

OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL ELEITORAL E MECANISMOS DE CONTROLE¹.

Luiz Carlos dos Santos Gonçalves²

RESUMO. O Ministério Público Eleitoral é titular exclusivo do dever de promover a ação penal eleitoral e o texto discute as possibilidades de controle deste dever. Examina o que fazer diante de arquivamentos tidos como inadequados e de eventual desídia ou desinteresse do órgão ministerial em apresentar denúncia. Dá ênfase à ação penal privada subsidiária da ação penal pública eleitoral, apontando sua especial utilidade em face do foro por prerrogativa de função.

ABSTRACT. The Electoral Public Prosecutor is the only legitimate agent to pursue electoral crimes. The paper analyses the ways of control this duty. It analyses how could a Judge act when the institution declines this duty or delay in fulfilling it. It's focus is the private criminal lawsuit that all electors could file, even if the case has to be put in a superior Court of Justice.

PALAVRAS-CHAVE. Ação Penal Eleitoral. Controle da obrigatoriedade. Reexame de arquivamentos. Omissão. Ação penal eleitoral subsidiária.

KEYWORDS. Mandatory Electoral Criminal Lawsuit. Control of duty's decline. Private lawsuit.

Data de submissão: 07 de março de 2022

1. Introdução: a exclusividade da ação penal

A exclusividade da ação penal pública pelo Ministério Público, MP, atende à conveniência de apartar estas ações judiciais de paixões desencadeadas pela prática do crime, permitindo que o acionamento do Poder Judiciário – oxalá! - se faça de modo técnico e proporcional. As exceções trazidas pela legislação comum incluem hipóteses nas quais se demanda a autorização da vítima ou de seu representante legal para a atuação ministerial e outras nas quais são as próprias vítimas ou seus representantes que detêm a possibilidade de ajuizar a ação. As razões da existência destas exceções envolvem a tutela da privacidade ou intimidade – nos casos de ação penal privada - ou a compreensão de que há variados bens jurídicos tutelados, propiciando uma duplicidade na legitimação para agir, hipótese das ações públicas sujeitas a representação.

A legislação eleitoral, todavia, desconhece tais exceções. O Código Eleitoral, CE, diz: “Art. 355. As infrações penais definidas neste Código são de ação pública”. É norma que vale também para os crimes definidos em leis eleitorais esparsas, como a

¹ Este texto foi publicado na Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Pará, vol. 12, n. 19, 2022, p. 112/126, acessível em: <https://www.tre-pa.jus.br/jurisprudencia/revista-eletronica>

² Procurador Regional da República em São Paulo. Procurador Auxiliar da Procuradoria Regional Eleitoral de São Paulo. Mestre e Doutor em Direito do Estado pela PUC-SP.

de n. 9.504/97, a 6.091/74 e a Lei Complementar 64/90. A tais leis, de qualquer forma, se aplicam as regras gerais do Código Penal segundo as quais: “Art. 100 - A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido” e “§ 1º - A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça”. Como não há, nessa legislação penal eleitoral esparsa, indicativos sobre a ação penal, dá-se a legitimação exclusiva do Ministério Público Eleitoral, MPE.

A solução do Código Eleitoral é criticável.

Não há boas razões para que os crimes eleitorais contra a honra, artigos 324 (calúnia), 325 (difamação) e 326 (injúria), sejam de ação penal pública incondicionada. O Ministério Público Eleitoral precisa se colocar como se fosse a pessoa ofendida e examinar se a ofensa foi ou não relevante. O argumento de que nestes crimes o ofendido é, na verdade, a coletividade dos cidadãos não consegue afastar que pessoa direta e determinada suportou diretamente o opróbrio vindo da ofensa. Ela deveria ser ouvida sobre a conveniência da ação. Embora muitas vezes seja o ofendido a levar a notícia ao MP, por vezes o fato chega por outras vias. Não é de todo incomum que o ofendido se surpreenda e até se indisponha contra o processo, que pode turvar seu sossego. No Código Penal, estes comportamentos ensejam, como regra, ação penal privada. Melhor solução seria, transformar, para pública condicionada, a ação penal destes crimes eleitorais, passando a se exigir representação da pessoa objeto da ofensa.

2. A obrigatoriedade da promoção da ação penal

Atuando em prol de interesses sociais indisponíveis, o Ministério Público não pode, por capricho ou desídia, deixar de promover a ação penal, desde que tenha formado, no evento concreto, *opinio delicti* favorável a ela. A privatividade da ação penal pública, constitucionalmente assegurada ao MP, art. 129, I, traz, como consequência, um dever de atuação ministerial.

Não foram recebidos pela Constituição Federal de 1988 artigos como o 26 do Código de Processo Penal, CPP, que permitiam a autoridade policial ou judicial dar início ao processo no caso de contravenções penais ou ao juízo nomear promotor *ad hoc* se o órgão ministerial não oferecesse, perante o Tribunal do Júri, libelo-crime acusatório no prazo legal, art. 419 ou não comparecesse para a audiência de julgamento, art. 448, parágrafo único.

A obrigatoriedade não autoriza a promoção de ações penais temerárias ou despidas de justa causa. Não é demais lembrar que o CPP indica que a denúncia será rejeitada quando faltar pressuposto processual, condição para o seu exercício ou justa causa, art. 395, II e III, cabendo ainda ao juiz absolver sumariamente o denunciado se houver excludente de ilicitude do fato ou da culpabilidade (salvo a inimputabilidade) ou se estiver extinta a punibilidade do agente, art. 397, I, II e IV. São hipóteses fáticas e jurídicas que devem ser apreciadas já pelo órgão do Ministério Público, autorizando o arquivamento do inquérito ou peças de informação.

Deste modo, cabe ao Ministério Público diante de inquéritos, notícias de fato ou procedimentos apuratórios verificar se estão presentes provas suficientes de materialidade e autoria delitivas, se há alguma situação excludente da tipicidade, ilicitude ou culpabilidade e se não houve, por qualquer motivo, extinção da punibilidade. Se houver a presença destas condições e não for possível ou recomendável prosseguir nas apurações, a promoção de arquivamento é medida que se impõe.

Longe vai o tempo no qual se entendia que todas as medidas de verificação da ilicitude ou culpabilidade de um fato típico eram de exclusivo encargo do Poder Judiciário, funcionando os promotores e procuradores como autômatos denunciadores.

