

e-Book  
**DEGUSTAÇÃO**

IGOR PEREIRA PINHEIRO

# CONDUTAS VEDADAS AOS AGENTES PÚBLICOS EM ANO ELEITORAL

3ª EDIÇÃO

REVISTA, ATUALIZADA E AMPLIADA

## ELEIÇÕES 2020

ATUALIZADO COM

**A LEI DO ABUSO DE AUTORIDADE,  
LEI ANTICRIME E AS RESOLUÇÕES DO TSE**

ASPECTOS

**TEÓRICOS  
E PRÁTICOS**

ESTUDO INTERDISCIPLINAR  
DAS INFRAÇÕES

**ADMINISTRATIVAS,  
CÍVEIS E CRIMINAIS**



VÍDEOS  
EXPLICATIVOS  
DO AUTOR



**JHMIZUNO**  
EDITORA DISTRIBUIDORA



**IGOR PEREIRA PINHEIRO**

*Promotor de Justiça do MPCE; Especialista, Mestre e Doutorando em Ciências Jurídico-Políticas pela ULISBOA; Autor dos livros “Legislação Criminal Eleitoral Comentada” (ed. JusPodivm) e “Condutas Vedadas aos Agentes Públicos em Ano Eleitoral” (ed. Fórum); Coordenador das Pós-Graduações em Compliance/Direito Anticorrupção e Direito Político/Eleitoral da Faculdade CERS; Foi Professor da Escola Superior do MPCE na área de combate à corrupção; Foi Membro do Grupo de Atuação Especial de Defesa ao Patrimônio Público do Ministério Público do Estado do Ceará (GEDPP); Foi Coordenador do Grupo Auxiliar da Procuradoria Regional Eleitoral do Ceará.*

# CONDUTAS VEDADAS AOS AGENTES PÚBLICOS EM ANO ELEITORAL

3ª EDIÇÃO



**JHMIZUNO**  
EDITORA DISTRIBUIDORA

## **Condutas Vedadas aos Agentes Públicos em Ano Eleitoral - 3ª Edição**

© Igor Pereira Pinheiro

J. H. MIZUNO 2020

Revisão: Igor Pereira Pinheiro

Nos termos da lei que resguarda os direitos autorais, é expressamente proibida a reprodução total ou parcial destes textos, inclusive a produção de apostilas, de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, reprográficos, de fotocópia ou gravação.

Qualquer reprodução, mesmo que não idêntica a este material, mas que caracterize similaridade confirmada judicialmente, também sujeitará seu responsável às sanções da legislação em vigor.

A violação dos direitos autorais caracteriza-se como crime incurso no art. 184 do Código Penal, assim como na Lei n. 9.610, de 19.02.1998.

O conteúdo da obra é de responsabilidade dos autores. Desta forma, quaisquer medidas judiciais ou extrajudiciais concernentes ao conteúdo serão de inteira responsabilidade dos autores.

Todos os direitos desta edição reservados à

JH MIZUNO

Rua Benedito Zacariotto, 172 - Parque Alto das Palmeiras, Leme - SP, 13614-460

Correspondência: Av. 29 de Agosto, nº 90, Caixa Postal 501 - Centro, Leme - SP, 13610-210

Fone/Fax: (0XX19) 3571-0420

Visite nosso site: [www.editorajhmizuno.com.br](http://www.editorajhmizuno.com.br)

e-mail: [atendimento@editorajhmizuno.com.br](mailto:atendimento@editorajhmizuno.com.br)

Impresso no Brasil

*Printed in Brazil*

# DEDICATÓRIA

Humildemente, posso dizer que escrever o presente livro não foi tão difícil quanto pensei que seria desde o momento em que resolvi encarar o desafio. Penoso mesmo nesse tocante foi abdicar considerável parte do tempo livre (que já não é grande por conta das obrigações familiares, profissionais e acadêmicas) para efetivamente refletir sobre as ideias e tentar ordená-las de maneira coerente ao longo da obra, tudo isso com grande perda de tempo do convívio familiar.

**Nesse quadrante, uma pessoa merece especial destaque: minha amada e dedicada esposa Tânia!**

Foi ela quem, desde o início da minha carreira como Promotor de Justiça, respeitou e compreendeu minha opção por combater a corrupção, ainda que com sacrifício pessoal e risco de vida; foi ela quem aceitou a aventura de ir morar em um país estrangeiro atrás de um novo desafio acadêmico; foi ela quem, a partir da ideia do livro, apoiou, incentivou, discutiu alternativas e teve uma paciência incomensurável durante toda a escrita da primeira edição desse livro e a respectiva atualização.

**A você, meu Amor, muito obrigado por ser essa grande esposa – e agora mãe - que és! Sorte minha e de Sofia!**

**Te amo!**



# UMA PROMESSA...

Desde que ingressei no Ministério Público, meus familiares, amigos ou simplesmente colegas de trabalho diziam: “no dia em que você for pai, vai mudar, aprenderá a ter mais paciência e ir mais devagar”. Explico: Referiam-se eles, preocupados, à minha ânsia de investigar, processar, ver presos e condenados os corruptos com os quais tive o desprazer de me deparar ao longo da minha carreira de Promotor de Justiça, que, aliás, não foram poucos.

A todos vocês, eu preciso reconhecer: **a paternidade realmente me fez mudar**, acho que até para melhor, pois permitiu que compreendesse algumas situações que a objetividade de uma pessoa sem filhos não alcança. Mas, naquele aspecto (“ir devagar”), **ser pai fez foi aumentar exponencialmente a minha vontade de combater com todas as minhas forças essa mazela chamada corrupção**, que impede todos nós, brasileiros, de vivermos em um país justo, livre e solidário (como diz a nossa Constituição Federal).

Nesse tocante, quero deixar aqui o registro de uma promessa que espero daqui a uns anos possa ser constatada como cumprida por minha amada filha Sofia, qual seja: a de que não desisti de continuar dando a minha contribuição na prevenção e repressão à corrupção, apesar de todas as dificuldades inerentes ao ofício e mesmo também com todas as decepções que vão se somando ao longo do caminho.

E uma das formas de honrar a minha palavra é, além da necessária dedicação profissional, manter esse livro sempre atualizado para que outros “sonhadores” possam ter nele uma fonte de pesquisa auxiliar na difícil – mas não impossível – tarefa de correção dos rumos do nosso país, que é gerido, infelizmente, por uma maioria esmagadora de políticos corruptos e sem qualquer compromisso com o interesse público. Cabe a nós, homens de bem, lutar contra tudo isso que aí está!

Quem viver, verá!

Fortaleza, 10 de janeiro de 2018.



# AGRADECIMENTOS

Dizem que é perigoso nominar pessoas quando se quer agradecer, pois há o risco de esquecer alguém. Isso é verdade, mas prefiro arriscar à não agradecer àqueles que contribuíram ao longo da minha vida para que alcançasse meus objetivos.

Começo lembrando de Deus, que até aqui me deu mais do que eu precisaria por toda a vida. Sou extremamente grato ao Senhor por tudo, a começar pela família maravilhosa (“Camelinhas”) que tive, cujos ensinamentos religiosos, éticos e morais necessários para a vida levarei para sempre comigo.

Na sequência, não poderia deixar de agradecer minha mãe Conceição, pela dedicação, incentivo, apoio, paciência, e, sobretudo, amor. Também, ao meu irmão Iuri, por toda a compreensão e senso de humor inigualável, que sempre me faz rir mesmo nas horas mais difíceis.

Aos meus tios (Luís Pereira, “Cáca”, José e “Camelão”), tias (Eugênia – uma segunda mãe, Fátima, Rose, Aparecida, Nieta, Socorro, “Pôpô”, France, Solange e Claudia) e primos (em especial, ao Diego) fica o registro do meu eterno agradecimento, por todo o apoio e paciência nos momentos difíceis! Também não poderia deixar de citar os “tios e tias de coração”, que igualmente sempre deram todo o apoio na minha caminhada, como Tio Carlos Meneses e Tia Norma (que me recebeu em Brasília como um filho). Da mesma forma, a querida Zélia, que desde criança sempre procurou fazer o melhor para todos.

Ao meu sogro Assis e à minha sogra Socorro, que me acolheram verdadeiramente como um filho no seio familiar, bem como a todos os “Moreiras” pela cordialidade de sempre.

Ao meu cunhado Wilson e à minha concunhada Fernanda, pela calorosa recepção em Lisboa.

Aos meus amigos André Clark Nunes Cavalcante, Luís Laércio Fernandes, Iuri Rocha Leitão, Deric Funck Leite, Franke José Soares, Márcia Lopes Pereira, Patrick Augusto Correia, Eloilson Augusto da Silva Landim, Maria Alice Diógenes, Valeska Catunda Bastos e Márcio Andrade Torres, que sempre me apoiaram e colaboraram ao longo da jornada ministerial.

Aos Ex-Corregedores do Ministério Público do Ceará, José Maurício Carneiro e Marcos Tibério Castelo Aires, bem como ao Ex-Corregedor Nacional do Ministério Público, Dr. Alessandro Tramujas, que nunca fizeram qualquer tentativa de ingerência sobre meu trabalho, a despeito das inúmeras tentativas de retaliação dirigidas contra mim ao longo do exercício da função.

Aos Procuradores de Justiça Maria Neves Feitosa Campos, José Wilson Sales Júnior e Socorro Brito Guimarães, amigos do 2º grau para todas as horas!

Ao Professor Flávio Cardoso Pereira, que de examinador passou a ser um dos mais importantes amigos que a vida acadêmica me deu, sendo fonte de inspiração nas pesquisas e o primeiro a abrir as portas do CERS para que eu vivesse um sonho que achava impossível. Obrigado por tudo!

Ao também Professor e hoje amigo de magistério no CERS, Rogério Sanches Cunha, que me recebeu de braços abertos na aventura de lecionar para todo o Brasil, ensinando-me a praticar a humildade e a generosidade que apenas os grandes sábios possuem.

Aos amigos do Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS) pela amistosa recepção e convívio salutar. Para mim, é uma grande honra estar ao lado de todos, em especial de alguns que me deram aulas quando ainda sonhava em ser Promotor de Justiça. Nesse tocante, agradeço, em especial, a Renato e Guilherme Saraiva pela confiança depositada no meu trabalho, bem como à Andrea Bemfica, Janaína Marçal e toda a equipe de produção que nos ajudam na missão de difundir conhecimento para todo o país.

Também não poderia deixar de registrar meu agradecimento aos amigos de longas datas “Rominho” e “Eduardo PG”, por todo o companheirismo nas horas mais difíceis.

Ao colega e ex-Diretor da Escola Superior do Ministério Público, Dr. Benedito Augusto da Silva Neto, que sempre abriu as portas do nosso órgão acadêmico para todos, independentemente das “alas políticas”.

Aos estimados Professores Jorge Miranda, Jorge Reis Novais, Carlos Blanco de Moraes, Maria João Estorninho e Eduardo Vera-Cruz, com os quais muito aprendi no Mestrado e Doutorado e cujas lições, em especial de vida, levarei comigo para sempre.

À minha querida orientadora, Professora Susana Videira, que, com sua cordialidade e simpatia peculiares, estimulou-me a pesquisar o tema da corrupção sem quaisquer preconceitos ou barreiras.

Por fim, ao Ministério Público do Ceará, Instituição que com muito orgulho e honra sirvo no ideal de combater a corrupção e que me permitiu ir “além-mar” atrás de novos horizontes nessa missão!

# PREFÁCIO DA PRIMEIRA EDIÇÃO

Foi com imensa satisfação que, às vésperas das eleições de 2016, recebi o convite do professor, colega Promotor de Justiça e amigo Igor Pinheiro para prefaciar o seu novo livro sobre condutas vedadas.

O tema nunca foi tão atual. Desde quando se admitiu em nosso ordenamento o instituto da reeleição, assistimos a uma crescente onda do uso da máquina pública em prol das campanhas eleitorais. Não foi à toa que o Ministério Público Eleitoral tem eleito, como pedra de toque na atuação dos últimos anos, um esforço concentrado para combater a luta desigual entre os candidatos, a fim de coibir o desequilíbrio causado pelas diversas formas de abuso, que perpassam muitas vezes pelas condutas vedadas pela legislação eleitoral.

O livro vem em boa hora, a contribuir no incremento das ferramentas postas à disposição dos operadores do direito eleitoral para coibir essa espécie de abuso de poder, que tanto tem desequilibrado as disputas eleitorais ao longo das últimas eleições.

Sobre o autor, não é demais enaltecer o reconhecimento de seu prestígio, dedicação e integridade no exercício do cargo de Promotor de Justiça. E esse perfil do autor diferencia o livro. A linguagem é direta e incisiva. Os temas são abordados com objetividade e precisão cirúrgica, elevando a obra a um grau de praticidade reclamada pela velocidade que acompanha o Direito Eleitoral. Apesar dessas características, os temas são abordados com suficiente riqueza de doutrina e constante recurso à Jurisprudência atualizada e totalmente pertinente ao ponto central de cada assunto.

Como um verdadeiro ganho ao leitor, sobretudo aquele que milita na área, a obra vem recheada das boas práticas que o autor colecionou ao longo do tempo em que atuou na defesa intransigente dos princípios mais caros do direito eleitoral.

Em resumo, o livro é o que se pode chamar de verdadeiro direito vivo, que reflete com grande fidelidade a visão de mundo que deve impulsionar um autêntico e vocacionado membro do Ministério Público ou do Poder Judiciário

eleitoral, sem perder de vista o interesse que pode despertar nos advogados que militam na área, constantemente chamados a litigar contra candidatos detentores da máquina administrativa e que dela fazem indevido uso indevido, desigualando as forças do processo eleitoral.

Com o emprego de uma linguagem clara e de uma metodologia simples e eficiente, o autor seduz o leitor a manter o livro na cabeceira da cama ou bem à frente da mesa de trabalho, como valiosa ferramenta de trabalho a quem se proponha a combater a corrupção e outras práticas ilícitas que mutilam o processo eleitoral.

Convido-os, assim, a começarem esse divertido passeio pelas tortuosas estradas das condutas vedadas, conhecendo um pouco da malícia dos agentes públicos e candidatos que delas se utilizam, mas sobretudo apreendendo a combater o bom combate, seguindo o bom exemplo do autor desta obra.

Janeiro de 2016,

**Márcio Andrade Torres**

*Procurador Regional da República  
Ex-Procurador Regional Eleitoral do Ceará*

# APRESENTAÇÃO DA PRIMEIRA EDIÇÃO

James Madison afirmou que “se os homens fossem anjos, nenhum governo seria necessário. Se anjos governassem os homens, nenhum controle externo ou interno do governo seria necessário. (...) Que o governo dependa do povo é, sem dúvida, o controle primário; mas a experiência ensinou à humanidade a necessidade de precauções auxiliares” (O Federalista, nº 51).

Seguindo os passos de Madison, a legislação brasileira instituiu diversas restrições àqueles que almejam ocupar cargos eletivos e ao que, de outro modo, podem influir no equilíbrio que deve pautar toda disputa eleitoral.

Na presente obra, o autor consegue analisar, com feliz objetividade e profundidade, cada uma das condutas vedadas a agentes públicos em ano eleitoral.

Além disso, apresenta uma análise abrangente do fenômeno das condutas vedadas que, como bem ressalta o autor, não se restringe ao âmbito da Justiça Eleitoral, havendo importantíssimas repercussões nas esferas administrativa, cível e criminal comum.

A obra une seguro conteúdo doutrinário, apresentação de casos concretos em pleitos recentes e jurisprudência específica bastante atualizada, tudo sob a ótica privilegiada do autor que, na condição de membro do Ministério Público, tem tido atuação de enorme destaque no combate à corrupção, aos atos de improbidade administrativa e aos ilícitos eleitorais.

O conhecimento da matéria apresentada por Igor Pereira Pinheiro é fundamental para que candidatos de boa-fé, porém pouco hábeis, transitem com segurança no pleito, em busca do legítimo voto popular. É também igualmente necessário para todos os profissionais que atuarão nas próximas eleições, seja na condição de advogado, juiz, membro do Ministério Público, policial, servidores do sistema de justiça e agentes públicos em geral.

Trata-se, em suma, de uma obra imperdível, que vem ocupar, em definitivo, uma relevante lacuna no mercado editorial brasileiro.

Fortaleza, dezembro de 2015.

**André Clark Nunes Cavalcante**

*Promotor de Justiça do MPCE*

*Ex-Promotor Eleitoral no Ceará*

## NOTA DO AUTOR À 3ª EDIÇÃO

Lembro-me, como se fosse hoje, do dia em que recebi o comunicado da editora portuguesa Chiado sobre a aprovação dos originais do projeto de livro sobre condutas vedadas aos agentes públicos em ano eleitoral: estava em aula do mestrado na Universidade de Lisboa, em mais um dia de chuvas torrenciais, longe da ensolarada e cativante costa cearense.

Passados quase 04 anos de lá para cá e duas eleições, o livro cresceu em tamanho e prestígio (com a graça de Deus): muitos advogados, juízes, promotores, servidores públicos e estudantes têm usado nossas reflexões para sua atividade profissional ou trabalhos acadêmicos.

Para além dessa honra, não posso deixar de registrar, com muita humildade e satisfação, as diversas citações da obra que tenho visto em julgados do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e dos diversos Tribunais Regionais do Brasil, o que só aumenta a nossa responsabilidade em mantê-la atualizada e com o seu espírito crítico.

Pois bem, chegamos a 2020 e aceitamos o honroso convite de lançar a 3ª edição pela editora JH Mizuno, nova casa editorial que nos fidelizamos para as outras obras que ainda virão. Registro aqui o meu agradecimento especial ao amigo Rafael pela acolhida e pelo empenho em sempre atender nossas demandas dentro da celeridade possível.

O desafio foi grande, pois tivemos muitas novidades legislativas e jurisprudenciais que impactarão no processo eleitoral vindouro. Citamos, na área criminal e apenas à título de ilustração do que foi inserido na obra, a criação de novos crimes eleitorais, a lei do abuso de autoridade, a lei anticrime, o acordo de não persecução cível e sua expansão para os domínios da Justiça, bem como os crimes de responsabilidade dos prefeitos e sua relação com o processo eleitoral. No campo cível, destacamos a atualização da obra aos preceitos das Resoluções do

Tribunal Superior Eleitoral (TSE) para as eleições de 2020, bem como o acréscimo de um capítulo sobre improbidade administrativa nas eleições, tudo sempre à luz da jurisprudência mais atualizada possível.

Lendo a versão final dessa nova edição, temos a convicção de que todos que se interessam pela lisura do processo eleitoral, seja na perspectiva teórica ou prática, encontrarão no livro um referencial que auxiliará a desvendar as principais controvérsias sobre o assunto.

Continuo aberto às sugestões e críticas pelo e-mail igorppinheiro83@hotmail.com, canal de comunicação que reputo fundamental para que os leitores que me honram com a leitura do livro possam dar o necessário feedback para a permanente evolução da obra. Obrigado a todos pela aquisição do livro. Sucesso e um cordial abraço do autor!

Fortaleza, 06 de fevereiro de 2020.

**Igor Pereira Pinheiro**

## NOTA DO AUTOR À 2ª EDIÇÃO

A primeira edição do livro “Condutas Vedadas aos Agentes Públicos em Ano Eleitoral” nasceu despreziosamente, a partir da remessa do material para a editora lusitana Chiado, que o acolheu imediatamente.

Apesar das dificuldades na logística da distribuição, o livro foi muito bem recebido por leitores e autores de renome na seara eleitoral, que me aconselhavam a procurar uma casa de maior porte para que a obra fosse universalizada.

Chegado 2018 – ano eleitoral - era hora de lançar a segunda edição à luz da evolução legal e jurisprudencial atinente ao assunto (incluindo as novas Resoluções do TSE), para que a obra pudesse cumprir o seu papel de ser um referencial seguro para todos aqueles vão lidar, direta ou indiretamente, com o pleito, seja na condição de candidato, dirigente partidário, membro da Magistratura, do Ministério Público, ou dos servidores da Justiça Eleitoral, bem como advogado ou consultor jurídico e, por fim e principalmente, como cidadão interessado em fiscalizar e denunciar aos órgãos de investigação as ilegalidades praticadas pelos agentes públicos em ano eleitoral

Nesse sentido, honrou-me muito o convite da prestigiada Editora Fórum em publicar a obra doravante. Aceitei na hora, haja vista a inquestionável reputação da mesma.

Assim, ajustei alguns erros formais constantes na primeira edição, inseri os julgados mais importantes e relevantes da matéria até o final do ano de 2017 e acresci novos comentários ao livro, de modo que o leitor encontrará nessa edição um livro apto para pronto uso nas eleições de 2018.

Continuo aberto às sugestões e críticas pelo e-mail igorppinheiro83@hotmail.com, canal de comunicação que reputo fundamental para que os leitores que me honram com a leitura do livro possam dar o necessário feedback para a permanente evolução da obra.

Obrigado a todos pela aquisição do livro. Sucesso e um cordial abraço do autor!

Fortaleza, 10 de janeiro de 2018.

**Igor Pereira Pinheiro**

## **CAPÍTULO 1**

<b>O COMBATE À CORRUPÇÃO COMO UMA OBRIGAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO E A TUTELA MÍNIMA ANTICORRUPÇÃO COMO CLAÚSULA LIMITADORA DOS RETROCESSOS ADMINISTRATIVOS E LEGISLATIVOS .....</b>	<b>21</b>
--	-----------

## **CAPÍTULO 2**

<b>PERSPECTIVAS E DESAFIOS PARA UMA EFETIVA PREVENÇÃO E REPRESSÃO À CORRUPÇÃO NO ANO ELEITORAL.....</b>	<b>33</b>
2.1. Quanto ao Poder Judiciário Eleitoral.....	33
2.1.1. Modificações Estruturais.....	34
2.1.2. A Necessária Revisão de Algumas Posições Jurisprudenciais que Impedem a Efetividade do Sistema Anticorrupção na Área Eleitoral .....	35
2.1.3. Alterações Recentes da Jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) que Fortaleceram o Combate à Corrupção Eleitoral .....	55
2.2. Quanto ao Ministério Público Eleitoral .....	66
2.2.1. Modificações do Planejamento Institucional para o Ano Eleitoral:.....	66
2.2.2. Mudanças de Paradigmas Fiscalizatórios.....	93
2.3. Quanto aos Advogados Eleitorais .....	107
2.4. Quanto aos Eleitores em Geral .....	112
2.5. Quanto ao Poder Público .....	115



## O COMBATE À CORRUPÇÃO COMO UMA OBRIGAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO E A TUTELA MÍNIMA ANTICORRUPÇÃO COMO CLAÚSULA LIMITADORA DOS RETROCESSOS ADMINISTRATIVOS E LEGISLATIVOS.

Pesquisas oficiais<sup>1</sup> apontam que há, por parte da população brasileira, uma espécie de suspeição geral e indiscriminada sobre a classe política, cujos membros gozam de pouca ou quase nenhuma credibilidade social.

Trata-se de uma constatação irrefutável: poucos políticos gozam da confiança popular e, convenhamos, isso decorre em especial pelos sucessivos escândalos de corrupção que surgem dia após dia na imprensa e que parecem não ter fim.

A situação é extremamente preocupante para o futuro de nossa democracia, pois boa parte da sociedade brasileira, cética quanto ao fim da corrupção eleitoral e administrativa, tem aderido, progressivamente, aos discursos político-ideológicos alinhados com práticas autoritárias e populistas.

Esse fenômeno intensificou-se após as devastadoras revelações ocorridas no âmbito da Operação “Lava-Jato”, que, a despeito dos diversos erros constatados, logrou êxito em comprovar judicialmente (com direito ao mais amplo contraditório e ampla defesa) que boa parte do processo eleitoral nacional e o posterior exercício dos mandatos executivos ou parlamentares conquistados (*rectius*: comprados) fundavam-se em multifacetados atos de corrupção<sup>2</sup>.

---

1 Cito como exemplo o relatório do Fórum Econômico Mundial em 2016 (<http://reports.weforum.org/global-competitiveness-index-2017-2018/competitiveness-rankings/#series=EOSQ041>), no qual a população brasileira, dentre as 137 analisadas, é a que menos confia na sua classe política.

2 “O modo de fazer política e de fazer negócios no país passou a funcionar mais ou menos assim: (i) o agente político relevante indica o dirigente político do órgão ou da empresa estatal, com metas de desvio de dinheiro; (ii) o dirigente indicado fraudava a licitação para contratar empresa que seja parte no esquema; (iii) a empresa contratada superfatura o contrato para gerar o excedente do dinheiro

Quem trabalha na fiscalização do processo eleitoral tem a impressão (para ser eufêmico) de que o mesmo se trata de um verdadeiro vale-tudo, em que a única vergonha é a de perder.

Compra de votos, transporte de eleitores, assédio moral e coação a servidores públicos para aderirem aos atos de campanha do gestor de plantão, uso de bens e serviços públicos para projetos político-partidários, distribuição graciosa e excessiva de brindes e benesses estatais no ano eleitoral, programas assistenciais criados do dia para a noite com o discurso oficial de promover mais “igualdade social”, uso da publicidade oficial para autopromoção ou de aliados políticos, inauguração de obras ou trechos de obras públicas no ano eleitoral<sup>3</sup>, aumento excessivo da verba pública com a propaganda institucional no primeiro semestre da eleição e aumentos gratuitos da remuneração de servidores públicos no ano eleitoral ainda são comportamentos corriqueiros no processo político-eleitoral, que, no mais das vezes, são tratados como “normais” pela população e candidatos, sobretudo pela sua repetição em série e o quadro de impunidade ou punição extemporânea que se vê na prática.

Combater o fenômeno da corrupção administrativa e eleitoral, antes de representar um mero anseio popular<sup>4</sup>, é um imperativo constitucional, legal e in-

---

que vai ser destinado ao agente político que fez a indicação, ao partido e aos correligionários. Note-se bem: este não foi um esquema isolado! Este é o modelo padrão.” (Prefácio do Ministro Luís Roberto Barroso, in CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p.18).

- 3 Ressalto aqui a inovadora disposição contida no §2º, do artigo 86, da Resolução TSE nº23.610/2019, segundo o qual “a realização de evento assemelhado ou que simule inauguração poderá ser apurada na forma do art.22 da Lei Complementar nº64/1990 ou ser verificada na ação de impugnação de mandato eletivo.”
- 4 De acordo com o jornal Folha de São Paulo (Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/11/1712475-pela-1-vez-corrupcao-e-vista-como-maior-problema-do-pais.shtml>), a corrupção foi apontada pela população brasileira, em 2016, como o principal problema do país. Podemos dizer que essa linha de pensamento continua muito presente no atual contexto nacional, uma vez que o processo eleitoral brasileiro de 2018 foi marcado, em parte, pelo fenômeno dos *outsiders* contra a corrupção (expressão que vingou na imprensa e no meio político), que ficaram conhecidos como as pessoas eleitas sem qualquer ligação anterior com o sistema político-eleitoral e que prometeram usar o mandato popular para um combate mais rigoroso contra a essa prática de origem colonial. Dois exemplos são bem notórios: a) O Presidente Jair Bolsonaro, que, embora não seja nenhum novato na vida política nacional (ocupante de mandato parlamentar – estadual e federal – desde 1999), apresentou-se como alguém comprometido com o fim da corrupção no Brasil, tendo, uma vez eleito, nomeado o juiz Sérgio Moro (símbolo maior da “Operação Lava-Jato”) para o Ministério da Justiça com o fim declarado de intensificação daquela promessa de campanha e antecipação pública de que será seu indicado para integrar o Supremo Tribunal Federal na próxima vaga que surgir; b) O Professor e Juiz de Direito aposentado Luiz Flávio Gomes, que, desde o início de sua campanha a Deputado Federal pelo Estado de São Paulo, apresentou-se como o “seu Deputado contra a corrupção.”

ternacional, havendo, inclusive, corrente doutrinária que defende o surgimento de um novo direito fundamental anticorrupção<sup>5</sup>.

Não bastassem as múltiplas fontes normativas anticorrupção (as quais estudaremos mais a frente), destaco que os dados extraídos das mais recentes pesquisas internacionais sobre a percepção nacional e internacional desse fenômeno no Brasil revelam a urgência da adoção de uma política pública anticorrupção, sob pena de continuarmos em uma escalada progressiva de desacreditação internacional nesse sentido.

Vejamos, portanto, dois estudos que confirmam essa necessidade:

I - De acordo com a organização Transparência Internacional (TI)<sup>6</sup>, o Brasil ocupa, em 2020, a 106<sup>a</sup> (centésima sexta) posição, dentre 180 (cento e oitenta), no ranking internacional de percepção de corrupção no setor público, com 35 pontos. Sobre tal levantamento destaco as seguintes constatações<sup>7</sup>:

- É a pior colocação do país durante todo o período de divulgação dessa estatística, merecendo destaque as seguintes notas sobre o nosso país.
- Está abaixo da média mundial (43 pontos) e da média aceitável (50 pontos).
- Caiu 8 pontos em relação à 2017.
- Na América do Sul, o Brasil só está a frente de Bolívia (123º colocado), Paraguai (137º colocado) e Venezuela (173º colocado);

5 “Matthew Murray e Andrew Spalding, em artigo intitulado ‘Freedom from Official Corruption as a Human Right’, defendem a ideia de que o direito de viver em um ambiente livre de corrupção deveria figurar entre os direitos humanos, apresentando, em defesa desta tese, quatro argumentos. (...) O segundo argumento de Murray e Spalding é de que a elevação de *status* colocaria as leis que tratam de corrupção à frente de outras, eis que, quando os direitos humanos são violados, a comunidade internacional fica obrigada a agir. (...) As implicações práticas dessa categorização seriam imediatas na legislação de qualquer país, pois todo o arcabouço normativo de combate à corrupção passaria a ser interpretado e aplicado a partir de um novo contexto: Como principais diretrizes principiológicas e interpretativas, relativas aos direitos e garantias constitucionais fundamentais, decorrentes da dupla conjugação de caráter subjetivo e objetivo, destacam-se, como exemplos, a imprescritibilidade, a aplicabilidade imediata, a imunidade em relação ao legislador infraconstitucional, o caráter pétreo desses direitos, a interpretação aberta e extensiva, a não taxatividade ou não limitação; a proteção integral etc.” (ZENKNER, Marcelo. *Integridade Governamental e Empresarial – Um espectro da repressão e da prevenção à corrupção no Brasil e em Portugal*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p.88-89). Merece destaque também: FILHO, André Pimentel. (Uma) Teoria da Corrupção – Corrupção, Estado de Direito e Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p.110-111.

