



Íntegra

A assistência no processo penal eleitoral

Por: Pedro Roberto Decomain

1 INTRODUÇÃO

Este estudo tem por objetivo realizar uma breve análise da possibilidade da ocorrência do fenômeno da assistência do ofendido (ou de seu representante legal, cônjuge, ascendente, descendente ou irmão) em face de crimes eleitorais.

O Código de Processo Penal consagra, em seu art. 268, a possibilidade de habilitar-se o ofendido pelo ilícito penal como assistente de acusação nos crimes de ação penal pública.

Como todos os crimes eleitorais são de ação penal pública, surge interesse em perquirir da eventual existência de crimes eleitorais que admitam a possibilidade da habilitação do ofendido como assistente de acusação.

2 O SUJEITO PASSIVO DA INFRAÇÃO PENAL. CRIMES DE AÇÃO PENAL PÚBLICA E DE AÇÃO PENAL PRIVADA. ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO.

O art. 268 do Código de Processo Penal¹ admite venha o ofendido pelo crime a participar do processo instaurado por ação penal pública, atuando como assistente da acusação.

A legislação penal e processual penal divide as infrações penais em dois grupos, do ponto de vista da legitimidade para o exercício da ação penal destinada a instaurar a instância judiciária, com o propósito de apurar a ocorrência do ilícito penal e a sua autoria, impondo ao autor a sanção correspondente.

Nesta perspectiva, o art. 100 do Código Penal² afirma desde logo que a ação penal será, em regra, pública, salvo quando a lei a declarar privativa do ofendido.

Assim, como regra geral, a persecução do crime em Juízo será intentada mediante iniciativa oficial. Pela necessidade de preservar a equidistância do Magistrado em face de ambas as partes, a tarefa de deflagrar a ação penal pública passou a ser conferida a outro órgão da estrutura estatal. No Brasil, esta tarefa cabe exclusivamente ao Ministério Público, consoante mandamento encartado no art. 129, I, da Constituição Federal, assim redigido: "Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei (...)"³

Aliás, a própria Constituição Federal deixa entrever a possibilidade da existência da ação penal privada. Em primeiro lugar, dita possibilidade emana da própria regra do art. 129, I, do texto constitucional, na medida em que este faz referência ao exercício da ação penal pública com exclusividade pelo Ministério Público, "na forma da lei". Evidente que não se pode concluir que a referência ao exercício da ação penal pública pelo Ministério Público "na forma da lei" pretendesse significar apenas que o Parquet a devesse exercer com observância aos limites em que a sua atuação fosse prevista por lei, não os desbordando, eis que tal significaria simples redundância. Sendo o Ministério Público órgão estatal, deve ater-se, em seu agir, como todos os demais, aos preceitos legais disciplinadores de suas diversas atividades. O que a parte final do inciso significa é que o Ministério Público exercerá a ação penal pública, justamente naquelas hipóteses em que a ação penal não seja legalmente declarada privativa do ofendido. Além disso, a Constituição Federal também reconhece a possibilidade da existência da ação penal privada, em seu art. 5º, inciso LIX, segundo o qual "será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal"⁴. A possibilidade da existência de crimes de ação penal privada e de outros de ação penal pública tem hoje, portanto, no Brasil, sede constitucional.

Embora não haja um critério legal ou, menos ainda, um critério constitucional que

deva pautar a opção do legislador no momento de definir se uma dada infração penal deve ser objeto de persecução judicial iniciada mediante ação penal pública, ou mediante ação penal privada, e, mesmo considerando que o interesse na punição dos ilícitos penais é sempre interesse de toda a coletividade, ainda assim os autores costumam apontar elemento que usualmente é empregado pelo legislador como fundamento para determinar que uma certa infração penal será de ação penal privada.

A análise das ponderações doutrinárias acerca deste tema será empreendida, justamente pela relevância de que se reveste para este pequeno estudo, segundo será exposto mais à frente.

De acordo com a observação de Aloysio de Carvalho Filho, lembrando Vannini, as razões que levam o legislador a optar, em determinada hipótese, pela iniciativa privativa do ofendido, para deflagração do processo penal, são de conveniência, de equidade ou de oportunidade prática. E prossegue Aloysio de Carvalho Filho:

Determinadas circunstâncias, peculiares a algumas infrações, aconselham condicionar-se a ação, nesses casos, à manifestação da vontade do ofendido. A querela individual é o preenchimento de uma formalidade, estatuída no interesse da tranquilidade das famílias (é a hipótese de crimes como o de adultério e o rapto), ou em vista do interesse particular dominante na punição (é a hipótese de crimes como a injúria e a difamação).