Outras situações que alteraram a antiga interpretação da obrigatoriedade da ação penal são relacionadas ao processo penal transacional, na qual se permite acordo entre acusação e defesa, a ser homologado pelo juízo. É o caso da transação penal da Lei 9.099/95, a primeira a valorizar a autonomia ministerial e da defesa técnica no sentido de transigir diante de uma imputação de crime. Ao depois surgiram a colaboração premiada, inicialmente na Lei de Proteção de Testemunhas e réus colaboradores, Lei n. 9.807/99 e, mais recentemente, na Lei n. 12.850/2013, das organizações criminosas. O projeto do “Pacote Anticrime”, que se transformou na Lei n. 13.964, de 2019, trouxe o Acordo de não persecução penal, do art. 28-A do Código de Processo Penal, o mais próximo que nosso sistema processual penal chegou do “plea bargain” do direito norte-americano. A suspensão condicional do processo, Lei 9.099/95 não foi incluída neste rol pois, embora também ensejando forma de transação, exige o oferecimento e recebimento da denúncia.

3. A fiscalização da obrigatoriedade da promoção da ação penal comum

Se existe, a despeito da relativização acima indicada, um dever do Ministério Público em ofertar a denúncia, é razoável supor que haverá controles sobre seu cumprimento. Cumpre apartar, de um lado, os mecanismos de controle diante de promoções de arquivamento³ e, do outro, a fiscalização de situações nas quais se vislumbra demora ou desinteresse da instituição no sentido de atuar.

Os procedimentos serão diversos, a depender de se tratar de um inquérito policial, de notícias de fato ou Procedimento Investigatório Criminal (regulamentado pela Resolução n. 181 do Conselho Nacional do Ministério Público, CNMP).

É que os inquéritos policiais são arquivados perante o Poder Judiciário e os Procedimentos Investigatórios Criminais podem ser arquivados na própria instituição, após comunicação à vítima ou seus representantes legais e envio instâncias próprias do órgão para fins de homologação.

3.1. O controle sobre o arquivamento de inquéritos policiais

O juiz a quem compete conhecer e julgar a ação penal, quando entender inconsistentes as razões para o arquivamento de um inquérito, deve provocar as instâncias superiores do MP.

O papel do Judiciário avulta quando se considera que - exceto se o fundamento invocado pelo *parquet* for insuficiência de provas - a homologação da promoção de arquivamento atrairá a coisa julgada penal, ainda mais potente do que a cível, pois para ela não existe possibilidade de ação rescisória ou revisional. Nesse sentido, o art. 18 do Código de Processo Penal: “Art. 18. Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia”.

Segundo a tradicional redação do artigo 28 do Código de Processo Penal, pensado para a Justiça Comum Estadual, cabe ao juiz levar a controvérsia à chefia

³ Este estudo não examina o chamado arquivamento indireto (remessa a outro órgão tido como competente) mas alcança o arquivamento implícito, no qual o órgão ministerial deixa de se pronunciar sobre evidências de crime coligidas na investigação.

da instituição ministerial. O Procurador-Geral de Justiça, PGJ, se concordar com o arquivamento, torna-o definitivo; se discordar, deverá nomear outro promotor para oferecimento da denúncia. Não há como, diante da garantia constitucional da independência funcional, constranger o órgão ministerial a agir em desacordo com sua convicção jurídica.

Fala-se na “tradicional” redação do art. 28 do CPP porque esta foi alterada pelo referido “Pacote Anticrime”, que apresentou novo modelo de fiscalização: todos os arquivamentos deverão ser remetidos à instância superior do Ministério Público, como já ocorre com os inquéritos civis públicos, para fins de homologação. Além disso, à vítima ou seu representante legal deverão ser comunicadas, assistindo-lhes a possibilidade de requerer a revisão daquele posicionamento. Sem embargo, a nova redação do art. 28 foi suspensa por medida liminar do Min. Luiz Fux, de 22.01.2020, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.298, promovida pela Associação dos Magistrados Brasileiros.

Para nós, é bem-vinda a nova redação do art. 28, da qual não vemos sombra de inconstitucionalidade. Ao contrário, ela atende ao sistema acusatório e aparta o Poder Judiciário de um pronunciamento inicial – a necessidade da denúncia – que pode comprometer sua imparcialidade.

Os mecanismos de controle da obrigatoriedade da ação penal têm sido utilizados, por disposição legal ou interpretação judicial, para provocar as instâncias superiores do MP em caso de recusa da oferta de transação penal, suspensão condicional do processo ou acordo de não persecução penal (Código de Processo Penal, art. 28-A, § 14).

3.2. O controle sobre arquivamentos de notícias de fato ou procedimentos investigativos criminais

O inquérito policial não é o único instrumento hábil a produzir provas e ensejar a propositura de uma ação penal. Como aponta José Jairo Gomes (2021, p. 366):

É possível que a denúncia seja embasada em outros instrumentos, tais como peças de informações remetidas por “qualquer pessoa” ao Ministério Público (CPP, art. 27) termo circunstanciado (Lei n. 9.099/1995, art. 77, § 1º) e inquérito parlamentar (CF, art. 58, p 3º) remetidos ao Ministério Público, procedimento administrativo oriundo de órgãos como a Receita Federal, Banco Central do Brasil e Instituto Nacional de Seguridade Social, INSS, procedimento administrativo investigatório instaurado e presidido pelo próprio órgão do *Parquet*. O que importa, realmente, é que – para inaugurar a fase judicial da persecução penal – seja a denúncia fundada em elementos seguros de convencimento da existência de materialidade e autoria do crime em questão, elementos esses colhidos sem violação a direitos fundamentais. Em outros termos, o que importa é que a denúncia ostente *justa causa*.

O Ministério Público teve reconhecido seu poder de investigar, desde que respeitadas inúmeras garantias dos investigados e advogados, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário n. 593.727, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 14.05.2015, com repercussão geral:

“O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus

agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei nº 8.906/94, art. 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade - sempre presente no Estado democrático de Direito - do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante nº 14), praticados pelos membros dessa Instituição”

Se o arquivamento for de notícias de fato ou de procedimentos investigatórios criminais instaurados no âmbito do Ministério Público, a Resolução n. 181 do CNMP dispõe que:

Art. 19. Se o membro do Ministério Público responsável pelo procedimento investigatório criminal se convencer da inexistência de fundamento para a propositura de ação penal pública, nos termos do art. 17, promoverá o arquivamento dos autos ou das peças de informação, fazendo-o fundamentadamente.

§ 1º. A promoção de arquivamento será apresentada ao juízo competente, nos moldes do art. 28 do Código de Processo Penal, ou ao órgão superior interno responsável por sua apreciação, nos termos da legislação vigente.

§ 2º. Na hipótese de arquivamento do procedimento investigatório criminal, ou do inquérito policial, quando amparado em acordo de não persecução penal, nos termos do artigo anterior, a promoção de arquivamento será necessariamente apresentada ao juízo competente, nos moldes do art. 28 do Código de Processo Penal.

§ 3º. Na hipótese de arquivamento do procedimento investigatório criminal, ou do inquérito policial, o membro do Ministério Público deverá diligenciar para a comunicação da vítima a respeito do seu pronunciamento.

