitoral, exercendo cumulativamente as atribuições de juiz da Comarca ou Vara, ou seja, da Justiça comum, com as atribuições de juiz eleitoral ou Justiça especial, sendo que nas Comarcas menores, onde não existe divisão em Vvaras, o juiz estadual ou distrital de direito (ainda que substituto – arts. 11 e 22, § 2º da LOMAN) será designado juiz eleitoral, inexistindo rodízio, permanecendo o magistrado com as atribuições de juiz eleitoral por todo o período que figurar como titular da Comarca, sendo, por conseguinte, titular da Zona Eleitoral.

12. Nas Comarcas que possuem mais de uma vara, ao Tribunal Regional Eleitoral compete designar a Vara ou Varas que ficarão responsáveis pelo exercício da jurisdição eleitoral, passando o magistrado a figurar na condição de juiz eleitoral pelo período de dois anos como titular da respectiva Zona Eleitoral (art. 121, § 2º, da CF).

13. Logo, na esfera do Poder Judiciário Eleitoral, tem-se a jurisdição por prazo determinado, mandato, valendo essa mesma regra para a composição dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Tribunal Superior Eleitoral (arts. 118 e 119 da CF), existindo ainda a figura dos juízes ou ministros suplentes (um reserva para cada titular, estando aptos a assumirem a titularidade quando convocados nas hipóteses de ausência legal, impedimento ou suspeição do titular).

14. Essa forma de composição da Justiça Eleitoral implica em sérios desdobramentos e malferimentos ao princípio constitucional do juiz natural. Demonstrando o desrespeito a relevante princípio constitucional, garantia da prestação jurisdicional imparcial e equânime, tem-se a possibilidade de um ministro do Supremo Tribunal Federal que integre o Tribunal Superior Eleitoral vir a julgar duas vezes a mesma matéria, primeiramente em sede originária, quando o temário aponta no Tribunal Superior Eleitoral, e posteriormente em grau de recurso da decisão da Corte Eleitoral para o Supremo Tribunal Federal.

15. Eis situação esdrúxula e ainda hoje posta em prática, existindo diversos precedentes da Suprema Corte ratificando e convalidando a Súmula n. 72 do STF, bem como os artigos 6º e 77 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que viabilizam a possibilidade de um mesmo ministro participar duas vezes do julgamento da mesma matéria fática, envolvendo os mesmos sujeitos processuais.

16. Parece evidente que a hipótese de um mesmo juiz decidir duas vezes idêntico fato, envolvendo as mesmas partes, atuando em grau de recurso, implica em vitupério e menoscabo ao princípio constitucional do juiz natural, havendo impedimento, tal qual posto no artigo 252, III, do Código de Processo Penal, não sendo possível admitir que um mesmo julgador sirva de duplo grau de si mesmo – segundo grau de si próprio –, conspurcando o querer da *Lex Fundamental* ao esculpir o princípio do juiz natural, assegurando julgamento justo e imparcial, inclusive nas instâncias superiores.

17. Andando de mãos dadas com o princípio do juiz natural, vislumbra-se a necessidade de estrita observância do princípio do promotor natural, evitando-se, com isso, a escolha aleatória e sem critérios do representante do Ministério Público designado para atuar no âmbito da Justiça Eleitoral.

18. Também implica em menosprezo ao princípio do juiz natural a escolha do juiz auxiliar do tribunal (art. 96, §§ 2º, 3º e 4º da Lei n. 9.504/97 – Lei das Eleições), embora essa jurisdição não venha a ser exercida na esfera penal, posto que esse magistrado auxiliar somente se afigura como apto para processar e julgar representações e reclamações, mormente em matéria de propaganda eleitoral.

19. A Justiça Eleitoral deve respeitar o foro por prerrogativa de função, existente para assegurar que determinadas pessoas ocupantes de funções de capital relevância no cenário político-jurídico do Estado não venham a ser processadas e julgadas como os demais cidadãos, pelos órgãos comuns da Justiça ordinária, mas por órgãos superiores, de instância mais elevada, fundando-se nos princípios da igualdade, hierarquia, da utilidade pública e da independência do agente político, devendo-se respeitar os diversos preceitos constitucionais que versam sobre a matéria.