6 “Ao longo de duas décadas de trabalho, a TI figura atualmente no cenário mundial como uma referência no combate e nos estudos sobre a corrupção em âmbito global, sendo frequentemente citada nas leituras acadêmicas e na mídia, especialmente por divulgar anualmente indicadores sobre o grau de corrupção nos países, uma inovação que trouxe parâmetros de comparação internacional. (...) Analogicamente, a relevância da transparência internacional nos dias de hoje equipara-se a da Anistia Internacional (*Amnesty Internacional – AI*), sendo que a primeira está para a luta contra a corrupção tal qual a segunda está para a defesa dos direitos humanos.” (HAYASHI, Felipe Eduardo Hideo. *Corrupção – Combate Transnacional, Compliance e Investigação Criminal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, pp.75-76).

7 Para uma análise completa do referido estudo, conferir: <https://ipc.transparenciainternacional.org.br>.

- Demonstra que a renovação política ocorrida em 2019<sup>8</sup> sob a bandeira de combate à corrupção foi mero discurso de plataforma, pois, antes de ter-se verificado qualquer aperfeiçoamento do sistema anticorrupção, houve a tentativa e a posterior aprovação de leis que tentam minar a independência e autonomia dos órgãos de investigação e do próprio Poder Judiciário. É o caso, por exemplo, das leis do abuso de autoridade (Lei nº 13.869/2019) e do “pacote anticrime” (Lei nº 13.964/2019).

2 - Já a 10ª edição do Barômetro Global da Corrupção para a América Latina e Caribe, realizado entre janeiro e março de 2019 também pela Transparência Internacional<sup>9</sup>, trouxe estatísticas alarmantes da corrupção administrativa e eleitoral, tais como:

- Mais da metade dos brasileiros (54%) acredita que o quadro de corrupção piorou;
- Somente 39% dos cidadãos avaliam que seu governo está fazendo um bom trabalho na luta contra a corrupção, enquanto mais da metade (57%) acha que ele não está fazendo um bom trabalho.
- Mais da metade das pessoas considera que a maior parte ou todos os políticos eleitos e seus funcionários são corruptos e favorecem questões particulares em vez do interesse público.
- Mais de um em cada cinco cidadãos que usaram serviços públicos, tais como saúde e educação, pagou suborno no ano anterior.
- Suborno foi oferecido a um em cada quatro cidadãos em troca de votos nos últimos cinco anos.

Pois bem, a despeito de ainda estarmos distante da implementação de uma política estatal anticorrupção bem definida nos planos administrativo e legislativo, devemos destacar que vige no Brasil, por força da adesão do país aos termos da Convenção de Mérida, a chamada cláusula da tutela mínima anti-

---

8 Vejamos, pois, alguns dos dados estatísticos que indicam a boa aceitação, nas eleições de 2018, dos chamados *outsiders*. O Senado da República teve uma renovação superior a 85% (oitenta e cinco por cento), pois, das 54 (cinquenta e quatro) vagas abertas para concorrência, 46 (quarenta e seis) foram ocupadas por novatos. Isso significa dizer que a cada 4 (quatro) senadores que tentaram a reeleição, 3 (três) não se reelegeram, incluindo o então Presidente do Congresso Nacional, Sr. Eunício Oliveira, também investigado na “Operação Lava-Jato”. Do outro lado do Parlamento Brasileiro (Câmara dos Deputados), merece registro o fato de que, pela primeira vez nos últimos 20 (vinte) anos, os Deputados Federais reeleitos representam menos da metade das cadeiras concorridas (apenas 251 – duzentos e cinquenta e um – foram reeleitos, em contraponto aos 262 - duzentos e sessenta e dois eleitos - pela primeira vez para esse cargo). No âmbito do Poder Executivo a nível estadual (candidatura para os cargos de Governador e Vice-Governador), constatou-se a eleição de 12 (doze) pessoas que nunca tinham ocupado qualquer cargo no âmbito daquele poder, sendo que alguns, até a semana anterior ao pleito, sequer constavam nas pesquisas eleitorais como aptas a irem ao segundo turno, como foi o caso de Romeu Zema (atual Governador do Estado de Minas Gerais) e do ex-juiz federal Wilson Witzel (atual Governador do Estado do Rio de Janeiro), que venceram, com folga, políticos tradicionais que outrora ocuparam cargos de chefia do Poder Executivo local.

9 Disponível em <https://barometro.transparenciainternacional.org.br>.

corrupção, que impossibilita, sob a perspectiva jurídica, qualquer retrocesso no combate à corrupção.<sup>10</sup>

Trata-se de tema pouco explorado na doutrina brasileira, mas sobre o qual já nos manifestamos em outra obra nos seguintes termos<sup>11</sup> (a transcrição é longa, mas vale a pena pela pertinência temática com o caso):

“Uma vez apresentada a estrutura normativa superior anticorrupção do Direito brasileiro, é importante deixar consignado que os paradigmas constitucionais acima citados são complementados, logo em seguida, pelas Convenções Internacionais atinentes ao assunto.

Referidos instrumentos, como se sabe, concretizam o pensamento global sobre as medidas reputadas mais idôneas e eficazes na luta anticorrupção, sendo relevante destacar que, ao serem subscritas pelo Chefe do Executivo, ratificadas e incorporadas à ordem jurídica nacional pelo Poder Legislativo, são validadas juridicamente como as premissas normativas que devem nortear a atuação futura do país nesse campo, seja na esfera administrativa, investigativa, judicial e, quiçá, legislativa.

Dentre todas, as mais importantes e significativas são as seguintes (apresentadas em ordem cronológica de incorporação ao Direito Brasileiro):

I - Convenção da OCDE sobre o Combate ao Suborno Transnacional, aprovada em 17/12/1997 e promulgada no Brasil pelo Decreto Presidencial nº3678, de 30/11/2000;

II - Convenção Interamericana Contra a Corrupção, aprovada em 29/03/1996 e promulgada no Brasil pelo Decreto Presidencial nº4410, de 07/10/2002;

III - Convenção contra o Crime Organizado Transnacional (“Convenção de Palermo”), promulgada no Brasil pelo Decreto Presidencial nº5015, de 12/03/2004;

IV - Convenção da ONU contra a Corrupção (“Convenção de Mérida”), aprovada em 31/10/03 e promulgada no Brasil pelo Decreto Presidencial nº5687, de 31/01/06.

O conhecimento amiúde desses diplomas é de fundamental importância, pois eles trazem princípios, regras de estruturação e de atuação específicas decorrentes da experiência internacional no enfrentamento à corrupção e que, por isso mesmo, gozam da presunção de aptidão para serem implementadas em nível global.

Aliás, é importante ter-se em conta que, da conjugação normativa entre os mandados constitucionais anticorrupção e os Tratados Internacionais correlatos ratificados pelo Brasil, surge uma verdadeira “cláusula de segurança” ou “tutela mínima anticorrupção”,

10 Essa conclusão inicial deflui do disposto no artigo 65, nº2, da Convenção da ONU de combate à corrupção (“Convenção de Mérida”), que foi incorporada ao Direito Brasileiro pelo Decreto nº5687, de 31/01/2006. Senão, vejamos: “Aplicação da Convenção 1. Cada Estado Parte adotará, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, as medidas que sejam necessárias, incluídas medidas legislativas e administrativas, para garantir o cumprimento de suas obrigações de acordo com a presente Convenção. 2. Cada Estado Parte poderá adotar medidas mais estritas ou severas que as previstas na presente Convenção a fim de prevenir e combater a corrupção.

11 PINHEIRO, Igor Pereira e PINHEIRO, Tânia Mara Moreira Sales. Vade Mecum de Direito Anticorrupção Comentado: Aspectos Gerais. Leme: JH Mizuno, 2019, p.139-147.

cuja eficácia inibitória restringe (na verdade, impossibilita) a aplicação de medidas legislativas internas supervenientes que enfraqueçam ou anulem as regras atuais do sistema brasileiro anticorrupção incorporadas via Direito Internacional<sup>12</sup>.

Assim, só se admite que haja o reforço legislativo para combater a corrupção, nunca um afrouxamento voltado a excluir ou flexibilizar as normas anticorrupção que sejam decorrentes diretamente de imposições constitucionais ou convencionais<sup>13</sup>.

Trata-se, por assim dizer, de uma verdadeira proibição de retrocesso, que encontra fundamento claro no artigo 60, §4º, da atual Constituição Federal<sup>14</sup> (para as hipóteses em que os mandados constitucionais anticorrupção estão formalmente no rol dos

---

12 Essa conclusão inicial deflui do disposto no artigo 65, n°2, da Convenção da ONU de combate à corrupção (“Convenção de Mérida”), que foi incorporada ao Direito Brasileiro pelo Decreto n°5687, de 31/01/2006. Senão, vejamos: “Aplicação da Convenção 1. Cada Estado Parte adotará, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, as medidas que sejam necessárias, incluídas medidas legislativas e administrativas, para garantir o cumprimento de suas obrigações de acordo com a presente Convenção. 2. Cada Estado Parte poderá adotar medidas mais estritas ou severas que as previstas na presente Convenção a fim de prevenir e combater a corrupção.

13 “Vige aqui a norma *pacta sunt servanda*, universalmente reconhecida como norteadora dos compromissos exteriores do Estado, e expressamente estabelecida pelo art. 26 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, segundo o qual todo tratado em vigor ‘obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé.’ Em suma, em razão de todos os argumentos expostos, não se tem dúvida de que os tratados internacionais *comuns* em vigor no Brasil guardam nível *supralegal* na nossa ordem jurídica. Conquanto cedam perante a Constituição – inclusive por força do preceito constitucional que sujeita os tratados à fiscalização de sua constitucionalidade (art. 102, inc. III, alínea b) –, os tratados comuns não podem ser revogados por lei interna posterior, sob pena de responsabilidade internacional do Estado. (...) Dúvidas poderiam surgir quanto à consideração de serem os tratados *comuns* instrumentos de nível *supralegal* no Brasil. Poderia se objetar não ter a Constituição disciplinado em todos os casos a hierarquia desses tratados em confronto com as demais leis da República (exceção encontra-se no art. 178, já referido à prevalência dos tratados sobre transporte aéreo, aquático ou terrestre). Mas, basta verificar, num estudo comparativo, alguns dispositivos legais brasileiros para concluir que o nosso sistema jurídico privilegia a superioridade de quaisquer tratados na ordem jurídica interna. Um desses dispositivos é o art. 5º do Código Penal Brasileiro, que desde 1940 acolhe essa tese, assim estatuinto: ‘Aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido no território nacional’. Essa orientação da lei penal brasileira, de superioridade dos tratados internacionais em relação à legislação infraconstitucional, foi seguida e reafirmada em 1941, também pelo Código de Processo Penal, que deixou assente, no seu art. 1º, inc. I, que o ‘processo penal rege-se-á, em todo o território brasileiro, por este Código, ressalvados os tratados, as convenções e regras de direito internacional.’ Assim o fazendo, tal disposição quis dar claramente aos tratados internacionais, em matéria processual penal, um *status* normativo superior à sua própria hierarquia. Ou seja, se o direito processual penal, no Brasil, rege-se pelo Código de Processo Penal, ressalvados os tratados, as convenções e regras de Direito Internacional, é porque tais instrumentos e regras de direito das gentes prevalecem sobre a legislação infraconstitucional, em relação a tais matérias. E se prevalecem às regras do Código, é porque, evidentemente estão acima delas.” MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Forense, 12ª edição, 2019, pp. 316,317 e 322).

14 Art. 60. § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais.

direitos e garantias individuais) e nos artigos 27<sup>15</sup> e 46<sup>16</sup>, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados<sup>17</sup> (para os demais casos)<sup>18</sup>.

Além dos fundamentos acima citados, não podemos deixar de referenciar o artigo 98, do Código Tributário Nacional, segundo o qual “os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela lei que lhes sobrevenha.” Ora, sabe-se que nesse campo existem diversos instrumentos (inclusive de cooperação internacional) que facilitam a investigação e punição dos atos de corrupção, como quebra de sigilos bancário e fiscal, compartilhamento de informações entre as instituições governamentais etc, o que levou o Superior Tribunal de Justiça (STJ) a decidir exatamente nos termos do que defendemos nesse trabalho, isto é, pela superioridade hierárquica (pelo menos do ponto de vista material) das regras anticorrupção decorrentes do Direito Internacional e com as quais o Brasil se comprometeu a respeitar e implementar<sup>19</sup>.

- 
- 15 Artigo 27. Direito Interno e Observância de Tratados. Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46.
- 16 Artigo 46. Disposições do Direito Interno sobre Competência para Concluir Tratados. 1. Um Estado não pode invocar o fato de que seu consentimento em obrigar-se por um tratado foi expresso em violação de uma disposição de seu direito interno sobre competência para concluir tratados, a não ser que essa violação fosse manifesta e dissesse respeito a uma norma de seu direito interno de importância fundamental. 2. Uma violação é manifesta se for objetivamente evidente para qualquer Estado que proceda, na matéria, de conformidade com a prática normal e de boa fé.
- 17 Referido documento internacional foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro sem reservas nesse aspecto, como se vê no Decreto n° 7.030, de 14/12/2009.
- 18 “A questão em apreço é polêmica, e seu tratamento reveste-se de grande importância, em função do relevo que o Direito Internacional vem adquirindo como marco que visa a disciplinar o atual dinamismo das relações internacionais, dentro de parâmetros que permitam que estas se desenvolvam num quadro de estabilidade e de obediência a valores aos quais a sociedade internacional atribui maior destaque. (...) Aparentemente, o modelo de celebração de tratados adotado pelo Brasil também herdou uma característica do monismo nacionalista, visto que o ordenamento jurídico brasileiro, mormente a Constituição da República, comanda a celebração de tratados pelo Brasil e define a norma que deve prevalecer em caso de conflito. Entretanto, nesse ponto, a ordem jurídica pátria vem atribuindo crescente importância à norma internacional, que em diversas hipóteses prevalecerá frente à lei ordinária brasileira e, em um caso bem particular, se equipará à própria norma constitucional.” (PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado: Incluindo Noções de Direitos Humanos e de Direito Comunitário*. Salvador: JusPodivm, 9ª edição, 2017, p.50-53).
- 19 “7. A antinomia supostamente existente entre a norma da convenção e o direito tributário interno resolve-se pela regra da especialidade, ainda que a normatização interna seja posterior à internacional. 8. O art. 98 do CTN deve ser interpretado à luz do princípio *lex specialis derogat generalis*, não havendo, propriamente, revogação ou derrogação da norma interna pelo regramento internacional, mas apenas suspensão de eficácia que atinge, tão só, as situações envolvendo os sujeitos e os elementos de estraneidade descritos na norma da convenção. 9. A norma interna perde a sua aplicabilidade naquele caso específico, mas não perde a sua existência ou validade em relação ao sistema normativo interno. Ocorre uma “revogação funcional”, na expressão cunhada por HELENO TORRES, o que torna as normas internas relativamente inaplicáveis àquelas situações previstas no tratado internacional, envolvendo determinadas pessoas, situações e relações jurídicas específicas, mas não acarreta a revogação, *stricto sensu*, da norma para as demais situações jurídicas a envolver elementos não relacionadas aos Estados contratantes.” (STJ, REsp 1161467/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/05/2012, DJe 01/06/2012).

Essa conclusão (de prevalência das normas constitucionais e convencionais anticorrupção sobre as demais leis) pode ser reforçada se adotarmos a corrente doutrinária que propugna a existência de um novo direito fundamental: o de uma gestão pública livre da corrupção ou um “direito anticorrupção”<sup>20</sup>, que estaria, no nosso sentir, inserido na sexta geração dos direitos fundamentais<sup>21</sup>. Isso porque, nesse caso, os tratados internacionais sobre a prevenção e repressão à corrupção (por versarem sobre direitos fundamentais) teriam eficácia supralegal<sup>22</sup>, de modo que a legislação ordinária sobre o tema lhe deveria obediência, sob pena de invalidação mediante controle de convencionalidade<sup>23</sup>.

(...)

Observe-se que não estamos defendendo uma imutabilidade permanente do sistema anticorrupção, já que aperfeiçoamentos são sempre bem-vindos e necessários com o passar do tempo. Nessa perspectiva, alterações redacionais voltadas para o alargamento horizontal (criação de novas modalidades típicas de corrupção), o alargamento vertical (aumento de penas), ou até mesmo para clarificar alguma dubiedade que o texto legal contenha são perfeitamente possíveis e desejáveis. A mesma linha de pensamento deve ser adotada para as modificações legislativas referentes ao procedimento investigatório e ao processo judicial, pois, com a crescente globalização, não é raro surgirem novas formas de se praticar os atos de corrupção, o que exige por consequência novos métodos de investigação e de procedimentos judiciais voltados para o desbaratamento e punição dos mesmos, a tempo de uma duração razoável.

O que não se pode aceitar como juridicamente possível é que leis posteriores violem a diretriz constitucional e internacional que o Brasil assumiu junto ao seu povo (no primeiro caso) e à comunidade internacional (no segundo) de fortalecer as estruturas

---

20 FILHO, André Pimentel. (Uma) Teoria da Corrupção – Corrupção, Estado de Direito e Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p.110-111.

21 “Os direitos fundamentais de sexta geração correspondem à democracia, à liberdade de informação, ao direito de informação e ao pluralismo. A democracia é um direito fundamental, porque o arbítrio não se irmana com o regime das liberdades públicas, que se opõe à força, à brutalidade, ao abuso de poder. O direito de informação, por sua vez, é outra liberdade pública da coletividade. Não se personifica, muito menos se dirige a sujeitos determinados. Conecta-se à liberdade de informação, porque todos, sem exceção, têm a prerrogativa de informar e de ser informado.” (BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso (...)*, p.532).

22 Essa é a linha dos Tribunais Superiores: “Na sessão de 4/2/2009, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar, pelo rito do art. 543-C do CPC/1973, o Recurso Especial 914.253/SP, de relatoria do Ministro LUIZ FUX, adotou o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 466.343/SP, no sentido de que os tratados de direitos humanos, ratificados pelo país, têm força supralegal, “o que significa dizer que toda lei antagônica às normas emanadas de tratados internacionais sobre direitos humanos é destituída de validade.” (STJ, REsp 1640084/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2016, Dje 01/02/2017).

23 “A consagração da prevalência hierárquica das normas internacionais de direitos humanos frente à legislação ordinária vem tornando mais frequente o emprego da expressão ‘controle de convencionalidade’, para aludir à possibilidade de que o ordenamento interno ordinário brasileiro seja avaliado não só no tocante a sua conformidade com a ordem constitucional, mas também com os tratados internacionais dos quais o Brasil faz parte.” (PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional (...)*, p.135).

de prevenção e repressão à corrupção<sup>24</sup>.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) já se manifestou nesse sentido<sup>25</sup>, ao julgar a ação direta de inconstitucionalidade nº 2.390/DF. No voto do relator, consta que os instrumentos legais brasileiros referentes ao acesso direto das informações bancárias e fiscais pelas entidades fiscalizatórias são constitucionais e que não poderia haver decisão em sentido contrário, haja vista os mesmos serem fundamentais para o combate de diversos delitos (dentre eles a corrupção) e decorrerem dos diversos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.”

Não bastasse tudo isso, cumpre ainda ressaltar que incide no ponto o princípio da proporcionalidade, em sua vertente da proibição da proteção deficiente, que impõe ao Poder Público uma ação sempre para frente, isto é, em caráter evolutivo na defesa dos direitos fundamentais<sup>26</sup>. E, ainda que não se adote a linha do “direito

- 24 “Matthew Murray e Andrew Spalding, em artigo intitulado ‘Freedom from Official Corruption as a Human Right’, defendem a ideia de que o direito de viver em um ambiente livre de corrupção deveria figurar entre os direitos humanos, apresentando, em defesa desta tese, quatro argumentos. (...) O segundo argumento de Murray e Spalding é de que a elevação de *status* colocaria as leis que tratam de corrupção à frente de outras, eis que, quando os direitos humanos são violados, a comunidade internacional fica obrigada a agir. (...) As implicações práticas dessa categorização seriam imediatas na legislação de qualquer país, pois todo o arcabouço normativo de combate à corrupção passaria a ser interpretado e aplicado a partir de um novo contexto: Como principais diretrizes principiológicas e interpretativas, relativas aos direitos e garantias constitucionais fundamentais, decorrentes da dupla conjugação de caráter subjetivo e objetivo, destacam-se, como exemplos, a imprescritibilidade, a aplicabilidade imediata, a imunidade em relação ao legislador infraconstitucional, o caráter pétreo desses direitos, a interpretação aberta e extensiva, a não taxatividade ou não limitação; a proteção integral etc.” (ZENKNER, Marcelo. *Integridade Governamental e Empresarial – Um espectro da repressão e da prevenção à corrupção no Brasil e em Portugal*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p.88-89).
- 25 “Ressalta-se, ainda, que o acesso às informações bancárias pela Administração é relevante não só para coibir os casos de sonegação fiscal, mas também para o combate às organizações criminosas, às fraudes do comércio exterior e às condutas caracterizadoras de concorrência desleal. Mais recentemente, tem-se mostrado instrumento essencial no combate à corrupção no país e aos crimes de lavagem de dinheiro, dentre tantos outros delitos. Atente-se que o Brasil assumiu compromissos internacionais relativos à transparência e ao intercâmbio de informações financeiras para fins tributários e de combate à movimentação de dinheiro de origem ilegal no mundo.” (...) “O autor em referência observa que tais legislações se inserem num quadro que compreende não só o enfrentamento da evasão fiscal, mas também o combate a práticas criminosas que envolvem a circulação internacional de dinheiro de origem ilícita, tais como o narcotráfico, o crime organizado, a lavagem de dinheiro e o terrorismo. Considerando o cenário internacional aqui exposto, fica claro que eventual declaração de inconstitucionalidade dos arts. 5º e 6º da Lei Complementar 105/2001 poderia representar um retrocesso de nosso país em matéria de combate à sonegação fiscal e a uma séria de crimes que envolvem a circulação internacional de dinheiro de origem ilícita. Tenho, por tudo quanto abordado no presente tópico, que a atuação fiscalizatória traçada nos arts. 5º e 6º da LC nº 105/01 e em seus decretos regulamentadores (Decretos nº 3.724/2001 e nº 4.489/2002) não encerra inconstitucionalidade; ao contrário, retrata o pleno cumprimento dos comandos constitucionais e dos compromissos internacionais assumidos nessa seara pela República Federativa do Brasil.” Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?sI=%28CORRUP%C7%C3O+E+RETROCESSO%29&base=baseInformativo&url=ht tp://tinyurl.com/yxk39cfm>, e acessado no dia 04/05/2019, às 07:52 horas.
- 26 “Há, porém, um outro lado da proteção que, em vez de salientar o excesso, releva a proibição por defeito (Untermassverbot). Existe um defeito de proteção quando as entidades sobre quem recai

anticorrupção” como sendo de natureza fundamental, é fato inconteste que uma ação ineficiente do Estado põe em risco os demais direitos fundamentais tradicionais, em especial os de caráter social, que reclamam os recursos públicos desviados pela corrupção para a sua efetivação<sup>27</sup>.

Aliás, nessa área, não podemos de consignar como atentatória a essa lógica a recente iniciativa legislativa implementada por Comissão da Câmara dos Deputados<sup>28</sup>, no sentido de proibir que auditores da Receita Federal do Brasil compartilhem com o Ministério Público informações alusivas à detecção de movimentações indicativas de atos de corrupção ou de lavagem de dinheiro. Pretende-se que, doravante, que os auditores só atuem na apuração de crimes fiscais<sup>29</sup>.

Outros exemplos (teóricos e práticos) não faltam para consolidarmos nossa tese. Citemos alguns: a) emenda constitucional que retire a possibilidade de ajuizamento da ação popular pelo cidadão, restringindo a legitimidade ativa de qualquer forma; b) emenda constitucional que permita sucessivas reeleições para o Poder Executivo do atual ocupante da chefia ou que autorize a candidatura de seus parentes para sucedê-lo<sup>30</sup>; c) lei que revogue as proibições de uso dos bens e do pessoal integrantes

---

um dever de proteção (Schutzpflicht) adoptam medidas insuficientes para garantir uma protecção constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais. Podemos formular esta ideia usando uma formulação positiva: o estado deve adoptar medidas suficientes, de natureza normativa ou de natureza material, conducente a uma protecção adequada e suficiente dos direitos fundamentais. A verificação de uma insuficiência de juridicidade estatal deverá atender à natureza das posições jurídicas ameaçadas e à intensidade do perigo de lesão de direitos fundamentais.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 7ª edição, 2003, p.273).

- 27 Nesse sentido, “uma nova pesquisa do Fundo Monetário Internacional (FMI) mostra que reduzir a corrupção geraria um adicional de US \$ 1 trilhão em receitas fiscais anuais em todo o mundo, dinheiro que poderia apoiar investimentos muito necessários em saúde, educação e infraestrutura.” (Disponível em [https://www.transparency.org/news/feature/the\\_trillion\\_dollar\\_question\\_the\\_imf\\_and\\_anti\\_corruption\\_one\\_year\\_on](https://www.transparency.org/news/feature/the_trillion_dollar_question_the_imf_and_anti_corruption_one_year_on) e acessado no dia 21/05/2019, às 04:30 horas).
- 28 Trata-se da votação ocorrida em 08/05/2019 sobre a conversão da Medida Provisória nº870/2019, que trata da estrutura orgânica do Governo Federal, em que se pretende também retirar o COAF (Conselho de Controle de Atividades Financeiras) do âmbito do Ministério da Justiça, que a ele foi incorporado na gestão do Ministro Sérgio Moro exatamente para um reforço na atuação contra a corrupção. A matéria ainda vai a julgamento pelo Plenário da Câmara. Informação disponível em <https://oglobo.globo.com/brasil/comissao-aprova-proposta-que-proibe-receita-de-compartilhar-informacoes-sem-autorizacao-judicial-23652672> e acessado em 18/05/2019, às 15:13 horas.
- 29 Referida medida ainda terá o impacto negativo de obstar que a Receita Federal cumpra o seu papel de detectar dados alusivos a doações irregulares em campanhas eleitorais, ou de quaisquer delitos eleitorais, como apontam os artigos 24-C, §3º (“A Secretaria da Receita Federal do Brasil fará o cruzamento dos valores doados com os rendimentos da pessoa física e, apurando indício de excesso, comunicará o fato, até 30 de julho do ano seguinte ao da apuração, ao Ministério Público Eleitoral, que poderá, até o final do exercício financeiro, apresentar representação com vistas à aplicação da penalidade prevista no art. 23 e de outras sanções que julgar cabíveis”), combinado com o artigo 94, §3º (“Além das polícias judiciárias, os órgãos da receita federal, estadual e municipal, os tribunais e órgãos de contas auxiliarão a Justiça Eleitoral na apuração dos delitos eleitorais, com prioridade sobre suas atribuições regulares”), ambos da Lei Federal nº9.504/1997 (“Lei das Eleições”).
- 30 O Supremo Tribunal Federal (STF) já se manifestou sobre a questão das prorrogações de mandatos políticos como “retrocesso histórico” inaceitável, *in verbis*: E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO – MATÉRIA ELEITORAL – ALEGADA VIOLAÇÃO AOS PRECEITOS INSCRITOS NO ART. 14, §§ 5º

do serviço público em favor de partidos políticos, candidatos ou coligações (como o fazem diversos incisos do artigo 73 da Lei nº9.504/97); d) lei que permita a prática do nepotismo<sup>31</sup> (possibilidade de parentes de agentes públicos serem investidos em cargos ou funções públicas sem prévia aprovação em concurso); e) lei que, sem qualquer finalidade anticorrupção, abrande ou isente parte das penas na esfera criminal, cível ou administrativa<sup>32</sup>; f) lei que dispense o ressarcimento ao erário como pressuposto de progressão de regime<sup>33</sup>.

e 7º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – ELEIÇÃO DE INTEGRANTE DO MESMO NÚCLEO FAMILIAR PARA O EXERCÍCIO DE TERCEIRO MANDATO CONSECUTIVO – IMPOSSIBILIDADE – PRECEDENTES – DISCIPLINA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA INELEGIBILIDADE – CONSIDERAÇÕES – AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. – O constituinte revelou-se claramente hostil a práticas ilegítimas que denotem o abuso de poder econômico ou que caracterizem o exercício distorcido do poder político-administrativo. Com o objetivo de proteger a normalidade e a legitimidade das eleições contra a influência, sempre censurável, do poder econômico ou o abuso, absolutamente inaceitável, do exercício de função pública é que se definiram situações de inelegibilidade, destinadas a obstar, precisamente, entre as várias hipóteses possíveis, a formação de grupos hegemônicos que, monopolizando o acesso aos mandatos eletivos, virtualmente patrimonializam o poder governamental, convertendo-o, numa inadmissível inversão dos postulados republicanos, em verdadeira “res domestica”. – As formações oligárquicas constituem grave deformação do processo democrático. A busca do poder não pode limitar-se à esfera reservada de grupos privados, notadamente de índole familiar, sob pena de frustrar-se o princípio do acesso universal às instâncias governamentais. – Legitimar-se o controle monopolístico do poder por núcleos de pessoas unidas por vínculos de ordem familiar equivaleria a ensejar, em última análise, o domínio do próprio Estado por grupos privados. Não se pode perder de perspectiva, neste ponto, que a questão do Estado é, por essência, a questão do poder. A patrimonialização do poder constitui situação de inquestionável anomalia a que esta Suprema Corte não pode permanecer indiferente. A consagração de práticas hegemônicas na esfera institucional do poder político conduzirá o processo de governo a verdadeiro retrocesso histórico, o que constituirá, na perspectiva da atualização e modernização do aparelho de Estado, situação de todo inaceitável. Precedentes. Diretriz jurisprudencial que o Supremo Tribunal Federal firmou na matéria ora em exame que incide sobre a situação versada nos autos, eis que, mesmo na hipótese de mandato-tampão, inexistente tratamento diferenciado em relação ao mandato regular, de tal modo que o recorrente, embora pudesse validamente eleger-se (como se elegeu) Prefeito Municipal em sucessão ao seu cunhado, não podia disputar a reeleição, em virtude da inelegibilidade por parentesco (CF, art. 14, §§ 5º e 7º), em face do descabimento do exercício da Chefia do Poder Executivo local, pela terceira vez consecutiva, por membros integrantes do mesmo grupo familiar. Decisão do Tribunal Superior Eleitoral, reconhecendo a inelegibilidade do ora recorrente, que se mantém. (RE 1128439 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/10/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-268 DIVULG 13-12-2018 PUBLIC 14-12-2018).