§ 4º. Na hipótese do parágrafo anterior, admite-se, por opção do ofendido, o uso de meio eletrônico para comunicação.

O órgão interno será, para os Ministérios Públicos Estaduais, o Procurador-Geral de Justiça. Para o Ministério Público Federal, por força da Lei Complementar 75/93, art. 62, IV, será a Segunda Câmara de Coordenação e Revisão.

Da mesma maneira como procedem com o inquérito policial, estas instâncias internas do MP devem examinar as razões invocadas para a não promoção da ação penal. Se discordarem, deverão encaminhar os papéis para ulteriores investigações ou para que outro promotor ofereça a denúncia.

Se o órgão optar pelo arquivamento judicial da notícia de fato ou do Procedimento Investigatório Criminal, o juiz, discordando das razões aduzidas, encaminhará as peças para exame das instâncias superiores do MP, de modo análogo ao que procede em face de um inquérito policial.

3.3. O controle da obrigatoriedade pela ação penal privada subsidiária

Diante da inércia, omissão, desídia ou pouco caso, rol de situações apartado dos deveres constitucionais e legais do Ministério Público, a vítima ou seu representante legal estão autorizados a ajuizar ação penal privada, ao invés da ação pública que deveria ter sido proposta.

A garantia constitucional do art. 5º, LIX, da Constituição – “será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal” – não

tem caráter sancionatório. Como escrevemos em outra sede (GONÇALVES, 2007) o Direito Penal é um instrumento imprescindível para a realização de direitos fundamentais, entre os quais se inclui a realização da Justiça. Logo, não pode causar molha que, diante da não atuação ministerial, ainda que por justificadas razões, a vítima possa chamar para si a prerrogativa de levar a questão ao Poder Judiciário.

Nossa experiência como órgão do Ministério Público, tanto estadual quanto federal, nos permite indicar que é percentualmente escassa a parcela de promotores ou procuradores desidiosos ou omissos, ainda que existam. As razões para a demora no trato de inquéritos e peças de informação devem ser buscadas na enorme quantidade de papeis, ações, recursos, pareceres e audiências confiadas aos membros do *parquet*, já em número escasso ao longo do Brasil. Além disso, são insuficientes as dotações de recursos humanos e materiais para propiciar a eles condições de aumento de produtividade.

O Código de Processo Penal regulamentou a ação supletiva como segue:

Art. 29. Será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal.

Note-se que, tanto no texto constitucional, quanto no legal, o direito à promoção da ação privada advém com a simples extrapolação do prazo legal para sua apresentação pelo Ministério Público. A interpretação do Supremo Tribunal Federal, que consideremos correta, entendeu que a garantia somente se apresenta se não houver atuação ministerial, ou seja, se no prazo legal ele não deu andamento ao feito, empreendendo ou requisitando novas diligências ou promovendo seu arquivamento. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS” - AÇÃO PENAL PRIVADA SUBSIDIÁRIA DA PÚBLICA - AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA O SEU AJUIZAMENTO – ADOÇÃO DA TÉCNICA DA MOTIVAÇÃO “PER RELATIONEM” – LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL - PEDIDO DEFERIDO. - O ajuizamento da ação penal privada subsidiária da pública pressupõe a completa inércia do Ministério Público, que se abstém, no prazo legal, (a) de oferecer denúncia, ou (b) de requerer o arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação, ou, ainda, (c) de requisitar novas (e indispensáveis) diligências investigatórias à autoridade policial. Precedentes. - O Supremo Tribunal Federal tem enfatizado que, arquivado o inquérito policial, por decisão judicial, a pedido do Ministério Público, não cabe a ação penal subsidiária. Precedentes. Doutrina. – HC 74276, Rel. Min. Celso de Mello, j. 03.09.1996, Primeira Turma.

A matéria, foi objeto de Recurso Extraordinário n. 859251, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 16.04.2015. com Repercussão Geral reconhecida e a seguinte tese firmada, (Tema n. 811):

“I - O ajuizamento da ação penal privada pode ocorrer após o decurso do prazo legal, sem que seja oferecida denúncia, ou promovido o arquivamento, ou requisitadas diligências externas ao Ministério Público. Diligências internas à instituição são irrelevantes; II - A conduta do Ministério Público posterior ao surgimento do direito de queixa não prejudica sua propositura. Assim, o

oferecimento de denúncia, a promoção do arquivamento ou a requisição de diligências externas ao Ministério Público, posterior ao decurso do prazo legal para a propositura da ação penal não afastam o direito de queixa. Nem mesmo a ciência da vítima ou da família quanto a tais diligências afasta esse direito, por não representar concordância com a falta de iniciativa da ação penal pública”

O texto legal e os julgados acima retratados permitem sintetizar aspectos do cabimento da ação penal privada subsidiária e da possibilidade de atuação do Ministério Público após sua apresentação:

- i) A ação é cabível se, no prazo legal para a promoção da denúncia, o *parquet* não agir, no sentido de proceder ou requisitar novas diligências ou promover o arquivamento;
- ii) Com o decurso deste prazo, o ajuizamento da ação privada se coloca como direito potestativo;
- iii) Movimentações internas do inquérito ou peças de informação no âmbito interno do MP não prejudicam referido direito potestativo;
- iv) Atuações ulteriores do MP, no sentido de requisitar diligências, não afastam o direito à ação privada, mesmo que a vítima ou seu representante legal estejam cientes da requisição;
- v) Pode o MP propor ao juízo a rejeição da queixa, aditá-la ou oferecer denúncia substitutiva;
- vi) Instaurado o processo, pode o MP intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova e interpor recursos;
- vii) Em caso de inércia do querelante, o MP pode retomar a titularidade da ação.

Cabe esclarecer que a ação penal privada não se volta contra omissões ou moras ministeriais em geral. Ela supõe que as investigações estejam concluídas, à *luz da interpretação do órgão ministerial*. É por isso que não cabe a ação privada se o promotor requisita novas diligências – ainda que consideradas, por terceiros, despiciendas ou procrastinatórias – ou se ele promover o arquivamento do inquérito, notícias de fato ou procedimento preparatório, independentemente da qualidade de seus argumentos. É um controle da omissão que surge com o término das investigações e não indica faltas, desidias ou procrastinações antecedentes.

Trata-se de mecanismo para assegurar a judicialização de um evento penal objeto de inquérito policial relatado ou de investigação ministerial completada. Presume-se que se o órgão ministerial, no prazo legal, não requisitou novas diligências, nem promoveu arquivamento é que, à *luz de sua própria interpretação*, havia prova suficiente de autoria e materialidade delitivas e a denúncia deveria ter sido oferecida.