20. A competência por prerrogativa de função, que não se confunde com foro privilegiado, posto que não se admite uma Justiça que permita tratamento com base em privilégios, se dá em razão da necessidade de se tratar a dignidade da função ocupada pela autoridade que figurará como réu, a eminência da posição e a altitude do cargo para fixar a competência originária de um determinado Tribunal ou Corte de Justiça, devendo vir a ser observada na Justiça Eleitoral, merecendo destaque que o Tribunal Superior Eleitoral não figura como o juiz natural de nenhuma autoridade (que deverá responder ao STF ou ao STJ), entretanto o Tribunal Regional Eleitoral é o juiz natural de diversas autoridades, inclusive as que possuem foro por prerrogativa de função estabelecido perante a Constituição Estadual, aplicando-se o princípio da simetria constitucional.

21. A competência especial por prerrogativa de função estabelecida na Carta Magna prevalece sobre a competência constitucional do Tribunal do Júri, por ser especial em relação a esta (*ratione personae*), entretanto a competência por prerrogativa de função esculpida na

Constituição Estadual não se sobrepõe à competência do Tribunal do Júri, prevalecendo a garantia fundamental do tribunal popular (art. 5º, XXXVIII, da *Lex Mater*).

22. A Justiça Eleitoral é Justiça especial e possui competência em razão da matéria, açambarcando, portanto, o julgamento dos crimes eleitorais, espécie dos crimes políticos, na necessária diferenciação entre crime político e crime eleitoral, bem como os crimes comuns que lhe forem conexos (arts. 78, IV, do CPP e 35, II, do CE), destacando-se por se tratar de uma Justiça que possui *forum attractionis*.

23. A conexão entre crime da competência da Justiça comum (Estadual ou Federal) e o crime eleitoral implica na competência para processar e julgar ambos os delitos na Justiça Eleitoral, ainda que o crime comum possua rito específico ou também que no curso da demanda opere-se a prescrição do crime eleitoral, prevalecendo sempre, sem qualquer margem para dúvida, a competência especializada da Justiça Eleitoral.

24. Havendo conexão entre crime eleitoral e crime doloso contra a vida, dever-se-á promover a separação de processos (disjunção processual), respeitando-se a garantia humana fundamental de vir a ser processado e julgado pelo Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVIII, da CF), competindo à Justiça Eleitoral processar e julgar o crime eleitoral.

25. Também implicará a disjunção processual a hipótese de menor praticando ato infracional equivalente a crime eleitoral (especialmente o maior de 16 anos que já pode figurar como eleitor facultativo). Idêntico tratamento será dispensado quando existirem crime eleitoral e crime militar conexos, competindo à Justiça Eleitoral processar e julgar o crime eleitoral e à Justiça Militar promover idêntico tratamento para o crime militar.

26. Merece destaque que não possui competência a Justiça Eleitoral para processar e julgar os crimes comuns praticados em detrimento da Administração pública ou contra a administração da Justiça Eleitoral, como o desacato, o falso testemunho, a tergiversação e a subtração de autos de processo, por exemplo. Em ocorrendo a prática desses ilícitos penais, ainda que em detrimento da dignidade das autoridades ou da própria Justiça Eleitoral, o foro competente será o Poder Judiciário Federal, posto que considerada a Justiça Eleitoral como integrante da Justiça da União.

27. Os crimes eleitorais são tratados com leniência pelo legislador e pelos aplicadores do direito penal eleitoral, posto que, mesmo configurando ilícitos que violam bens jurídicos de elevada relevância – bens jurídicos supraindividuais – diretamente ligados ao Estado Democrático de Direito, ao exercício do sufrágio, à manutenção das instituições democráticas, tem-se, via de regra, a aplicação de penas brandas, dificilmente resultando em condenação final com trânsito em julgado.

28. À guisa de sugestão, apresenta-se como imperiosa a necessidade de uma ampla revisão na legislação penal eleitoral, promovendo-se uma atualização dos tipos penais, bem como uma melhor adequação das condutas delitogênicas e dos preceitos secundários atinentes aos tipos penais, evitando-se a prática em profusão de ilícitos eleitorais – mormente a compra de votos e a corrupção eleitoral – sem uma punição adequada e compatível com a gravidade da conduta, atentatória ao Estado Democrático de Direito, à lisura do processo eleitoral e ao necessário equilíbrio entre as diversas candidaturas que devem existir como desdobramento do pluralismo político e partidário.