- 31 É bom lembrar que o nepotismo possui vedação expressa na Súmula Vinculante nº13/STF, segundo a qual: “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.”
- 32 Nesse ponto, citamos como exemplos de medidas válidas os instrumentos da colaboração premiada e do acordo de leniência, que, a despeito de permitirem em casos extremos a isenção de penas, têm ínsitas finalidades anticorrupção, como a descoberta do funcionamento da engrenagem (lideranças e *modus operandi*) de determinada organização criminosa ou conglomerados empresariais responsáveis por atos de corrupção.
- 33 Observe-se que o ressarcimento ao erário, no caso dos crimes contra a Administração Pública, é condição de progressão do regime prisional (artigo 33, §4º, do Código Penal), cuja constitucionalidade já

(...)

Do exposto, percebe-se que a tutela mínima anticorrupção é imperativo decorrente da conjugação entre a Constituição Federal e os Tratados/Convenções Internacionais Anticorrupção que o Brasil subscreveu e incorporou ao ordenamento jurídico nacional, sendo pressuposto indispensável para a verdadeira existência de um Estado comprometido com a prevenção e repressão à corrupção.”

Pois bem, dito isso, fica estabelecido desde já que todos os institutos jurídicos que são voltados para a prevenção e repressão à corrupção não podem ser objeto de retrocesso administrativo ou legislativo, devendo ser suscitada e declarada a inconstitucionalidade ou inconveniência pelo Poder Judiciário de atos dessa jaez, a depender do parâmetro invocado, ou, pelo menos, realizada uma interpretação conforme o texto.

---

foi proclamada pelo Supremo Tribunal Federal (STF): Execução Penal. Progressão de Regime. Crime contra a Administração Pública. Devolução do produto do ilícito. 1. É constitucional o art. 33, § 4º, do Código Penal, que condiciona a progressão de regime, no caso de crime contra a Administração Pública, à reparação do dano ou à devolução do produto do ilícito. 2. Tendo o acórdão condenatório fixado expressamente o valor a ser devolvido, não há como se afirmar não se tratar de quantia líquida. 3. A alegação de falta de recursos para devolver o dinheiro desviado não paralisa a incidência do art. 33, § 4º, do Código Penal. O sentenciado é devedor solidário do valor integral da condenação. 4. Na hipótese de celebração de ajuste com a União para pagamento parcelado da obrigação, estará satisfeita a exigência do art. 33, § 4º, enquanto as parcelas estiverem sendo regularmente quitadas. 5. Agravo regimental desprovido. (EP 22 ProgReg-AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-052 DIVULG 17-03-2015 PUBLIC 18-03-2015).

## **PERSPECTIVAS E DESAFIOS PARA UMA EFETIVA PREVENÇÃO E REPRESSÃO À CORRUPÇÃO NO ANO ELEITORAL.**

Os elementos de informação extraídos das pesquisas anteriormente citadas demonstram cientificamente o que se sente no dia a dia, pois são, por assim dizer, uma tradução estatística da “voz das ruas”, que precisa ser ouvida, ainda que boa parte dos atores da política nacional insistam em delinquir sob a crença de que a punição nunca chegará.

Vivemos novos tempos: a sociedade clama e exige integridade, transparência e idoneidade de seus representantes. As diversas “caras novas” ou “cabeças pretas”, muitas delas sem qualquer direcionamento sobre como contribuir efetivamente para a evolução do nosso país, são uma resposta (boa ou ruim, só o tempo dirá) à chamada “velha política”, ainda que não se saiba bem o que é a tal “nova política”.

De toda sorte, para além das tradicionais e enfadonhas campanhas publicitárias de que “voto não tem preço, mas consequência”, ainda há muito a ser feito pelos pelas instituições de controle, pelo Poder Judiciário, pelos advogados e cidadãos em geral para termos uma maior eficiência no combate à corrupção.

A seguir, apresentaremos algumas sugestões de providências a serem implementadas para que se alcance esse fim, mas sem qualquer pretensão de exaustão da matéria.

### **2.1. Quanto ao Poder Judiciário Eleitoral.**

Muito se fala que o Poder Judiciário é moroso e leniente quando a questão é o combate à corrupção.

No que diz respeito à demora judicial, é preciso uma mea-culpa da cúpula desse Poder, pois é comum candidatos processados por atos de corrupção

conseguirem finalizar seus mandatos eletivos sem que haja julgamento definitivo dessas causas. A mesma situação se verifica nos casos envolvendo atos de improbidade administrativa e crimes contra a Administração Pública.

Não a toa, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), através do programa “Meta 4” de 2015, determinou que todos os Tribunais do Brasil identificassem e julgassem até 31/12/2015 pelo menos 70% das ações de improbidade administrativa e das ações penais relacionadas a crimes contra a administração pública distribuídas até 31/12/2012<sup>34</sup>.

No que diz respeito à suposta leniência, trata-se de uma generalização irresponsável e sem dados concretos. É bem verdade que têm sido revelados e punidos (ainda que brandamente, mas dentro dos parâmetros legais) diversos casos de envolvimento de membros da magistratura com malfeitos.

Contudo, à luz de nossa experiência, tais casos representam exceções à regra de um corpo de magistrados comprometidos com essa causa, embora algumas circunstâncias institucionais e posições jurisprudenciais precisem ser revistas para garantir a eficiência desejada. Senão, vejamos.

### **2.1.1. Modificações Estruturais.**

O Poder Judiciário Eleitoral não conta com quadro próprio de magistrados para atuar em suas causas, sendo a função exercida por juízes e Desembargadores estaduais/federais, o que prejudica tanto a celeridade no julgamento dos casos de corrupção (como determina o artigo 97-A da Lei nº9.504/97, que fixa o prazo máximo de um ano para esse tipo de causa), quanto a eficiência, pois o rodízio e o pouco tempo em que os mesmos exercem a função (dois anos, no máximo, como regra geral) impedem a formação de um corpo especializado para o trato das peculiaridades dos processos eleitorais que se sucedem de dois em dois anos (a realidade de uma eleição municipal é bem diferente da presidencial, sendo, contudo, usada a mesma metodologia pelas Cortes para a preparação dos trabalhos).

Assim, entendo que a criação de um corpo próprio de juízes eleitorais, todos concursados, é a melhor medida para suprir essa deficiência, ou, pelo menos, um aumento no tempo da função, cujo exercício deveria ser precedido por um curso de capacitação com a exigência de provas.

---

34 Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/05/bf79e5236530a-fa495e491cc76e235d2.pdf>.

Não se pode permitir que a função eleitoral seja cobiçada apenas pela sua remuneração a mais no subsídio. É preciso se implementar um corpo especializado e vocacionado para a tutela do regime democrático. Igual providência deve ser adotada para o Ministério Público Eleitoral.

Faz-se imperioso também que se mude a pontuação no julgamento de casos envolvendo atos de corrupção, pois, hoje, tanto faz um magistrado homologar um divórcio consensual ou julgar uma ação de conduta vedada com diversos anexos e que leve, ao final, a cassação de mandatos.

Além disso, é preciso estabelecer uma modificação na composição dos Tribunais Eleitorais, uma vez que nada justifica que apenas nessa área não exista vaga do quinto constitucional para o Ministério Público, sendo as duas vagas reservadas a agentes externos da magistratura reservadas para juristas advogados. Ou compõe-se as Cortes Eleitorais só com magistrados de carreira (o que entendo mais correto), ou mantém-se a aplicação de uma vaga alternada para a advocacia e para o Ministério Público.

No tocante à imparcialidade, entendo fundamental o estabelecimento de uma quarentena para advogados que deixam de exercer a função de jurista junto aos Tribunais Eleitorais, pois, sem qualquer acusação genérica, é extremamente delicada a situação de desigualdade que se verifica entre a classe de advogados e os causídicos que, do dia para a noite, deixam de ser juízes e voltam para a prática forense no dia seguinte ao fim do seu mandato perante aquela Corte que oficiavam, com todas as facilidades de acesso criadas.

### **2.1.2. A Necessária Revisão de Algumas Posições Jurisprudenciais que Impedem a Efetividade do Sistema Anticorrupção na Área Eleitoral.**

O respeito às normas e, em última análise, o aspecto de prevenção geral das sanções decorre muito da certeza de punição antevista por todos que disputam as eleições. Um sistema cheio de flexibilizações e condicionantes quando da aplicação de punições expressamente previstas em lei contribui sobremaneira para a sensação de impunidade que reina na área eleitoral.

Candidatos mal-intencionados, cabos eleitorais audaciosos e agentes públicos que insistem em confundir o público com o privado precisam ter a plena certeza de que serão punidos quando forem descobertos os seus malfeitos. Eleições não podem mais ser vistas como um vale-tudo, em que a única vergonha que existe é a de perder, custe o que custar a “vitória” nas urnas.

Uma análise minudente das decisões do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) revela que é preciso uma revisão urgente de diversos entendimentos jurisprudenciais que flexibilizam sanções ou impedem uma efetiva disputa igualitária no pleito.

Vejamos, portanto, algumas:

#### **A) NÃO-CUMULATIVIDADE AUTOMÁTICA DAS SANÇÕES NO JULGAMENTO DOS PROCESSOS DE CONDUTAS VEDADAS:**

Diz o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) que as condutas vedadas são ilícitos cíveis de responsabilidade objetiva<sup>35</sup> ou de mera conduta, de modo praticado o comportamento proibido haverá a sua consumação<sup>36</sup>.

Ocorre que, por incrível que pareça, a mesma Corte insiste em num critério hermenêutico supostamente calcado no princípio da proporcionalidade, a partir do qual não aplica todas as sanções imperativamente traçadas pela lei<sup>37</sup> e mesmo diante da circunstância do *caput* do artigo 73 da Lei nº 9.504/97 ter dito que esses comportamentos afetam a igualdade de oportunidades.

Não se pode aceitar como válida a equivocada exigência de demonstração da “gravidade concreta” da conduta vedada praticada para a cassação dos mandatos quando a lei não o fez<sup>38</sup>, pois, assim agindo, está-se, em última

35 Vide Recurso Especial Eleitoral nº 38704, Acórdão, Relator(a) Min. Edson Fachin, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 183, Data 20/09/2019, Página 55/56.

36 “A jurisprudência do TSE é pacífica no sentido de que as condutas vedadas previstas no art. 73 da Lei nº 9.504/1997 se aperfeiçoam com a mera prática dos atos descritos na norma, independentemente da finalidade eleitoral, uma vez que constituem ilícitos de natureza objetiva.” (TSE, Recurso Especial Eleitoral nº 19581, Acórdão, Relator(a) Min. Luís Roberto Barroso, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 121, Data 27/06/2019, Página 34).

37 O §5º do artigo 73 diz que “nos casos de descumprimento do disposto nos incisos do caput e no § 10, sem prejuízo do disposto no § 4º, o candidato beneficiado, agente público ou não, ficará sujeito à cassação do registro ou do diploma.” Já o artigo 74 estabelece que “configura abuso de autoridade, para os fins do disposto no art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, a infringência do disposto no § 1º do art. 37 da Constituição Federal, ficando o responsável, se candidato, sujeito ao cancelamento do registro ou do diploma. Na mesma linha, vai o parágrafo único do artigo 75, segundo o qual “nos casos de descumprimento do disposto neste artigo, sem prejuízo da suspensão imediata da conduta, o candidato beneficiado, agente público ou não, ficará sujeito à cassação do registro ou do diploma.” Por fim, o parágrafo único do artigo 77 diz que “a inobservância do disposto neste artigo sujeita o infrator à cassação do registro ou do diploma.”

38 Nesse sentido, destaco o tradicional entendimento do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) que iguala os requisitos para a cassação de mandatos quando da prática de abuso de poder político e das condutas vedadas, *in verbis*: “MÉRITO 4. Constitui conduta vedada a entrega por prefeito - candidato à reeleição - de trator e grade aradora à associação instituída por comunidade local, nos termos do art. 73, § 10, da Lei das Eleições (LE). 5. Eventual descaracterização da doação do bem, para fins de enquadramento como cessão de uso, demandaria reexame do acervo fático-probatório, vedado pela Súmula n. 24/TSE. Ademais, não resultaria em atipicidade de conduta, porquanto passível de capitulação no art. 73, I, da LE, ficando o infrator sujeito às mesmas penas. 6. Não é exorbitante a fixação de multa em valor um pouco superior ao mínimo legal, porquanto fundamentado o acórdão regional nesse ponto. 7. A sanção de cassação do registro de candidatura, prevista no art. 73, § 5º, da LE, demanda

análise, equiparando as condições de aplicação das condutas vedadas ao abuso de poder político, esse último sim dependente da comprovação de gravidade do comportamento (vide artigo 22, XVI, da Lei Complementar nº 64/90).

Nos exatos termos da mais recente jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), “dispensam, por igual razão, a análise da potencialidade lesiva para influenciar no pleito”<sup>39</sup>, razão pela qual não se concebe como válida essa lógica hermenêutica, que desconsidera o efeito de proteção deficiente sob a igualdade de oportunidades que ocorre com decisões dessa natureza. Não pode o julgador misturar conceitos e pressupostos de institutos.

A prevalecer essa tese, toda conduta vedada que gerasse cassação de mandatos seria um abuso de poder político e, certamente, não foi essa a intenção do legislador ao criar a Lei 9.504/97, logo após a aprovação da reeleição para os cargos do Poder Executivo, quando criou hipóteses taxativas de comportamentos proibidos exatamente para garantir maior isonomia e igualdade de oportunidades entre o gestor candidato à reeleição e o candidato de oposição.

Não nos parece pertinente alegar que isso equivale a aplicação da insignificância na área cível, pois nos crimes eleitorais não se admite esse instituto<sup>40</sup>, em especial nos que digam respeito ao uso da máquina pública

---

do órgão julgador fundamentação específica sobre a insuficiência da pena de multa como reprimenda e fator de proteção aos bens jurídicos tutelados, sobremodo porque acarretará a incidência da inelegibilidade prevista no art. 1º, I, j, da Lei Complementar n. 64/90. 8. Os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade são vetores cardeais da Constituição pós-positivista de 1988, exigindo redobrada ponderação no exame qualitativo da gravidade. 9. In casu, para além da ausência de fundamentação quanto à razoabilidade da pena de cassação, é possível sublinhar, com lastro na moldura do acórdão impugnado, que: (i) o número de presentes na entrega do trator, referenciado como sendo de aproximadamente 50 (cinquenta) pessoas, é controvertido, pois retirado de depoimentos testemunhais que não guardam efetiva uniformidade nesse aspecto; (ii) o bem em questão (trator com grade aradora), seja a título de doação ou mesmo de cessão de uso, teve como destinatária pequena comunidade (Associação do Mimoso), seguramente representativa de singela fração do eleitorado; (iii) não há notícia de que o evento em tela tenha sido explorado eleitoralmente por mídia (jornais etc.), gerando massiva exposição e dividendos ao então prefeito; e (iv) os candidatos nem sequer foram reeleitos, a reforçar a diminuta repercussão, tratando-se, em verdade, de fato isolado. 10. Recurso especial parcialmente provido, exclusivamente para afastar a sanção de cassação.” (Recurso Especial Eleitoral nº 44855, Acórdão, Relator(a) Min. Tarcisio Vieira De Carvalho Neto, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 238, Data 11/12/2019, Página 6-7).

39 Vide Recurso Especial Eleitoral nº 38704, Acórdão, Relator(a) Min. Edson Fachin, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 183, Data 20/09/2019, Página 55/56.

40 Nesse sentido, alguns precedentes dos Tribunais Eleitorais do Brasil:

a) “A punição do Código Eleitoral ao crime tipificado em seu art. 299 tem o condão de proteger o equilíbrio e a lisura do pleito, bem como a liberdade de escolha do eleitor, razão pela qual o princípio da insignificância não pode ser aplicado na espécie, mormente quando tal princípio somente deve ser aplicado nos crimes contra o patrimônio em que o valor do bem tutelado é ínfimo.” (TRE/MS, (RECURSO CRIMINAL n 15219, ACÓRDÃO n 15219 de 27/06/2018, Relator(a) ELIZABETE ANACHE, Publicação: DJE - Diário da Justiça Eleitoral, Tomo 1991, Data 02/07/2018, Página 02/08);

(correlatos das condutas vedadas), principalmente após a Súmula 599 do Superior Tribunal de Justiça (STJ)<sup>41</sup>. Se não existe conduta irrelevante na seara penal, por qual motivo haverá no cível? O Judiciário não pode atuar como legislador positivo, criando ou estabelecendo condições não previstas em lei.

Por fim, é inconcebível que o mesmo Tribunal que usa a proporcionalidade para não aplicar sanções imperativas pelo texto da lei (caso das condutas vedadas) ignore tal postulado quando da aplicação cumulativa das sanções da captação ilícita de sufrágio.

Vejam a contradição da Corte em termos práticos: se um candidato der um - e somente um - bem pelo voto de um eleitor, esse comportamento vai gerar necessariamente a cassação do mandato, pois não se aplica proporcionalidade nessa hipótese<sup>42</sup>, mas se outro candidato, que seja gestor público, resolve fazer o uso promocional da distribuição de 02 (dois) bens custeados pelo erário público (artigo 73, IV, da Lei nº 9.504/97) pode não ter o mandato cassado, pois será preciso analisar, à luz da proporcionalidade, se o fato foi grave para aplicar as sanções de multa e cassação, imperativamente previstas na lei.

Para ficar mais claro: um fato menos grave (captação ilícita de sufrágio consistente no fato de um particular candidato que dar um bem privado em troca de UM voto) será punido mais rigorosamente (com a cassação do mandato sempre)<sup>43</sup> do que um fato de maior reprovabilidade jurídica e social, como ocorre quando o agente público candidato disponibiliza bens da sociedade para realizar assistencialismo e autopromoção, já que, nesse último, tudo dependerá da análise quanto à “gravidade da conduta”.

---

b) “Não se aplica o princípio da insignificância ao dano cometido contra o patrimônio público em detrimento de serviços públicos essenciais. Precedentes. O dano decorrente do crime previsto no art. 72, inciso III, da Lei nº 9.504/1997 não pode ser considerado irrelevante, em razão do prejuízo ao patrimônio público e da violação aos símbolos e serviços essenciais da Justiça Eleitoral.” (TSE, Agravo de Instrumento nº 13146, Acórdão, Relator(a) Min. Gilmar Mendes, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 149, Data 02/08/2017, Página 475-476);

c) “A divulgação de propaganda criminoso dentro da cabine de votação e ao lado da urna eletrônica não pode ser considerada insignificante, pois viola a liberdade de escolha do eleitor no momento sigiloso de confirmação do voto. Inaplicável o princípio da insignificância ao crime previsto no art. 39, § 5º, inciso III, da Lei nº 9.504/1997, porque o bem jurídico tutelado é a liberdade de exercício do voto. Precedentes.” (RESPE - Recurso Especial Eleitoral nº 6672 - CORUMBAÍBA – GO, Acórdão de 21/02/2017, Relator(a) Min. Gilmar Mendes, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Volume, Tomo 54, Data 20/03/2017, Página 96).

41 “O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a Administração Pública.”

42 “A participação ou anuência do candidato beneficiário na prática do ato de captação ilícita de sufrágio é suficiente para a aplicação das sanções previstas pelo art. 41-A da Lei nº 9.504/97. Princípio da proporcionalidade. Não aplicação à hipótese. (TSE, Recurso Especial Eleitoral nº 95246, Acórdão, Relator(a) Min. Maria Thereza de Assis Moura, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 23/10/2015, Página 74).

43 “O entendimento da Corte Regional encontra-se alinhado à jurisprudência firmada neste Tribunal de que as sanções previstas no art. 41-A da Lei nº 9.504/97 são cumulativas.” (TSE, Recurso Especial Eleitoral nº 44831, Acórdão, Relator(a) Min. Tarcísio Vieira De Carvalho Neto, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 10/08/2018, Página 83).

É, portanto, hora de mudar essa equivocada jurisprudência.

**B) INSISTÊNCIA ADMINISTRATIVA E JURISDICIONAL NA APLICAÇÃO DO NÃO RECEPCIONADO ARTIGO 236 DO CÓDIGO ELEITORAL<sup>44</sup>:**

Diz o mencionado dispositivo legal existe imunidade prisional aos eleitores desde 5 dias antes e até 48 (horas) depois do encerramento da eleição, de modo que os mesmos não podem ser presos, salvo em flagrante delito<sup>45</sup>, estendendo-se essa “garantia eleitoral” de impunidade para os candidatos, que não podem ser presos desde 15 dias antes do pleito (§1º do mesmo artigo 236).

Não se pode dizer que há compatibilidade constitucional de uma norma que proíbe a prisão preventiva/temporária de quem esteja, concretamente, praticando crimes graves com aptidão de violar a lisura e a igualdade de oportunidades no pleito eleitoral. A bem da verdade, tais disposições servem apenas como escudo protetor às diversas associações/organizações criminosas que tentam macular o processo eleitoral por meio da compra de votos, transportes de eleitores e outras práticas de corrupção que desiguam as oportunidades e impedem, muitas vezes, que o resultado das urnas seja espontâneo.

Além disso, não se pode esquecer que essa “garantia eleitoral” impede até mesmo a prisão de criminosos no dia da eleição, ainda que os mesmos estejam com mandados judiciais em aberto, mostrando como se trata de uma cláusula que não tem como subsistir diante da necessidade de acautelamento social quanto à pessoas com periculosidade judicialmente reconhecida.

- 44 Art. 236. Nenhuma autoridade poderá, desde 5 (cinco) dias antes e até 48 (quarenta e oito) horas depois do encerramento da eleição, prender ou deter qualquer eleitor, salvo em flagrante delito ou em virtude de sentença criminal condenatória por crime inafiançável, ou, ainda, por desrespeito a salvo-conduto. § 1º Os membros das mesas receptoras e os fiscais de partido, durante o exercício de suas funções, não poderão ser detidos ou presos, salvo o caso de flagrante delito; da mesma garantia gozarão os candidatos desde 15 (quinze) dias antes da eleição § 2º Ocorrendo qualquer prisão o preso será imediatamente conduzido à presença do juiz competente que, se verificar a ilegalidade da detenção, a relaxará e promoverá a responsabilidade do coator.
- 45 A ressalva feita para os casos de sentença condenatória irrecurável por crime inafiançável não se aplica de cara à luz do decidido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) nas ADC's nº43, 44 e 54, como se vê do seguinte julgado após as decisões citadas em sede de controle concentrado: “I – A execução antecipada da pena, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, viola a garantia constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF/1988) II – O art. 283 do CPP foi declarado constitucional pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADCs 43, 44 e 54, de relatoria do Ministro Marco Aurélio. III – A decretação de prisão antes do trânsito em julgado somente se justifica na modalidade cautelar, quando preenchidos os requisitos do art. 312 do CPP IV – O réu que respondeu ao processo em liberdade e que não teve prisão preventiva decretada em seu desfavor, deve iniciar a execução da pena após o trânsito em julgado da condenação. V – Agravo regimental a que se nega provimento.” (HC 157985 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 06/12/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-282 DIVULG 17-12-2019 PUBLIC 18-12-2019).

Certamente, uma situação dessa não guarda compatibilidade constitucional, na medida em que o Estado ficaria impedido de cumprir com o seu dever de fornecer segurança à sociedade (que é sua obrigação inescusável à luz do artigo 144 do Texto Supremo) e efetivar a cláusula de tutela jurisdicional tempestiva e efetiva no tocante à lisura eleitoral, que é outro bem constitucionalmente tutelado (vide artigo 14, §§9º e 10).

Não fosse isso suficiente, parece-me que a Lei Anticrime (Lei nº 13.964/2019) veio por fim a questão, na medida em que o teor da nova redação dos artigos 311, 312 e 316 do Código de Processo Penal exige, para a decretação da prisão preventiva, além dos tradicionais requisitos de indícios de autoria e materialidade, a demonstração concreta do perigo gerado pela liberdade do imputado e o dever de reavaliação da segregação a cada 90 (noventa) dias.

Assim, se alguém, por exemplo, integra organização/associação criminosa e continua praticando crimes, havendo prova dessa circunstância, a prisão preventiva é medida de direito e justiça, pois não haverá outra forma de cessar a reiteração criminosa, ainda mais se estivermos diante de práticas de crimes eleitorais ou com finalidade de influenciar o processo democrático, pois o dia da eleição é o marco temporal que se procura tutelar e estará sob risco concreto com a liberdade dos investigados que estejam agindo para viciar a lisura eleitoral. Igual interpretação deve ser dada para o caso daqueles agentes que, sem integrar associação/organização criminosa, estejam praticando concurso de crimes voltados a macular o processo eleitoral, desde que o somatório das penas abstratamente considerada comporte a medida.

Nunca é demais lembrar que inexistente direito adquirido à prática de crimes ou a compra de mandatos: é preciso coragem e determinação das autoridades para fazer valer os mandatos constitucionais anticorrupção, pois os corruptores eleitorais a tem em excesso no sentido de torná-los mera letra de papel!

Não obstante isso, a cada eleição, verifica-se uma aplicação automatizada desse dispositivo nos planos administrativo e jurisdicional, que, ainda involuntariamente, serve de estímulo à prática de crimes no período mais sensível do pleito. Exemplo disso está na Resolução TSE nº 23.606/2019, que incluiu essa “garantia eleitoral” no calendário oficial do ano eleitoral.

Sobre a não-recepção do artigo 236, destaco que se trata de tema consolidado na doutrina eleitoral, sobre o qual já discorremos em outra assentada, nos seguintes termos<sup>46</sup>:

“Assim sendo e diante dos maléficos efeitos práticos que uma aplicação estritamente literal dessas disposições legais pode levar, em especial para a lisura do processo eleitoral (bem constitucionalmente tutelado pelo artigo

---

46 Para uma análise dos crimes eleitorais, conexos e seus aspectos processuais, recomendamos a leitura da seguinte obra: PINHEIRO, Igor Pereira; OLIVEIRA LIMA, Antônio Edilberto. Crimes Eleitorais e Conexos: Aspectos Materiais e Processuais. Leme/SP: JH Mizuno, 3ª edição, 2020.

14, §9 do Texto Supremo), é imperioso que se realize um estudo sobre a compatibilidade ou não dos referidos dispositivos à luz da Constituição Federal, cuja conclusão final irremediavelmente é no sentido negativo.

Vejamos, pois, os fundamentos para tanto.

A primeira situação que merece atenção diz respeito à desatualização do contexto jurídico, político e social que rodeou a aprovação da imunidade eleitoral sob análise e a respectiva criminalização do seu desrespeito.

Sabe-se que o elemento histórico é um dos vetores que devem ser levados em consideração na hermenêutica de qualquer norma jurídica, uma vez que permitem verificar a manutenção ou não das razões que impulsionaram a sua edição<sup>47</sup>.

Ora bem, o Código Eleitoral data de 1965, período marcado pelos abusos inerentes à ditadura militar e ao fenômeno da política do “coronelismo”, na qual poucas figuras detinham o poder político e econômico, exercendo, através de capangas ou da própria polícia, o poder de pressão e coação sobre os eleitores. Dentre as medidas comuns para esse desiderato criminoso estava exatamente o uso da influência dos “coronéis” para prender opositores políticos ou mesmo os que se mostravam simpatizantes aos formadores de opinião que iam de encontro à “sua cartilha”.

Esse foi o cenário que legitimou e justificou a aprovação dos artigos 236 e 298, do Código Eleitoral. De cara, percebe-se que o contexto atual não é mais esse, tendo em vista que, a despeito dos “neocoronéis”, não há mais em nosso Brasil, salvo raríssimas exceções, a possibilidade de se prender alguém simplesmente por influência política, tendo em vista as profundas transformações sociais, políticas e jurídicas ocorridas nesses mais de 50 anos. E a principal foi a Constituição Federal de 1988, que criou a Instituição do Ministério Público com uma envergadura funcional sem precedentes, responsável que é pela ordem jurídica como um todo e pelo controle externo da atividade policial, que igualmente, a despeito de não possuir a independência e autonomias ministeriais, age com a mais absoluta isenção e imparcialidade na condução da nobre função investigatória.

Essa, portanto, é a primeira razão jurídica da insubsistência de validade das normas ora analisadas. Aliás, insta esclarecer que já há projeto de lei<sup>48</sup> que

47 “Nestes termos, as circunstâncias jurídicas, políticas, sociais, culturais e económicas que rodearam a gênese de uma norma constitucional, e que poderão ter influído no seu ‘processo de fabrico’, devem ser recriadas ou reconstituídas pelo intérprete, já que tal permite clarificar a vontade do legislador e contribuir para a identificação dos fins da referida norma interpretação teleológica). Embora diversas sensibilidades do objetivismo desvalorizem o padrão histórico-circunstancial, preferindo ater-se ao sentido que deflui da norma, no momento em que esta é interpretada e aplicada, o facto é que a Justiça Constitucional confere, não poucas vezes relevo à ‘ocasio legis’ em sede de interpretação evolutiva e em sede de aplicação do princípio da proteção da confiança.” (DE MORAIS, Carlos Blanco. Curso de Direito Constitucional, Tomo II, Volume 2, Coimbra Editora, 2014, p.646).