Qual é a exata natureza da intervenção ministerial, na ação subsidiária? Duas soluções parecem se apresentar. A primeira o transforma em assistente de acusação. A parte final do art. 29 pode sugerir este entendimento, ao dizer que o MP poderá, em caso de negligência do querelante, reassumir o feito como parte principal. A segunda interpretação, é que o MP atuará como *custos legis*, com as prerrogativas próprias desta condição diante de direitos indisponíveis, como o da realização da Justiça,

inclusive a de chamar para si a titularidade ação (como se dá na ação popular). Parece-nos correta esta segunda orientação, afinal, como permitir a um assistente da acusação repudiar a acusação feita? Este repúdio, porém, é compatível com a função de fiscal da lei, assim como eventual pedido de absolvição.

4. A fiscalização da obrigatoriedade da promoção da ação penal eleitoral

A exclusividade da titularidade das ações eleitorais faz nascer, para o Ministério Público Eleitoral, um dever de agir. A exemplo do que incide nas ações não eleitorais, também aqui há falar em mecanismos de controle desta obrigação, mas há particularidades.

4.1. O controle sobre as promoções de arquivamento de inquéritos policiais eleitorais

No âmbito das ações penais eleitorais o artigo 28 do CPP não é aplicável, tanto na redação antiga quanto na nova. É que existem normas específicas no Código Eleitoral e na Lei Complementar n. 75/93.

Conquanto o Supremo Tribunal Federal tenha decidido pela aplicação das regras de processo penal comum, e não das eleitorais, diante de inovações legislativas que favorecem o direito de defesa, isso não se apresenta em disposições relativas à obrigatoriedade da ação penal. Para a defesa, melhor que não haja ação alguma.

Logo, as normas do Código Eleitoral têm preferência em face daquelas mais modernas do CPP. São as seguintes:

Art. 357. [...]

§ 1º Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento da comunicação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa da comunicação ao Procurador Regional, e este oferecerá a denúncia, designará outro Promotor para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

[...]

O Código Eleitoral vale-se da peculiar estruturação do Ministério Público Eleitoral, composto, em primeira instância, por promotores de Justiça e, nos tribunais, por membros do Ministério Público Federal, MPF, para cometer a um destes membros - o Procurador Regional Eleitoral, PRE - a tarefa de examinar as razões invocadas para o arquivamento, designando outro promotor para a denúncia, se assim entender.

Convém remarcar a inviabilidade da remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça como preconiza o art. 28 do CPP, pois esta autoridade não tem, no processo penal eleitoral, atribuições legais; o Procurador Regional Eleitoral é que as tem. Isto fica claro quando examinamos a Lei Complementar n. 75/93, art. 77, que diz caber ao PRE “dirigir, no Estado, as atividades do setor”. Por igual, a Lei n. 9.504/97, art. 97, § 1º, diz ser obrigatório, “fiscalizar o cumprimento desta Lei pelos juízes e promotores eleitorais das instâncias inferiores, determinando, quando for o caso, a abertura de procedimento disciplinar para apuração de eventuais irregularidades que verificarem”. É tarefa confiada ao Procurador Regional Eleitoral, por ser de instância superior.

O segundo aspecto que se quer sublinhar dos crimes eleitorais é que eles atacam interesses da União Federal. Toda a estrutura do Poder Judiciário Eleitoral é federal, conquanto sejam maioria as autoridades estaduais que nele atuam. A competência para legislar sobre direito eleitoral é da União Federal, art. 22, I, podendo os estados apenas legislar sobre questões específicas. O Ministério Público responsável pela atuação eleitoral é o da União, a saber, seu ramo federal, MPF.

A própria lei que autoriza a atuação dos promotores de Justiça Eleitorais é a Lei Complementar n. 75/93, do Ministério Público da União: “Art. 79. O Promotor Eleitoral será o membro do Ministério Público local que officie junto ao Juízo incumbido do serviço eleitoral de cada Zona [...]”.

Ocorre que a Lei Complementar n. 75/93 instituiu colegiados temáticos, chamados de Câmaras de Coordenação e Revisão, art. 58 da Lei 75/93. Elas serão organizadas por função ou matéria, art. 59. Entre as tarefas cometidas às câmaras está a de “IV - manifestar-se sobre o arquivamento de inquérito policial, inquérito parlamentar ou peças de informação, exceto nos casos de competência originária do Procurador-Geral”, art. 62.

Para o MPF compete a uma das Câmaras de Coordenação e Revisão, não ao Procurador-Geral, o papel de examinar as razões de arquivamento de inquérito ou peças de informação, se houver discordância do juízo. Atualmente, é a Segunda Câmara de Coordenação e Revisão, 2ª. CCR, que exerce esse mister, conforme seu enunciado de n. 29:

Compete à Segunda Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal manifestar-se nas hipóteses em que o juiz eleitoral considerar improcedentes as razões invocadas pelo Promotor Eleitoral ao requerer o arquivamento de inquérito policial ou de peças de informação, derogado o art. 357, § 1º. do Código Eleitoral pelo art. 62, inciso IV, da Lei Complementar 75/93.

Toda a atuação ministerial eleitoral, ainda que empreendida por promotores de justiça, fica jungida a esta normativa. A disputa sobre a fiscalização da obrigatoriedade da promoção da ação penal eleitoral, portanto, não se dá entre o CPP e o Código Eleitoral, mas entre este e a Lei Complementar 75/93.

Em nossa opinião, o tratamento dado pelo Código Eleitoral é melhor e mais expedito, valorizando as atribuições do Procurador Regional Eleitoral.

Antonio Carlos da Ponte (2016, p. 148) sustenta a prevalência da regra especificamente eleitoral:

Caso o promotor de justiça eleitoral requeira o arquivamento dos autos, com discordância posterior do juiz eleitoral, os autos serão remetidos ao Procurador Regional Eleitoral, Chefe do Ministério Público Eleitoral em cada Estado e integrante do Ministério Público, que insistirá no arquivamento ou designará um outro promotor de justiça eleitoral para o oferecimento da incoativa.

Todavia, já decidiu o Tribunal Superior Eleitoral:

4. INQUÉRITO POLICIAL. PROCURADOR REGIONAL ELEITORAL. PEDIDO DE ARQUIVAMENTO. REJEIÇÃO PELO TRE. SUBMISSÃO DO CASO ÀS CÂMARAS DE COORDENAÇÃO E REVISÃO. COMPETÊNCIA. LC Nº 75/93, ART. 62, § 4º. HABEAS-CORPUS DENEGADO.

Nos termos do § 4º do art. 62 da LC nº 75/93, compete às Câmaras de Coordenação e Revisão manifestar-se sobre o arquivamento de inquérito

policial, objeto de pedido do Procurador Regional Eleitoral e rejeitado pelo TRE”
- Recurso Especial Eleitoral n. 25.030, Varginha, MG. Rel. Min. Cezar Peluso, j. de 10.04.2007.