Deixando ao indivíduo, por exceção, a liberdade de intentar a ação penal, e, em consequência, conformando-se com o seu silêncio, revela o Estado, em suma, compreender que, por vezes, ao interesse e necessidade da punição supera o interesse do olvido sobre o crime, evitando situações ainda mais delicadas, e proporcionando à vítima ou aos seus parentes compensação melhor do que seria a pena, fato público, de profunda e larga repercussão.⁵

Já de acordo com as observações de Magalhães Noronha, o argumento preponderante na defesa da previsão de que em certas infrações penais a ação deve ser de iniciativa do ofendido, está em que, nessas hipóteses, "a ação de iniciativa privada atende a ponderosos imperativos individuais que não deixam de ser também da sociedade". No seu dizer, expondo o pensamento dos que defendem a ação penal privada:

Com efeito há casos em que ou o interesse do ofendido tem proeminência sobre o relativo interesse público, ou a lei não se pode permitir uma atuação que redunde em aumentar a aflição ao aflito, não só arrastando seu nome para os tribunais judiciais como para os das esquinas, com inegável escândalo a enodoar-lhe mais o nome e a produzir lesão sensível à própria moral pública. Em tais hipóteses, o mal da lei seria maior que o mal do crime.⁶

Finalizando, para Fernando Capez, o fundamento da previsão da ação penal privada reside em "evitar que o strepitus judicii (escândalo do processo) provoque no ofendido um mal maior do que a impunidade do criminoso, decorrente da não-propositura da ação penal"⁷.

O legislador está, portanto - ao ter que definir se uma infração penal será de iniciativa pública, isto é, no Brasil, se será promovida pelo Ministério Público, ou se, ao inverso, a iniciativa da persecução penal deve ser reservada ao próprio ofendido -, diante da necessidade de analisar particularmente o que poderá ser mais pernicioso para este último: se a eventual impunidade, ou se todo o estrépito que pode resultar da propositura da ação judicial. Se entender que o dano para o ofendido pode ser maior com a tramitação do processo do que será o dano para a coletividade, resultante da falta de punição do ilícito, optará pela ação penal privada.

Para que o legislador possa fazer essa opção, existe todavia a necessidade de definir quem deve ser considerado vítima, ofendido ou, genericamente, sujeito passivo da infração penal.

A tal respeito, Giuseppe Bettiol observou inicialmente que o Estado-Administração é sempre o titular do interesse lesionado pelo crime.

Em suas palavras,

A subjetivação da norma penal ocorre em favor do Estado, o que

equivale a dizer que o titular de todo interesse penalmente tutelado é o Estado, nas suas vestes de Estado-Administração. O indivíduo está excluído deste processo de individualização, de subjetivação, porque equivaleria afastar a natureza acentuadamente publicista do direito penal e recolocar a pena em mãos do particular. Se o Estado assume, pois, todo interesse penalmente tutelado como interesse próprio, isto significa que o sujeito passivo constante de qualquer crime é o Estado-Administração.⁸

Na mesma esteira, no dizer de Heleno Cláudio Fragoso, "sujeito passivo do crime é o titular do bem jurídico tutelado com a incriminação de determinado fato"⁹.

Sem afastar-se desse entendimento, referindo inclusive Bettiol, José Frederico Marques observava, todavia, com muita propriedade, que o próprio Estado, além de ser sujeito passivo formal de todo e qualquer crime, "surge em certos crimes como sujeito passivo material da infração delituosa"¹⁰, exemplificando com a situação dos crimes contra a segurança nacional, dos crimes políticos e dos crimes contra a administração pública.

Depois de fazer essa observação, José Frederico Marques, reportando-se a Petrocelli, ponderava também o seguinte:

A posição do Estado como sujeito passivo do crime pode apresentar-se da seguinte maneira:

- a) sujeito passivo genérico ou formal, como acontece em todos os delitos;
- b) sujeito material único, nos crimes em que é atingido um bem ou interesse exclusivo do Estado, como entidade política ou administrativa, tal como acontece nos crimes contra a forma do governo, ou na rebelião ou sedição;
- c) sujeito passivo, junto a outro sujeito, como no atentado contra autoridades públicas que personificam as próprias funções do Estado;
- d) sujeito passivo, junto a outro sujeito, cujos interesses são lesados no próprio âmbito da lesão ao interesse estatal, - como nos crimes de moeda falsa, concussão e prevaricação.¹¹

Sem embargo do acerto de semelhantes ponderações, deve-se ter presente, todavia, que crimes há, nos quais o sujeito passivo não será o Estado propriamente dito, considerado como entidade personalizada e titular imediato do bem jurídico protegido, mas, sim, a coletividade, em seu sentido mais amplo, cujos interesses devem ser defendidos pelo Estado, que será, quando muito, o titular mediato desse bem jurídico.

Fácil fica perceber essa diferença quando se realiza uma comparação entre certos crimes contra a Administração Pública e os próprios crimes eleitorais. Antecipando de certa forma algo que será com mais detalhe tratado no item 2, infra, não parece difícil perceber que, no crime de peculato, por exemplo, o Estado, quer como titular do bem ou valor do qual o funcionário público se apropria, quer pelo menos como responsável pela custódia desse bem ou valor, que pertence a um particular, é diretamente atingido, em sua condição de pessoa jurídica, pela realização do ilícito penal.