48 Trata-se do PL nº 7.573/2006, de autoria do Deputado Fernando de Fabinho, que assim dispõe: “PROJETO DE LEI Nº 7.573/2006 Revoga o art. 236 do Código Eleitoral. O Congresso Nacional decreta: Art. 1º Esta lei revoga o art. 236 da Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965, que institui o Código

visa a revogação do artigo 236 do Código Eleitoral, exatamente pela sua desatualização<sup>49</sup>.

Não bastasse isso, o estudo detido dos dispositivos em referência à luz dos valores e princípios decorrentes do Texto Constitucional de 1988 levam à inevitável conclusão de que os mesmos não foram recepcionados pela nova ordem jurídica nacional. E os fundamentos são diversos. Vejamos.

Inicialmente, deve-se destacar que a lisura do processo eleitoral constitui bem juridicamente tutelado pela Constituição Federal (vide artigo 14, §9º), de modo que toda e qualquer norma que tenha o condão de enfraquecer ou de proteger de maneira deficiente esse caro valor, que busca viabilizar a concretização do princípio democrático, o pleno e livre gozo dos direitos políticos, deve ser considerado contrário à ordem jurídica nacional.

É o que sucede no presente caso, pois não há razão constitucionalmente justificante para que pessoas que estejam praticando delitos de toda a ordem com vistas a subverter a legitimidade do processo eleitoral, merecendo destaque aqui para os corruptores eleitorais, operadores de “caixa 2” e àqueles que usam a máquina pública para seus propósitos eleitoreiros escusos, fiquem imunes ao decreto prisional, quando este se mostrar concretamente necessário e devidamente fundamentado pela autoridade judiciária competente. Pensar diferente é, a um só tempo, permitir a proteção deficiente<sup>50</sup> da lisura eleitoral (em uma clara violação ao princípio da proporcionalidade, especificamente na diretriz da proibição do excesso), bem como estimular a impunidade e a corrupção, o que vai de encontro com a diretriz constitucional brasileira.

Aliás, ousaríamos mais: na verdade, em casos desse jaez (prática de atos de corrupção eleitoral em larga escala e de maneira continuada), o único

---

Eleitoral, de maneira a relativizar o princípio do direito de voto diante do princípio da segurança da sociedade, permitindo em todo o território nacional a prisão dos cidadãos, mesmo no período compreendido entre os cinco dias que antecedem e as quarenta e oito horas que se sucedem à eleição. Art. 2º Revogue-se o art. 236 da Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965. Art. 3º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.”

49 (...) sopesando o direito de voto e o direito de segurança da sociedade contra os indivíduos que atentam contra os valores que lhe são caros, o legislador preferiu o primeiro, estabelecendo algumas exceções. No entanto, passadas mais de quatro décadas da entrada em vigor da norma e vivendo nós hoje em um mundo muito mais violento, penso que não mais se justifica tal garantia eleitoral. O livre exercício do sufrágio há de ser garantido de outra forma, mas não mais dando um salvo-conduto de uma semana a inúmeros criminosos, para que circulem tranquilamente no período das eleições.

50 “Há, porém, um outro lado da proteção que, em vez de salientar o excesso, releva a proibição por defeito (Untermassverbot). Existe um defeito de proteção quando as entidades sobre quem recai um dever de proteção (Schutzpflicht) adoptam medidas insuficientes para garantir uma proteção constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais. Podemos formular esta ideia usando uma formulação positiva: o estado deve adoptar medidas suficientes, de natureza normativa ou de natureza material, conducente a uma proteção adequada e suficiente dos direitos fundamentais. A verificação de uma insuficiência de juridicidade estatal deverá atender à natureza das posições jurídicas ameaçadas e à intensidade do perigo de lesão de direitos fundamentais.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7ª edição., Almedina, 2003, p.273).

meio apto a garantir efetivamente a lisura do pleito é a prisão cautelar dos corruptores, posto que sua conduta delitiva, se não obstada o quanto antes, poderá trazer o resultado ilícito que se procura evitar na Constituição: uma eleição marcada pelo abuso de poder! À medida que se aproxima o pleito, ao contrário do que propugnam as normas ora sob análise, há um exponencial aumento do *periculum libertatis* dos corruptores, sendo necessária a sua retirada do meio social. É importante consignar que já existem diversos precedentes jurisprudenciais do Tribunal Superior Eleitoral (TSE):

- Havendo mandado de prisão, com base em processo regular, deve ele ser cumprido a qualquer tempo, contra indivíduos que estão sujeitos à prisão preventiva, mesmo sendo eleitores. (CONSULTA nº 2428, Resolução nº 3858 de 19/09/1950, Relator(a) Min. ARMANDO SAMPAIO COSTA, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 19/06/1952 );

- (...) Os requeridos, utilizando recursos públicos e outros de origem não identificada, praticaram vários crimes, prometendo e distribuindo dinheiro e diversos bens em troca de votos. Ora, não se pode desconsiderar que esses atos foram praticados durante o período eleitoral. É preciso, pois, punir com rigor aqueles que pretendem ofender o sistema democrático, tencionando influenciar, na livre vontade do eleitor e, em consequência, comprometer a legitimidade do sufrágio. (...) Ademais, a garantia da ordem pública não é de ser entendida somente como medida abortiva de novos crimes que porventura possam os agentes praticarem mas também como elemento tranquilizador da sociedade, onde um crime de proporções sérias reverbera mais intensamente, preservando, da mesma forma, a credibilidade da Justiça, confiando-se ao Juiz do processo o cotejo destes questões, que é quem melhor pode sopesá-las. Em suma, as imputações que pesam contra os requeridos são gravíssimas e, por terem sido praticadas durante o período eleitoral, coloca os delitos, sob uma lente de aumento, pois as provas documentais e os conteúdos neles inseridos demonstram que os atos praticados visavam, claramente, a captação do voto dos eleitores. Outrossim, ao atingir a população mais carente, os requeridos atentaram contra a própria dignidade da pessoa humana, na medida em que a doação ou promessa de doação de bens e serviços tais como os já demonstrados, gera um processo alienante e de dependência, excluindo as camadas menos favorecidas da sociedade do real conceito de cidadãos, conforme a fundamentação feita em brilhante voto do Excelentíssimo Membro desta Corte Juiz Federal Antônio Francisco do Nascimento, quando de sua passagem por esta Corte, com a propriedade que lhe é peculiar (Ac. TRE nº. 930/2006 de 14.12.2006). Lamentavelmente, ao contrário da campanha empreendida pelo Eg. Tribunal Superior Eleitoral na mídia nacional de que “o voto não tem preço, tem consequências”, verifica-se no presente caso que um voto pode valer dinheiro e diversos outros bens como material de construção, telhas e outros. (HC - Habeas Corpus nº 666 - tapauá/AM, Decisão Monocrática de 19/11/2009, Relator(a) Min. ARNALDO VERSIANI LEITE SOARES , Publicação:DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 24/11/2009, Página 14-17).

Ainda na seara constitucional, deve-se destacar que o Texto Supremo, ao dispor no artigo 5º, LXI, que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”, não excepcionou as prisões em período eleitoral, o que nos leva a concluir que a esdrúxula imunidade formal prisional prevista no art. 236 e a respectiva criminalização do artigo 298 do Código Eleitoral não foram recepcionadas pela Constituição Federal de 1988, porque o ordenamento jurídico máximo, ao permitir alguns tipos de prisões, textualmente, excepcionou algumas situações e em nenhum momento se referiu às prisões em período eleitoral. É ilação plenamente lógica que, se a prisão estiver em consonância com a Constituição Federal, poderá ser executada, mesmo em época de eleição, não sendo juridicamente possível ser suscitada a sua ilegalidade. Seria uma grande excrescência jurídica uma prisão preventiva, leia-se: “*uma ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente*”, não poder ser executada porque a legislação infraconstitucional não permite algo que é autorizado pela Constituição Federal<sup>51</sup>.

Não bastasse tudo isso, é de se ter em conta que a temática das prisões foi objeto de tratamento legislativo específico após a Constituição de 1988, qual seja: a Lei Federal nº 12.403/11, que, alterando o artigo 283 do Código de Processo Penal, passou a estabelecer a nova diretriz legal do assunto, estipulando que “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”. Ora, diante disso, entendemos também que, se não for pelo fundamento da não-recepção, o artigo 236 do Código Eleitoral não tem mais vigência, pois foi revogado tacitamente pela nova disposição legislativa processual penal (vide artigo 2º, § 1º, da LINDB).

51 No mesmo sentido: “Seria um verdadeiro acinte à Justiça e a tradução da mais pura impunidade, por exemplo, o comparecimento de um homicida, com prisão preventiva decretada, cujo mandado ainda não fora cumprido, à seção eleitoral, o regular exercício do direito de voto e, depois de quarenta e oito horas, o retorno do criminoso à clandestinidade. A interpretação meramente gramatical do artigo 236 do Código Eleitoral pode levar a tal disparate, enquanto que a interpretação teleológica ou sistemática conduz a outra conclusão. O escorrito transcorrer do processo eleitoral, que deve ser marcado pela lisura, tranquilidade, ordem, pluralidade e liberdade no exercício da escolha dos representantes do povo, justifica, em caráter excepcional, enquanto não existe legislação própria regulamentando a matéria, que aqueles que tenham contra si mandado de prisão em aberto, sejam aliados do processo de votação. Não se trata de discriminação, mas de escolha, – no processo de ponderação envolvendo o direito-dever do voto do sentenciado e o interesse público em ver restabelecida a ordem e aplicada a lei em desfavor de seus detratores –, da segunda opção, que atende o espírito próprio de um Estado de Direito”. (DA PONTE, Antônio Carlos. “Prisão e Período Eleitoral”, [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Eleitoral/Doutrina\\_Eleitoral/DOUTRINA%20-%20PONTE.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Eleitoral/Doutrina_Eleitoral/DOUTRINA%20-%20PONTE.pdf)).

Assim, à luz do exposto, podemos dizer que será plenamente constitucional a efetivação de 06 (seis) tipos diferentes de prisões durante todo o processo eleitoral<sup>52</sup>: a) Prisão em flagrante, cuja manutenção fica condicionada à decreto judicial de conversão, conforme preconiza o artigo 7º, §4º e §6º, da Resolução TSE nº23.396/13; b) Prisão preventiva autônoma, que deve se submeter aos requisitos dos artigos 311 a 314, do Código de Processo Penal; c) Prisão oriunda de sentença criminal condenatória transitada em julgado, independente do crime ser ou não inafiançável; d) Prisão oriunda de sentença criminal condenatória proferida por órgão colegiado e não transitada em julgado, à luz do decidido pelo Supremo Tribunal Federal no HC n. 126.292/SP, da relatoria de Teori Zavascki<sup>53</sup>; e) Prisão originária da decisão de pronúncia, desde que presentes os requisitos da prisão preventiva; f) Prisão temporária, quando verificável no caso concreto a ocorrência do delito de associação criminosa – antiga formação de quadrilha (vide artigo 288, do Código Penal) em concurso com o crime de corrupção eleitoral (artigo 299, do Código Eleitoral). É importante destacar que a análise acima realizada encontra eco em considerável segmento da doutrina eleitoral, como nas abalizadas manifestações de Luiz Carlos Gonçalves dos Santos<sup>54</sup>, Francisco Dirceu Barros<sup>55</sup> e Antônio Carlos da Ponte<sup>56</sup>. Assim sendo, reputo não-recepcionado o presente dispositivo penal eleitoral!”

52 “...na literalidade da lei, o candidato não poderá ser preso em razão de decreto de prisão preventiva, ou temporária, ou mesmo por força de sentença condenatória criminal transitada em julgado, pois que a regra é o impedimento à prisão e a exceção é o estado de flagrância tão-somente. Não é possível levar o dispositivo a tal consequência. É evidente que aquele que tem contra si sentença penal condenatória transitada em julgado não só poderá como deverá ser preso, inclusive naqueles 15 dias que antecedem a eleição. Argumenta-se que a prisão do candidato, com toda a repercussão negativa que a medida alcança, prejudica seu desempenho nas urnas, podendo levá-lo a perder a disputa. E é verdade. Entretanto, tratando-se de prisão por sentença condenatória transitada em julgado, não há argumento que possa superar a necessidade de executar-se imediatamente o julgado criminal, até porque acima dos interesses do candidato está a pretensão executória estatal. Ademais, com a prisão do candidato, os eleitores recebem em relação a ele mais uma informação importante, qual seja, a existência de condenação criminal definitiva, que deve ser levada em consideração no momento da escolha. De resto, é bom lembrar que a providência (prisão) não trará qualquer prejuízo concreto para a candidatura, porque o candidato estará inelegível no dia das eleições, pois suspensos os seus direitos políticos (art. 15, III, da CF). De qualquer forma, então, ainda que fosse eleito, teria o seu diploma cassado, em sede de recurso contra a expedição de diploma, exatamente em razão da inelegibilidade superveniente ao registro” (CASTRO. Édson de Rezende. Teoria do Direito Eleitoral. 2 ed. Belo Horizonte : Mandamentos Editora, 2004, págs. 311 e 312).

53 Conferir o seguinte julgado da Suprema Corte: “O Plenário, no julgamento do HC n. 126.292/SP, relatoria de Teori Zavascki, firmou entendimento de ser possível o início da execução da pena na pendência de recurso extraordinário ou especial. Isso porque, no plano legislativo, o art. 637 do CPP afirma que os recursos extraordinários não têm efeito suspensivo.” (HC 125708 AgR-segundo, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 17/05/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-114 DIVULG 03-06-2016 PUBLIC 06-06-2016).

54 Op. cit., págs.42 e 43.

55 Op. cit., p.303.

56 DA PONTE, Antônio Carlos. Crimes Eleitorais. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016, págs.143 a 146.

**C) INTERPRETAÇÃO LITERAL DA CONDUTA VEDADA PREVISTA NO ARTIGO 73, III, DA LEI Nº9504/97:**

De acordo com o dispositivo mencionado, é proibido “ceder servidor público ou empregado da administração direta ou indireta federal, estadual ou municipal do Poder Executivo, ou usar de seus serviços, para comitês de campanha eleitoral de candidato, partido político ou coligação, durante o horário de expediente normal, salvo se o servidor ou empregado estiver licenciado.”

O grande problema nesse tocante diz respeito ao fato da jurisprudência ainda majoritária do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) dizer que “a referida proibição alcança somente os servidores do Poder Executivo e não os do Legislativo (cf. o AgR-REspe nº 137472/RS, rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 1º.3.2016)”, o que gera uma inexplicável situação de permissividade com o imoral uso de servidores dos demais Poderes, para fins eleitorais e em horário de expediente.

A aplicação literal desse dispositivo é inconstitucional, de modo que se deve ter como vedado o uso de qualquer servidor público em atos político-partidários realizados no horário de expediente, sob pena de uma proteção deficiente à moralidade administrativa e à igualdade de oportunidades, que é o bem jurídico tutelado pelo instituto das condutas vedadas.

Ressalto que o Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo (TRE/SP) já segue essa linha há bastante tempo<sup>57</sup>.

Portanto, é preciso que os juízes façam uma interpretação conforme à Constituição desse dispositivo e não se contentem com o dogma automático de que as condutas vedadas devem ser analisadas restritivamente<sup>58</sup>: de fato,

57 “A VEDAÇÃO LEGAL ESTABELECIDA NO ART. 73, INC. III, DA LEI DAS ELEIÇÕES NÃO SE RESTRINGE AOS SERVIÇOS PRESTADOS POR FUNCIONÁRIOS DO PODER EXECUTIVO, MAS SE ESTENDE AOS SERVIDORES DO PODER LEGISLATIVO E DO JUDICIÁRIO. 4. IN CASU, O DIRETOR GERAL DA CÂMARA MUNICIPAL EXERCIU, SIMULTANEAMENTE, A FUNÇÃO DE REPRESENTANTE DE COLIGAÇÃO, PARTICIPANDO DE INÚMEROS ATOS, DURANTE O HORÁRIO DE EXPEDIENTE, EM FAVOR DA CAMPANHA DOS DEMAIS REPRESENTADOS E DA PRÓPRIA COLIGAÇÃO. CONFIGURAÇÃO DA CONDUTA VEDADA PREVISTA NO ART. 73, INC. III, DA LEI DAS ELEIÇÕES. 5. MOSTRA-SE PROPORCIONAL A SANÇÃO IMPOSTA, VEZ QUE COMPATÍVEL COM A GRAVIDADE DA CONDUTA LESIVA PRATICADA, NÃO ATRAINDO A SANÇÃO DE CASSAÇÃO DE REGISTRO OU DE DIPLOMA. 6. NEGA-SE PROVIMENTO AOS RECURSOS, MANTENDO-SE A SENTENÇA QUE JULGOU PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO, IMPONDO PENA DE MULTA AOS REPRESENTADOS.” (TRE/SP, RECURSO nº 65589, Acórdão de 16.05.2013, Relator(a) ANTONIO CARLOS MATHIAS COLTRO, Publicação: DJESP – Diário da Justiça Eletrônico do TRE-SP, Data 23.05.2013).

58 Diz o Tribunal Superior Eleitoral (TSE): ELEIÇÕES 2014. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. REPRESENTAÇÃO. ABUSO DO PODER POLÍTICO. GOVERNADOR. VICE-GOVERNADOR. CONDUTA VEDADA. SERVIDOR PÚBLICO. PODER LEGISLATIVO. CESSÃO. PREVISÃO LEGAL. AUSÊNCIA. RESTRIÇÃO DE DIREITOS. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. IMPOSSIBILIDADE. DESPROVIMENTO. 1. A vedação contida no art. 73, III, da Lei nº 9.504/97 é direcionada aos servidores do Poder Executivo, não se estendendo aos servidores dos demais poderes, em especial do Poder Legislativo, por se tratar de norma restritiva de direitos, a qual demanda, portanto, interpretação estrita. 2. Nas condutas vedadas previstas nos arts. 73 a 78 da Lei das Eleições imperam os princípios da tipicidade e da legalidade estrita, devendo a conduta

essa deve ser a regra quando não houver violação à Constituição Federal ou impedir a tutela da lisura eleitoral, bem jurídico que a Bíblia Política resguarda e que as condutas vedadas igualmente buscam tutelar.

**D) A EQUIVOCADA RESTRIÇÃO DO PODER DE POLÍCIA DOS JUÍZES ELEITORAIS AOS ILÍCITOS ELEITORAIS ALUSIVOS À PROPAGANDA ELEITORAL:**

O artigo 35, XVII, do Código Eleitoral diz competir aos juízes eleitorais tomar todas as providências ao seu alcance para evitar os atos viciosos das eleições. Sem dúvidas, é no período pré-eleitoral que se verificam boa parte das condutas vedadas e dos abusos de poder, devendo a Justiça Eleitoral, quando provocada, ordenar a cessação de tais condutas, bem como expedir ordens judiciais probatórias necessárias para a descoberta da verdade, permitindo, a um só tempo, a manutenção do equilíbrio, igualdade de oportunidades e punição dos responsáveis, sob pena de estar assinando um atestado de negativa de jurisdição<sup>59</sup>.

Ainda quanto ao poder de polícia, entendo não ser possível o magistrado agir de ofício, sob pena de violação ao princípio acusatório e à sua própria imparcialidade. Por mais bem intencionado que seja a iniciativa do juiz ao fazer cessar um ato tido por ele, naquele momento como aparentemente ilícito, essa postura pode até mesmo atrapalhar eventual postura investigativa do Ministério Público ou de outro legitimado ativo para a ação eleitoral cabível no caso concreto, que poderia requerer junto com o pedido de cessação uma medida probatória que possibilitaria mais efetividade na apuração das responsabilidades. Além disso, com a aprovação da Lei Anticrime (Lei nº 13.964/2019), ainda que tenha havido a suspensão cautelar do dispositivo que estabelecia a adoção do princípio acusatório no Brasil, parece-me claro que a tendência legislativa é nesse sentido.

Assim, tomando conhecimento de algum fato supostamente ilícito (por meio de certidão do oficial de diligência ou mesmo por petição/denúncia), deve o magistrado remeter os elementos ao Ministério Público Eleitoral para que o mesmo postule o que entender de direito.

---

corresponder exatamente ao tipo previsto na lei (REspe nº 626-30/DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 4.2.2016). 3. Agravo regimental desprovido. (Recurso Especial Eleitoral nº 119653, Acórdão, Relator(a) Min. Luciana Lóssio, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 12/09/2016, Página 31).

- 59 No mesmo sentido do que defendemos, citamos: “A extensão do poder de polícia para além da propaganda eleitoral é uma decorrência lógica do próprio controle jurisdicional das eleições, substanciado em uma multiplicidade de atribuições afetas à Justiça Eleitoral (atividade administrativa, normativa, consultiva e judicial). Portanto, tendo conhecimento de atos ilícitos – quaisquer que sejam – a autoridade judicial pode determinar de ofício todas as medidas necessárias para sustar as irregularidades apontadas.” (ZILIO, Rodrigo López & GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. Comentários às Súmulas do TSE. São Paulo: JusPodivm, 2017, p.99).

### **E) A ULTRAPASSADA VEDAÇÃO À CELEBRAÇÃO DOS TERMOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA NA SEARA ELEITORAL:**

A Lei nº13.964/2019 procurou concretizar o princípio da consensualidade punitiva de uma vez por todas no Direito Brasileiro, dando fim a contradições presentes no sistema anticorrupção, que mais atrapalhavam do que contribuíam para a sua efetividade.

Não há mais razão de ser na proibição de acordos na área eleitoral pela alegação do bem jurídico tutelado ou da natureza indisponível das normas quando o sistema penal adota expressa e progressivamente o princípio da consensualidade, inclusive para delitos de máxima gravidade, como é o caso das colaborações premiadas.

Merece destaque também que essa linha de pensamento poderá permitir que a Justiça Eleitoral se preocupe menos com situações sem gravidade concreta para o pleito (como, por exemplo, propaganda eleitoral sem o CNPJ) e dedique sua força de trabalho, que já é reduzida, para as questões sensíveis da lisura e higidez do processo eleitoral.

Pois bem, dito isso, é tradicional – e bem antigo, diga-se de passagem, - o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) quanto à impossibilidade de uso do termo de ajustamento de conduta na área eleitoral<sup>60</sup>.

Sobre o assunto, também merece destaque o voto da Ministra Cármen Lúcia no REspe nº28.478 (DJE 5.5.2011), no qual Sua Excelência consignou que “a competência da Justiça Eleitoral está prevista na Constituição da República e no Código Eleitoral. Nela não se insere processar e julgar representação por descumprimento de compromisso de ajustamento de conduta. Também não há na Resolução n. 21.610/2004 do Tribunal Superior Eleitoral ou no Código Eleitoral previsão de sanção para a infração aos dispositivos mencionados. (...) Aliás, a multa por infração à legislação eleitoral não pode decorrer unicamente do poder de polícia, mas deve resultar do regular processamento judicial de representação com a observância do devido processo legal.”

A leitura desses julgados merece atenção e detida reflexão, pois baseiam-se em premissas válidas à época em que proferidos, mas que não subsistem na ordem jurídica contemporânea. Vejamos:

---

60 O último julgado sobre o assunto (de 2014) foi da relatoria do então Ministro, Professor, Advogado e Amigo Henrique Neves, cuja ementa diz: Representação eleitoral. Descumprimento de termo de ajustamento de conduta. 1. A realização de termos de ajustamento de conduta previstos no art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/85 não é admitida para regular atos e comportamentos durante a campanha eleitoral, consoante dispõe o art. 105-A da Lei nº 9.504/97. 2. A regulamentação da propaganda eleitoral não pode ser realizada por meio de ajuste de comportamento realizado por partidos, coligações ou candidatos, ainda que na presença do Ministério Público e do Juiz Eleitoral, nos quais sejam estipuladas sanções diferentes daquelas previstas na legislação eleitoral. 3. A pretensão de impor sanção que não tenha previsão legal e cuja destinação não respeite a prevista na legislação vigente é juridicamente impossível. Recurso especial parcialmente provido para extinguir, sem julgamento do mérito, a representação, desprovido o pedido de reconhecimento de litigância de má-fé. (Recurso Especial Eleitoral nº 32231, Acórdão de 08/05/2014, Relator(a) Min. HENRIQUE NEVES DA SILVA, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 100, Data 30/05/2014, Página 60).

Em primeiro lugar, naquele período, havia o entendimento doutrinário amplamente majoritário no sentido de que a indisponibilidade dos bens jurídicos impedia qualquer espécie de negociação. Essa visão, porém, não mais persiste, haja vista que o sistema jurídico brasileiro incorporou diversos mecanismos de negociação em objetos tradicionalmente indisponíveis, como é o caso da colaboração premiada (o mais emblemático de todos), do acordo de leniência e, agora com a lei anticrime, com os acordos de não persecução (cível e criminal), que atingem os atos de improbidade administrativa, que possuem correlação direta com diversos ilícitos eleitorais. Daqui para frente, ou nega-se a aplicação de todos esses institutos na área eleitoral, ou, por questão de coerência, deve-se abrir o horizonte e permitir a implementação da cultura do consenso na área eleitoral, quando cabível, é claro (trataremos das hipóteses de cabimento mais a frente). Se antes desses marcos legislativos já havia entendimento de boa parte da doutrina<sup>61</sup> nesse sentido, não se pode olvidar também da concretização do princípio da consensualidade pelo Novo Código de Processo Civil, que deve ser aplicado supletivamente ao processo eleitoral<sup>63</sup>, cujo artigo 3º, §3º, diz que “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos

- 61 “Em consonância com o tema, a nova lei não vedou a formulação do chamado Termo de Ajustamento de Conduta, previsto no artigo 5º, §6º, da Lei nº7.347/1985. A menção referente a não aplicação dos procedimentos da Lei de Ação Civil Pública em matéria eleitoral significa que não podem valer as regras da própria lei quanto ao rito processual, legitimados ativos e passivos, formação de litisconsórcio, efeitos da coisa julgada e temas ligados aos atos sucessivos e contínuos da lei da ação civil pública. O termo de ajustamento de conduta é um instrumento de real valia e de proteção de norma fundamental democrática que previne lides e deve ser estimulado e usado em matéria eleitoral, por exemplo, para que os Promotores Eleitorais junto com os partidos políticos nas comarcas do interior possam firmar um compromisso de aplicar os recursos do fundo partidário na educação política escolar; e ainda para que nas campanhas eleitorais se evite a poluição sonora e o lixo urbano produzido por cartazes e panfletos jogados na via pública e que atingem questões ambientais. Os TACs têm previsão em outras normas legais como, por exemplo, na Lei nº8.069/1990, art.211 (ECA), CLT, art. 627-A e Lei nº9.605/1998 (Lei Ambiental), art.79-A, não sendo a intenção do legislador proibi-los, pois, se assim o fosse, teria expressamente feito menção à vedação da celebração desses acordos. Como se nota, a Lei da Ação Civil Pública não é a única que trata do compromisso de ajustamento de condutas. Os termos de ajustamento de conduta não se configuram como procedimentos, nem tampouco procedimentos específicos da lei de ação civil pública, pois independentemente da posição doutrinária quanto à sua natureza jurídica (para alguns, transação, para outros, reconhecimento jurídico do pedido etc), o que se pode verificar de plano, é que o TAC é um ato único, e não um procedimento, já que não se desenvolve em um rito a objetivar uma decisão final. Por ele se tem um acordo de vontades. É salutar que o acordo celebrado possa somar esforços para melhorar o aperfeiçoamento das eleições em determinadas cidades e locais, especialmente em função de aspectos ambientais. Por exemplo, o lixo eleitoral.” (RAMAYANA, Marcos. Direito Eleitoral. 15ª Edição, Editora Impetus, 2016, págs.231-232).
- 62 “(...) Apesar disso, afigura-se inadequada a absoluta vedação da autocomposição nos domínios eleitorais, como parece pretender o citado artigo 6 da Resolução TSE n.23.478/2016. Há situações que reclamarão o emprego de técnicas de autocomposição, ainda que extrajudiciais.” (GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral. GEN, 14 ed. 2018, p.724).
- 63 Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”, sem fazer qualquer tipo de ressalva<sup>64</sup>. Nesse sentido, cumpre ainda destacar, no que diz respeito ao Ministério Público Eleitoral, que o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) instituiu a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição (vide Resolução nº 118/14), o que não pode ser ignorado pelo ramo eleitoral, que tutela nítido interesse coletivo.