Para minorar a dificuldade prática em levar diretamente à Brasília seu inconformismo diante de um arquivamento de inquérito, o juiz deve fazer a remessa dos autos ao Procurador Regional Eleitoral. Caberá a este acionar a 2ª. CCR.

4.2. Controle do arquivamento de Procedimentos Investigativos Criminais eleitorais ou notícias de fato

Assim como ocorre nas investigações criminais comuns, também no âmbito eleitoral podem os órgãos do Ministério Público instaurar Procedimentos Investigativos Criminais, os PICs. Se o órgão, após a realização das diligências que entender cabíveis, concluir pela inexistência de provas de materialidade e autoria ou falta de justa causa para a ação penal, deverá promover-lhes o arquivamento. A regulamentação do tema está na Portaria Conjunta PGR/PGE, n. 1, de 2019, que dispõe como segue:

Art. 72. Se o membro do Ministério Público Eleitoral responsável pelo procedimento investigatório criminal se convencer da inexistência de fundamento para a propositura de ação penal, promoverá o arquivamento dos autos, fundamentadamente, perante a respectiva autoridade judicial competente.

§1º. Nos casos em que a abertura do procedimento investigatório criminal se der por representação, o interessado será cientificado formalmente da promoção de arquivamento e da faculdade de apresentar razões e documentos que serão juntados aos autos para nova apreciação do Ministério Público Eleitoral.

§2º. Os autos do procedimento investigatório criminal arquivados serão remetidos para homologação, no prazo de 05 (cinco) dias:

I – ao Juízo Criminal competente ou, alternativamente, à 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, nos casos de arquivamento promovido na Procuradoria Regional Eleitoral;

II – ao Juízo Criminal competente ([Código Eleitoral](#), art. 357, §1º) ou, alternativamente, à 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF ([LC n. 73/93](#), art. 62, IV, c/c Enunciado n. 29 da 2ª CCR) nos casos de arquivamento promovido por Promotor Eleitoral.

Art. 73. Poderá o órgão do Ministério Público Eleitoral, no caso de conhecimento superveniente de novo elemento de prova que altere os motivos do arquivamento, determinar a reabertura da investigação, de ofício e mediante decisão fundamentada.

Vê-se que a Portaria dá alternativas ao órgão ministerial, no sentido de promover o arquivamento e sua homologação perante o Poder Judiciário ou internamente, com remessa obrigatória à 2ª. CCR. Se a matéria for levada ao juízo e ele discordar do arquivamento, a Câmara deverá ser acionada.

4.3 A necessária atuação do Procurador Regional Eleitoral

O exame de enunciados da 2ª. Câmara do MPF demonstra que a atuação do PRE é necessária, até para evitar enviar ao planalto central autos para os quais o próprio colegiado estabeleceu dispensa. Veja-se:

É desnecessário o envio dos autos à 2ª CCR, para fins de homologação, quando a promoção de arquivamento for fundada na prescrição da pretensão punitiva pela pena máxima abstratamente cominada ao crime (art. 109 do CP) ou na extinção da punibilidade pela morte do agente (art. 107, I, do CP).

Ainda, o Enunciado n. 56:

É desnecessário o envio dos autos à 2ª CCR no caso de decisão ou promoção de arquivamento fundado na existência de outro procedimento investigatório com idêntico objeto (princípio do *ne bis in idem*), o que deverá ser devidamente comprovado nos autos arquivados e remanescentes.

Aqui, não se faz distinção entre inquérito policial arquivado, notícias de fato ou procedimentos preparatórios criminais arquivados. Não deverá ocorrer o envio ao colegiado brasileiro o arquivamento que for fundamentado em entendimento já expresso em enunciado ou orientação da Câmara (Enunciado n. 36). Este verbete faz referência à Resolução n. 174, de 2017, do CNMP, que autoriza o arquivamento direto, comunicando-se o autor de notícia de fato, se os eventos que narra já tiverem sido objeto de investigação ou de ação judicial ou se encontrarem solucionados, se a lesão ao bem jurídico for insignificante ou se as notícias forem desprovidas de elementos mínimos para o início da apuração e o noticiante não atender intimação para complementá-la.

4.4. A decisão pela denúncia ou por novas investigações

Se a Segunda Câmara entender que era para denunciar, novo órgão ministerial deverá ser designado, tarefa que competirá ao Procurador Regional Eleitoral, em conjunto com o Procurador-Geral de Justiça, PGJ. As designações eleitorais, por força da Resolução n. 30/2008 do Conselho Nacional do Ministério Público, são ato jurídico complexo, envolvendo o PGJ, do Ministério Público local, que indica, e o PRE, que nomeia. Assim, a decisão da Câmara pelo oferecimento da denúncia deverá ser levada ao PRE, para que ele requeira do PGJ a designação de outro colega. Este procedimento poderá ser abreviado, autorizando-se a atuação direta do PRE se houver escala de substituição automática dos promotores eleitorais.

A Câmara pode entender que o arquivamento foi prematuro e que devem ser realizadas novas investigações. Sendo isso, a remessa será para o promotor eleitoral que promoveu o arquivamento, conforme seu Enunciado n. 62:

Quando, em análise de promoção de arquivamento, a 2ª CCR determinar a realização de diligências preliminares e imprescindíveis à sua decisão, os autos serão devolvidos ao membro que promoveu o arquivamento para cumprimento das diligências.

4.5. Promoção de arquivamento feita pelo Procurador Regional Eleitoral

E se o órgão ministerial que promove o arquivamento é o Procurador Regional Eleitoral?

Autoridades que são levadas à competência dos Tribunais de Justiça ou dos Tribunais Regionais Federais, se praticarem crimes eleitorais, serão julgadas perante o Tribunal Regional Eleitoral. Isto vale para prefeitos, art. 29, X, da Constituição, juízes, art. 96, III. As Constituições Estaduais dão essa prerrogativa aos promotores de justiça e a outras autoridades.

Se o Tribunal Regional Eleitoral discordar das razões de eventual promoção de arquivamento do PRE, deverá obter o pronunciamento da 2ª. CCR do Ministério Público Federal em Brasília. Nesse caso, é incontornável o envio ao colegiado. A Câmara poderá designar o PRE-Substituto para a promoção da denúncia, pois é função deste atuar quando ausente ou impedido o titular. Se ele também declinar, a matéria deverá ser levada à Procuradoria Geral Eleitoral, que designará outro procurador da República ou procurador Regional da república para aquela tarefa.

4.6. Controle do arquivamento de inquéritos criminais eleitorais no STJ e no STF

Questão de interesse é saber a quem cometerá a fiscalização da ação penal eleitoral se o arquivamento – de inquéritos, PICs ou notícias de fato - for ofertado perante o Superior Tribunal de Justiça, STJ, ou perante o Supremo Tribunal Federal, STF.