Já, na maioria dos crimes eleitorais, o que se tem não é ofensa ao Estado, considerado como pessoa jurídica, mas, sim, ofensa ao conjunto da coletividade, no seu interesse em ver transcorrer o processo eleitoral com respeito às normas constitucionais e infraconstitucionais que o disciplinam, partindo sempre da premissa de que o disciplinamento está posto de uma determinada maneira, em razão de se acreditar que através dela se atende melhor à realização efetiva da democracia representativa.

Nos crimes eleitorais efetivamente o sujeito passivo não pode ser considerado o Estado, como pessoa jurídica, atingido em um bem jurídico do qual seja o direito titular, mas a coletividade inteira. Pode-se dizer que se está, também, no tema dos crimes eleitorais, embora outras hipóteses possam ser vislumbradas (certos crimes contra a saúde pública, ou certos crimes contra o consumidor, poderiam ser outros exemplos), em face de crimes de "vitimização difusa", justamente porque não comportam um sujeito passivo individualmente identificado. Possuem, em princípio, como sujeito passivo, a coletividade toda. O que não impedirá que eventualmente, em alguns crimes eleitorais, possa surgir, como sujeito passivo, a

par da própria coletividade inteira, também alguma pessoa individualmente considerada. Caso nítido de pluralidade de sujeitos passivos, sendo um difuso e, portanto, indeterminável do ponto de vista individual, e outro, ao inverso, perfeitamente individualizado.

A propósito desse assunto, é interessante lembrar o que foi escrito por Bettiol:

Não será possível realmente, no campo do direito penal, atuar com mentalidade normativa formal e afirmar que podem ser sujeitos jurídicos somente os titulares de interesses juridicamente tutelados, isto é, o homem e a pessoa jurídica como síntese juridicamente reconhecida de uma multiplicidade de indivíduos que têm interesses em comum. É necessário, ao contrário, observar a realidade em que vivemos onde existem agrupamentos de interesses em torno de indivíduos, independentemente de qualquer personificação jurídica: basta pensar na família, nas profissões, no exército e assim por diante. Já advertimos, anteriormente, a propósito do conteúdo que se deve emprestar aos conceitos jurídico-penais, sobre a importância que possui a apreciação dos ordenamentos singulares e concretos em que se cinde a sociedade. Entendemos que esta apreciação "realista" da situação tem sua importância mesmo a respeito do sujeito passivo do crime, em virtude do que pode ser considerado sujeito passivo uma coletividade de pessoas que não goze de personalidade jurídica. Rocco afirmou corretamente, a propósito da família, que ela "não é considerada no direito penal como uma pessoa jurídica, como um sujeito de verdadeiros direitos, já que os interesses da família penalmente tutelados contra as ações ofensivas aos próprios interesses, que são os crimes contra a família, não o são naturalmente na forma de direitos subjetivos. Mas o direito penal considera a família como um sujeito de interesses jurídicos distintos, com respeito a terceiros, de cada uma das pessoas que a compõe. [...]".

Podem ser considerados, portanto, como possíveis sujeitos passivos de crime o indivíduo, a família, a sociedade, o Estado e a sociedade dos Estados. O problema do sujeito passivo do crime não é problema de personificação jurídica (a esta exigência corresponde já a consideração de que o Estado é sempre sujeito passivo constante de todo crime) mas de gravitação de interesses em torno de determinados núcleos sociais.¹²

Mesmo nos crimes de ação penal pública, em que a iniciativa da persecução judicial do ilícito penal não pertence diretamente ao sujeito ativo, mas, sim, cabe ao Estado, o sistema jurídico processual penal brasileiro, todavia, não descarta totalmente do interesse daquele.

Com efeito, quando se trata de crime de ação penal pública, o Código de Processo Penal permite, em seu art. 268, que o ofendido se habilite como assistente de acusação.

Diz o mencionado artigo do Código de Processo Penal: "Art. 268. Em todos os termos da ação pública, poderá intervir, como assistente do Ministério Público, o ofendido ou seu representante legal, ou, na falta, qualquer das pessoas mencionadas no art. 31"¹³.

A expressão "ofendido" deve ser entendida aqui no sentido de "sujeito passivo da infração penal", ou seja, aquele cujo bem jurídico é atingido pela conduta penalmente típica. Desta sorte, permite-se ao sujeito passivo da infração penal participar direta e ativamente da persecução penal do crime em Juízo, se assim ele o entender conveniente.

Claro que tal participação somente fará sentido quando se puder identificar, em um determinado crime, um sujeito passivo personificado, ou seja, um sujeito passivo que seja pessoa física ou pessoa jurídica. Tratando-se de ilícito penal de exclusiva "vitimização difusa", em face do qual não se vislumbra um sujeito passivo personificado, diretamente atingido pela conduta típica, inexistirá a possibilidade de que alguém venha a habilitar-se como assistente de acusação.

