

Cunha: O novo Código Eleitoral e o Direito Eleitoral Sancionador

25/02/2022

A construção de uma racionalidade própria, e coerente com a ordem constitucional e convencional vigentes, para o Direito Eleitoral brasileiro tem estado no centro do debate acadêmico e doutrinário do país, com reflexos agora, tardiamente, mas oportunamente, também no Legislativo, especialmente com a tramitação do novo Código Eleitoral, por meio do projeto de Lei Complementar 112-B de 2021.



Diferentemente das outras searas, o Direito Eleitoral,

em que pese ser um ramo jurídico autônomo, carece de regulamentações e balizas que lhe confirmem uma individualização própria e necessária, reflexo do contexto autoritário em que a Justiça Eleitoral foi criada. Ele é regido por um emaranhado de diplomas normativos esparsos, composto tanto por legislações eleitorais especiais, construídas sem critérios minimamente sistemáticos, quanto por normas que versam sobre aspectos e institutos de outras searas que cruzam esse microssistema eleitoral. Esse quadro peculiar no ordenamento brasileiro gera reflexos especialmente problemáticos sobre as garantias materiais e processuais de todas as pessoas submetidas ao *jus puniendi* estatal na seara eleitoral.

Temos defendido [1] que existe uma necessidade de se reconhecer o caráter sancionador de uma série de ilícitos dispersos na legislação eleitoral. Eles são definidos, em diferenciação dos crimes em espécie, pela aplicação de sanções que vão desde a aplicação de restrições ao exercício de direitos e a cominação de multa, até as mais gravosas, que implicam a cassação de registro de candidatura e/ou de diploma e na inelegibilidade. Essas condutas, portanto, são revestidas de cunho punitivo [2], à semelhança das funções investidas à persecução de outras infrações [3], decorrendo igualmente do poder sancionador estatal [4] [5] [6] [7] [8].

Este ramo de Direito Público, ao qual cunhamos de Direito Eleitoral Sancionador, deve se destinar a resguardar a normalidade e a legitimidade das eleições, mas igualmente o devido processo legal e o exercício do direito de sufrágio [9]. Entretanto, justamente pela falta desse reconhecimento, esse grupo de ilícitos é apurado por meio de um processo contencioso eleitoral

que não conta com regras minimamente sistemáticas. E, além disso, incompatíveis com o devido processo legal e os direitos políticos fundamentais.

Entre os mais graves reflexos que disso decorrem destacamentos a tipicidade aberta desses ilícitos, pela natureza cível que lhes foi e é atribuída, conferindo poder à autoridade eleitoral de definir nos casos práticos o que os caracterizam. E até mesmo de esta mudar a causa de pedir quando não se consegue comprovar, por exemplo, uma conduta de fraude ou corrupção, aproveitando-se dos contornos ainda mais genéricos das categorias de abuso de poder. Um poder sobremaneira ampliado pela faculdade dessa autoridade de conduzir o contencioso eleitoral podendo produzir provas no processo e de julgar conforme indícios e presunções [10], somado, ainda, a um poder normativo autoconcedido de proferir resoluções [11], inclusive em matéria sancionatória.

Ainda, a utilização de fórmulas de responsabilização objetivas, que não só desconsideram quaisquer análises de elementos subjetivos, como adotam uma teoria de risco que não leva em conta sequer o nexo de causalidade entre a conduta e resultado lesivo sobre os bens jurídicos tutelados pelas normas eleitorais [12].

Todo esse quadro confere um desequilíbrio na condução desses processos, com nítidos prejuízos para o direito de defesa e sem respeitar a paridade de armas, o que acarreta, muitas vezes, na aplicação de sanções desarroadas, desproporcionais e, muitas vezes, aplicadas sem estarem assentadas sobre um mínimo lastro probatório. Uma situação que ultrapassa a esfera do candidato, candidata ou partido político, atingindo o próprio eleitorado [13], com a cassação da manifestação de sua soberania expressada nas urnas por uma decisão judicial contramajoritária e, nesses moldes, injusta.