Em segundo lugar, percebe-se a invocação do artigo 105-A, da Lei nº 9.504/97 para proibir os termos de ajustamento de conduta perante a Justiça Eleitoral, que, igualmente, já era objeto de dúvidas quanto à sua constitucionalidade<sup>65</sup>. Mais uma vez, é preciso alertar que a aplicação desse artigo vem sendo mitigada, desde 2015, pelo próprio Tribunal Superior Eleitoral (TSE) no que diz respeito ao uso do inquérito civil público para apurar ilícitos eleitorais<sup>66</sup>, já havendo votos proferidos acatando a tese da inconstitucionalidade de tal vedação<sup>67</sup>. Ora, se o mecanismo investigativo no qual se coletam elementos

- 64 “Entendo que a transação é plenamente admissível no processo coletivo, devendo até mesmo ser incentivada, como ocorre atualmente na tutela dos direitos individuais. Naturalmente, não se está afirmando que o direito coletivo lato sensu possa ser parcialmente objeto de renúncia para que, com sacrifícios recíprocos das partes envolvidas, se chegue à solução do conflito de interesses. O raciocínio simples dos conflitos individuais de que para a transação cada uma das partes renuncia parcialmente a sua pretensão e resistência é inaplicável à tutela coletiva. E isso porque não cabe nessa tutela a renúncia do direito, nem mesmo parcialmente. Na tutela coletiva a transação não tem como objeto o direito material, mas sim as formas de exercício desse direito, tais como os modos e momentos de cumprimento da obrigação.” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Processo Coletivo. 3ª Edição, JusPodivm, 2016, p.476).
- 65 “Via interpretação sistemática, verifica-se que a norma está em dissonância com o postulado constitucional que propõe o combate à improbidade administrativa e a proteção do patrimônio público e social. Trata-se de norma incompatível com a Carta Mãe e, portanto, inconstitucional. A Constituição Federal consagra os princípios da moralidade e da probidade, o princípio democrático e a coibição ao abuso de poder político e econômico. A redação do art. 105-A da Lei 9.504/1997 vai totalmente de encontro a tais desideratos. O norte do legislador constitucional ao munir o Ministério Público da ACP e do ICP (art. 129, III) foi facilitar a proteção do patrimônio público e social. Foge à lógica admitir-se a restrição à atuação do Ministério Público em tal caso. É limitar o raio de ação do Parquet. É como acorrentar os agentes ministeriais e deixar a sorrelfa a proteção ao patrimônio público no pleito eleitoral, no qual toda sorte de arbitrariedade tende a ocorrer” (PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. *Direito Eleitoral – Aspectos Processuais, Ações e Recursos*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 104/105).
- 66 “A instauração de inquérito civil pelo Parquet para apurar a prática de ilícitos eleitorais não ofende o art. 105-A da Lei 9.504/97, tendo esta Corte Superior já decidido que: “Admite-se instauração de inquérito civil pelo Parquet para apurar prática de ilícitos eleitorais e, com maior razão, Procedimento Preparatório Eleitoral (PPE), iniciado no caso dos autos mediante portaria ministerial” (AgR-REspe 1318-23, rel. Min. Jorge Mussi, DJE de 26.3.2018).” (TSE, Agravo de Instrumento nº 22187, Acórdão, Relator(a) Min. Sergio Silveira Banhos, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 16/09/2019, Página 30).
- 67 “O art. 105-A da Lei 9.504/97 é inconstitucional, pois: i) o art. 127 da CF/88 atribuiu expressamente ao Parquet a prerrogativa de tutela de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais individuais indisponíveis, de modo que a defesa da higidez da competição eleitoral e dos bens jurídicos salvaguardados pelo ordenamento jurídico eleitoral se situa no espectro constitucional de suas atribuições; ii) a restrição do exercício de funções institucionais pelo Ministério Público viola o art. 129, III, da CF/88, dispositivo que prevê o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção de

de prova quanto à ocorrência de ilícitos eleitorais pode ser, na visão da Corte Suprema Eleitoral, o inquérito civil público, previsto na Lei nº 7.347/85, por qual razão não poderia ser realizado acordo com vistas ao ajuste prévio (com caráter de prevenção, portanto) ou posterior aos ilícitos (perspectiva de correção repressiva)? Será que a litigiosidade é o mecanismo mais eficaz para a solução de todos os casos? A experiência mostra que não. Mas, pensemos em alguns exemplos para amadurecer a ideia: 1) suponha que um partido tenha anunciado previamente que fará uso de expedientes vedados pela legislação eleitoral para fins de propaganda. Seria razoável, coerente com uma tutela jurisdicional efetiva, que se esperasse o ilícito ocorrer, para que o mesmo fosse apurado e punido? Ou seria melhor e atenderia mais ao interesse público de uma competição igualitária e conforme do Direito que a transgressão não ocorresse, deixando uma sensação de aplicação da lei efetiva? 2) um agente público que não seja candidato, mas declaradamente apoiador de um candidato ou pré-candidato, pratica uma conduta vedada em ano eleitoral, reitera o comportamento proibido e, citado de uma ação ajuizada contra si, deixa claro que não se importa em ser processado por isso. Será que o chamamento pelo Ministério Público para o devido esclarecimento das consequências de sua conduta e, com a conscientização do mesmo, o ajuste para cessarem as condutas vedadas, sob pena de um afastamento do cargo não seria mais eficaz do que o ajuizamento de ação por conduta vedada que poderia impor ao mesmo apenas sanção pecuniária e que sequer geraria a sua inelegibilidade? Parece-me que a resposta é positiva em ambas as situações. E assim será com boa parte das situações eleitorais, ainda mais em um ano de pleito municipal, em que os ânimos são mais exaltados. Com todas as vênias de estilo, deve-se manter coerência: ou a lei da ação civil pública não pode ser utilizada na Justiça Eleitoral, ou ela pode!

Ademais, não custa mencionar que, em muitas vezes, a celebração de acordos pode otimizar a concretização da duração razoável do processo e evitar uma alta demanda perante a Justiça Eleitoral, que, ao final, pode ser ineficaz e sequer tutelar a lisura do pleito e a igualdade de oportunidades que tanto se anseia.

O litígio deve ser resguardado para os casos graves ou para quando os autores dos ilícitos não estejam dispostos a ajustar suas condutas e aceitar a aplicação consensual de penas e outras cláusulas acessórias.

Deve-se prestigiar a resolutividade em detrimento da litigiosidade inútil.

Pois bem, se assim é, entendemos plenamente cabível o termo de ajustamento de conduta na área eleitoral, devendo-se, porém, fazer algumas ressalvas quanto às suas cláusulas, cujo descumprimento ensejaria a sua nulidade.

---

interesses difusos e coletivos; iii) houve evidente abuso do exercício do poder de legislar ao se afastar, em matéria eleitoral, os procedimentos da Lei 7.347/1985 sob a justificativa de que estes poderiam vir a prejudicar a campanha eleitoral e a atuação política de candidatos (Ministros Luiz Fux e Maria Thereza de Assis Moura).” (Recurso Especial Eleitoral no 54588, Acórdão, Relator(a) Min. João Otávio De Noronha, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 04/11/2015, Página 15).

Inicialmente, é de se destacar que o referido acordo, que possui natureza de título executivo extrajudicial, será de celebração exclusiva por parte do Ministério Público Eleitoral com partidos, coligações e candidatos, já que o *Parquet* é o único legitimado ativo para as ações eleitorais que mais se aproxima da condição de órgão público exigida pelo artigo 5º, §6º, da Lei nº7.347/85.

Dito isso, é fundamental que o ajuste seja celebrado de maneira livre e espontânea, sem qualquer espécie de ameaça, coação ou admoestação, sendo vedada a participação do Poder Judiciário nas negociações, salvo o caso de submissão do termo de ajustamento de conduta à homologação judicial, quando poderá ser analisada a voluntariedade e legalidade das condições avençadas. Já ressaltamos acima que entendemos possível essa homologação judicial à luz do que dispõe o artigo 35, XVII, do Código Eleitoral, segundo o qual cabe aos juízes eleitorais “tomar todas as providências ao seu alcance para evitar os atos viciosos das eleições”. Ora, se o poder de polícia dos magistrados confere-lhes a prerrogativa de agir até mesmo de ofício para fazer cessar condutas ilícitas<sup>68</sup>, por qual motivo não poderiam ratificar o compromisso do fiscal das eleições com os atores do processo eleitoral que tem exatamente o mesmo fim de prevenir e reprimir ilícitos? Assim, o acordo pode se dar em um momento prévio ao ajuizamento de ações eleitorais ou no bojo do processo, em que se celebra o termo de ajustamento de conduta para o caso de novas infrações.

O termo de ajustamento de conduta não pode estabelecer normas contra *legem*, embora possam ser ajustadas condições abaixo das máximas estabelecidas por lei. Exemplo: Não se pode inserir uma condição de que é permitido o uso de trio elétrico ou de *outdoor* nas propagandas, pois existe vedação legal para tanto, embora possa ser flexibilizado o horário dos comícios de encerramento de campanha, ou o volume máximo das propagandas em nível abaixo do permitido legalmente. Muitos argumentarão que assim estará havendo uma via só de restrição aos direitos dos candidatos, partidos e coligações. Entretanto, devemos lembrar que não existe obrigatoriedade do acordo e que ninguém pode criar condições acima do teto legal, embora se possa, diante da realidade de cada localidade, fixar-se condições que permitam a coexistência da liberdade de campanha com os demais direitos, em especial o do sossego alheio, invariavelmente desrespeitado à medida que o pleito se aproxima.

No caso de cláusula com penalidade pecuniária pelo descumprimento, é imperioso que se observe a destinação vinculada da mesma ao Fundo Partidário, a teor do disposto no artigo 38, I, da Lei nº9.096/95<sup>69</sup>. Não pode haver destinação da multa para qualquer entidade indicada pelo Ministério Público ou pelo Judiciário diverso, sob pena de ilegalidade manifesta.

68 “A extensão do poder de polícia para além da propaganda eleitoral é uma decorrência lógica do próprio controle jurisdicional das eleições, consubstanciado em uma multiplicidade de atribuições afetas à Justiça Eleitoral (atividade administrativa, normativa, consultiva e judicial). Portanto, tendo conhecimento de atos ilícitos – quaisquer que sejam – a autoridade judicial pode determinar de ofício todas as medidas necessárias para sustar as irregularidades apontadas.” (ZILIO, Rodrigo López & GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. Comentários às Súmulas do TSE. São Paulo: JusPodivm, 2017, p.99).

69 Art. 38. O Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos (Fundo Partidário) é constituído por: I - multas e penalidades pecuniárias aplicadas nos termos do Código Eleitoral e leis conexas.

**F) INTERPRETAÇÕES LITERAIS DA PROIBIÇÃO DE DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE BENS, SERVIÇOS E BENESSES PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM ANO ELEITORAL QUE ACABAM LEGITIMANDO POSSÍVEIS MANOBRAS E FRAUDES À LEI POR SIMPLES ATOS FORMAIS:**

Sabe-se que o artigo 73, §10, da Lei Eleitoral diz ser vedado, durante todo o ano eleitoral, a distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios por parte da Administração Pública, exceto nos casos de calamidade pública, de estado de emergência ou de programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior, casos em que o Ministério Público poderá promover o acompanhamento de sua execução financeira e administrativa.

Tem-se verificado, na prática, um expediente muito inteligente, mas ilegal, por parte de determinados gestores, segundo o qual o ente público celebra convênio/parceria com uma pessoa jurídica organizadora de um evento (cultural ou não), transferindo-lhe valores públicos sob a rubrica de apoio/patrocínio em troca da liberação de entradas francas a serem distribuídas.

Argumenta-se, então, com o beneplácito de boa parte da jurisprudência<sup>70</sup>, que a exigência de condições no bojo do convênio desnaturaria o caráter gratuito da distribuição das benesses exigido pela lei, não havendo ilegalidade.

Não há como prosperar essa tese!

Primeiro, porque ela não faz qualquer análise se as condições são meramente formais, isto é, apenas uma burla procedimental à citada proibição legal.

Em segundo, também não é realizada qualquer exigência de vinculação com o interesse público dessas “condições” existentes no convênio.

Terceiro, ignora-se que a proibição existe para impedir o “espírito de caridade” que usualmente aflora nos candidatos no ano eleitoral e que o dinheiro público não pode ser usado para esse fim a partir de simples atos formais desvinculados do interesse público. É claro que distribuição com exigências meramente formais ou apenas simbólicas não são exceções ao fim que se destina a norma.

Vejamos um exemplo: se determinado Município resolve fazer um grande sorteio no dia das mães/pais/crianças de premiação recorde de brindes à sua população, mas faz uma cobrança módica de R\$1,00 (um real) para quem tenha interesse em participar.

70 “A teor da jurisprudência desta Corte, a assinatura de convênios e o repasse de recursos a entidades públicas e privadas para projetos nas áreas de cultura, esporte e turismo não se amoldam ao conceito de “distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios”, especialmente quando se exigem contrapartidas das instituições contempladas com as verbas. Precedente: REspe 2826-75/SC, Rel. Min. Marcelo Ribeiro, DJe de 22.5.2012.” (TSE, Recurso Especial Eleitoral nº 4535, Acórdão, Relator(a) Min. Jorge Mussi, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 03/08/2018).

É correto dizer que não houve violação ao §10 do artigo 73? A resposta é negativa à luz do princípio da primazia da realidade sobre a forma, como já decidiu o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) em casos envolvendo a condição material de candidato para a punição com base no artigo 77 da Lei Eleitoral, bem como em respeito à proteção deficiente da lisura eleitoral enquanto vetor do princípio da proporcionalidade.

**G) A ERRÔNEA INTERPRETAÇÃO DE QUE A OFERTA DE EMPREGO NA FUTURA GESTÃO DO CANDIDATO NÃO CONFIGURA O CRIME DE CORRUPÇÃO ELEITORAL SE O DESTINATÁRIO FOR UM CORRELIGIONÁRIO POLÍTICO:**

Um dos mais preocupantes entendimentos do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) quanto ao combate à corrupção eleitoral diz respeito a suposta atipicidade da conduta de oferecer emprego a cabo eleitoral ou correligionário na futura gestão, já que o mesmo estaria alinhado ao projeto político e não haveria, portanto, o dolo específico nessa conduta para a consumação do tipo<sup>71</sup>. Com base nesse entendimento, diversas denúncias criminais vêm sendo arquivadas sob o fundamento de ausência de justa causa.

Nesse sentido, conferir: HABEAS CORPUS. CRIME DE CORRUPÇÃO ELEITORAL. CANCELAMENTO. MULTAS DE TRÂNSITO. INDIVIDUALIZAÇÃO DO ELEITOR. NECESSIDADE. AUSÊNCIA. JUSTA CAUSA. AÇÃO PENAL. ORDEM CONCEDIDA. 1. Para a configuração do crime de corrupção eleitoral, além de ser necessária a ocorrência de dolo específico, qual seja, obter ou dar voto, conseguir ou prometer abstenção, é necessário que a conduta seja direcionada a eleitores identificados ou identificáveis, e que o corruptor eleitoral passivo seja pessoa apta a votar. Precedentes. 2. Na espécie, a denúncia aponta, de forma genérica, como beneficiárias, pessoas ligadas politicamente ao paciente, então prefeito municipal, ao indicar que “[...] dentre os beneficiários constam vereadores, parentes, candidatos a cargos eletivos e outros eleitores com alguma ligação com a coligação do então prefeito no pleito eleitoral de 2008, conforme fls. 188/196” (fl. 23). 3. Não há falar em corrupção eleitoral mediante dádiva em troca do voto de pessoas que, diante do que se percebe na descrição da denúncia, já seriam correligionárias do denunciado, o que afasta a justa causa para a ação penal. 4. Ordem concedida para trancar a ação penal. (Habeas Corpus nº 81219, Acórdão, Relator(a) Min. Dias Toffoli, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 054, Data 20/03/2013, Página 30).

Não há como manter uma interpretação dessa, data máxima vênia, alheia aos malefícios sociais e administrativos decorrentes dessa odiosa realidade

71 “A promessa de cargo a correligionário em troca de voto não configura a hipótese do delito previsto no art. 299 do Código Eleitoral, ante a falta de elemento subjetivo do tipo. Precedente: HC nº 812-19/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, Dje de 20.3.2013.” (TSE, Agravo de Instrumento nº 3748, Acórdão, Relator(a) Min. Luiz Fux, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 237, Data 15/12/2016, Página 24/25).

da politicagem do “toma lá, dá cá”, que começa bem antes das eleições e a partir da qual se verifica o imoral loteamento de cargos, empregos e funções da futura gestão já bem antes do resultado das urnas.

Não é possível que essa prática tão comum nas eleições continue sendo tolerada como uma forma “natural” de se fazer política, deixando que a simpatia de alguém por um projeto no qual o mesmo está contemplado derroque as condutas do tipo e torne letra morta os princípios constitucionais da impessoalidade, moralidade administrativa e finalidade.

O artigo 299 do Código Eleitoral diz ser crime dar, oferecer ou prometer algo para outrem em troca de voto, sem diferenciar a condição de apoiador ou não, sendo indevida essa exclusão realizada pela Corte Eleitoral.

A inclinação política do destinatário da promessa ou entrega ilícita não é elementar do tipo!

Esperamos a reversão dessa jurisprudência o mais rápido possível, para que os apoios políticos de cabos eleitorais ou simpatizantes sejam decorrentes da real crença de que o candidato é o melhor para a coletividade e não para os interesses particulares daqueles.

### **2.1.3. Alterações Recentes da Jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) que Fortaleceram o Combate à Corrupção Eleitoral.**

A despeito de ainda existirem diversas orientações jurisprudenciais do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) que dificultam a prevenção e repressão à corrupção eleitoral, é de se destacar que, nos últimos anos, tem-se verificado diversas alterações em posições bastante consolidadas que eram verdadeiros entraves para esse fim.

Vejamos, portanto, as viragens dignas de aplausos:

#### **A) ALINHAMENTO JURISPRUDENCIAL DO TSE AO STF NO TOCANTE À VALIDADE PROBATÓRIA DAS GRAVAÇÕES AMBIENTAIS REALIZADAS POR UM DOS INTERLOCUTORES PARA FINS DE CONDENAÇÃO POR ATOS DE CORRUPÇÃO ELEITORAL (CÍVEIS/CRIMINAIS):**

Até meados de abril de 2019, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) dava, na prática, o direito aos candidatos de comprarem votos em ambientes privados, tudo à luz de uma esdrúxula interpretação absoluta do direito fundamental à intimidade.

Ora, se a privacidade é um direito fundamental que deve ser respeitado, a igualdade de oportunidades e a lisura eleitoral são igualmente bens constitucionalmente tutelados, de modo que, na colisão entre ambos ou de qualquer direitos fundamentais, não se resolve o problema na base do tudo ou nada, mas à luz de uma ponderação diante do caso concreto. Assim,

se nenhum direito é absoluto, a compra de votos, seja em público ou em ambiente reservado, não deve ser tolerada e, muito menos, estimulada pela Justiça Eleitoral a partir de um recado de impunidade.

Nesse sentido e acompanhando crítica que já fazíamos há algum tempo, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) mudou a sua orientação em 2019 para consagrar a seguinte tese: “a gravação ambiental é, a princípio, admissível como prova lícita, visto que o ambiente em que efetivada não se afigura determinante para reconhecer a sua (i)licitude, devendo-se analisar as excepcionalidades de cada caso a fim de se aferir a existência de óbices à utilização do conteúdo da gravação, tal como induzimento para prática do ilícito. Precedentes.” (Recurso Especial Eleitoral nº 45283, Acórdão, Relator(a) Min. Edson Fachin, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 07/02/2020, Página 48)<sup>72</sup>.

Trata-se de viragem jurisprudencial que se alinha ao decidido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em sede de repercussão geral, que estabeleceu ser “lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro.” (*Tese definida no RE 583937 QO-RG, rel. min. Cezar Peluso, P, j. 19-11-2009, DJE 237 de 18-12-2009, Tema 237*).

É bem verdade que existe outra tese de repercussão geral ainda pendente de julgamento (RE 1.040.515 – Tema 579), essa específica para as causas eleitorais, mas que não suspende os processos em curso e não impede a aplicação da nova corrente jurisprudencial, como vem ressaltando o

---

72 No mesmo sentido: ELEIÇÕES 2016. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. PREFEITO. VICE. ELEITOS. GRAVAÇÃO AMBIENTAL. PROVA CONSIDERADA ILÍCITA PELO TRE/SC. HODIERNO ENTENDIMENTO DO TSE: LICITUDE, EM REGRA, DA GRAVAÇÃO AMBIENTAL. AMBIENTE PÚBLICO OU PRIVADO. EXCEPCIONALIDADES QUE OBSTAM A ADMISSIBILIDADE DESSE MEIO DE PROVA ANALISADAS CASO A CASO. MANIPULAÇÃO DO MEIO DE PROVA. INDUZIMENTO DO CANDIDATO À PRÁTICA DO ILÍCITO. INADMISSIBILIDADE DO CONTEÚDO DA GRAVAÇÃO. ILICITUDE. MANUTENÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO VERBERADA. AGRAVOS DESPROVIDOS. 1. A jurisprudência desta Corte, para os feitos referentes às eleições 2016 e seguintes, firmou-se no sentido de admitir, em regra, a gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o consentimento dos demais e sem autorização judicial, em ambiente público ou privado, ficando as excepcionalidades, capazes de ensejar a invalidade do conteúdo gravado, submetidas à apreciação do julgador no caso concreto, de modo a ampliar os meios de apuração de ilícitos eleitorais que afetam a lisura e a legitimidade das eleições. 2. No caso, do contexto fático constante do acórdão regional, extrai-se que o encontro entre candidato e eleitor foi fruto de conversas e acordos prévios em que se expôs a necessidade deste em receber ajuda financeira para custeio de despesas médicas, de modo que o benefício oferecido pelo candidato foi decorrência de induzimento do próprio beneficiário, que obteve auxílio de adversários políticos dos agravados, os ora agravantes, no planejamento dos fatos e na obtenção e instalação dos equipamentos necessários para a realização da gravação. 3. Essas circunstâncias, portanto, maculam o conteúdo da gravação ambiental e a torna inócua para a comprovação da captação ilícita de sufrágio imputada aos agravados. 4. Agravos internos aos quais se nega provimento. (TSE, Agravo de Instrumento nº 28629, Acórdão, Relator(a) Min. Edson Fachin, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 027, Data 07/02/2020, Página 36/37).

Tribunal Superior Eleitoral (TSE), *in verbis*: ELEIÇÕES 2016. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. VEREADOR. ART. 41-A DA LEI N° 9.504/97. ART. 22 DA LC N° 64/90. PRELIMINAR. GRAVAÇÃO AMBIENTAL REALIZADA POR UM DOS INTERLOCUTORES SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. LICITUDE DA PROVA. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. OFERTA DE BENEFÍCIOS EM TROCA DE VOTO. CONFIGURAÇÃO. ABUSO DE PODER POLÍTICO OU DE AUTORIDADE. NÃO CARACTERIZADO. AUSÊNCIA DE GRAVIDADE. RECURSO ESPECIAL A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO. 1. A jurisprudência que vem sendo aplicada por este Tribunal Superior, nos feitos cíveis-eleitorais relativos a eleições anteriores a 2016, é no sentido da ilicitude da prova obtida mediante gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento dos demais e desacompanhada de autorização judicial, considerando-se lícita a prova somente nas hipóteses em que captada em ambiente público ou desprovida de qualquer controle de acesso. 2. Não obstante esse posicionamento jurisprudencial, mantido mormente em deferência ao princípio da segurança jurídica, entendimentos divergentes já foram, por vezes, suscitados desde julgamentos referentes ao pleito de 2012, amadurecendo a compreensão acerca da licitude da gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento dos demais e sem autorização judicial. 3. À luz dessas sinalizações sobre a licitude da gravação ambiental neste Tribunal e da inexistência de decisão sobre o tema em processos relativos às eleições de 2016, além da necessidade de harmonizar o entendimento desta Corte com a compreensão do STF firmada no RE n° 583.937/RJ (Tema 237), é admissível a evolução jurisprudencial desta Corte Superior, para as eleições de 2016 e seguintes, a fim de reconhecer, como regra, a licitude da gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro e sem autorização judicial, sem que isso acarrete prejuízo à segurança jurídica. 4. A despeito da repercussão geral reconhecida pelo STF no RE n° 1.040.515 (Tema 979) acerca da matéria relativa à (i) licitude da gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento dos demais nesta seara eleitoral, as decisões deste Tribunal Superior sobre a temática não ficam obstadas, dada a celeridade cogente aos feitos eleitorais. 5. Admite-se, para os feitos referentes às Eleições 2016 e seguintes, que sejam examinadas as circunstâncias do caso concreto para haurir a licitude da gravação ambiental. Ou seja, a gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o consentimento dos demais e sem autorização judicial, em ambiente público ou privado, é, em regra, lícita, ficando as excepcionalidades, capazes de ensejar a invalidade do conteúdo gravado, submetidas à apreciação do julgador no caso concreto, de modo a ampliar os meios de apuração de ilícitos eleitorais que afetam a lisura e a legitimidade das eleições. 6. No caso, analisando o teor da conversa transcrita e o contexto em que capturado o áudio, a gravação ambiental afigura-se lícita, visto que os recorrentes protagonizaram o diálogo, direcionando-o para oferta espontânea de

benesses à eleitora, de modo que restou descaracterizada a situação de flagrante preparado. 7. O ilícito descrito no art. 41-A da Lei nº 9.504/97 se consubstancia com a oferta, a doação, a promessa ou a entrega de benefícios de qualquer natureza, pelo candidato, ao eleitor, em troca de voto, que, comprovado por meio de acervo probatório robusto, acarreta a cominação de sanção pecuniária e a cassação do registro ou do diploma. 8. Acertada a decisão regional, visto que, a partir do teor da conversa anteriormente transcrito, objeto da gravação ambiental, depreende-se ter havido espontânea oferta de benesses, pelos recorrentes, à eleitora Juscelaine Bairos de Souza e seus familiares - oferecimento da quantia de R\$ 500,00 (quinhentos reais), facilitação do uso dos serviços médicos da Unidade de Saúde Moisés Dias, oferta de gasolina e de veículos para transportar, no dia das eleições, os parentes que moram em outro município e promessa de emprego para o marido da eleitora -, vinculada ao especial fim de obter votos para o então candidato Gilberto Massaneiro, que participou ativamente da conduta. 9. O art. 22, XVI, da LC nº 64/90, com a redação conferida pela LC nº 135/2010, erigiu a gravidade como elemento caracterizador do ato abusivo, a qual deve ser apurada no caso concreto. A despeito da inexistência de parâmetros objetivos, a aferição da presença desse elemento normativo é balizada pela vulneração dos bens jurídicos tutelados pela norma, quais sejam, a normalidade e legitimidade das eleições, que possuem guarida constitucional no art. 14, § 9º, da Lei Maior. 10. Consoante jurisprudência deste Tribunal Superior, o abuso do poder político ou de autoridade inculcado no art. 22, caput, da LC nº 64/90, caracteriza-se quando o agente público, valendo-se de sua condição funcional e em manifesto desvio de finalidade, compromete a igualdade e a legitimidade da disputa eleitoral em benefício de candidatura própria ou de terceiros (RO nº 172365/DF, Rel. Min. Admar Gonzaga, DJe de 27.2.2018; RO nº 466997/PR, Rel. Gilmar Mendes, DJe de 3.10.2016; REspe nº 33230/RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe de 31.3.2016). 11. Na hipótese dos autos, em que pese a moldura fática evidencie o uso desvirtuado da instituição pública, as circunstâncias não se afiguram suficientemente graves para macular a legitimidade e a isonomia do pleito, porquanto os fatos comprovados no acórdão cingem-se à eleitora específica e à ocasião única, o que, embora aptos a caracterizar captação ilícita de sufrágio, mostram-se inábeis para atrair a gravidade necessária à configuração do ato abusivo. 12. Recurso especial parcialmente provido apenas para afastar a configuração do abuso do poder político em relação a ambos os recorrentes, mantendo-se a condenação de Gilberto Massaneiro pela prática de captação ilícita de sufrágio. Julgo prejudicado o pedido de concessão de efeito suspensivo ao recurso especial. (Recurso Especial Eleitoral nº 40898, Acórdão, Relator(a) Min. Edson Fachin, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 150, Data 06/08/2019, Página 71/72).

Por fim, destaco que a Lei Anticrime (Lei nº 13.964/2019) pôs um ponto final nessa discussão, uma vez que estabeleceu no novo §1º do artigo 10-A, da Lei de Interceptações Telefônicas (Lei nº 9.296/96), que não há crime quando a captação ambiental realizada por um dos interlocutores para fins de investigação ou instrução penal não configura crime<sup>73</sup>.

Ora, se não há crime, tampouco haverá ilícito cível, sendo a prova decorrente das gravações lícitas, salvo demonstração de qualquer espécie de indução, preparação artificial da situação (tal qual ocorre no flagrante forjado) ou coação<sup>74</sup>.

**B) POSSIBILIDADE DO USO DE INDÍCIOS E FATOS PÚBLICOS/ NOTÓRIOS PARA A COMPROVAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO DOS CANDIDATOS NOS ILÍCITOS CÍVEIS-ELEITORAIS, SUPERANDO A TESE QUE SÓ ADMITIA A PRESENÇA FÍSICA OU AUXÍLIO MATERIAL DO CANDIDATO:** Deve-se louvar o fim

da exigência formalista de que somente a presença física do investigado quando da prática da conduta vedada, ou a prática de atos materiais comprovaria a participação do candidato na conduta ilícita e, destarte, autorizaria a cassação do mandato.

Vejamos um dos precedentes do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) sobre o tema: “Em relação à imputação da prática de captação de sufrágio, há, no caso concreto, conjunto probatório suficientemente denso a evidenciar tanto a compra de votos por parte de terceiro não candidato, quanto a ciência do candidato em relação ao ilícito. Possibilidade de utilização de indícios para a comprovação da participação, direta ou indireta, do candidato ou do seu consentimento ou, ao menos, conhecimento da infração eleitoral, vedada apenas a condenação baseada em presunções sem nenhum liame com os fatos narrados nos autos (art. 23 da LC 64/1990). Precedentes: ED-RO 2.098; AgR-REspe 399.403.104. No caso, são elementos capazes de comprovar, além de qualquer dúvida razoável, a ciência do candidato quanto à operação de captação ilícita de sufrágio: (i) o local em que ocorreu a oferta e promessa de vantagens em troca de votos, (ii) o envolvimento, direto ou indireto, de pessoas ligadas ao candidato por vínculos político e familiar, e (iii) a relação contratual da autora da conduta

73 “Art. 10-A. Realizar captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos para investigação ou instrução criminal sem autorização judicial, quando esta for exigida. Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. §1º Não há crime se a captação é realizada por um dos interlocutores. §2º A pena será aplicada em dobro ao funcionário público que descumprir determinação de sigilo das investigações que envolvam a captação ambiental ou revelar o conteúdo das gravações enquanto mantido o sigilo judicial.”

74 Nesse mesmo sentido: “No caso dos autos, a partir da moldura fática do aresto a quo, constata-se a licitude da prova, na medida em que a gravação foi realizada pela própria candidata cooptada, inexistindo, ademais, notícias de induzimento ou coação.” (TSE, Recurso Especial Eleitoral nº 20098, Acórdão, Relator(a) Min. Jorge Mussi, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 239, Data 12/12/2019, Página 34-35).

com o governo estadual. Precedentes: RCED 755, AgR-REspe 8156-59, REspe 42232-85. Desprovemento dos recursos ordinários de José Melo de Oliveira e José Henrique de Oliveira quanto à configuração da captação ilícita de sufrágio, prevista no art. 41-A da Lei 9.504/1997, mantendo-se a decisão do TRE-AM no sentido de cassar os diplomas dos representados e aplicar-lhes pena de multa no valor de 50 mil Ufirs.” (Recurso Ordinário nº 22466 I, Acórdão, Relator(a) Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 01/06/2017)<sup>75</sup>.