29. A imunidade parlamentar não acoberta o seu detentor da prática de crime eleitoral, especialmente os cometidos durante a propaganda eleitoral, posto que o parlamentar que figura como candidato durante os debates e atos de campanha que antecedem ao prélio eleitoral deve ser tratado em situação igualitária com os demais candidatos, não servindo a imunidade de empeco para a deflagração de ação penal eleitoral.

30. Em havendo condenação criminal com trânsito em julgado, a competência para a execução da sentença penal condenatória oriunda da Justiça Eleitoral, caso a reprimenda aplicada venha a ser pena privativa da liberdade, será, nos moldes da Súmula n. 192 do STJ, da Justiça Estadual, ou seja, cessa a competência da Justiça Eleitoral com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Eventuais pedidos próprios da execução penal (progressão de regimes, remição, livramento condicional, dentre outros) devem ser endereçados ao juiz da Vara de Execução Penal pertencente ao Poder Judiciário Estadual.

31. Caso a sanção aplicada venha a ser uma pena restritiva de direito, o acompanhamento do cumprimento da reprimenda penal ficará ao encargo da própria Justiça Eleitoral que, após o integral atendimento do comando sentencial, declarará extinta a punibilidade. Ainda quanto a essa parte ou desdobramento da competência, se a sanção penal

for apenas de natureza pecuniária, converte-se após o trânsito em julgado em dívida de valor, a ser executada pela Procuradoria da Fazenda Nacional, aplicando-se o rito da Lei n. 6.830/80.

32. Considera-se crime eleitoral de pequeno potencial ofensivo todo ilícito penal-eleitoral com pena máxima não superior a dois anos, sendo perfeitamente possível, cabível e recomendável a incidência dos institutos despenalizadores contidos na Lei n. 9.099/95, com as alterações inseridas pelas Leis ns. 10.259/2001 e 11.313/2006.

33. Em razão de serem os crimes eleitorais – todas as figuras típicas – ilícitos cuja *persecutio criminis in judicio* ocorre mediante a deflagração de ação pública incondicionada, e na maioria dos casos não se identifica a pessoa da vítima direta ou mediata, é difícil a incidência da fase de composição civil (recomendável apenas para alguns tipos penais eleitorais, mormente as ofensas praticadas durante a propaganda eleitoral), entretanto perfeitamente possível e adequada a aplicação pela Justiça Eleitoral da transação penal e da suspensão condicional do processo para os crimes eleitorais de pequeno e médio potencial ofensivo, nos moldes dos artigos 76 e 89 da Lei n. 9.099/95.

34. Não se pode perder da alça de mira que as garantias fundamentais do processo penal consagradas no texto da Lei Maior, entre elas o princípio do juiz natural, não são outra coisa senão segmentos da política criminal estatal e da forma de enxergar o processo criminal. Logo, o processo penal, inclusive o processo penal eleitoral, funciona como bússola do Estado, demonstrando se o modelo se aproxima de um Estado garantista, com visível preocupação com a dignidade da pessoa humana, ou de um Estado autoritário, que não possui em seu ápice o respeito às garantias fundamentais.

35. Muitas devem ser as modificações no processo penal eleitoral, feitas especialmente no escopo de extirpar o ranço autoritário do rito processual, devendo-se revogar diversos tipos penais que estão ultrapassados e em rota de colisão com a Carta Política de 1988, além de se apresentar como imprescindível a rediscussão dos preceitos secundários (penas) de algumas modalidades delitogênicas, considerando a elevada potencialidade ofensiva desses ilícitos, bem como o fato de atacarem bens jurídicos supraindividuais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Cláudio do Prado. *Princípios penais: da legalidade à culpabilidade*. São Paulo: IBCCRIM, 2003.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. Saraiva: São Paulo, 2006.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BACIGALUPO, Enrique. *El debido proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.
_____. *Princípios constitucionales de derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARTELLI, Vilson; VIEIRA SÁ, Luiza. Reflexões em torno da composição dos tribunais. In: COSTA, Daniel Castro Gomes da (Org.). *Temas atuais de direito eleitoral*. São Paulo: Pílares, 2009. p. 261-274.