Com o reconhecimento de um Direito Eleitoral Sancionador que engloba essa categoria de ilícitos, se está a reclamar que a eles sejam conferidas regras mínimas do devido processo legal, tanto de matriz constitucional, quanto convencional, suplantadas, no que for cabível, pelas do Direito sancionador geral que é o Direito Penal [14].

Nesse sentido, o novo Código Eleitoral consegue, se assim prosperar, corrigir algumas dessas distorções.

Preliminarmente, estabelece que a aplicação e interpretação das normas eleitorais deve se voltar à preservação da soberania popular e os direitos fundamentais (artigo 6º e §2º).

Com relação à aplicação das sanções, adota o princípio o *in dubio pro suffragii*, obrigando a aplicação proporcional e razoável destas quando acarretarem o indeferimento de registros de candidaturas, cassação destes ou dos diplomas, perdas de mandatos eletivos e inelegibilidades (artigo 2º, X). Nesse sentido, adota um norteador na dosagem da sanção, determinando que somente a gravidade das circunstâncias é apta à cassação de registro ou diploma, para todos os ilícitos eleitorais, bem como confere parâmetros para sua aferição, restringindo a subjetividade da autoridade eleitoral (artigo 630 e 631)

No que diz respeito às fórmulas adotadas para a responsabilização, o Código deixa a desejar. O nexo de causalidade é exigido somente quando são impostas as sanções de cassação de registro

e/ou diploma, bastando para tanto a mera probabilidade (artigo 630, V). No que diz respeito ao terceiro suposto beneficiário da conduta, a individualização de sua conduta é realizada apenas para aplicação da sanção de inelegibilidade (180, §2º) e o prévio conhecimento dos fatos é considerado somente para imposição das sanções relacionadas aos ilícitos referentes às regras de propaganda eleitoral (artigos 487, 501 e 502, §2º).

Em relação à aferição de elemento subjetivo, silencia sobre sua aferição para caracterização das condutas, prevendo somente que a sanção de inelegibilidade não será aplicada no caso dos crimes culposos (180 §3º).

Com relação ao poder regulamentar, o código acerta ao chamar o Tribunal Superior Eleitoral à responsabilidade, embora óbvia, de não contrariar a Constituição e o próprio Código Eleitoral, proibindo-o de restringir direitos ou estabelecer sanções diversas das previstas em lei (artigo 129 §2º), bem como de impor restrições à elegibilidade que não estejam previstas na CF/88 e em Lei Complementar (artigo 172).

No que diz respeito aos ilícitos eleitorais em si, o código reflete o esforço para sistematização das normas eleitorais levado a cabo pelo TSE, com auxílio de diversos e diversas especialistas, concentrando-os no novo diploma. Ainda não está claro, entretanto, de que forma serão conciliadas as novas previsões com as disposições das demais legislações em que estavam previstos, notadamente a Lei das Eleições e a Lei de Inelegibilidades (LC 64/90).

Os ilícitos ganharam contornos mais taxativos, com destaque aos avanços na definição das até então genéricas categorias de abuso de poder econômico (artigo 625) e político (artigos 626 e 627). Todavia, a taxatividade *strictu sensu* e a interpretação restritiva foram estabelecidas somente para a última categoria (626, §5º).

Houve ainda a inclusão da fraude à cota de gênero como uma das hipóteses de abuso de poder político (626, §1º), superando a necessidade de lacuna jurisprudencial à questão. Todavia, em relação à extensão da responsabilização, estendeu as sanções a toda chapa (626, §3º), o que em outra oportunidade apontamos como equivocado, justamente pela falta de individualização de condutas e nexo causal [15].

O código adotou ainda o princípio *in dubio pro reu* no Direito Sancionador Eleitoral (artigo 5º), corrigindo os excessos introduzidos pela Lei da Ficha Limpa sobre os direitos políticos, com reflexos também nas regras processuais (artigo 638, § único).