A Constituição Federal de 1988 foi generosa em atribuir foro por prerrogativa de função a muitas autoridades, como consta dos art. 102 e 105:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

- a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal
- b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;
- c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

- a) nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais;

[...]⁴

A interpretação do STF sobre a prerrogativa de foro tem viés restritivo, como dá conta o acórdão na Ação Penal 937, Questão de Ordem, julgada em 03.05.2018. Somente se o crime for praticado na constância do mandato e em razão dele o privilégio será viável.

Se a autoridade tiver foro por prerrogativa de função perante o Supremo Tribunal Federal caberá ao Procurador-Geral da República, PGR, a promoção da ação penal. É o que decorre da Lei Complementar n. 75/93:

Art. 46. Incumbe ao Procurador-Geral da República exercer as funções do Ministério Público junto ao Supremo Tribunal Federal, manifestando-se previamente em todos os processos de sua competência.

Parágrafo único. O Procurador-Geral da República proporá perante o Supremo Tribunal Federal:

[...]

III - as ações cíveis e penais cabíveis.

E a mesma atribuição lhe assiste se a competência para o caso criminal for do Superior Tribunal de Justiça, conforme a Lei Complementar 75/93:

Art. 48. Incumbe ao Procurador-Geral da República propor perante o Superior Tribunal de Justiça:

[...]

II - a ação penal, nos casos previstos no art. 105, I, “a” da Constituição Federal.

A Lei Complementar, em seus artigos 47 e 48, parágrafo único, autoriza que o PGR delegue a Subprocuradores-Gerais da República, SPGR - a última etapa da carreira do Ministério Público Federal a que se acede por antiguidade e merecimento - a atuação tanto no STF quanto no STJ. Os Subprocuradores-Gerais da República que atuam, de ordinário, no STF e no STJ, o fazem por delegação do PGR.

Para os processos criminais de competência originária do STJ ou do STF, a promoção de arquivamento, seja de inquérito, seja de notícias de fato ou procedimentos investigativos criminais não tem como ser revista. Caberá a estes tribunais singelamente homologá-la⁵. É nesse sentido a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

Inquérito. Arquivamento pedido pela Procuradoria Geral da Republica, quanto ao Parlamentar indiciado, com prerrogativa de foro. 1. E pacifica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que, em se tratando de inquérito para apuração de crime de ação pública de sua competência originaria o pedido de arquivamento dos autos, formulado pelo órgão legitimado ao oferecimento de denuncia, ou seja, o Ministério Público federal, representado pelo Procurador-Geral da Republica, independe de apreciação do Tribunal, que se limita a determina-lo (o arquivamento) nos termos do paragrafo 4. do art. 231 do RI/STF e art. 3., inciso I. 2. Arquivamento determinado, quanto ao ex-Deputado Federal, e remessa dos

⁴ O Tribunal Superior Eleitoral, a despeito do que consta do Código Eleitoral, art. 22, I, “d” e 35, II, não possui competência criminal originária. As autoridades que ele julgava estão agora na competência do Superior Tribunal de Justiça.

⁵ Quando muito seria possível peticionar ao PGR em face da atuação de algum SPGR que, em seu nome, tenha atuado. É figuração que fazemos, sem lastro específico na LC 75/93.

autos ao juízo federal de 1. grau, para fins de direito, quanto aos outros indiciados sem prerrogativa de foro”. – Inquérito 719 – QO, Rel. Min. Sidney Sanches, j. 18.06.1993, Tribunal Pleno.

“2. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que o pedido de arquivamento formulado pelo Ministério Público Federal, quando fundado na ausência de elementos consistentes à demonstração da ocorrência de conduta criminoso, é irrecusável. 3. Agravo regimental não-conhecido”- PET 4173- AGR, Tribunal Pleno, j. 12.06.2008.

Vale ressaltar: o Procurador-Geral da República/Procurador-Geral Eleitoral é, no âmbito do Ministério Público Federal, o único órgão cuja promoção de arquivamento é insuscetível de controle da obrigatoriedade da ação penal. Não há, na Lei Complementar 75/93 ou no Código de Processo Penal, hipótese na qual seus pronunciamentos sob promoção da ação penal possam ser revistos por outra instância institucional. Ao contrário, o art. 62, IV, da Lei Complementar 75/93 exclui das atribuições das Câmaras de Coordenação e Revisão do MPF a possibilidade de examinar arquivamentos “nos casos de competência originária do Procurador-Geral”. Não seria ruim se alteração da legislação passasse a permitir a fiscalização da obrigatoriedade igualmente para as ações atribuídas ao Procurador-Geral, dando essa tarefa, por exemplo, ao Conselho Superior do MPF.

4.7. Mora ministerial e controle pela atuação da Procuradoria Regional e Geral Eleitorais

Se o crime for eleitoral, há particularidades no controle da obrigatoriedade da ação penal, diante de mora do MP. O Código Eleitoral diz que:

Art. 357

[...]

§ 3º Se o órgão do Ministério Público não oferecer a denúncia no prazo legal representará contra ele a autoridade judiciária, sem prejuízo da apuração da responsabilidade penal.

§ 4º Ocorrendo a hipótese prevista no parágrafo anterior o juiz solicitará ao Procurador Regional a designação de outro promotor, que, no mesmo prazo, oferecerá a denúncia.

§ 5º Qualquer eleitor poderá provocar a representação contra o órgão do Ministério Público se o juiz, no prazo de 10 (dez) dias, não agir de ofício.

A regra propicia uma reclamação, feita pela vítima ou seu representante legal, ao juiz competente para a causa. Seu objetivo é que o juízo provoque a atuação do Procurador Regional Eleitoral, que poderá designar outro promotor para oferecer a denúncia. Como acréscimo, permite que o juízo, vítima ou seu representante legal, faça reclamação de natureza correicional contra o promotor. O CE chega a erigir em crime deixar de oferecer a denúncia no prazo legal:

Art. 342. Não apresentar o órgão do Ministério Público, no prazo legal, denúncia ou deixar de promover a execução de sentença condenatória:

Pena - detenção até dois meses ou pagamento de 60 a 90 dias-multa.

E o juiz que deixar de representar contra o promotor cometerá, talqualmente, crime:

Art. 343. Não cumprir o juiz o disposto no § 3º do Art. 357:

Pena - detenção até dois meses ou pagamento de 60 a 90 dias-multa.

O assunto merece variadas considerações.

Em relação aos crimes, temos posição no sentido de que são incompatíveis com a dignidade da Magistratura e do Ministério Público, não tendo sido recebidos pela Constituição de 1988.