Nesse sentido, o ensinamento de Vicente Greco Filho:

Ofendido tem sentido técnico penal; é o sujeito passivo da infração. Nas infrações em que não há ofendido determinado, em que o sujeito passivo é a coletividade, não pode haver assistente, ainda que tenha havido um prejudicado. Por exemplo, no caso de crime de tráfico de entorpecentes, um dos núcleos do tipo é "ministrar".

Alguém foi prejudicado com o ato de ministrar, mas não poderá ingressar como assistente, porque o crime do art. 12 da Lei n. 6.368/1976 é de perigo contra a saúde pública, sendo o sujeito passivo a coletividade. O mesmo pode ocorrer, entre outras hipóteses, com crimes contra a fé pública, nos quais pode haver um prejudicado com a falsidade. No caso de contravenção penal, também, não há ofendido"¹⁴.

Se o sujeito passivo de infração penal houver falecido ou tiver sido declarado juridicamente ausente, poderão habilitar-se como assistentes de acusação o seu cônjuge, ascendente, descendente ou irmão, eis que essas são as pessoas mencionadas pelo art. 31 do Código de Processo Penal.

O papel do assistente de acusação e a finalidade a que a lei teve em mira atender, ao prever a existência de tal sujeito da relação processual oriunda de ação penal pública, é dúplice.

De um lado, a lei procura permitir ao ofendido, sujeito passivo da infração penal, a participação ao lado do Ministério Público, na busca da punição daquele que contra si praticou a conduta típica.

De outro lado, porém, a possibilidade da participação do ofendido na relação jurídica processual iniciada mediante ação penal pública tem em mira facilitar-lhe a eventual e subsequente obtenção de indenização dos prejuízos que a infração penal lhe haja acarretado. Este segundo fundamento para que a lei preveja a possibilidade de habilitar-se o ofendido como assistente de acusação assume particular relevo diante da regra do art. 935 do Código Civil, segundo a qual "a responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal"¹⁵.

A lição de Júlio Fabbrini Mirabete, lembrando também Marcelo Fortes Barbosa, resume esse pensamento:

Predomina o entendimento que, no processo penal brasileiro, o assistente não é "parte civil", nem litisconsorte, mas sim parte contingente (adjunta ou adesiva), desnecessária e eventual, que tem como finalidade, em princípio, obter a condenação do acusado com fins à reparação civil. Mas, como observa Marcelo Fortes Barbosa: "A assistência de acusação, em nosso Direito Processual Penal não é um mero correlativo direto do direito à reparação do dano, eis que o ofendido intervém para reforçar a acusação pública, figurando em posição secundária o interesse mediato na reparação do dano causado pelo delito". É o que deixa entrever a escolha do termo "assistente" pela lei no art. 268 e ss. do CPP. Sua função é auxiliar, ajudar, assistir o Ministério Público a acusar e, secundariamente garantir seus interesses reflexos quanto à indenização dos danos causados pelo crime"¹⁶.

Enfatizando também o aspecto de coadjuvante da própria acusação, inerente à figura do assistente, o entendimento de Eduardo Espínola Filho:

Ao mesmo tempo que atinge, na sua pessoa ou nos seus bens, um ou mais indivíduos, que se apresentam, assim, como ofendido ou ofendidos (n. 87), o crime causa um dano social, e, apenas em homenagem à predominância do interesse social sobre o particular, é estabelecida (n. 84) a preferência de iniciativa do órgão público, para instauração da ação penal (n. 541), somente sendo lícito à parte privada apresentar a sua queixa, se, no prazo legal, o Ministério Público deixou de manifestar-se sobre o inquérito, a representação ou a peça de informações (n. 85) - salvo, naturalmente, os casos em que a ação penal toma corpo, exclusivamente, com a queixa do ofendido, do seu representante legal ou de quem o substitua (n. 74).

Mas, seja qual for o interesse público e social, que haja, de apurar o delito e punir o ou os autores, persiste sempre o grande e muito ponderável interesse particular na apuração do fato e na punição dos responsáveis.

Eis porque, embora movimentada, normalmente, pelo Ministério Público, a ação penal, com o oferecimento da denúncia, é permitido à parte privada tomar uma posição acusatória auxiliar; que o Código de Processo Penal encara como assistência ao Ministério Público, na ação criminal por este promovida.¹⁷

No mesmo sentido Vicente Greco Filho:

O assistente é o ofendido, seu representante legal ou seu sucessor, auxiliar da acusação pública. O fundamento da possibilidade de sua intervenção é o seu interesse na reparação civil, mas o assistente atua, também, em colaboração com a acusação pública no sentido da aplicação da lei penal.¹⁸

Já Fernando da Costa Tourinho enfatiza, como fundamento para a previsão da possibilidade de habilitar-se o ofendido como assistente de acusação, a facilitação justamente da obtenção, por ele, de indenização dos prejuízos que lhe tenham advindo da conduta criminosa.

Assim:

Qual a função do assistente? Entendemos que a razão de se permitir a ingerência do ofendido em todos os termos da ação penal pública, ao lado do Ministério Público, repousa na influência decisiva que a sentença penal exerce na sede civil.