De uma forma geral, em matéria sancionatória, o código preocupou-se especialmente com a gravidade das sanções impostas a candidatos, candidatas e partidos e a atuação desmedida do Poder judiciário. As balizas conferidas contribuem, sem dúvida, para a racionalização e operacionalização do direito eleitoral, conferindo maior previsibilidade e segurança jurídica. Todavia, restaram lacunas deveras importantes ao Direito Eleitoral Sancionador, sem as quais não se pode obter a necessária e adequada proteção dos direitos políticos fundamentais de todo e toda aquela submetidos ao *jus puniendi* da Justiça Eleitoral.

- [1] CUNHA, Amanda Guimarães da. BASTOS JR, Luiz Magno Pinto. Direito eleitoral sancionador: o dever de imparcialidade da autoridade judicial. 1 ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021. 186 p.
- [2] LUCON, Paulo Henrique dos Santos. "Compra de votos", direito sancionador e ônus de prova. In: TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando (Coord.). O direito eleitoral e o novo Código de Processo Civil. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 310
- [3] SILVA-SANCHÉZ, Jesús-María. La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades post industriales. 2ª ed. Civitas Ediciones: Madrid, 2001, p. 155
- [4] VAZQUEZ RANGEL, Osiris. Derecho sancionador electoral y principio de legalidade. Electio Revista Especializada Electoral. Num. 2, Jun-Dic 2012. Primera edición, Diciembre 2012. p. 37. Disponível em: https://www.tecdmx.org.mx/files/326/publicaciones/electio/02_electio.pdf.
- [5] ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Juan Manoel. Alguns principios del derecho penal sustativo aplicables al derecho sancionador electoral. p. 17-46. In: El ilícito y su castigo: reflexiones sobre la cadena perpetua, la pena de muerte y la idea de sanción en el derecho / David Cienfuegos Salgado – México: Editora Laguna: Fundación Académica Guerrerense : Universidad Autónoma de Guerrero, Maestría en Derecho Público, Universidad Autónoma de Sinaloa, Unidad de Posgrado en Derecho, 2009. 348p, p. 21.
- [6] NEISSER, Fernando Gaspar. A responsabilidade subjetiva na improbidade administrativa: Um debate pela perspectiva penal. 2018. 313fls. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, p. 151, nota de rodapé 497; p. 183.
- [7] DEZAN, Sandro Lúcio. Uma teoria do direito público sancionador: fundamentos da unidade do sistema punitivo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. 200p.
- [8] Nesse sentido, também os administrativistas: MELLO, Rafael Munhoz de. Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 101-102.; FERREIRA, Daniel. Teoria geral da infração administrativa: a partir da Constituição de 1988. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 152; ZAFFARONI, Eugenio Raul. Manual de derecho penal. 2a. Ed. Buenos Aires: Ediar, 2007, p. 6.
- [9] CUNHA; BASTOS JR, op. cit, pag. 97-98.
- [10] Segundo art. 23 da LC 64/90: "o Tribunal formará sua convicção pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções e prova produzida, atentando para



circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, mas que preservem o interesse público de lisura eleitoral".

[11] SALGADO, Eneida Desiree. Administración de las elecciones y jurisdicción electoral: un análisis del modelo mexicano y una crítica a la opción brasilera. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, 248p, p. 186.

[12] SILVEIRA, Marilda de Paula. Conduta Vedada e Abuso de Poder: como lidar com o nexo de causalidade em ato praticado por terceiro. Resenha Eleitoral (Florianópolis), v. 21, nº 1, p. 29-42, nov. 2017. Disponível em: https://www.tre-sc.jus.br/site/fileadmin/arquivos/ejesc/documentos/Condutas_Vedadas_e_abuso_do_poder____politico.

[13] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Petro Urrego Vs Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2020. Serie C, nº 406. §96. Disponível em: https://cdn-conjur.s3.amazonaws.com/uploads/2020/12/seriec_406_esp.pdf.

[14] CUNHA, BASTOS JR, 2021, op. cit, p. 98-107.

[15] CUNHA, Amanda Guimarães da. BASTOS JR, Luiz Magno Pinto. Fraudes à cota de gênero na perspectiva do direito eleitoral sancionador. Resenha Eleitoral. Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina, v. 24, p.57-84, 2020.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2022-fev-25/cunha-codigo-eleitoral-direito-eleitoral-sancionador/>