Igual lógica vem sendo aplicada, inclusive, para os casos de “caixa 2”, como se vê do julgado abaixo:

- “DO ‘CAIXA-DOIS’: i) O chamado ‘caixa dois de campanha’ caracteriza-se pela manutenção ou movimentação de recursos financeiros não escriturados ou falsamente escriturados na contabilidade oficial da campanha eleitoral. Tem como ideia elementar, portanto, a fraude escritural com o propósito de mascarar a realidade, impedindo que os órgãos de controle fiscalizem e rastreiem fluxos monetários de inegável relevância jurídica. ii) Por sua própria natureza, o “caixa dois” é daqueles ilícitos cuja consumação ocorre longe do sistema de vigilância/controlado, acarretando significativa dificuldade probatória. Nesse caso, a exigência de prova exclusivamente direta para a condenação acabaria por estimular a impunidade, em flagrante ofensa ao princípio da vedação da proteção deficiente (Untermassverbot). iii) Na hipótese de ilícito de reconhecida dificuldade probatória, o Estado-juiz está autorizado a apoiar-se no conjunto de indícios confirmados ao longo da instrução diante das raras provas diretas do comportamento ilícito, sob pena de deixar sem resposta graves atentados à ordem jurídica e à sociedade. iv) ‘Os indícios devem ser igualmente admitidos como meio de prova suficiente para a condenação, vedada apenas a motivação baseada em presunções sem nenhum liame com os fatos narrados nos autos’ (TSE, RO nº 2246-61, Redator para o acórdão Min. Roberto Barroso, DJe de

75 Em sentido parecido, conferir: “5. No Estado democrático de direito, não se admite juízo condenatório calcado em presunções e ilações. O conjunto de indícios, especialmente aquele documentalmente lastreado, dotado de harmonia e convergência, não se qualifica como presuntivo, podendo ensejar, portanto, a procedência da ação eleitoral, ex vi do princípio da vedação da proteção deficiente (RO nº 1220-86/TO, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 27.3.2018). 6. O referido julgado, apesar de proferido em 2018, refere-se ao pleito eleitoral de 2014. Além disso, não revelou mudança de jurisprudência, visto que, ao admitir o conjunto coeso de indícios como meio de prova para a condenação, ressaltou a impossibilidade de motivação baseada em presunções sem nenhum liame com os fatos narrados nos autos. De toda sorte, referida exegese foi igualmente aplicada no curso das eleições de 2016. Confira-se, por exemplo, o REspe nº 576-1 I/CE, de minha relatoria, DJe de 16.4.2019, no qual assentado que ‘o acervo probatório deve estampar, sem ruídos extravagantes, coerência com a narrativa submetida ao Poder Judiciário. Não se exige, sobremodo de maneira imponderável, que os elementos de prova colhidos ao longo da instrução processual sejam equiparáveis ao indiscutível, ao incontroverso, à semelhança de uma confissão da parte, algo, por assim dizer, inabalável em todo e qualquer cenário que a imaginação humana possa alcançar mesmo nas situações pouco críveis e/ou de contornos absurdos, sob pena de contrariedade ao princípio da vedação da proteção deficiente.’” (TSE, Ação Cautelar nº 060070258, Acórdão, Relator(a) Min. Tarcisio Vieira De Carvalho Neto, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo I 15, Data 18/06/2019, Página 42/43).

1º.6.2017)” (TSE, Recurso Ordinário nº 122086, Acórdão, Relator(a) Min. Luciana Lóssio, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 061, Data 27/03/2018, Página 2/7).

Não se pode ignorar que, com a organização e a profissionalização das campanhas, uma “boa” assessoria jurídica recomendaria aos candidatos que os mesmos deleguem as tratativas e a execução desses ilícitos às pessoas de sua extrema confiança, geralmente parentes próximos ou aliados políticos de longa data, o que garantiria a sua impunidade à luz do entendimento anterior.

Com a nova posição, pode-se dizer que o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) apenas aplica o disposto no artigo 23, da Lei Complementar nº64/90, segundo o qual “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”, cuja constitucionalidade já foi declarada, em controle concentrado, pelo Supremo Tribunal Federal (STF)<sup>76</sup>.

**C) APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE SOBRE AS FORMAS PARA A CONCEITUAÇÃO DA FIGURA DO “CANDIDATO” SOB O ASPECTO MATERIAL, GARANTINDO, ASSIM, EFETIVIDADE AO DISPOSTO NO ARTIGO 77, DA LEI DAS ELEIÇÕES:**

Diz o mencionado dispositivo legal que é proibido o comparecimento de candidatos à inauguração de obras públicas nos 3 (três) meses anteriores à eleição, sob pena de cassação do mandato ou do registro.

Ocorre que a aplicação literal do dispositivo ficou, em tese e *a priori*, impossível na prática após a atual sistemática de encurtamento da campanha eleitoral promovida pela Lei nº 13.165/2015, uma vez que a condição formal de candidato (que começa após o pedido de registro, segundo o Tribunal Superior Eleitoral) pode vir a ser ostentada pouco mais de 2 (dois) meses antes da eleição, como no caso do pedido de registro ser feito no dia 05 de agosto do ano eleitoral, como autoriza o artigo 8º, da Lei nº9.504/97<sup>77</sup>.

76 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. 2. LEI COMPLEMENTAR N. 64, DE 18/5/1990, ARTS. 7., PARAGRAFO ÚNICO, E 23. ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DAS EXPRESSÕES «AINDA QUE NÃO ALEGADOS PELAS PARTES» CONSTANTES DO PARAGRAFO ÚNICO DO ART. 7., E DAS EXPRESSÕES «PUBLICOS E NOTORIOS, DOS INDICIOS E PRESUNÇÕES E (...) ATENTANDO PARA CIRCUNSTANCIAS OU FATOS QUE NÃO INDICADOS OU ALEGADOS PELAS PARTES», INSERTAS NO ART. 23. POSIÇÃO DO JUIZ NO PROCESSO. PARTICIPAÇÃO DO JUIZ NO PROCESSO ELEITORAL. 4. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA. (ADI 1082 MC, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 01/07/1994, DJ 04-11-1994 PP-29828 EMENT VOL-01765-01 PP-00146).

77 Art. 8º A escolha dos candidatos pelos partidos e a deliberação sobre coligações deverão ser feitas no período de 20 de julho a 5 de agosto do ano em que se realizarem as eleições, lavrando-se a respectiva ata em livro aberto, rubricado pela Justiça Eleitoral, publicada em vinte e quatro horas em

Assim, é digno de aplausos recente decisão da Corte Eleitoral no sentido de que deve-se levar em conta, para fins do artigo 77 da Lei nº 9.504/97, a condição material de candidato do gestor que já se apresenta como tal, mas que, por uma questão temporal ou mesmo manipulação de datas (pouco importa isso), não formulou o seu pedido de registro<sup>78</sup>.

Essa é a posição que se espera dos órgãos judicantes, pois, conforme exposto pelo artigo 23 da Lei Complementar nº 64/90, cabe-lhes analisar todos os fatos e circunstâncias que preservem o interesse público de lisura eleitoral.

#### **D) RÍGIDO CONTROLE SOBRE A FARRA DAS CONTRATAÇÕES TEMPORÁRIAS ELEITOREIRAS E A INDÚSTRIA DA EMERGÊNCIA:**

Sabe-se que uma das principais formas de cooptação eleitoral é a realização de contratações temporárias dissimuladas e inconstitucionais, que se caracterizam, sobretudo, pelo caráter pessoal dos escolhidos (sem critérios claros, objetivos e técnicos) e para todas - ou quase todas - as funções da Administração Pública (do zelador ao procurador jurídico).

Referidas contratações não devem ser toleradas pelo Poder Judiciário Eleitoral, uma vez que afrontam a lógica da excepcionalidade do instituto e permitem chantagens de toda ordem sobre os eleitores, que acabam cedendo aos apelos do seu patrão de plantão, que, por coincidência, é o candidato ou o apoiador principal de um.

Pois bem, apesar da lei eleitoral vedar, no artigo 73, V, contratações nos três meses antes das eleições, havia dúvidas se a renovação de contratos temporários firmados antes do período proibido, mas findos nele, estariam igualmente vedada, bem como se poderia ocorrer a contratação de professores temporários dentro do período interditado pela lei sob a alegação de essencialidade do serviço público de educação.

Em decisão impecável, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) deixou muito claro que a resposta é negativa para as duas situações<sup>79</sup>.

---

qualquer meio de comunicação. (Redação dada pela Lei nº 13.165, de 2015).

- 78 “O art. 77 da Lei nº 9.504/1997, ao exigir a condição de candidato para a configuração da conduta vedada, deve ser interpretado de acordo com o telos subjacente à normatização, no sentido de evitar que agentes e gestores se utilizem das inaugurações de obras públicas como meio de angariar benefício eleitoral. As alterações promovidas pela Lei nº 13.165/2015, ao estreitarem o processo eleitoral e postergarem a data-limite para apresentação do registro de candidatura, não alteraram a possibilidade de que gestores compareçam a eventos imbuídos da condição material de concorrentes à reeleição. Portanto, o fato de o gestor não ostentar a qualificação formal de candidato não afasta a necessidade de proteção reconhecida pelo art. 77 da Lei nº 9.504/1997. Impor interpretação estritamente formal ao ilícito em debate enveredaria por violação ao princípio da proporcionalidade sob a ótica da vedação da proteção deficiente. A qualificação formal de candidato seria exigível apenas a partir do dia 16 de agosto, possibilitando que notórios candidatos participem de inaugurações de obras públicas até 45 dias antes das eleições e decotando pela metade o espectro de proteção da norma. Demonstrada a participação do prefeito na condição de candidato à reeleição, não se pode fazer prevalecer condição formalista sobre a realidade comprovada nos autos.” (Recurso Especial Eleitoral nº 29409, Acórdão, Relator(a) Min. Edson Fachin, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 05/04/2019).
- 79 ELEIÇÕES 2016. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. CONDUTA VEDADA. RENOVAÇÃO DE CONTRATOS DE SERVIDORES TEMPORÁ-

**E) PRESSUPOSIÇÃO DA AUTORIZAÇÃO DE ACESSO AOS CONTEÚDOS ARMAZENADOS EM APARELHOS CELULARES NO CASO DOS MESMOS SEREM OBJETO DE MANDADO JUDICIAL DE BUSCA E APREENSÃO:**

Sem dúvidas, os aparelhos celulares qualificados como smartphones são verdadeiros minicomputadores ambulantes, através dos quais candidatos, cabos eleitorais, dirigentes partidários, advogados e apoiadores praticam atos lícitos e ilícitos voltados ao sucesso da candidatura.

RIOS. NOVO VÍNCULO DE DIREITO PÚBLICO. CONFIGURAÇÃO DA CONDUTA VEDADA. SERVIÇOS DE EDUCAÇÃO E ASSISTÊNCIA SOCIAL. AUSÊNCIA DE ESSENCIALIDADE. JURISPRUDÊNCIA DO TSE. OBRAS PÚBLICAS. DESNECESSIDADE DE INAUGURAÇÃO. NATUREZA OBJETIVA DA CONDUTA VEDADA. PROVIMENTO.

1. A renovação de contratos de servidores públicos temporários, nos três meses que antecedem as eleições, configura conduta vedada, nos termos do art. 73, inciso V, da Lei nº 9.504/1997.

2. Teleologicamente, a conduta vedada do art. 73, inciso V, da Lei das Eleições busca evitar que o agente público abuse da posição de administrador para auferir benefícios na campanha, utilizando os cargos ou empregos públicos, sob sua gestão, como moeda de troca eleitoral. Sendo assim, é indiferente que se trate de contratação originária ou de renovação, pois a “promessa de permanência” no cargo pode ser tão quanto ou ainda mais apelativa que a promessa de contratação. 3. A renovação contratual, ao modo de prorrogação, encontra-se contida no campo semântico do verbo “contratar”, pois, na realidade, o contrato por prazo determinado é extinto e substituído por um novo; este, ainda que venha a ter o mesmo conteúdo, constitui novo vínculo entre as partes contratantes. 4. A contratação de servidores por tempo determinado pressupõe necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX, da CF/88). Após cada período, a necessidade de contratação e o excepcional interesse público devem ser reavaliados, de forma a fundamentar a renovação dos contratos. Portanto, a renovação constitui ato administrativo diverso da contratação originária, com fundamentação nova e atualizada, não podendo ser considerada mera extensão de vínculo anterior. 5. A jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral não faz distinção entre a contratação originária e a renovação dos contratos temporários. Precedente. 6. O legislador excepcionou a regra apenas para os casos em que a contratação seja necessária à instalação ou ao funcionamento inadiável de serviços públicos essenciais, com prévia e expressa autorização do chefe do Poder Executivo (art. 73, inciso V, alínea “d”, da Lei nº 9.504/1997). Nesse sentido, não está contida na ressalva legal a contratação de temporários para o trabalho em obras que já se estendem há mais de dois anos, ainda que venham a se destinar, posteriormente, a serviço essencial. 7. O conceito de “serviço público essencial” é interpretado pela jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral de maneira restritiva, abrangendo apenas aqueles relacionados à sobrevivência, saúde ou segurança da população. Exclui-se, portanto, a contratação de profissionais das áreas de educação e assistência social. Precedentes. 8. Embora os serviços de educação sejam de relevante interesse público, o legislador optou por critério diverso para excepcionar a regra do art. 73, inciso V, da Lei das Eleições. Não pode o julgador, diante da opção legislativa, substituí-la por regra que, em seu juízo, lhe parece mais justa ou adequada, sob pena de ofensa ao princípio democrático (art. 2º da CF/88). 9. A análise consequencialista da decisão judicial não pode conduzir à negativa de aplicação da lei vigente. O chefe do Poder Executivo possui inúmeras alternativas durante sua administração, devendo a responsabilidade pela programação da gestão abarcar a duração dos contratos firmados e a existência de condutas vedadas durante o curso do mandato. (Recurso Especial Eleitoral nº 38704, Acórdão, Relator(a) Min. Edson Fachin, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 183, Data 20/09/2019, Página 55/56).

Nesse caso, qualquer investigação voltada a comprovar atos de corrupção eleitoral deve mirar não só objetos físicos tradicionalmente utilizados para o controle financeiro e contábil (como vales, cadernos de anotação, bilhetes, agendas, mas, principalmente, as mensagens e e-mails que ficam armazenados nos aparelhos celulares dos investigados.

Felizmente, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) alinha-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ)<sup>80</sup>, segundo a qual “em caso de decisão judicial prévio em que se autorize expressamente a busca e apreensão, como no caso, é lícito o acesso a dados estáticos contidos em aparelho celular, sendo desprovido expedir novo ato para determinar a análise do conteúdo. Não há falar, assim, em ofensa ao Marco Civil da Internet.”<sup>81</sup>

Sobre o tema, ainda precisamos deixar assentadas algumas posições com importância prática:

e.1) “É ilícita a prova obtida diretamente dos dados constantes de aparelho celular, decorrente de acesso as mensagens de textos SMS, conversas por meio de programa ou aplicativos (Whatsapp), mensagens enviadas ou recebidas por meio de correio eletrônico, obtidos diretamente pela polícia no momento do flagrante, sem prévia autorização judicial. (STJ, AgRg no AREsp 1375163/ES, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 06/08/2019, DJe 22/08/2019);

e.2) Contudo, se, no momento do flagrante, o telefone do preso/investigado tocar, é lícito atender a chamada e tentar extrair do outro interlocutor elementos de prova quanto ao ilícito investigado, como decidiu o Superior Tribunal de Justiça (STJ) em 2019<sup>82</sup>.

---

80 “IV - A jurisprudência das duas Turmas da Terceira Seção deste Tribunal Superior firmou-se no sentido de ser ilícita a prova obtida diretamente dos dados constantes de aparelho celular, decorrentes de mensagens de textos SMS, conversas por meio de programa ou aplicativos (“WhatsApp”), mensagens enviadas ou recebidas por meio de correio eletrônico, obtidos diretamente pela polícia no momento do flagrante, sem prévia autorização judicial para análise dos dados armazenados no telefone móvel. V - No presente caso, contudo, não se trata de aparelhos celulares apreendidos no momento do flagrante, uma vez que os telefones móveis foram apreendidos em cumprimento a ordem judicial que autorizou a busca e apreensão nos endereços ligados ao paciente e aos demais corréus. VI - Se ocorreu a busca e apreensão da base física dos aparelhos de telefone celular, ante a relevância para as investigações, a fortiori, não há óbice para se adentrar ao seu conteúdo já armazenado, porquanto necessário ao deslinde do feito, sendo prescindível nova autorização judicial para análise e utilização dos dados neles armazenados(HC 372.762/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 16/10/2017).

81 TSE, Recurso Especial Eleitoral nº 32468, Acórdão, Relator(a) Min. Jorge Mussi, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 239, Data 12/12/2019, Página 43/45.

82 “2. A Constituição Federal de 1988 prevê como garantias ao cidadão a inviolabilidade da intimidade, do sigilo de correspondência, dados e comunicações telefônicas, salvo ordem judicial. 3. A Lei n. 12.965/2014, conhecida como Marco Civil da Internet, em seu art. 7º, assegura aos usuários os direitos para o uso da internet no Brasil, entre eles, o da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, do sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, bem como de suas comunicações privadas armazenadas. 4. A quebra do sigilo do correio eletrônico somente pode ser decretada, elidindo a proteção ao direito, diante dos requisitos próprios de cautelariedade que a justifiquem idoneamente, desaguando em um quadro de imprescindibilidade da providência. (HC 315.220/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS

e.3) “Uma vez comprovado que a busca e apreensão de aparelho celular para fins de investigar o conteúdo de seus arquivos foi autorizada por decisão devidamente fundamentada, não se pode concluir que o tão só cumprimento da medida por quem não era autoridade policial tornou nulo o procedimento”, de modo que Promotores de Justiça, quando investidos pela decisão judicial como depositários feis dos celulares apreendidos, podem realizar a apreensão dos mesmos e acessar diretamente o seu conteúdo. Assim, não é “essa circunstância, por si só, suficiente para a nulidade pretendida da busca e apreensão, muito menos da prova a ser aclarada com o exame pericial.” (STJ, RHC 80.808/PA, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/08/2017, Dje 14/08/2017).

---

MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/09/2015, Dje 09/10/2015). 5. Com o avanço tecnológico, o aparelho celular deixou de ser apenas um instrumento de comunicação interpessoal. Hoje, é possível ter acesso a diversas funções, entre elas, a verificação de mensagens escritas ou audível, de correspondência eletrônica, e de outros aplicativos que possibilitam a comunicação por meio de troca de dados de forma similar à telefonia convencional. 6. No caso em questão, porém, conforme pontuado pelo Tribunal a quo, não houve devassa do conteúdo do celular do acusado preso em flagrante. Ocorreu, em suma, que “(...) na realidade, o telefone de Adriano tocou durante a sua imobilização pelos agentes públicos e, imediatamente, foi atendido por um dos policiais. A partir disso, surgiu a forte suspeita de participação da apelante na conduta criminosa, por ser a interlocutora e iniciar o diálogo antes mencionado”. 7. Há jurisprudência desta Corte Superior reconhecendo a legalidade de tal conduta - atender ligação proveniente do celular do acusado durante o flagrante - a uma porque não se verifica quadro de interceptação, pois não estão presentes os requisitos da Lei n. 9.296/1996, a outra pois tem se entendido que em tal cenário há escorreito procedimento policial, a legitimar a ação. A propósito, conferir: HC 55.288/MG, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), SEXTA TURMA, julgado em 2/4/2013, Dje 10/05/2013; AREsp 1.244.804/DF Ministro JORGE MUSSI, Dje 1/8/2018; e HC 378.775/SP. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Dje 7/12/2017. 8. Segundo jurisprudência firmada nesta Corte, o crime de tráfico de drogas, na modalidade de guardar ou ter em depósito, constitui crime permanente, configurando-se o flagrante enquanto o entorpecente estiver em poder do infrator, incidindo, portanto, a excepcionalidade do art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal. 9. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 603.616, reafirmou o referido entendimento, com o alerta de que para a adoção da medida de busca e apreensão sem mandado judicial, faz-se necessária a caracterização de justa causa, consubstanciada em razões as quais indiquem a situação de flagrante delito. 10. No caso em exame, a justa causa para a adoção da medida de busca e apreensão sem mandado judicial evidencia-se no fato de que os policiais militares, impulsionados por denúncia anônima sobre a ocorrência de comércio de drogas em determinada residência, já conhecida da guarnição, foram até o local e verificaram que estava, de fato, ocorrendo o comércio ilegal de drogas. Na ocasião, ao avistar os agentes, o corréu, Adriano, empreendeu fuga, sendo, entretanto, capturado com 29 pedras de crack. Ainda, “Durante a abordagem, o telefone de Adriano tocou e foi atendido pelo policial, que escutou, do outro lado da linha, uma voz feminina que anunciava a chegada dos policiais e exigia que dispensasse o “bagulho” e fosse ao seu encontro, imaginando, assim, que Adriano não estivesse detido. O policial Rodrigo foi ao local indicado pela mulher, bem próximo de onde foi feita a prisão do agente, e encontrou ela na frente de uma outra residência. A apelante foi conduzida à casa onde ela disse que morava, a qual coincidiu com a moradia em que Adriano foi abordado, o que culminou na descoberta de mais 48 pedras da mesma substância, escondidas atrás de um fogão nos fundos da casa, que estavam embaladas da mesma maneira daquelas encontradas com o corréu”. 11. Considerando a natureza permanente do delito de tráfico e estando devidamente registrada a justa causa para ensejar o ingresso dos agentes de polícia no domicílio do réu, como acima destacado, concluo que não se identifica a manifesta ilegalidade sustentada pela defesa.” (HC 446.102/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 04/06/2019, Dje 11/06/2019).

## 2.2. Quanto ao Ministério Público Eleitoral.

Sem sombra de dúvidas, o *Parquet* é o principal fiscal da lisura eleitoral, seja pelas prerrogativas funcionais que ostenta, seja pela possibilidade do uso de poderes investigatórios que os particulares não ostentam, tais como a requisição de documentos, a notificação de pessoas e, em caso de recusa infundada, condução coercitiva de testemunhas, as inspeções e diligências em repartições públicas e privadas, desde que resguardada a inviolabilidade domiciliar etc<sup>83</sup>.

Embora seja fora de dúvidas o compromisso institucional dos membros ministeriais para a ocorrência de uma eleição hígida e igualitária, ainda existem situações pouco observadas na prática que poderiam ser implementadas para uma maior efetividade e resolutividade na área eleitoral, em especial após a lei do abuso de autoridade (Lei nº 13.869/2019) e da lei anticrime (Lei nº 13.964/2019).

Vejamos, pois, algumas.

### 2.2.1. Modificações do Planejamento Institucional para o Ano Eleitoral:

#### **A) O NECESSÁRIO FIM DA EQUIVOCADA CULTURA INSTITUCIONAL DE EXCLUSIVIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL PARA FISCALIZAR AS ELEIÇÕES:**

De dois em dois anos, passamos pelo processo democrático de escolha dos representantes populares, o que faz com que o ano eleitoral seja olhado de modo diferenciado pelos políticos, bem como pelas instituições de fiscalização e julgamento.

Por conta dessa proeminência temática (eleições), criou-se um vício de atuação funcional, fruto até de uma “bitolação” doutrinária, no sentido de que a responsabilidade pela fiscalização da lisura do pleito é exclusiva do Ministério Público Eleitoral e da Polícia Federal.

Precisamos avançar, pois, mesmo reconhecendo que o *Parquet* Eleitoral é quem possui de direito a legitimidade para o ajuizamento das ações eleitorais típicas de combate à corrupção, bem como a titularidade da ação penal eleitoral, não se pode esquecer que diversas condutas tipificadas na legislação eleitoral representam também ilícitos cíveis ou criminais de competência da Justiça Comum e, portanto, que estão dentro da incumbência fiscalizatória do Ministério Público Comum (Estadual ou Federal), salvo nos delitos comuns conexos aos eleitorais, que serão julgados na justiça especializada.

Sendo assim, reiteramos o que afirmamos desde a primeira edição dessa obra: faz-se necessário que, tal como ocorre com o Ministério Público Eleitoral, os demais ramos ministeriais atuantes perante a Justiça Comum

83 Para maiores detalhes, conferir o artigo 8º, da Lei Complementar nº 75/93 e os artigos 26, 27 e 41, da Lei Federal nº 8.625/93.

planejem, através do Centro de Apoio de Defesa do Patrimônio Público e Moralidade Administrativa/Centro de Apoio Eleitoral e dos Núcleos de Combate à Corrupção, uma atuação de maneira específica e independente dos órgãos de execução para fiscalizar todos os atos de atribuição do Ministério Público Comum, sem prejuízo de uma atuação irmanada com o *Parquet* Eleitoral, quando possível e necessário.

Nesse sentido, sugerimos, à título de sugestão, que todos os Promotores de Justiça e Procuradores da República com atribuição de defesa do patrimônio público ou da moralidade administrativa, instaurem, já no início do ano eleitoral, inquérito civil público com o fim de prevenir e reprimir a prática de condutas vedadas aos agentes públicos em ano eleitoral (que também são atos de improbidade administrativa), recomendando a abstenção das práticas capituladas entre os artigos 73 e 77, da Lei das Eleições.

### - CASO CONCRETO NAS ELEIÇÕES DE 2018 -

Dentro da perspectiva ora proposta, trago ao conhecimento do leitor iniciativa que desenvolvi na Comarca de Juazeiro do Norte/CE, onde atuei na tutela do patrimônio público daquela cidade.

Trata-se da instauração de inquérito civil público voltado para prevenir e reprimir a prática de condutas vedadas aos agentes públicos em ano eleitoral, que deu ensejo, além da expedição de diversas recomendações aos Chefes dos Poderes Executivo e Legislativo local, ao ajuizamento de uma ação de improbidade administrativa em desfavor do atual Prefeito Municipal daquela urbe e de seu filho, hoje Deputado Federal, (Processo TJCE e-saj nº 0004485-29.2018.8.06.0112) pela suposta utilização desviada do *site* oficial do ente político, que promovia a imagem desse último, cuja pessoa era apontada desde 2017 com pré-candidato ao cargo de Deputado Federal e que não exercia qualquer cargo na estrutura administrativa do Município de Juazeiro do Norte, muito embora estivesse sempre ao lado de seu pai descerrando placas de inauguração e, até mesmo, representando o Chefe do Executivo (como apontam notícias jornalísticas institucionais).

Pois bem, diante dessa ação na Justiça Comum, obteve-se, em menos de 48 (quarenta e oito) horas (o que revela a gravidade da conduta), provimento de urgência consistente na determinação da retirada de todas as imagens do filho do Prefeito, bem como a proibição de sua promoção pessoal no *site* do Município de Juazeiro do Norte.

Trata-se, portanto, de um claro exemplo que demonstra bem como é necessária a atuação do Ministério Público comum nas eleições, em especial nas de caráter nacional, em que a competência para o processamento e julgamento das principais ações eleitorais é dos Tribunais Eleitorais, o que dificulta uma prevenção e repressão à corrupção no pleito de maneira efetiva.

Pois bem, analisada essa questão preliminar, gostaríamos de suscitar o debate e fomentar uma atuação diferenciada dos Promotores de Justiça e Procuradores da República nos pleitos vindouros, tirando-os da condição de meros ouvintes/observadores do que ocorre na seara eleitoral, para que possam, ao lado (de preferência) ou independentemente dos colegas que exerçam a função eleitoral, assumir posição ativa na fiscalização do pleito, em especial no tocante aos atos de improbidade administrativa, cuja competência não pertence à Justiça Eleitoral.

A bem da verdade, estamos apenas alertando que muitos esquecem desse dever funcional!

É de se ressaltar que essa atuação contemporânea aos fatos praticados durante o ano eleitoral possui inúmeros benefícios (jurídicos, sociais e institucionais), tais como: a) a obtenção de provimentos jurisdicionais efetivos e aptos a cessar a conduta ilícita, preservando, assim, o estado de legalidade e a higidez do pleito; b) o aumento do ônus processual e o custo financeiro para os que, no afã de conquistar um mandato eletivo na base do “vale tudo”, pratiquem condutas ilícitas e nocivas à higidez do processo eleitoral; c) a diminuição do fenômeno cultural da “institucionalização da corrupção”, segundo o qual as práticas antijurídicas vão se sedimentando no imaginário popular como algo normal, o que é altamente prejudicial para o fortalecimento da democracia e, sobretudo, para o respeito à legalidade, pois as pessoas passam a crer que vale a pena tentar tirar vantagem de alguma conduta ilícita que lhe possa trazer algum benefício; d) maior visibilidade ao Ministério Público (como Instituição una e indivisível) e, sobretudo, respaldo social superior ao que já goza atualmente, fatores determinantes para a manutenção das garantias e prerrogativas conferidas aos membros, que, dia após dia, são alvo de ataques por políticos processados pela atuação firme e imparcial do *Parquet*.

## **B) CRIAÇÃO DE GRUPO AUXILIAR DOS PROMOTORES**

**ELEITORAIS:** Além dessa perspectiva de atuação na seara da improbidade administrativa, apresentamos sugestão a ser implementada no âmbito do Ministério Público dos Estados, a partir de iniciativa pioneira que tivemos no Estado do Ceará: trata-se da criação de um Grupo Auxiliar da Procuradoria Eleitoral (GAPEL), composto exclusivamente por membros da Instituição, que teria as seguintes atribuições: b.1) monitorar condutas suspeitas a partir de dados públicos acessíveis a qualquer pessoa e obtidos sem qualquer prerrogativa funcional<sup>84</sup> (portanto, sem exercer atividade de substituição fiscalizatória do promotor eleitoral natural), remetendo a documentação pertinente ao membro com atribuição para atuar no caso concreto; b.2) receber denúncias em geral sobre o pleito, com o fim de fomentar a atuação do membro eleitoral e também articular uma ação por parte do Ministério Público Estadual na seara que lhe fosse pertinente; b.3) auxiliar, quando solicitado pelo Promotor Natural, na propositura, execução de medidas judiciais<sup>85</sup> e realização de atos instrutórios extrajudiciais ou processuais.