Segundo dispõe o art. 91, I, do CP, é um dos efeitos da sentença penal condenatória tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime. Por isso mesmo dispõe o art. 63 do CPP que a sentença penal condenatória com trânsito em julgado constitui título certo e ilíquido em favor do direito à indenização.

Assim, ao que tudo indica, o Estado permitiu a ingerência do ofendido nos crimes de ação pública para velar pelo seu direito à indenização. Conclui-se, pois, que a função do assistente não é a de auxiliar a acusação, mas a de procurar defender seu interesse na indenização do dano ex delicto.¹⁹

Em torno da possibilidade da habilitação do próprio Estado (seja União, seja Estado-Membro, seja o Distrito Federal, Município ou autarquia) como assistente de acusação, naqueles crimes dos quais seja vítima, existe alguma controvérsia.

Os autores, de modo geral, recusam essa possibilidade, ao argumento de que, em ações penais versando sobre crimes em que o Estado seja o sujeito passivo substancial, este já se acha representado pelo Ministério Público.

A esse propósito, Júlio Fabbrini Mirabete assim se expressa:

O Poder Público não pode intervir como assistente uma vez que o Ministério Público, parte acusadora, atua sempre em seu nome, sendo a ingerência da Administração uma superfetação prejudicial à defesa. Isso não impede, porém, que o particular, como ofendido conjuntamente com a Administração Pública, seja admitido como assistente.²⁰

O pensamento de Fernando da Costa Tourinho Filho é o mesmo:

O Poder Público poderá intervir como assistente? A nós nos parece que não. Se o Órgão do Ministério Público atua em nome do Poder Público, seria uma superfetação a ingerência da Administração Pública na ação penal pública.²¹

Sem prejuízo desse entendimento, lembra, todavia, que o § 1º, do art. 2º, do Decreto-Lei n. 201, de 1967, que prevê e pune crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais, autoriza os órgãos federais, estaduais ou municipais interessados na apuração da responsabilidade do prefeito a requerer a abertura de inquérito policial e também a requerer ao Ministério Público a deflagração da ação penal, autorizando-os ainda a intervir, em qualquer fase do processo, como assistentes de acusação.²²

Particularmente, acreditamos que, tratando-se de crime que haja ocasionado direto prejuízo patrimonial para o Poder Público, este, considerando que também em seu benefício se aplicam as regras do art. 91, inciso I, do Código Penal e do art. 63 do Código de Processo Penal, pode habilitar-se como assistente de acusação, nos processos destinados à apuração de tais ilícitos penais. No ponto, deve-se inclusive considerar a regra constitucional segundo a qual ao Ministério Público é vedado, no Brasil, empreender a defesa judicial das pessoas jurídicas de Direito Público, muito embora nesse ponto se deva fazer também a ressalva de que, normalmente, o crime que causa prejuízo ao Poder Público configura também um ato de improbidade, o que, face a essa particular situação, faria nascer de todo modo a legitimidade do Ministério Público para a ação civil

destinada à imposição ao seu autor das sanções prevista pelo art. 12 da Lei n. 8.429/1992, entre as quais se inclui o ressarcimento integral do dano. Mesmo nesse caso, porém, como a legitimidade é também da pessoa jurídica de Direito Público prejudicada, tratando-se de situação de legitimidade concorrente e disjuntiva, somente tal circunstância, só por si, já faria surgir o interesse da pessoa jurídica de Direito Público prejudicada, em atuar na ação penal como assistente do Ministério Público.

3 O SUJEITO PASSIVO, A AÇÃO PENAL E A POSSIBILIDADE DE HABILITAÇÃO DE ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO NOS CRIMES ELEITORAIS

Para que se possa ter claro quem deve ser considerado sujeito passivo nos crimes eleitorais, há necessidade de verificar quais são os bens jurídicos cuja proteção é almejada pela incriminação das condutas como tais definidas.

Acerca desse tema, Fávila Ribeiro apresenta a seguinte classificação dos crimes eleitorais:

Tomando em consideração os valores ou interesses predominantemente atingidos, revelando, assim, maior inclinação pelo elemento teleológico a ser afetado pela conduta delitiva, parece-nos que poderia ser formulada a classificação assim:

Crimes eleitorais:

- I - lesivos à autenticidade do processo eleitoral;
- II - lesivos ao funcionamento do serviço eleitoral;
- III - lesivos à liberdade eleitoral;
- IV - lesivos aos padrões éticos ou igualitários nas atividades eleitorais.²³

Fávila Ribeiro lembra também uma classificação dos crimes eleitorais, formulada por Nelson Hungria, o qual agrupava os crimes eleitorais nas seguintes categorias:

- a) abusiva propaganda eleitoral (arts. 322 a 337);
- b) corrupção eleitoral (art. 299);
- c) fraude eleitoral (arts. 289 a 291; 302, 307, 309, 310, 312, 315, 317, 319, 321, 337, 339, 340, 348, 349, 352, 353, 354);
- d) coação eleitoral (arts. 300 e 301);
- e) aproveitamento econômico da ocasião eleitoral (arts. 303 e 304);
- f) irregularidades no ou contra o serviço público eleitoral (os demais artigos do cap. II do Tit. IV).²⁴