Os parágrafos 3º e 5º do artigo 357 são válidos e aplicáveis. Afinal, é um pedido de providências correicionais, ao alcance tanto do juiz quanto de qualquer parte interessada, sendo correta a generosa disposição segundo a qual “qualquer eleitor” poderá fazê-lo. A um indiscriminado eleitor se dá a faculdade de provocar o juízo, para que ele faça a representação (como sugere o parágrafo) ou fazê-la ele mesmo. A reclamação poderá ser levada tanto ao conhecimento do Corregedor do Ministério Público Estadual, quanto ao Conselho Nacional do Ministério Público e, também, do Procurador Regional Eleitoral, que tem poderes para descomissionar promotor de justiça que se mostre desidioso. Qualquer providência em desfavor do órgão ministerial, todavia, só poderá advir se respeitado o seu direito à ampla defesa.

Resta saber da aplicabilidade do disposto no par. 4º, que propicia ao PRE designar outro promotor para o oferecimento da denúncia. Aqui, o Código Eleitoral foi feliz e avançado ao equiparar o arquivamento tido como indevido à omissão ou demora na promoção da ação penal.

A desídia, descumprimento de deveres funcionais, ou a demora, não se dão ao sabor de posicionamentos jurídicos protegidos pela independência funcional. A figura não se confunde com um arquivamento tido por precipitado ou indevido, pois não há falar em sobreposição de entendimentos.

Para tais situações não se vislumbra papel a ser exercido pela Segunda Câmara de Coordenação ou Revisão do MPF. A tarefa é diretamente do Procurador Regional Eleitoral, a quem cabe, como já explanado, dirigir as atividades do setor eleitoral no estado e zelar pelo cumprimento dos deveres funcionais dos órgãos de primeiro grau. Tomando ciência da falha, deverá agir o PRE no sentido de solucionar o problema, seja mediante interlocução com o promotor eleitoral, seja mediante requerimento ao PGJ, da indicação de outro nome para aquela denúncia. O PRE poderá fazer diretamente a designação se houver escala automática de substituição dos promotores eleitorais.

E se a mora for do Procurador Regional Eleitoral? Então caberá ao Tribunal Regional Eleitoral formular o pedido de providências correicionais contra o PRE, agora tanto para a Corregedoria Geral do MPF, quanto para a Procuradoria Geral Eleitoral, sem olvidar do CNMP. Qualquer eleitor poderá igualmente fazê-lo. Embora o art. 357, § 4º. fale apenas no “Procurador Regional”, é cabível, por analogia, outorgar essa tarefa ao Procurador-Geral Eleitoral se a demora for do PRE. Caberá à Procuradoria-Geral Eleitoral designar o PRE-Substituto para oferecer a denúncia ou, em ele se recusando, qualquer outro Procurador Regional ou Procurador da República.

Remarque-se a distinção que fazemos entre os papéis da 2ª. CCR e os da Procuradoria Regional ou Geral Eleitoral. Se houver discordância em relação a um arquivamento, atua a Segunda Câmara; em caso de perda de prazo para a denúncia ou providência pertinente o assunto é, respectivamente, do PRE ou o PGE.

Todavia, se o omitente for o Procurador-Geral Eleitoral, que é o Procurador-Geral da República, este caminho legal não se abre. Não há, na hierarquia do MPF, quem possa designar outro órgão ministerial para agir em face de inércia do chefe da instituição.

4.8. A ação penal privada subsidiária eleitoral

Os mecanismos de controle da omissão em oferecer denúncia, acima estudados, não se contrapõem ao direito de promoção da ação penal eleitoral subsidiária da pública. E nem poderiam fazê-lo, pois esta ação é garantia constitucional. Os permissivos do art. 357 podem ser utilizados ao lado da promoção da ação penal substitutiva.

Pertinente a observação de Francisco Dirceu Barros e Janiere Portela Leite Paes (2020, p. 98) no sentido de que:

[...] somente a iniciativa será privada, tendo em vista que o direito de punir continuará sempre pertencendo ao Estado, cuja ação penal seguira a mesma disciplina legal pertinente à ação de iniciativa pública incondicionada, tendo em vista que o bem jurídico tutelado e os interesses jurídicos deduzidos continuam a ser eminentemente públicos.

É ação cabível diante da omissão ou mora de qualquer autoridade ministerial que tenha, sob sua atribuição, o oferecimento de ações penais eleitorais, seja ele o Promotor Eleitoral, o Procurador Regional Eleitoral, o Procurador-Geral Eleitoral (ou os Subprocuradores Gerais da República que atuem por delegação deste).

Para tanto, cumpre verificar: i) se transcorreu o prazo legal para a promoção da ação penal, que é de dez dias a partir da conclusão das investigações, a teor do art. 357 do Código Eleitoral; ii) se não houve, por parte do órgão ministerial, requisição de novas diligências ou promoção de arquivamento. Presentes estes requisitos, a ação privada poderá ter lugar.

Observa Rodrigo López Zílio (2020, p. 93) com propriedade, que: “o mero decurso do prazo para o oferecimento da denúncia, por si só, não é causa suficiente para se admitir a ação penal privada subsidiária da pública”.

A mora, desídia ou desinteresse precisa ficar claramente caracterizada, o que não acontece somente porque se está no décimo primeiro dia a partir da conclusão da investigação.

Quem poderá promover a ação privada?

Tem-se, aqui, outra particularidade dos crimes eleitorais, que vitimam o conjunto da coletividade, ainda que o direcionamento da conduta seja em face de pessoa determinada. Eles são vagos, conspurcam a liberdade do voto, as regras comuns a todos os candidatos, a administração das eleições, a colheita ou apuração dos votos, etc. Afetam, em suma, a regularidade e lisura dos pleitos eleitorais em seus vários momentos. Portanto, num crime de injúria em detrimento de alguém, as vítimas do crime são o conjunto dos cidadãos. O Código Eleitoral deu uma pista desta construção ao prever, no art. 357, par. 5º, que qualquer cidadão poderá representar contra o Promotor desidioso, se o juiz não o fizer a tempo.

Defendemos, portanto, que para o ajuizamento da ação penal privada eleitoral é suficiente a demonstração do gozo dos direitos políticos. É uma prerrogativa dada a todos os eleitores brasileiros, ainda que sem direta vinculação ou pertinência com um crime eleitoral específico.

É certo que em determinados crimes, como aqueles eleitorais contra a honra, fica nítida a afetação de pessoa determinada pela prática ilícita, sugerindo um critério de pertinência subjetiva para autorizar a ação. É o caso do crime do art. 301 do CE, uso de violência ou grave ameaça para coagir alguém a votar ou não votar em determinado candidato ou partido. Seria estranho – mas não injurídico – que terceira pessoa ajuizasse ação penal eleitoral em face de ofensa a honra ou da violência praticada em face de alguém. Todavia, em outros crimes eleitorais esta posição subjetiva simplesmente não é facilmente encontrada. Quem teria, por um critério de pertinência subjetiva, direito a promover ação penal eleitoral privada diante da prática do crime corrupção eleitoral, art. 299 do CE? Os outros candidatos prejudicados por aquele tipo de aliciamento de eleitores? Os eleitores, que se verão afinal prejudicados com a eventual eleição de um candidato venal? E no crime de inscrição fraudulenta de eleitor, art. 289? Quem teria, por esse critério de pertinência subjetiva, direito à ação subsidiária?