84 Exemplo disso são notícias retiradas da internet dando conta de fatos possivelmente ilícitos, ou a obtenção de dados dos sites de transparência pública etc.

85 Importa registrar que o Supremo Tribunal Federal (STF) já decidiu que “a Constituição vigente não veda a designação, no Ministério Público, de grupos especializados por matéria, na medida em que a atribuição aos seus componentes da condução dos processos respectivos implica a previa subtração deles da esfera de atuação do Promotor genericamente incumbido de atuar perante determinado

É importante destacar que providência análoga foi implementada no Estado do Rio de Janeiro, através de Enunciados Conjuntos aprovados no dia 27 de agosto de 2010 pelos Ministérios Públicos Federal e Estadual, tudo nos seguintes termos:

- Enunciado nº 04: Podem ser implementados, no âmbito dos Ministérios Públicos Estaduais, os Núcleos de Apoio às Promotorias Eleitorais, objetivando a concentração, celeridade, aprimoramento e interligação dos trabalhos eleitorais, ressalvada a atribuição do Procurador Regional Eleitoral, prevista no artigo 77 da LC nº 75/1993;

–Enunciado nº 09: Nas eleições nacionais, estaduais e municipais, os Promotores Eleitorais podem ser designados e indicados para auxílio recíproco, mediante a concordância de todos os interessados e em prol da necessidade e avaliação da melhor atuação em determinada circunscrição eleitoral.

### C) CRIAÇÃO DE APLICATIVOS E CANAIS DE DENÚNCIAS ANÔNIMAS:

Além disso, como forma de aproximação do Ministério Público Comum à sociedade, também referenciamos a criação do “Aplicativo Corrupção Zero”, plataforma digital criada em conjunto com o acadêmico de Direito Emerson de Campos Medeiros e que recebia denúncias sobre a matéria, garantindo o anonimato do denunciante, que, via de regra, teme as represálias pós-eleitorais, em especial nas cidades de interior. Referido projeto, inclusive, foi finalista do prêmio INNOVARE 2019 mesmo sem qualquer apoio da cúpula do Ministério Público do Ceará à época.

Colocamos a seguir o *layout* do dispositivo e o respectivo QR Code para quem queira conhecer a iniciativa:



juízo” (HC 69599, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 30.06.1993), sendo referido entendimento seguido fielmente pelo Superior Tribunal de Justiça, para quem “a criação de grupo especializado por meio de Resolução do Procurador-Geral da Justiça, com competência e membros integrantes estabelecidos previamente ao fato criminoso, não ofende o art. 29, IX, da Lei nº 8.625/96, nem o princípio do Promotor Natural” (REsp 495.928/MG, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 04.12.2003, DJ 02.02.2004, p. 347).

No mesmo aplicativo, existia uma plataforma com a legislação anticorrupção e portais de interesse da matéria, sendo recomendável também a inserção de pequenas informações sobre o que é permitido e proibido, bem como vídeos informativos.

**D) CRIAÇÃO DE ENUNCIADOS TEMÁTICOS PELA PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL DOS ESTADOS COM VISTAS A GARANTIR MAIOR SEGURANÇA JURÍDICA AOS PROMOTORES ELEITORAIS NO TOCANTE À NOVA LEI DO ABUSO DE AUTORIDADE:**

No final de 2019, foi aprovada a Lei nº 13.869/2019, também conhecida como nova lei do abuso de autoridade, concebida pelo Congresso Nacional com o explícito caráter revanchista contra as instituições que atuam na prevenção e repressão à corrupção.

É de se destacar que referido diploma legal criou diversos tipos penais que estão maculados pela ausência de taxatividade penal, mas que, pela sua vigência iniciada em 2020 e sem qualquer provimento cautelar do Supremo Tribunal Federal (STF) no bojo das ADI's ajuizadas, têm tido o efeito inibidor prático pretendido pelo legislador sobre juízes, promotores e delegados, que, muitas vezes, estão optando por não cumprirem o seu dever funcional de combater a corrupção eleitoral por receio de serem processados por abuso de autoridade.

Trata-se de atitude que não pode ser tolerada. Embora a lei tenha tipos penais abertos que geram insegurança, há nela a exigência de uma finalidade específica do agente para a consumação dos crimes de abuso de autoridade, sendo infundado todo esse temor por parte de quem simplesmente esteja agindo imbuído de boa-fé, ainda que agindo erroneamente.

Não obstante isso, pensamos que, em alguns crimes, a aprovação de enunciados técnicos por parte da chefia administrativa (Procuradoria Regional Eleitoral) pode dar a tranquilidade necessária para o desenvolvimento dos trabalhos e investigar, processar e julgar os responsáveis pela corrupção nas eleições, uma vez que a divergência na interpretação da lei não configura abuso de autoridade, como diz o artigo 1º, §2º, da Lei nº 13.869/2019.

Assim, sendo, trago à baila nossa interpretação sobre vários desses crimes de abuso de autoridade que podem repercutir na atividade dos membros do Ministério Público Eleitoral, Polícias e Poder Judiciário, levando em conta também a presunção de inocência que deve ser assegurada a todos os investigados.

Crimes de Abuso de Autoridade	Interpretação Sugerida
<p><b>Sobre o dolo específico exigível (Art. 1º, §1º): As condutas descritas nesta Lei constituem crime de abuso de autoridade quando praticadas pelo agente com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal.</b></p>	<p>Deve-se observar que a consumação desses delitos pressupõe ter o agente praticado a conduta típica com manifesto deliberado de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal, de modo que é incompatível com os tipos penais de abuso o dolo eventual ou o dolo genérico.</p> <p>Trata-se de medida imprescindível para que se possa diferenciar o agente que cometeu um erro, ou mesmo uma ilegalidade de boa-fé (por equívoco, mas sem o propósito deliberado de abusar das prerrogativas estatais que lhe foram outorgadas) daquele que agiu com o claro propósito preordenado de praticar a conduta típica para uma daquelas finalidades específicas exigidas pela lei.</p> <p>É importante registrar que essa válvula de escape trazida pela lei (inserida por emenda no Senado Federal) é o que permite diferenciar o agente corrupto (que deve ser punido exemplarmente) daquele que age de boa-fé, por convicção jurídica ou baseado em doutrina/jurisprudência não pacificadas. Sem isso, a lei seria toda inconstitucional, pois todo e qualquer erro seria abuso de autoridade.</p> <p>O dolo específico faz parte da tipicidade, nunca é demais lembrar, motivo pelo qual a justa causa para a instauração de investigação voltada a apurar crime de abuso de autoridade deve ser exigida previamente de maneira rígida, sob pena de se legitimar tentativas criminosas de constrangimentos a autoridades.</p> <p>As representações por supostos abuso de autoridade devem trazer, portanto, elementos de prova ou indícios nesse sentido, sob pena do representante, ainda que advogado seja<sup>86</sup>, incorrer em calúnia (artigo 138, do Código Penal) ou denúncia caluniosa (artigo 338, do Código Penal ou 326-a, do Código Eleitoral), que devem ser apurados pelo Ministério Público à luz da Súmula 714 do Supremo Tribunal Federal (STF): “É concorrente a legitimidade do ofendido, mediante queixa, e do ministério público, condicionada à representação do ofendido, para a ação penal por crime contra a honra de servidor público em razão do exercício de suas funções.”</p> <p>Em sentido parecido com o que defendemos, surge o disposto no Enunciado 29 do Grupo de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCRIM): “Representações indevidas por abuso de autoridade podem, em tese, caracterizar crime de denúncia caluniosa (CP, art. 339), dano civil indenizável (CC, art. 953) e, caso o reclamante seja agente público, infração disciplinar ou político-administrativa.”</p>

Crimes de Abuso de Autoridade	Interpretação Sugerida
	<p>Por fim, não se pode ignorar que eventual representação por abuso de autoridade pode ser uma estratégia da defesa no sentido de arguir a suspeição da autoridade representada, motivo pelo qual “a representação indevida por abuso de autoridade contra juiz, promotor de Justiça, delegados ou agentes públicos em geral, não enseja, por si só, a suspeição ante a aplicação da regra de que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza, nos termos do que disposto, inclusive, no art. 256 do CPP” (Enunciado 30 do Grupo de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal - GNCRIM).</p>
<p><b>Sobre a divergência na interpretação da lei (Art. 1º, §2º: A divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas não configura abuso de autoridade.</b></p>	<p>A divergência doutrinária ou jurisprudencial, ainda que isolada, é excludente da tipicidade penal.</p> <p>Apenas interpretações sem qualquer amparo em estudos ou decisões judiciais, bem como aquelas que sejam <i>contra legem</i> justificam a apuração por abuso de autoridade.</p> <p>A ciência jurídica é eclética e erros/interpretações calcadas na boa-fé não podem ser criminalizadas</p>
<p><b>Art. 9º Decretar medida de privação da liberdade em manifesta desconformidade com as hipóteses legais:</b></p> <p><b>Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.</b></p> <p><b>Parágrafo único. Incorre na mesma pena a autoridade judiciária que, dentro de prazo razoável, deixar de:</b></p> <p><b>I - relaxar a prisão manifestamente ilegal;</b></p> <p><b>II - substituir a prisão preventiva por medida cautelar diversa ou de conceder liberdade provisória, quando manifestamente cabível;</b></p> <p><b>III - deferir liminar ou ordem de habeas corpus, quando manifestamente cabível.</b></p>	<p>Para que não se declare a inconstitucionalidade pura e simples da lei, parece-nos ser cabível uma interpretação conforme à Constituição da tipificação em comento para estabelecer que só há crime quando seja determinada a privação de liberdade de alguém contra enunciado expresso de uma súmula vinculante (como no caso das de número 24<sup>87</sup> e 25<sup>88</sup>) ou contra tese fixada em sede de repercussão geral ou recurso repetitivo, uma vez que tais institutos visam a exatamente manter a uniformidade da jurisprudência e o próprio sistema já coloca tais entendimentos como forma de garantir a isonomia no julgamento de casos similares, em especial no tocante às súmulas vinculantes.</p> <p>Observe-se, porém, que se houver o descumprimento de tais precedentes motivadamente não terá a autoridade responsável incorrido, <i>ipso facto</i>, no delito de abuso de autoridade descrito no artigo 9º, pois ainda será preciso que se demonstre cabalmente que a mesma agiu com o dolo específico de prejudicar outrem, beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou que agiu por mero capricho pessoal. E isso, é ônus probatório da acusação, nunca é demais lembrar, sob pena de responsabilidade penal objetiva.</p> <p>Do contrário, será um <i>error in iudicando</i>, passível de ser sanado via reclamação, <i>habeas corpus</i> ou o recurso cabível, sem que se possa cogitar de qualquer responsabilidade do julgador.</p>

Crimes de Abuso de Autoridade	Interpretação Sugerida
	<p>Trata-se de premissa básica para assegurar também a independência funcional das autoridades, que poderão ficar refém dos criminosos.</p> <p>Também não haverá o crime, por exemplo, se o magistrado decretar prisões em desrespeito ao disposto no artigo 236, do Código Eleitoral, se o mesmo tiver declarado incidentalmente a não-recepção desse dispositivo, como defende quase toda a doutrina eleitoral (vide item 2.1).</p> <p>Mais grave, porém, é o disposto no parágrafo único desse mesmo artigo, que traz três hipótese de penalização dos magistrados que, “dentro de prazo razoável” (sem especificar qualquer critério cronológico fixo ou objetivo<sup>89</sup>), “deixar de: I – relaxar a prisão manifestamente ilegal”.</p> <p>Aqui, mais uma vez, falta previsibilidade da conduta que se quer coibir, pois, salvos aquelas hipóteses acima referidas (súmulas vinculantes, teses de repercussão geral, recursos repetitivos ou decisões em controle concentrado de constitucionalidade), não há um parâmetro seguro para o magistrado sobre o que se entende por “prisão manifestamente ilegal”.</p> <p>No mesmo juízo de inconstitucionalidade incide o inciso II, segundo o qual também comete crime quem, “dentro de prazo razoável, deixar de substituir a prisão preventiva por medida cautelar diversa ou de conceder liberdade provisória, quando manifestamente cabível.”</p> <p>Sendo repetitivo, mas não há como ser diferente diante de tamanha inépcia legislativa: como criminalizar a conduta de um magistrado que, interpretando a lei à luz de certa doutrina ou jurisprudência (ainda que minoritárias) entende não ser o caso de conversão da prisão em medida cautelar ou de que não cabe a liberdade provisória, se na mesma lei consta dispositivo que imuniza a conduta de quem age amparado em divergência na interpretação da lei (artigo 1º, §2º)?</p> <p>Trata-se de uma clara contradição interna da lei, agravada pelo uso de expressões genéricas e imprecisas, como já apontado acima.</p> <p>O mesmo raciocínio vale para o inciso III, que diz ser crime deixar de “deferir liminar ou ordem de habeas corpus, quando manifestamente cabível.”</p>

Crimes de Abuso de Autoridade	Interpretação Sugerida
<p><b>Art. 10. Decretar a condução coercitiva de testemunha ou investigado manifestamente descabida ou sem prévia intimação de comparecimento ao juízo:</b></p> <p><b>Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.</b></p>	<p>À luz do decidido pelo Supremo Tribunal Federal nas ADPS's nº395 e 444, não cabe condução coercitiva contra réus e investigados para o seu interrogatório.</p> <p>Porém, ainda é possível tal medida no caso de testemunhas devidamente notificadas e que se ausentem sem qualquer justificativa.</p> <p>Essa, aliás, foi a orientação sedimentada pelo Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCRIM), que, em seu enunciado 06, estabeleceu que “os investigados e réus não podem ser conduzidos coercitivamente à presença da autoridade policial ou judicial para serem interrogados. Outras hipóteses de condução coercitiva, mesmo de investigados ou réus para atos diversos do interrogatório, são possíveis, observando-se as formalidades legais.”</p>
<p><b>Art. 27. Requisitar instauração ou instaurar procedimento investigatório de infração penal ou administrativa, em desfavor de alguém, à falta de qualquer indício da prática de crime, de ilícito funcional ou de infração administrativa:</b></p> <p><b>Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.</b></p> <p><b>Parágrafo único. Não há crime quando se tratar de sindicância ou investigação preliminar sumária, devidamente justificada.</b></p>	<p>Mais uma vez, estamos diante de tipo que possui elementar extremamente vaga e indeterminada (a tal “falta de qualquer indício”), que traz carga de insegurança e subjetivismo incompatível com os princípios da anterioridade e da taxatividade penal.</p> <p>A grande polêmica desse artigo diz respeito à (im) possibilidade de instauração ou requisição de instauração de procedimentos investigatórios a partir das chamadas denúncias anônimas, incluindo aí as mensagens de autoria desconhecida que são compartilhadas via aplicativos de comunicação, como whatsapp, facebook, telegram, linkedin e congêneres.</p> <p>Para chegarmos a uma conclusão segura, é preciso diferenciar às investigações cíveis e criminais.</p> <p>No que diz respeito à persecução de infrações penais, a jurisprudência dos Tribunais Superiores exige, há um bom tempo, a realização prévia de diligência complementar à denúncia anônima para que se instaure o procedimento investigatório<sup>90</sup> ou seja determinada qualquer diligência probatória<sup>91</sup>.</p> <p>Observe-se, porém, que a denúncia anônima poderá subsidiar investigações (procedimento preparatórios, inquérito civil público etc) referentes à ilícitos cíveis em geral (improbidade administrativa, condutas vedadas em ano eleitoral, abuso de poder, propaganda irregular etc) sem que se cogite da prática de qualquer crime.</p>

Crimes de Abuso de Autoridade	Interpretação Sugerida
	<p>Essa, aliás, é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ)<sup>92</sup>, segundo a qual “a denúncia anônima não é óbice à instauração de inquérito civil por parte do Ministério Público, a quem compete a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Com efeito, a existência de documento apócrifo não impede a respectiva investigação acerca de sua veracidade, porquanto o anonimato não pode servir de escudo para eventuais práticas ilícitas.”</p> <p>Para finalizar, destacamos que o uso de matérias jornalísticas também pode servir, <i>a priori</i>, como fundamento para a deflagração de investigações cíveis ou criminais, posto que as mesmas não se tratam de informações apócrifas.</p> <p>Nesse tocante, compartilho com o leitor que em nossa experiência como Promotor de Justiça sempre usamos, com êxito, notícias jornalísticas (privadas ou institucionais) para a realização de investigações, principalmente no tocante à práticas de abuso de poder ou condutas vedadas em ano eleitoral.</p> <p>A grande verdade é que, muitas vezes, políticos, pré-candidatos, empresários e cabos eleitorais estão acostumados a divulgar atos ilícitos na imprensa como forma de mostrar força e poder, mas esquecem que esse material pode ser usados contra si no caso de investigadores atentos à realidade local.</p> <p>Destaco que, em recente julgado, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que “é possível que a investigação criminal seja perscrutada pautando-se pelas atividades diurnas da autoridade policial, <i>verbi gratia</i>, o conhecimento da prática de determinada conduta delitiva a partir de veículo midiático, no caso, a imprensa. É o que se convencionou a denominar, em doutrina, de <i>notitia criminis de cognição imediata</i> (ou espontânea), terminologia obtida a partir da exegese do art. 5º, inciso I, do CPP, do qual se extrai que “nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado de ofício. In casu, uma reportagem jornalística pode ter o condão de provocar a autoridade encarregada da investigação, a qual, no desempenho das funções inerentes a seu cargo, tendo notícia de crime de ação penal pública incondicionada, deve agir inclusive <i>ex officio</i>.” (RHC 98.056/CE, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 04/06/2019, DJe 21/06/2019).</p>

Crimes de Abuso de Autoridade	Interpretação Sugerida
	<p>Destaco, por fim, que o enunciado 17 do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCRIM) seguiu essa mesma linha, ao estabelecer que “a configuração do abuso de autoridade pela deflagração de investigação criminal com base em matéria jornalística, necessariamente, há de ser avaliada a partir dos critérios interpretativos trazidos pela Lei (art. 1º, § 1º) e da flagrante ausência de <i>standard</i> probatório mínimo que a justifique.”</p>
<p><b>Art. 30. Dar início ou proceder à persecução penal, civil ou administrativa sem justa causa fundamentada ou contra quem sabe inocente:</b> <b>Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.</b></p>	<p>Nesse caso, temos outra elementar extremamente vaga e subjetiva, que deixa a subsunção de um fato ao critério do magistrado de plantão, pois não há como saber previamente o que configura a tal “justa causa fundamentada”.</p> <p>Assim, a única interpretação constitucional possível desse dispositivo à luz da autonomia e independência conferidas ao Ministério Público, bem como do combate eficiente ao crime e à corrupção exigidos pela Constituição Federal, Tratados/Convenções Internacionais e leis orgânicas dessas e outras carreiras de persecução e controle é no sentido de que o ato de formalização do procedimento investigatório (seja Notícia de Fato, Inquérito Civil Público, Procedimento Investigatório Criminal ou Inquérito Policial) seja devidamente motivado sobre os fatos que ensejaram a sua instauração.</p> <p>A expressão “contra quem sabe inocente” não nos parece inconstitucional, pois é matéria de ônus probatório e, de fato, quem usa investigações de maneira dolosa contra outrem que sabe não possuir de plano qualquer culpa deve ser punido mesmo.</p>
<p><b>Art. 31. Estender injustificadamente a investigação, procrastinando-a em prejuízo do investigado ou fiscalizado:</b> <b>Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.</b> <b>Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, inexistindo prazo para execução ou conclusão de procedimento, o estende de forma imotivada, procrastinando-o em prejuízo do investigado ou do fiscalizado.</b></p>	<p>Sem dúvidas, existe uma prática forense (ilegal, diga-se de passagem) de alargamento temporal imotivado das investigações cíveis e criminais envolvendo os atos de corrupção eleitoral, uma vez que, na maioria dos casos, a polícia judiciária e o Ministério Público não possuem a estrutura necessária para dar conta da demanda.</p> <p>Não raro, verifica-se a tramitação de procedimentos durante dois pleitos seguidos (4 anos) através dos chamados inquéritos “ao, ao”, em que delegados e promotores vão postergando a investigação sem qualquer justificativa de diligências pendentes.</p> <p>Tal comportamento viola o princípio da duração razoável do processo (artigo 5º, LXVIII, CF/88), como já decidiu o Supremo Tribunal Federal (STF):</p>

Crimes de Abuso de Autoridade	Interpretação Sugerida
	<p>“3. A EC 45/2004 introduziu norma que assegura a razoável duração do processo judicial e administrativo (art. 5º. LXXVIII). Conforme a doutrina, esta norma deve ser projetada também para o momento da investigação. As Cortes Internacionais adotam três parâmetros: a) a complexidade do caso; b) a atividade processual do interessado; c) a conduta das autoridades judiciárias. No caso de inquéritos em tramitação perante o STF, os arts. 230-C e 231 do RISTF estabelecem os prazos de 60 dias para investigação e 15 dias para oferecimento da denúncia ou arquivamento, com possibilidade de prorrogação (art. 230-C, §1º, RISTF). 4. No julgamento da Questão de Ordem na Ação Penal nº 937, o Plenário do STF fixou o entendimento que terminada a instrução processual, a ação penal deveria ser julgada pelo Tribunal, independentemente de se tratar de hipótese que determinaria a baixa dos autos. Aplicando este entendimento de modo análogo, a Primeira Turma assentou, no INQ nº 4.647, que o inquérito pronto para juízo de admissibilidade da denúncia deveria ser apreciado pela Corte. Este entendimento também se aplica aos casos de arquivamento pela ausência de indícios mínimos de materialidade e autoria delitiva. 5. Caso em que inexistem indícios mínimos de materialidade e autoria delitiva, mesmo após 15 meses de tramitação do inquérito. Depoimentos genéricos e inespecíficos relatando o recebimento de recursos eleitorais em pleito no qual o investigado sequer disputou qualquer mandato eletivo. Apresentação apenas de elementos de corroboração produzidos pelos próprios investigados. Arquivamento do inquérito, na forma do art. 21, XV, “e”, art. 231, §4º, “e”, ambos do RISTF, e art. 18 do CPP.” (Inq 4458, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/09/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-208 DIVULG 28-09-2018 PUBLIC 01-10-2018).</p> <p>Assim sendo, não é possível que inquéritos (policiais ou civis) e procedimentos investigatórios presididos por membros do Ministério Público, que possuem prazos de conclusão impróprios<sup>93</sup>, tramitem <i>ad eternum</i> sem uma justificativa concreta para as sucessivas prorrogações calcadas muitas vezes no temor de arquivamento de uma investigação contra um “culpado”.</p>

Crimes de Abuso de Autoridade	Interpretação Sugerida
	<p>Nesses casos, a ilegalidade é flagrante e corroboramos com o entendimento já consagrado no Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e no Superior Tribunal de Justiça (STJ)<sup>94</sup> no sentido de que “a duração do inquérito será razoável e justificada enquanto houver diligências a serem realizadas pela autoridade policial que sirvam ao propósito de oferecer fundamentos à formação da <i>opinio delicti</i> do Ministério Público”, de modo que “embora não se constate inércia ou falta de interesse por parte da autoridade policial na apuração dos fatos em apreço, passados mais de três anos da instauração do inquérito sem que o Ministério Público tenha concluído pela viabilidade ou não da ação penal, impõe-se a fixação de prazo para sua conclusão em atenção ao princípio da razoável duração do processo de investigação, a fim de que o paciente não seja submetido a um procedimento eterno.” (TSE, Recurso em Habeas Corpus nº 6453, Acórdão de 03/09/2014, Relator(a) Min. LUCIANA CHRISTINA GUIMARÃES LÓSSIO, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 183, Data 30/09/2014, Página 487).</p> <p>Pois bem, fixada essa premissa, não se pode incorrer na equivocada interpretação de que as autoridades que prorroguem as investigações para além do prazo legal, ainda que injustificadamente, cometem crime de abuso de autoridade.</p> <p>Pode haver uma ilegalidade, mas não abuso, que reclama prova do dolo específico, cujo ônus probatório é de quem acusa. O excesso de trabalho (muitas vezes, temos autoridades respondendo por diversas cidades pela ausência de titulares) e a falta de estrutura não podem ser desconsideradas nessa análise.</p>
<p><b>Art. 32. Negar ao interessado, seu defensor ou advogado acesso aos autos de investigação preliminar, ao termo circunstanciado, ao inquérito ou a qualquer outro procedimento investigatório de infração penal, civil ou administrativa, assim como impedir a obtenção de cópias, ressalvado o acesso a peças relativas a diligências em curso, ou que indiquem a realização de diligências futuras, cujo sigilo seja imprescindível:</b> <b>Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.</b></p>	<p>Uma das garantias constitucionais inerentes a qualquer Estado de Democrático é o direito à ampla defesa, que é exercido de maneiras diversas, dentre elas o acesso dos investigados aos autos de qualquer investigação que lhes digam respeito.</p> <p>Claro que não se trata de um direito absoluto, pois se houver diligências em curso cujo sigilo seja necessário para o seu êxito (como ordem judicial de busca e apreensão, de prisão, de interceptação telefônica ou de indisponibilidade patrimonial), será legítima a recusa de acesso, conforme dispõe a súmula vinculante nº 14, que diz: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.”</p>

Crimes de Abuso de Autoridade	Interpretação Sugerida
	<p>Sobre o alcance do referido enunciado, já nos manifestamos em outra assentada nos seguintes termos<sup>95</sup>: “Pois bem, feita essa observação inicial quanto à incidência da súmula vinculante nº 14, algumas questões práticas merecem ser abordadas.</p> <p>Em primeiro lugar, “o direito de acesso aos dados de investigação não é absoluto, porquanto o legislador ordinário trouxe temperamentos a essa prerrogativa, consoante se infere da exegese do artigo 7º, §§ 10 e 11, da lei 8.906/1994 – Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, com a redação conferida pela Lei 13.245/2016, (...). Nesse contexto, cabe referir que o espectro de incidência do Enunciado 14 da Súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal não abrange diligências ainda em andamento e elementos ainda não documentados, mormente se considerados os dispositivos legais supramencionados, além de se fazer necessária a apresentação de procuração nas hipóteses de autos sujeitos a sigilo.” (Rcl 30.957, rel. min. Luiz Fux, dec. monocrática, j. 10-8-2018, DJE 164 de 14-8-2018).</p> <p>Assim, “a pendência na conclusão de diligências investigatórias já deferidas pela autoridade reclamada é argumento legítimo para o indeferimento do acesso irrestrito pleiteado pelo reclamante.” (Rcl 29.958, rel. min. Alexandre de Moraes, dec. monocrática, j. 9-8-2018, DJE 164 de 14-8-2018).</p> <p>É importante destacar que o sigilo da investigação não é justificativa idônea para a recusa de acesso à investigação por parte da defesa, como já assentou o STF: “O Supremo Tribunal Federal assentou a essencialidade do acesso por parte do investigado aos elementos probatórios formalmente documentados no inquérito – ou procedimento investigativo similar - para o exercício do direito de defesa, ainda que o feito seja classificado como sigiloso. Precedentes. Nesse contexto, independentemente das circunstâncias expostas pela autoridade reclamada, é legítimo o direito de o agravante ter acesso aos elementos de prova devidamente documentados nos autos do procedimento em que é investigado e que lhe digam respeito, ressalvadas apenas e tão somente as diligências em curso. (Rcl 28.903 AgR, rel. min. Edson Fachin, red. p/ o ac. min. Dias Toffoli, 2ª T, j. 23-3-2018, DJE 123 de 21-6-2018).</p>

Crimes de Abuso de Autoridade	Interpretação Sugerida
	<p>E mais: o acesso é amplo e irrestrito, não sendo lícito qualquer direcionamento quanto ao que pode ou não pode ser copiado. Assim já se decidiu: “Tendo em vista a expressão “acesso amplo”, deve-se facultar à defesa o conhecimento da integralidade dos elementos resultantes de diligências, documentados no procedimento investigatório, permitindo, inclusive, a obtenção de cópia das peças produzidas. O sigilo refere-se tão somente às diligências, evitando a frustração das providências impostas. Em síntese, o acesso ocorre consideradas as peças constantes dos autos, independentemente de prévia indicação do Ministério Público.” (Rcl 31.213 MC, rel. min. Marco Aurélio, dec. monocrática, j. 20-8-2018, DJE 174 de 24-8-2018).</p> <p>Também é importante atentar-se para o fato de que “o direito ao “acesso amplo”, descrito pelo verbete mencionado, engloba a possibilidade de obtenção de cópias, por quaisquer meios, de todos os elementos de prova já documentados, inclusive mídias que contenham gravação de depoimentos em formato audiovisual. A simples autorização de ter vista dos autos, nas dependências do Parquet, e transcrever trechos dos depoimentos de interesse da defesa, não atende ao enunciado da Súmula Vinculante 14. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende ser desnecessária a degravação da audiência realizada por meio audiovisual, sendo obrigatória apenas a disponibilização da cópia do que registrado nesse ato.”(Rcl 23.101, rel. min. Ricardo Lewandowski, 2ª T, j. 22-11-2016, DJE 259 de 6-12-2016).</p> <p>Outro fato bastante recorrente na prática diz respeito à recusa no fornecimento dos depoimentos das testemunhas antes do interrogatório do investigado, por “estratégia da investigação”, o que já foi rechaçado pelo STF: “No caso, conforme despacho da autoridade policial, já foram tomados os depoimentos de testemunhas, mas os respectivos termos não foram juntados aos autos. A autoridade policial argumentou que, por estratégia de investigação, o investigado deve ser ouvido antes de tomar conhecimento do depoimento das testemunhas. Acrescentou que o interrogatório e os depoimentos das testemunhas fazem parte de uma única diligência policial. Dessa forma, não haveria diligência concluída, de juntada obrigatória aos autos. O ato contraria o entendimento desta Corte representado pela Súmula Vinculante 14. O depoimento de</p>