Joel José Cândido apresenta a classificação dos crimes eleitorais proposta por Antonio Roque Citadini:

- 1 Crimes Eleitorais no Alistamento Eleitoral - arts. 289 a 295.
- 2 Crimes Eleitorais no Alistamento Partidário - arts. 319 a 321.
- 3 Crimes Eleitorais na Propaganda Eleitoral - arts. 299 a 304 e 322 a 338.
- 4 Crimes Eleitorais na Votação - arts. 297, 298, 305 a 312.
- 5 Crimes Eleitorais na Apuração - arts. 313 a 319.
- 6 Crimes Eleitorais no Funcionamento do Serviço Eleitoral - arts. 296, 339 a 354.²⁵

Depois de lembrar também as classificações propostas por Fávila Ribeiro e Nelson Hungria, Joel José Cândido propõe a sua própria classificação para os crimes eleitorais:

- 1 Crimes contra a Organização Administrativa da Justiça Eleitoral: arts. 305, 306, 310, 311, 318 e 340, todos do Código Eleitoral.
- 2 Crimes Contra os Serviços da Justiça Eleitoral: arts. 289 a 293, 296, 303, 304, 341 a 347; art. 11 da Lei n. 6.091/1974, arts. 45, §§

9º e 11, 47, § 4º, 68, § 2º, 71, § 3º, 114, parágrafo único, e 120, § 5º, todos do Código Eleitoral. '

3 Crimes contra a Fé Pública Eleitoral: arts. 313 a 316, 348 a 354; art. 15 da Lei n. 6.996/1982 e art. 174, § 3º, do Código Eleitoral.

4 Crimes Contra a Propaganda Eleitoral: arts. 323 a 327; 330 a 332 e 334 a 337, todos do Código Eleitoral.

5 Crimes contra o Sigilo e o Exercício do Voto: arts. 295, 297 a 302, 307 a 309, 312, 317, 339; art. 5º da Lei n. 7.021/1982; arts. 129, parágrafo único, e 135, § 5º, do Código Eleitoral.

6 Crimes Contra os partidos políticos: arts. 319 a 321 e 338 do Código Eleitoral e art. 25 da Lei Complementar n. 64/1990.²⁶

Como muito bem pondera Joel José Cândido, sem embargo da validade de todas essas classificações, nenhuma delas talvez satisfaça, tendo todas o seu mérito, sendo antes relevante que, pelas diversas classificações propostas, se possa estudar, com êxito, os crimes eleitorais e os diversos e curiosos aspectos de sua dogmática.²⁷

A partir dessas classificações, se pode tentar verificar quem será o sujeito passivo, nos crimes eleitorais.

Em princípio, o sujeito passivo será sempre a coletividade em sua inteireza, pelo interesse - que é a um tempo de todos e de cada um - na lisura e transparência do processo eleitoral e de todas as atividades a serem desenvolvidas no âmbito da Justiça Eleitoral. São atividades que na essência visam a tornar segura a democracia representativa. Havendo-se tornado desde há muito até numericamente impossível o exercício da democracia direta, salvo situações excepcionais, a escolha de representantes pela população, por meio do voto, atualmente direto, universal e secreto, tornou-se o mecanismo para permitir um mínimo de participação popular na composição dos organismos estatais que irão decidir sobre assuntos que em última análise podem afetar a vida da população inteira ou, quando menos, de parcela significativa dessa população.

Tratando-se então de crimes que de algum modo comprometem a regularidade dessas atividades, tendentes ao exercício da democracia direta, têm-se sempre crimes de "vitimização difusa", é dizer, crimes que afetam a coletividade no seu todo.

Sem embargo dessa constatação, crimes eleitorais podem existir em que o Estado é afetado diretamente, inclusive numa perspectiva patrimonial, como ocorre com o crime de dano à urna eleitoral eletrônica ou a outro equipamento destinado à totalização de votos, previsto pelo art. 72, inciso III, da Lei n. 9.504/1997²⁸. Embora a punição de tal crime tenha por alvo primordialmente o dano à urna ou equipamento de totalização antes de ser realizada a apuração dos votos, ou, em caso de urna eletrônica, mesmo durante o processo de votação ou antes de haver-se ele iniciado, ainda assim não se pode deixar de reconhecer a presença de um nítido elemento patrimonial em tal conduta, o que faz com que a União, da qual a Justiça Eleitoral é um dos órgãos, seja havida como sujeito passivo do crime.²⁹

Finalmente, também não se deve olvidar a possibilidade da existência (e mesmo a efetiva existência, em nosso sistema jurídico) de crimes eleitorais que apresentam, como sujeito passivo, a par da coletividade inteira, também pessoas físicas e até mesmo, eventualmente, pessoas jurídicas particulares individualizadas.