Poder-se-ia defender um critério ligado à circunscrição em disputa. Assim, apenas cidadãos daquela localidade poderiam ajuizar a ação substitutiva. Ocorre que esse critério só faria pleno sentido nas eleições municipais. Na circunscrição estadual, são eleitos deputados federais e senadores, esparramando os efeitos de eventual prática criminosa federação afora. E boa parte dos crimes eleitorais não guarda pertinência com uma disputa em particular. Qual a circunscrição afetada pelo crime de falsificar, no todo ou em parte, documento para fins eleitorais, arts 348 e 349 do CE?

Deste modo, por inexistir limitação ou critério legal e por consideramos que os crimes eleitorais efetivamente ofendem o conjunto da cidadania, optamos pela defesa desta interpretação mais alargada para a legitimidade da ação subsidiária: qualquer cidadão, independentemente da circunscrição relacionada à disputa..

Se aprovado o Projeto de Novo Código Eleitoral, Projeto de Lei n. 112/2021, ter-se-á trato da questão bem do modo ora preconizado:

Art. 863. As infrações penais eleitorais, salvo disposição expressa em contrário, são de ação penal pública incondicionada.

Parágrafo único. Se, no prazo legal, o órgão do Ministério Público não propuser a denúncia, não solicitar ou requisitar novas diligências, nem promover o arquivamento do inquérito ou peças de informação, poderá qualquer cidadão apresentar ação penal privada subsidiária, aplicando-se, nos demais, as disposições do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

A crítica de que ter-se-ia, então, verdadeira ação penal popular, a nosso ver, não procede, pois não vemos nisso mazela alguma. Por igual, o mal uso desta possibilidade ao sabor de interesses políticos não serve como razão para vedar o instituto, podendo-se eventualmente verificar a ocorrência do crime de denúncia caluniosa eleitoral, art. 326-A do Código Eleitoral:

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

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

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

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

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

Lembramos, ademais, que para as hipóteses de ação penal de competência originária do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal – de atribuição, direta ou por delegação, do Procurador-Geral da República - a ação penal privada subsidiária eleitoral se apresenta como exclusivo instrumento de controle, diante da impossibilidade de se designar outro órgão ministerial para o oferecimento da denúncia ou a requisição de diligências.

É claro que apenas num regime de transparência e publicização da atuação ministerial, inclusive com relação ao movimento processual e prazos – que se excepciona apenas em processos ou investigações sob sigilo de justiça - poderá o cidadão se valer desta prerrogativa constitucional.

4.9. Controle da obrigatoriedade da ação penal eleitoral e os crimes conexos

O art. 35, II, do CE diz ser de competência da Justiça Eleitoral o julgamento dos crimes eleitorais e daqueles que lhes forem conexos. Esta disposição foi confirmada pelo Supremo Tribunal Federal no exame de Agravo no Inquérito 4.435/RJ, em 14.03.2019, Rel. Min. Marco Aurélio:

COMPETÊNCIA – JUSTIÇA ELEITORAL – CRIMES CONEXOS. Compete à Justiça Eleitoral julgar os crimes eleitorais e os comuns que lhe forem conexos – inteligência dos artigos 109, inciso IV, e 121 da Constituição Federal, 35, inciso II, do Código Eleitoral e 78, inciso IV, do Código de Processo Penal.

O significado é que investigações e ações relativas a crimes contra a administração pública, contra a ordem tributária e o sistema financeiro, a lavagem de capitais e outros, se apresentarem conexão com crimes eleitorais – por exemplo, a obtenção ilícita de valores para a utilização, não declarada, nas campanhas eleitorais – virão todos para a competência da Justiça Eleitoral.

Esta vinda fará com que todos estes crimes se submetam ao rito previsto no Código Eleitoral, com as adaptações da Resolução 23.640/2021, do TSE. No que pertine com o estudo ora empreendido, tudo o que foi visto sobre o controle da obrigatoriedade da ação penal, ser-lhes-á, igualmente, aplicado, não importa se o crime conexo era, anteriormente, de competência da Justiça Comum Estadual ou Federal. Vale dizer: crescerá a demanda por atuação da Segunda Câmara de Coordenação e Revisão do MPF, em Brasília, bem como pela atuação do PRE.

Por igual, considerando o emprego analógico ou legal feito diante de recusa imotivada do Ministério Público em propor transação penal ou acordo de não persecução, toda a matéria será igualmente levada a 2ª. CCR.

A ação penal privada subsidiária, nestes crimes conexos, deverá ser igualmente manejada perante a Justiça Eleitoral.

Conclusões

À prerrogativa da exclusividade da ação penal eleitoral, corresponde um dever: a de propô-la, a tempo e modo, sempre que houver justa causa e formação favorável da *opinio delicti*. Se o órgão ministerial promover o arquivamento da ação, deverá o juiz discordante acionar a Segunda Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, em Brasília, instância competente, nos termos da Lei Complementar 75/93. A remessa deverá se dar por meio do Procurador Regional Eleitoral, que tem papéis a exercer nestas situações. Não há, todavia, possibilidade de exercitar este controle se o órgão ministerial responsável for o Procurador-Geral da República, que acumula a função de Procurador-Geral Eleitoral.

Em havendo desídia, demora injustificada ou pouco caso de promotor de justiça eleitoral, o Procurador Regional Eleitoral pode tomar providências; se a desídia, demora ou pouco caso for deste, atuará o Procurador-Geral Eleitoral. Em adição a estas providências, é cabível a ação penal criminal eleitoral subsidiária, cuja legitimação é de qualquer eleitor. A ação pode ser proposta se a omissão for atribuída a qualquer órgão ministerial, inclusive o PGR/PGE. Na hipótese de crimes conexos aos eleitorais, a normativa aplicável será a eleitoral

Referências

BARROS, Francisco Dirceu; PAES, Janiere Portela Leite. *Direito Eleitoral Criminal*, Tomo II, 2. ed. Curitiba: Juruá, 2020.

GOMES, José Jairo. *Crimes Eleitorais e Processo Penal Eleitoral*, 5ª. ed. São Paulo: GEN/Atlas, 2021.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados Expressos de Criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes Eleitorais*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2106.

ZÍLIO, Rodrigo López. *Crimes Eleitorais*, 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.