BENTO, Ricardo Alves. O dogma constitucional da presunção de inocência. In: SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). *Processo penal e garantias constitucionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 576-595.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: parte geral*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1.

BONATO, Gilson. *Devido processo legal e garantias processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. Malheiros: São Paulo, 2000.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 5. ed. Brasília: Editora OAB, 2004.

BONESANA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*. 10. ed. Milano: Giangiaco Feltrinelli, 2004.

BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CAMPANHOLLE, Adriano; LOBO, Hilton. *Constituições do Brasil*. 12 ed. São Paulo: Atlas, 1998.

CÂNDIDO, Joel José. *Direito eleitoral brasileiro*. 8. ed. Bauru: Edipro, 2000.

_____. *Direito penal eleitoral e processo penal eleitoral*. Bauru: Edipro, 2006.

_____. *Inelegibilidades no direito brasileiro*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Bauru: Edipro, 2003.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2001.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. *O processo penal em face da Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. *Direito eleitoral brasileiro*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. Incoerências do Poder Legislativo e do Poder Executivo. In: GOMES, Luiz Flávio. VANZOLINI, Maria Patrícia (Coord.). *Reforma criminal*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2004. p. 108-116.

_____. *Preleções de direito eleitoral: direito material*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, Del Rey, 2006. v. 1.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua; CERQUEIRA, Camila Medeiros de Albuquerque Pontes Luz de Pádua. *Tratado de direito eleitoral: processo penal eleitoral*. São Paulo: Premier Máxima, 2008. v. 3.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CONEGLIAN, Olivar Augusto Roberti. *Lei das eleições comentada*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

_____. Princípio do juiz natural. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; LOPES, Maria Elizabeth de Castro. (Orgs.). *Princípios processuais civis na Constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 155-172.

CORDEIRO, Vinícius; SILVA, Anderson Galdino da. *Crimes eleitorais e seu processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

COSTA, Adriano Soares. *Instituições de direito eleitoral*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

COSTA, Tito. *Crimes eleitorais e processo penal eleitoral*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

_____. *Recursos em matéria eleitoral*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

COUTO, Ronaldo Costa. *História indiscreta da ditadura e da abertura: Brasil, 1964-1985*. 3. ed. São Paulo: Record, 1999.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Garantias processuais nos recursos criminais*. São Paulo: Atlas, 2002.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. Salvador: Podivm, 2008.

CUNHA, Rogério Sanches. *Direito penal: parte especial*. Coordenação de Luiz Flávio Gomes; Rogério Sanches Cunha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. (Direito Penal, v. 3).

DECOMAIN, Pedro Roberto; PRADE, Péricles. *Comentários ao Código Eleitoral*. São Paulo: Dialética, 2004.

DEMERCIAN, Pedro Henrique. *Regime jurídico do Ministério Público no processo penal*. São Paulo: Verbatim, 2009.

DEMO, Roberto Luis Luchi. *Competência penal originária*. Malheiros: São Paulo, 2005.

DIAS, Jefferson Aparecido. Princípio do devido processo legal. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; LOPES, Maria Elizabeth de Castro (Orgs.). *Princípios processuais civis na Constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 25-46.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Reimpr. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

FEITOZA, Denílson. *Direito processual penal*. 6. ed. rev., ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2009.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. 8. ed. Roma: Laterza, 2004.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê; MIRANDA, Gustavo Senna. *Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão*. São Paulo: Saraiva, 1991.

GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral: conforme Resolução n. 22.610/2007 do TSE*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2008. (Direito Penal, v. 4).

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GOMES, Suzana de Camargo. *Crimes eleitorais*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

HAMILTON, Sérgio Demoro. Questões e questiúnculas de processo penal. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 2, n. 12, p. 12-23, fev./mar. 2002.

_____. Reflexões sobre o conflito de atribuições. *Justitia*, São Paulo, Ministério Público do Estado de São Paulo, v. 48, n. 97, p. 113, jan./mar. 1986.

HUNGRIA, Néelson. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 1, t. 1 e v. 1, t. 2.

_____. Os crimes eleitorais. *Revista Eleitoral da Guanabara*, v. 1, n. 1, p. 129-138, 1968.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal: parte geral*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1.