Caso se entendesse que os crimes eleitorais sempre ofendem o Estado (e não exclusivamente naquela perspectiva formal, de que todo crime o ofende), então tais crimes eleitorais, que, além de ofenderem o Estado, ofendessem também diretamente um direito de um particular, poderiam ser incluídos na quarta situação em que o Estado figura como sujeito passivo de crimes, segundo exposto por José Frederico Marques. Estar-se-ia justamente diante de uma daquelas situações em que o Estado é "sujeito passivo, junto a outro sujeito, cujos interesses são lesados no próprio âmbito da lesão ao interesse estatal - como nos crimes de moeda falsa, concussão e prevaricação".³⁰

Não obstante isso, em atenção à prevalência da preservação do interesse comunitário (e, portanto, verdadeiramente difuso) na normalidade do funcionamento da Justiça Eleitoral, e na normalidade do andamento do processo

eleitoral, todos os crimes eleitorais são, no Brasil, crimes de ação penal pública incondicionada. Esta a regra do art. 355 do Código Eleitoral, segundo a qual "as infrações penais definidas neste Código são de ação pública"³¹.

A regra é aplicável também aos demais crimes eleitorais, previstos em leis especiais. Não tanto por simples analogia, mas, sim, porque aos crimes eleitorais é aplicável também o preceito geral constante do art. 100 do Código Penal, segundo o qual o crime somente será apurado em juízo por iniciativa exclusiva do ofendido (isto é, mediante ação penal privada originária) quando houver expressa disposição legal neste sentido. Em face de crimes eleitorais, inexistente algum cuja persecução penal esteja sujeita a ação penal exclusivamente privada. Daí por que se pode afirmar que todos os crimes eleitorais são de ação penal pública. Também não havendo qualquer deles para os quais se exija, como condição de procedibilidade, a representação de alguém, tem-se que são todos de ação penal pública incondicionada.

Desta sorte, o Ministério Público deve deflagrar a ação penal tão logo se depare com elementos preliminares de informação fidedignos, que o convençam da ocorrência de um crime eleitoral e da sua possível autoria.

Mesmo assim, cuidando-se de hipótese de crime eleitoral em que, além da ofensa à coletividade inteira, exista também um sujeito passivo que seja pessoa física ou jurídica individualizada, por haver a infração sido dirigida diretamente contra ela, tem-se a possibilidade de vir referida pessoa a habilitar-se como assistente de acusação.

Alguns exemplos (talvez possa haver outros) permitirão aclarar essa hipótese.

Tomem-se em consideração para esse fim os crimes previstos pelos arts. 324, 325 e 326 do Código Eleitoral, cujos tipos penais estão assim redigidos:

Art. 324. Caluniar alguém, na propaganda eleitoral, ou visando fins de propaganda, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:

Pena - detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 10 (dez) a 40 (quarenta) dias-multa.

[...]

Art. 325. Difamar alguém, na propaganda eleitoral, ou visando a fins de propaganda, imputando-se fato ofensivo à sua reputação:

Pena - detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 5 (cinco) a 30 (trinta) dias-multa.

[...]

Art. 326. Injuriar alguém, na propaganda eleitoral, ou visando a fins de propaganda, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Pena - detenção até 6 (seis) meses, ou pagamento de 30 (trinta) a 60 (sessenta) dias-multa.³²

Não é difícil perceber que em semelhantes crimes, além da ofensa à coletividade inteira - pelo comprometimento do seu interesse em ver transcorrer normalmente o processo eleitoral, sem ofensas de parte dos candidatos ou partidos, ou mesmo de terceiras pessoas, contra os adversários - existe também justamente a ofensa direta à dignidade, ao decoro ou à imagem pública, enfim, a ofensa à honra da pessoa que foi alvo da calúnia, da difamação ou da injúria.

Em semelhantes casos (lembrando sempre que também podem existir outros), não existe razão para que o ofendido não possa habilitar-se, na ação penal destinada a apurar semelhantes crimes eleitorais, como assistente de acusação.

Deve-se invocar inclusive, como fundamento para semelhante conclusão, a regra do art. 364 do Código Eleitoral, assim redigida:

Art. 364. No processo e julgamento dos crimes eleitorais e dos comuns que lhes forem conexos, assim como nos recursos e na execução que lhes digam respeito, aplicar-se-á, como lei subsidiária ou supletiva, o Código de Processo Penal.³³

NOTAS

¹ BRASIL. Código de processo penal. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 55.

² BRASIL. Código penal. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 88.

⁴ _____. _____. p. 11.

⁵ CARVALHO FILHO, Aloysio de; ROMEIRO, Jorge Alberto. Comentários ao Código penal. V. IV. Arts. 102 a 120. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 17-18.

⁶ MAGALHÃES NORONHA, Edgard. Direito Penal. Vol. 1. Introdução e parte geral. 23. ed., atual. por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 314. Os itálicos constam do original. Após expor os argumentos contrários à persistência da ação penal privada, o próprio autor afirma, todavia, que a exceção representada por tal modalidade de ação penal se justifica (Op. cit., p. 316).