KARAM, Maria Lúcia. *Competência no processo penal*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

KUEHNE, Maurício. Alterações à execução penal: primeiras impressões. In: GOMES, Luiz Flávio; VANZOLINI, Maria Patrícia. (Coords.). *Reforma criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 272-309.

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.

LIMA, Carolina Alves de Souza. O duplo grau de jurisdição nos processos de competência originária dos tribunais em razão da prerrogativa de função. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coords.). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 863-878.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Princípio do contraditório. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; LOPES, Maria Elizabeth de Casto (Orgs.). *Princípios processuais civis na Constituição*. Elsevier: Rio de Janeiro, 2008. p. 101-117.

LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

MARCON, Adelino. *O princípio do juiz natural no processo penal*. Curitiba: Juruá, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARQUES, José Frederico. *Da competência em matéria penal*. Ed. rev., atual. e compl. por José Renato Nalini, Ricardo Dip. Campinas: Millennium, 2000.

_____. *Ensaio sobre a jurisdição voluntária*. Ed. rev., atual. e compl. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. Campinas: Millennium, 2000.

_____. *O júri no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1955.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *O acesso à justiça e o Ministério Público*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Execução penal*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 4.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Júri: princípios constitucionais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

_____. *Manual de processo e execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Tribunal do júri*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

OLIVEIRA, Roberto da Silva. *Competência criminal da Justiça Federal*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2002.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PEDROSO, Fernando de Almeida. *Competência penal: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *O direito de defesa: repercussão, amplitude e limites*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PENTEADO, Jaques de Camargo. *Duplo grau de jurisdição no processo penal: garantia e efetividade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PIMENTEL, Manoel Pedro. O advogado e a realidade do direito penal. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, São Paulo, v. 12, n. 52, p. 35-45, maio/jun. 1978.

PINHEIRO, Rui; MAURÍCIO, Artur. *A Constituição e o processo penal*. Reimpr. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

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

PORTO, Roberto. *Lei eleitoral anotada*. São Paulo: Saraiva, 2009.

PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito penal: introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2001.

RAMAYANA, Marcos. *Direito eleitoral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

REALE JÚNIOR, Miguel. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: PRADO, Luiz Régis (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 137-139.

RIBEIRO, Fávila. *Direito eleitoral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 104-130. (Coleção Temas Atuais de Direito Criminal, v. 2).

SANTOS, Miguel Ângelo Ciavareli Nogueira dos. *Imunidades jurídicas: penais, processuais, diplomáticas e parlamentares*. São Paulo: Juarez Oliveira, 2003.

SEMER, Marcelo. A síndrome dos desiguais. *Juízes para a Democracia*, São Paulo, ano 6, n. 29, p. 11-12, jul./set. 2002.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Marco Antonio Marques da. *Acesso à justiça penal e estado democrático de direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

STOCO, Rui; STOCO, Leandro de Oliveira. *Legislação eleitoral interpretada: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SUANNES, Adauto. O ativismo judicial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 7, n. 27, p. 339-350, jul./set. 1999.

_____. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed., 8. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2000.

TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal comentado*. 3. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais*. 4. ed. rev. e atual. de acordo com as Leis 11.313/06 e 11.340/06. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Da competência pela prerrogativa de função. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, v. 5, n. 28, p. 5-26, out./nov. 2004.

_____. *Processo penal*. 25. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais: comentários à Lei 9.099/95*. 5. ed. rev., ampl. e atual. com a Lei 11.313/2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 405.

TRIGUEIROS NETO, Arthur da Motta; MONTEIRO, Marcelo Valdir. *Comentários às recentes reformas do Código de Processo Penal e legislação extravagante correlata*. 2. ed. São Paulo: Método, 2009.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2004.

_____. *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O controle do devido processo legislativo pelo Supremo Tribunal Federal. In: COSTA, José Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da. *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais* (Coords.). São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 75-85.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. *Elementos de direito eleitoral*. São Paulo: Saraiva, 2009.

VERONESE, Osmar. *Inviolabilidade parlamentar: do senador ao vereador*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho penal: parte general. Introdução do direito penal: fundamentos para um sistema penal democrático*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar Editora, 2002.