⁷ CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. Parte Geral. 2. ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 525.

⁸ BETTIOL, Giuseppe. Direito Penal. V. III. Trad. e notas de Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. São Paulo: RT, 1976, p. 45.

⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal. A nova parte geral. 9. ed., rev. pelo autor. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 285. Em itálico no original.

¹⁰ MARQUES, José Frederico. Tratado de Direito Penal. V. II. Da infração penal. Campinas: Bookseller, 1997, p. 45.

¹¹ MARQUES, José Frederico. Tratado de Direito Penal. V. II. Da infração penal. Campinas: Bookseller, 1997, p. 45-46.

¹² BETTIOL, Giuseppe. Direito Penal. V. III. Tradução e notas de Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. São Paulo: RT, 1976, p. 49-50.

¹³ BRASIL. Código de Processo Penal. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 55.

¹⁴ GRECO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 223.

¹⁵ BRASIL. Código Civil. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. São Paulo: Ed. Sugestões Literárias, 2002, p. 100. No ponto, deve-se lembrar também a regra insculpida no art. 91, inciso I, do Código Penal, segundo a qual um dos efeitos da condenação criminal transitada em julgado é tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime (Código Penal. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 67). Também se deve lembrar a regra do art. 63 do Código de Processo Penal, segundo a qual a sentença penal condenatória transitada em julgado constitui título certo, porém ilíquido, passível de liquidação da órbita cível (Código de Processo Penal. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 26).

¹⁶ MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo Penal. 14. ed., rev. e atual. até dez. 2002. São Paulo: Atlas, 2003, p. 348.

¹⁷ ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Código de processo penal brasileiro anotado. Reprodução fac-similar da 5. ed. V. III. Comentários aos arts. 185-372. Rio de Janeiro: Ed. Rio, agosto de 1976, p. 269. O texto integra o primeiro de um total de três volumes, com a reprodução fac-similar de todos os volumes da 5ª edição da obra. A acentuação gráfica está conforme consta do original.

¹⁸ GRECO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 223.

¹⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Código de Processo Penal Comentado. V. 1 (arts. 1º a 393). 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 498.

²⁰ MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo Penal. 14. ed., rev. e atual. até dez. 2002. São Paulo: Atlas, 2003, p. 347.

²¹ e ²² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Código de Processo Penal Comentado. V. 1 (arts. 1º a 393). 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 497.

²³ RIBEIRO, Fávila. Direito Eleitoral. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 468.

²⁴ RIBEIRO, Fávila. Direito Eleitoral. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 468. As referências a artigos de lei, constantes da transcrição, são relativas ao Código Eleitoral. A passagem de Nelson Hungria, citada por Fávila Ribeiro, foi extraída de artigo com o título "Crimes eleitorais", publicado na Revista Eleitoral da Guanabara, publicada pelo respectivo Tribunal Regional Eleitoral, 1967, ano I, n. 1, p. 134-135.

²⁵ CÂNDIDO, Joel José. Direito Eleitoral Brasileiro. 7. ed. Bauru, SP: Edipro, 1998, p. 276-277.

²⁶ _____. _____. p. 276-277-278.

²⁷ _____. _____. p. 278.

²⁸ BRASIL. Código Eleitoral. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 276.

²⁹ A propósito desse crime já escrevemos o seguinte: "A máquina de votar é o repositório dos votos e sua destruição pode acarretar a perda completa dos votos nela depositados. Por esse motivo é que o inciso inclui entre os crimes eleitorais esta especial modalidade de crime de dano. O delito abrange também o dano físico deliberadamente causado a máquinas destinadas à totalização dos votos. Como a totalização depende da apuração, de certa forma as máquinas que realizem apenas apuração, se as houver, também serão máquinas empregadas na totalização, de molde a estarem compreendidas no tipo penal. Quando menos, o dano físico a elas causado constituirá crime de dano, previsto pelo art. 163, parágrafo único, inciso III, do Código Penal, mas com pena bem menor do que a cominada ao presente artigo desta lei" (DECOMAIN, Pedro Roberto. Eleições. Comentários à Lei n. 9.504/1997. Florianópolis: Ed. Obra Jurídica: 1998, p. 210).

³⁰ MARQUES, José Frederico. Tratado de Direito Penal. V. II. Da infração penal. Campinas: Bookseller Ed. Distr., 1997, p. 45-46.

³¹ BRASIL. Código Eleitoral. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 82.

³² _____. _____. p. 79.

³³ _____. _____. p. 85.

Promotor de Justiça em Santa Catarina. Professor de Direito Processual Penal e Direito Eleitoral na Universidade do Contestado - Campus Mafra/Rio Negrinho, SC. Professor de Direito Eleitoral na Escola de Preparação e Aperfeiçoamento do Ministério Público. Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - Univali.

Publicado na RESENHA ELEITORAL - Nova Série, v. 10, n. 2 (jul./dez. 2003).