Crimes de Abuso de Autoridade	Interpretação Sugerida
	<p>testemunhas é uma diligência separada do interrogatório do investigado. Não há diligência única, ainda em andamento. De forma geral, a diligência em andamento que pode autorizar a negativa de acesso aos autos é apenas a colheita de provas cujo sigilo é imprescindível. O argumento da diligência em andamento não autoriza a ocultação de provas para surpreender o investigado em seu interrogatório. É direito do investigado tomar conhecimento dos depoimentos já colhidos no curso do inquérito, os quais devem ser imediatamente entranhados aos autos. Em consequência, a defesa deve ter prazo razoável para preparar-se para a diligência, na forma em que requerido. (Inq 4.244, rel. min. Gilmar Mendes, dec. monocrática, j. 25-4-2017, DJE 87 de 26-4-2017).</p> <p>Nos casos de corrupção praticada por ação de organizações criminosas, em especial quando celebrados acordos de colaboração premiada, alguns entendimentos da jurisprudência do STF merecem ser trazidos à baila:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- “O Termo de Colaboração Premiada revela natureza de negócio jurídico processual, consistindo meio de obtenção de prova cujo sigilo perdura até que sobrevenha decisão de recebimento da denúncia (art. 7º, §1º e §3º, da Lei 12.850/2013). O Termo do Acordo de Colaboração, celebrado entre Ministério Público e Colaborador, não é alcançado pela regra de que ao defensor deve ser garantido o acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício da ampla defesa. O Termo de Colaboração Premiada, porquanto negócio jurídico processual personalíssimo, não admite impugnação de terceiros, conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sedimentada a partir do HC 127.483/PR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 04/02/2016. (Inq 4.619 AgR, rel. min. Luiz Fux, 1ª T, j. 10-9-2018, DJE 202 de 25-9-2018).</li> <li>- “O Plenário do Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento, em mais de uma ocasião (HC 127483 e PET 7074-AgR), no sentido de que o delatado não possui legitimidade para impugnar o acordo de colaboração premiada. É que seu interesse se restringe aos elementos de prova obtidos a partir dos acordos de colaboração premiada, e eventual ação penal seria o foro próprio para esta impugnação. A mudança jurisprudencial ocasional gera insegurança jurídica e reduz a confiança na jurisdição. A negativa de acesso aos acordos de colaboração premiada pelo investigado delatado</li> </ul>

Crimes de Abuso de Autoridade	Interpretação Sugerida
	<p>não afronta o enunciado de súmula vinculante 14, na medida em que não é o acordo em si que repercute na esfera jurídica do investigado, mas os elementos de prova produzidos a partir dele. E tais elementos estão nos autos, em especial, o depoimento dos colaboradores e os documentos por eles fornecidos. Após o recebimento da denúncia, se for o caso de instaurar a ação penal, o acordo será público e o investigado terá acesso a ele.” (Inq 4.405 AgR, rel. min. Roberto Barroso, 1ª T, j. 27-2-2018, DJE 64 de 5-4-2018).</p> <p>- “Enquanto não instaurado formalmente o inquérito propriamente dito acerca dos fatos declarados, o acordo de colaboração e os correspondentes depoimentos estão sujeitos a estrito regime de sigilo. Instaurado o inquérito, ‘o acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento’(art. 7º, § 2º). Assegurado, como assegura, o acesso do investigado aos elementos de prova carreados na fase de inquérito, o regime de sigilo consagrado na Lei 12.850/2013 guarda perfeita compatibilidade com a Súmula Vinculante 14. (Rcl 22.009 AgR, rel. min. Teori Zavascki, 2ª T, j. 16-2-2016, DJE 95 de 12-5-2016).</p> <p>- “O conteúdo dos depoimentos prestados em regime de colaboração premiada está sujeito a regime de sigilo, nos termos da Lei 12.850/2013 (...). 2. O sigilo perdura, em princípio, enquanto não “(...) recebida a denúncia” (art. 7º, § 3º) e especialmente no período anterior à formal instauração de inquérito. Entretanto, instaurado formalmente o inquérito propriamente dito, o acordo de colaboração e os correspondentes depoimentos permanecem sob sigilo, mas com a ressalva do art. 7º, § 2º, da Lei 12.850/2013 (...). 3. Assegurado o acesso do investigado aos elementos de prova carreados na fase de inquérito, o regime de sigilo consagrado na Lei 12.850/2013 guarda perfeita compatibilidade com a Súmula Vinculante 14, que garante ao defensor legalmente constituído (...).” (Pet 6.164 AgR, rel. min. Teori Zavascki, 2ª T, j. 6-9-2016, DJE 201 de 21-9-2016).</p>

Crimes de Abuso de Autoridade	Interpretação Sugerida
	<p>Pois bem, o tipo penal em estudo surgiu exatamente dentro desse contexto, colocando um ponto final em algumas das celeumas acima apontadas. É importante salientar que o dispositivo em estudo havia sido vetado nos seguintes termos:</p> <p>“A propositura legislativa gera insegurança jurídica, pois o direito de acesso aos autos possui várias nuances e pode ser mitigado, notadamente, em face de atos que, por sua natureza, impõem o sigilo para garantir a eficácia da instrução criminal. Ademais, a matéria já se encontrar parametrizada pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos da Súmula Vinculante nº 14.”</p> <p>Não concordamos, porém, com tais argumentos. E a razão decorre não só do teor da Constituição Federal, mas da nossa própria experiência profissional como Promotor de Justiça.</p> <p>Nunca negamos acesso a autos para qualquer investigado e, sempre, obtivemos êxito em nossos pleitos de combate à corrupção. Claro que o sigilo é fundamental, mas ele decorre também da forma de condução do procedimento investigatório (cível ou criminal).</p> <p>Quem quer manter o sigilo de uma investigação não deve sair divulgando nos canais institucionais que a mesma foi instaurada, ou que vai fazê-lo. Às vezes, essa divulgação é uma estratégia, mas que tem o seu preço: o fim do sigilo e o dever de franquear acesso aos autos, sob pena de ilegalidade manifesta, que, porém, não será abuso de autoridade de plano, posto que inexistente o dolo específico.</p>
<p><b>Art. 38. Antecipar o responsável pelas investigações, por meio de comunicação, inclusive rede social, atribuição de culpa, antes de concluídas as apurações e formalizada a acusação:</b></p>	<p>Um dos grandes problemas vivenciados na atualidade é o equilíbrio entre o direito fundamental à informação dos cidadãos, o dever de transparência dos agentes públicos e a preservação da intimidade e vida privada das pessoas investigadas e processadas à luz da presunção de inocência.</p> <p>Toda e qualquer tentativa de censura pura e seca às chamadas “entrevistas coletivas” ou mesmo “comunicados à imprensa”, “notas públicas” ou similares deve ser rechaçada, mas não há dúvidas de que as mesmas não podem ser utilizadas como um palco para a condenação midiática logo após a deflagração das chamadas “operações”.</p> <p>Acreditamos que a postura dos agentes públicos responsáveis pelas investigações no que diz respeito ao trato com os meios de comunicação, inclusive o uso de redes sociais, deve ser restrita a apresentação dos dados necessários para que todos saibam do que a mesma trata, quais medidas foram eventualmente adotadas na seara judicial ou extrajudicial, sempre, porém, omitindo-se de atribuir culpa antecipadamente.</p>

Crimes de Abuso de Autoridade	Interpretação Sugerida
	<p>Por culpa antecipada, deve-se entender a conduta de imputar a alguém a autoria ou participação em determinado ilícito (criminal, cível ou administrativo) sem que a acusação (petição inicial de qualquer ação ou medida cautelar/de urgência) tenha sido formalizada.</p> <p>O tipo deixa bem claro que a conduta proibida deve ser praticada especificamente pelo “responsável pelas investigações”, de modo que qualquer pessoa que atribua culpa a outrem no contexto do tipo, mas sem participação da dita autoridade irá praticar crime contra a honra (artigos 138, 139 e 140, do Código Penal).</p>
<p><b>Art. 43. A Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 7º-B:</b></p> <p><b>‘Art. 7º-B Constitui crime violar direito ou prerrogativa de advogado previstos nos incisos II, III, IV e V do caput do art. 7º desta Lei:</b></p> <p><b>Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.’”</b></p>	<p>“O Estatuto da Advocacia prevê dezenas de direitos e prerrogativas de advogados. A lei nº 13.869/2019 passou a tipificar a violação a quatro desses direitos como abuso de autoridade.</p> <p>A primeira delas é violar escritório ou local de trabalho do advogado, incluindo seus instrumentos de trabalho e sua comunicação relativa ao exercício da advocacia:</p> <p><b>“Art. 7º São direitos do advogado:</b></p> <p>(...)</p> <p><b>II – a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia;”</b></p> <p>O próprio Estatuto da Advocacia deixa claro que não há violação quando houver indícios da prática de crime pelo próprio advogado, sendo plenamente possível que, nessa situação peculiar, o escritório do advogado seja alvo de medida de busca e apreensão:</p> <p><b>“Art. 7º. (...)</b></p> <p><b>§ 6º Presentes indícios de autoria e materialidade da prática de crime por parte de advogado, a autoridade judiciária competente poderá decretar a quebra da inviolabilidade de que trata o inciso II do caput deste artigo, em decisão motivada, expedindo mandado de busca e apreensão, específico e pormenorizado, a ser cumprido na presença de representante da OAB, sendo, em qualquer hipótese, vedada a utilização dos documentos, das mídias e dos objetos pertencentes a clientes do advogado averiguado, bem como dos demais instrumentos de trabalho que contenham informações sobre clientes.</b></p>

Crimes de Abuso de Autoridade	Interpretação Sugerida
	<p><b>§ 7º A ressalva constante do § 6º deste artigo não se estende a clientes do advogado averiguado que estejam sendo formalmente investigados como seus partícipes ou co-autores pela prática do mesmo crime que deu causa à quebra da inviolabilidade”.</b></p> <p>Portanto, a inviolabilidade pressupõe o exercício ético da advocacia, que jamais deve ser utilizada como instrumento para a prática de crimes.</p> <p>É evidente que a conclusão do curso de Direito e a aprovação no exame de ordem não conferem um salvo-conduto para os cidadãos que cruzam a linha da criminalidade.</p> <p>Mesmo em casos em que o próprio advogado seja investigado ou processado, será necessário resguardar o sigilo de eventuais outros clientes. Assim, a medida de busca e apreensão deve se limitar à apreensão de documentos que digam respeito à atuação do advogado junto a seus clientes contra quem existam prévios indícios de coautoria ou participação delitiva, pelo mesmo fato que motivou a expedição do mandado de busca e apreensão.</p> <p>Qualquer que seja a natureza da medida, a busca e apreensão deverá ser realizada inteiramente na presença de representante da OAB, até sua conclusão. Os agentes públicos devem preservar a integridade do local e só iniciar o cumprimento da busca com a chegada de representante da OAB.</p> <p>A segunda hipótese de abuso de autoridade é a violação ao direito de comunicação do advogado com seu cliente preso, de forma pessoal e reservada, ainda que sem procuração.</p> <p><b>“Art. 7º São direitos do advogado: (...)</b>  <b>(...)</b></p> <p><b>III - comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis;</b></p> <p>Evidentemente, é preciso que o agente público avalie se aquele profissional, de fato, é advogado da pessoa presa com quem pretende falar, afinal o agente também o dever de resguardar a integridade física do preso e de manter a segurança do estabelecimento.</p>

Crimes de Abuso de Autoridade	Interpretação Sugerida
	<p>Para tanto, será necessário que o advogado comprove estar regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil e que a pessoa presa confirme, ainda que verbalmente, que tal pessoa se trata realmente de seu advogado. É obviamente permitido que o agente público verifique se o documento apresentado é autêntico e se a referida inscrição está ativa junto à OAB.</p> <p>Tratando-se realmente de advogado da pessoa presa, seu direito de comunicação deve ser assegurado. Trata-se de expressão do direito de defesa, que deve ser preservado.</p> <p>A terceira hipótese de abuso de autoridade se dá com o desrespeito a prerrogativa de advogado em caso de prisão.</p> <p><b>“Art. 7º São direitos do advogado: (...)</b>  <b>(...)</b>  <b>IV - ter a presença de representante da OAB, quando preso em flagrante, por motivo ligado ao exercício da advocacia, para lavratura do auto respectivo, sob pena de nulidade e, nos demais casos, a comunicação expressa à seccional da OAB;</b></p> <p>O Estatuto da Advocacia faz distinção quanto ao motivo da prisão. Se houver ligação com o exercício da advocacia, a prisão só poderá ser efetuada na presença de representante da OAB. Se for por outro motivo, tal formalidade não será necessária, bastando que se comunique o ocorrido à respectiva unidade seccional da Ordem dos Advogados do Brasil.</p> <p>Assim, se a prisão for motivada por uma discussão de trânsito, o advogado poderá ser preso em flagrante normalmente, bastando que se comunique posteriormente o fato à OAB.</p> <p>Contudo, caso o mesmo advogado seja preso temporariamente por fundada suspeita de integrar organização criminosa e operar lavagem de capitais em benefício de clientes seus que também integram o grupo delitivo, valendo-se da condição de advogado, nesse caso a prisão precisará ser efetuada na presença de representante da OAB. É claro que os agentes públicos não devem permitir a fuga do advogado em caso de eventual demora no comparecimento de representante da Ordem dos Advogados do Brasil, sendo lícito que impeçam a saída do advogado enquanto aguardam o representante da OAB. Porém, não deverão efetuar a prisão nem conduzir o advogado à delegacia ou outro local antes da chegada do representante da OAB.</p>

Crimes de Abuso de Autoridade	Interpretação Sugerida
	<p>A quarta hipótese trata da violação ao direito a ser preso em estabelecimento adequado, segundo os parâmetros fixados pelo Estatuto da Advocacia.</p> <p><b>“Art. 7º São direitos do advogado: (...)</b>  <b>(...)</b>  <b>V - não ser recolhido preso, antes de sentença transitada em julgado, senão em sala de Estado Maior, com instalações e comodidades condignas, assim reconhecidas pela OAB, e, na sua falta, em prisão domiciliar; (Vide ADIN I.127-8)”.</b></p> <p>Ao julgar a ação direta constitucionalidade nº 1127/DF, o Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional a expressão “assim reconhecidas pela OAB”, por entender que compete ao Estado e não à entidade de classe o reconhecimento de determinado local como sala de Estado Maior.</p> <p>Além disso, no julgamento da referida ADI, o Supremo Tribunal Federal consagrou expressamente a interpretação teleológica que a Corte já vinha adotando. Confira-se, a respeito, o seguinte trecho do acórdão de mérito da ADI nº 1127/DF<sup>6</sup>:</p> <p>“Por fim, a preocupação do embargante de ‘evitar que quanto preso o advogado venha a sofrer, em seu tratamento, constrangimentos decorrentes de sua atuação profissional regular anterior’ está assegurada pela jurisprudência dessa Corte, no sentido de que uma vez atendidos os requisitos de comodidade condignas as celas especiais das unidades penitenciárias estará assegurada a exigência do inciso V do art. 7º da Lei nº 8.906/94. Nesse sentido, cito o seguinte julgado:</p> <p><b>‘E M E N T A: ADOGADO – PRISÃO CAUTELAR – RECOLHIMENTO A ‘SALA DE ESTADO-MAIOR’ ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA – ESTATUTO DA ADVOCACIA (ART. 7º, V) – AUSÊNCIA, NO LOCAL DO RECOLHIMENTO PRISIONAL, DE DEPENDÊNCIA QUE SE QUALIFIQUE COMO ‘SALA DE ESTADO-MAIOR’ – HIPÓTESE EM QUE A EXISTÊNCIA DE VAGA ESPECIAL NA UNIDADE PENITENCIÁRIA, DESDE QUE PROVIDA DE ‘INSTALAÇÕES E COMODIDADES CONDIGNAS’ E LOCALIZADA EM ÁREA SEPARADA DOS DEMAIS DETENTOS, ATENDE À EXIGÊNCIA DA LEI Nº 8.906/94 (ART. 7º, V, ‘in fine’) – PRECEDENTES (PLENO E TURMAS) – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.</b></p> <p>(Rcl 19286 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 24/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-104 DIVULG 01-06-2015 PUBLIC 02-06-2015)”.</p>

Crimes de Abuso de Autoridade	Interpretação Sugerida
	<p>Na realidade, a prática militar tem tornado obsoleta a própria existência de salas de Estado-Maior. Não raro, as poucas que ainda não foram desativadas não se encontram em boas condições de uso. O Estatuto da OAB, no ponto, andou na contramão da praxe militar, buscando assegurar para seu nicho profissional um instituto em claro e crescente desuso.</p> <p>O Supremo Tribunal Federal agiu corretamente ao conferir interpretação teleológica à previsão contida no art. 7º, V, do Estatuto da OAB. O objetivo nítido da norma é conferir tratamento prisional mais favorável ao advogado durante a tramitação de ação penal em seu desfavor.</p> <p>Tal finalidade pode ser atendida em sala de Estado-Maior ou em outro ambiente físico que possua condições de funcionamento semelhantes ou até melhores que as obsoletas salas de Estado-Maior.</p> <p>A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal está consolidada no sentido de que o advogado deve ser recolhido a ambiente que possua condições condignas e permaneça separado dos presos em geral, até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Vale destacar ainda outros dois acórdãos nesse sentido:</p> <p>“Agravo regimental em reclamação. 2. Crime contra a liberdade sexual. 3. Sala de estado-maior. Reclamante advogado que pleiteia transferência para cela adequada e, na falta desta, a concessão de prisão domiciliar. 4. Violação ao entendimento firmado pelo STF na ADI n. 1.127. Inocorrência. Acusado detido em unidade penitenciária que atende aos atributos de instalações e comodidades condignas, nos termos dos precedentes desta Corte. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.</p> <p>(Rcl 16716 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 24/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-072 DIVULG 16-04-2015 PUBLIC 17-04-2015)”</p> <p>“Reclamação. 2. ADI 1.127. Estatuto da OAB. 3. Prerrogativas dos advogados. Prisão cautelar. Sala de Estado-Maior. 4. Prisão especial em local de instalações e comodidades condignas. Ausência de afronta à decisão do Supremo Tribunal Federal. 5. Reclamação julgada improcedente.</p> <p>(Rcl 14267, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 05/08/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014)”</p>

Crimes de Abuso de Autoridade	Interpretação Sugerida
	<p>Por medida de cautela, sugere-se que seja determinado que oficial de justiça compareça ao local em que o advogado deverá ficar preso e ateste, se possível com fotografias, as condições de funcionamento do local, de modo a permitir que se avalie as condições de salubridade, segurança e higiene do local. Caso se verifique que o advogado permanecerá separado dos demais presos e o magistrado considere as instalações condignas em nível semelhante ao que seria razoável esperar de uma sala de Estado-Maior, o advogado poderá permanecer preso em tal local pelo tempo necessário, até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.</p> <p>Porém, caso inexista na comarca ou em suas proximidades qualquer local com tais requisitos em que o advogado possa permanecer preso, então será forçoso reconhecer que terá direito à prisão domiciliar. Contudo, é preciso avaliar com cuidado a real impossibilidade de permanecer segregado em outro local, sob pena de se conferir de forma desnecessária tratamento processual extremamente mais benéfico que o concedido a outros brasileiros.</p> <p>Existe ainda outra hipótese de abuso de autoridade prevista no Estatuto da Advocacia que não foi expressamente revogada pela nova lei de abuso de autoridade nem com ela é incompatível, pelo que se entende que continua em vigor. Trata-se do art. 7º, § 12, assim redigido:</p> <p>“Art. 7º São direitos do advogado:</p> <p>(...)</p> <p>§ 12. A inobservância aos direitos estabelecidos no inciso XIV<sup>97</sup>, o fornecimento incompleto de autos ou o fornecimento de autos em que houve a retirada de peças já incluídas no caderno investigativo implicará responsabilização criminal e funcional por abuso de autoridade do responsável que impedir o acesso do advogado com o intuito de prejudicar o exercício da defesa, sem prejuízo do direito subjetivo do advogado de requerer acesso aos autos ao juiz competente” (Incluído pela Lei nº 13.245, de 2016).</p> <p>O dispositivo consagra o direito do advogado de ter acesso a investigações de qualquer natureza, podendo extrair deles cópias físicas ou digitais, no todo ou em parte. Não se trata de direito absoluto, tendo o próprio Estatuto da Advocacia estabelecido que:</p>

Crimes de Abuso de Autoridade	Interpretação Sugerida
	<p>“Art. 7º São direitos do advogado: (...)</p> <p>§ 10. Nos autos sujeitos a sigilo, deve o advogado apresentar procuração para o exercício dos direitos de que trata o inciso XIV. (Incluído pela Lei nº 13.245, de 2016)</p> <p>§ 11. No caso previsto no inciso XIV, a autoridade competente poderá delimitar o acesso do advogado aos elementos de prova relacionados a diligências em andamento e ainda não documentados nos autos, quando houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências”.</p> <p>O objetivo da medida é permitir o adequado exercício do direito de defesa, evitando que seja obstaculizado por empecilhos burocráticos. Assim, eventuais portarias ou ordens verbais que impeçam a consulta a autos processuais são ilegais.</p> <p>Evidentemente, é preciso que o agente público avalie se aquele profissional, de fato, é advogado, afinal o agente também deve zelar pela higidez da investigação. É plenamente possível que se estabeleça determinados protocolos, permitindo a identificação do advogado, o motivo alegado por ele para consulta aos autos (apenas para efeito de registro, não de deferimento), os trechos copiados e o tempo que o advogado permaneceu consultando os autos. É também plenamente possível que a instituição pública estabeleça local específico para a consulta dos autos, uma vez que tem o dever de evitar qualquer dano ou manipulação aos autos por qualquer pessoa, advogado ou não.</p> <p>Será necessário que o advogado comprove estar regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, sendo obviamente permitido que o agente público verifique se o documento apresentado é autêntico e se a referida inscrição está ativa junto à OAB.</p> <p>Tratando-se realmente de advogado com inscrição regular ativa, o acesso aos autos deve-lhe ser assegurado. Trata-se de expressão do direito de defesa, que deve ser preservado.</p> <p>Qualquer das condutas previstas no art. 43 da Lei de Abuso de Autoridade exige a comprovação de que a conduta dos agentes envolvidos não constitui “divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas”, o que, por força do art. 1º, §2º, “não configura abuso de autoridade”.</p>

Crimes de Abuso de Autoridade	Interpretação Sugerida
	<p>Assim, é plenamente possível que determinado juiz autorize busca e apreensão em escritório de advocacia, a partir de análise fundamentada do conjunto fático-probatório que lhe foi apresentado. Caso alguma instância superior do Poder Judiciário considere que tal medida não se mostrava necessária à investigação e decida excluí-la, não haverá conduta ilícita por parte do magistrado de primeiro grau, que agiu segundo seu livre convencimento motivado a partir de análise razoável do conjunto fático-probatório reunido nos autos. Ter-se-á aí tão somente saudável divergência jurídica, mas não a prática de crime, evidentemente.</p> <p>Na situação apresentada, não haverá dolo de qualquer dos agentes que atuaram em primeiro grau. Trata-se, em verdade, de debate fundamentado sobre fatos e provas acerca da necessidade da medida, sendo possível que profissionais diversos cheguem a entendimentos divergentes, a partir da análise do mesmo conjunto fático-probatório, estando todos de boa-fé. Na situação sugerida e em tantas outras a ela assemelhadas, inexistirá dolo de violar a norma penal, mas apenas saudável debate jurídico sobre o conjunto fático-probatório do caso específico.<sup>98</sup></p>

- 86 O Supremo Tribunal Federal (STF) já decidiu que o advogado não possui imunidade profissional quanto ao tipo penal de calúnia: EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PENAL. CALÚNIA. CRIME NÃO ALCANÇADO PELA INVIOABILIDADE PREVISTA NO ARTIGO 133 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DOLO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. RECURSO DESPROVIDO. 1. A inviolabilidade do advogado por seus atos e manifestações no exercício da profissão, estabelecida pelo art. 133 da Constituição da República, é relativa, não alcançando todo e qualquer crime contra a honra. 2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de que o crime de calúnia não é alcançado pela imunidade. Precedentes. 3. O trancamento da ação penal, pela via do habeas corpus, se dá excepcionalmente, quando evidente o constrangimento alegado. 4. Questão relativas ao dolo da prática criminosa remetem à análise aprofundada dos elementos fático-probatórios, não podendo ser conhecidos na via extraordinária. 5. Agravo regimental desprovido. (RE 585901 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 21/09/2010, DJe-190 DIVULG 07-10-2010 PUBLIC 08-10-2010 EMENT VOL-02418-07 PP-01514 RF v. 106, n. 412, 2010, p. 373-375).
- 87 Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo.
- 88 É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.
- 89 No caso, o “legislador ordinário” deveria ter utilizado a mesma técnica do artigo 97-A, da Lei nº 9.504/1997, que mensura, em um ano, a duração razoável do processo na seara eleitoral para determinados tipos de ações. Não agindo dessa forma, deixou ao critério do subjetivismo de cada julgador o quantum que determinará o que é ou não “prazo razoável”.
- 90 Nesse sentido, conferir o entendimento das duas Turmas do Supremo Tribunal Federal (STF): “Nos

termos de orientação jurisprudencial deste Supremo Tribunal Federal, a partir da verificação da sua credibilidade em apurações preliminares, a notícia anônima de crime pode servir de base válida à investigação e persecução criminal. Precedentes. Havendo descrição das diligências prévias em relatório subscrito pela autoridade policial, não fere a garantia estabelecida no art. 5º, IV, da Constituição Federal a ausência de identificação dos agentes responsáveis. Preliminar rejeitada.” (STF, Inq 4633, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 08/05/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-113 DIVULG 07-06-2018 PUBLIC 08-06-2018). E: “Notícias anônimas de crime, desde que verificada a sua credibilidade por apurações preliminares, podem servir de base válida à investigação e à persecução criminal. 3. Apesar da jurisprudência desta Suprema Corte condicionar a persecução penal à existência do lançamento tributário definitivo (Súmula vinculante nº 24), o mesmo não ocorre quanto à investigação preliminar.” (HC 106152, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 29/03/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-106 DIVULG 23-05-2016 PUBLIC 24-05-2016).

- 91 Nesse sentido, vale a pena conferir: a) “1. A denúncia anônima, quando ausentes outros indícios graves, não é elemento suficiente para a autorização de atuação estatal insidiosa na privacidade dos cidadãos, como para justificar interceptações telefônicas, invasão de domicílio ou mandado de busca e apreensão. 2. Entretanto, no caso em tela, havia investigação prévia que sinalizava a existência de indícios de mercancia ilícita de entorpecentes na região, indícios esses que apontavam para o grupo sobre o qual recaiu o mandado de busca e apreensão, o que afasta a ocorrência de nulidade por haver lastro suficiente para a prática do ato.” (STJ, RHC 88.642/RS, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 26/11/2019, DJe 05/12/2019); b) “Conforme consolidado entendimento firmado pelas Cortes Superiores, é cediço que, conquanto não se preste como fundamento exclusivo à instauração do inquérito policial, como início de persecução criminal, a denúncia anônima - notícia criminis inqualificada -, nos crimes de ação penal pública incondicionada, afigura-se como elemento hábil à apuração preliminar de fatos apontados como criminosos, a serem, após percuciente atividade investigativa, confirmados ulteriormente mediante produção de outros elementos informativos coletados pela autoridade policial, o que afasta a ilicitude do ato prisional e, por conseguinte, de todo acervo procedimental e probatório dela decorrente, conforme interpretação filológica e sistemática dos arts. 6.º, inciso III, e 27, ambos do CPP. 3. Na espécie, a teor do quanto sublinhado no acórdão hostilizado, a expedição do mandado de busca e apreensão em domicílio foi precedida de diligências outras em que a Polícia Civil local, deslocando-se ao endereço informado, passou a monitorar o ponto delatado, onde constatou que a residência, guarnecida por cerca alta e sistema de monitoramento com câmeras de segurança, em diversos pontos do recinto, era utilizada para armazenamento de drogas, que abasteciam outros traficantes da região, sendo que os entorpecentes tinham como destino as cidades de Encantado, Mucum e Roca Sales/RS, o que determinou sua expedição, cerca de dois meses depois de iniciada a investigação, delineamento apto a afastar, pelos contornos da teoria dos frutos da árvore envenenada - fruits of the poisonous tree ou taint doctrine -, positivada no § 1.º do art. 157 do CPP, a invocada nulidade da persecução criminal.” (STJ, AgRg no AREsp 1419478/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 24/05/2019).
- 92 No mesmo sentido, conferir: AgInt no AREsp 1007010/MG, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/06/2018, DJe 17/09/2018. No mesmo sentido: AgInt no REsp 1.281.019/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 30/05/2017; REsp 1.447.157/SE. Rcl. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, Djc 20/11/2015.
- 93 “Assentado pela jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, que é possível aos membros do Ministério Público presidir investigações, não há falar em prazo peremptório para o encerramento dos trabalhos respectivos, assim como ocorre também com inquéritos presididos por delegados de polícia.” (STJ, HC 323.037/GO, julgado em 01/09/2015).
- 94 “É assente nesta Corte Superior que o inquérito policial tem prazo impróprio, por isso o elastério do lapso para a sua conclusão pode ser justificado pelas circunstâncias de o investigado gozar de liberdade e

## 2.2.2. Mudanças de Paradigmas Fiscalizatórios.

Nos dias atuais, não se concebe que os membros do Ministério Público (Eleitoral ou do Patrimônio Público) tenham uma posição passiva (aguardar o recebimento de denúncias dentro de seu gabinete), formalista (analisar apenas documentos oficiais) e ortodoxa (utilizar em suas investigações apenas os tradicionais instrumentos probatórios de requisição de informações e notificações de testemunhas).

Só isso não basta, infelizmente. Temos algumas ideias, a partir de experiências concretas.

### **A) PRESENÇA NAS REDES SOCIAIS COMO OUVINTE E ESPECTADOR PARA A COLETA DE INFORMAÇÕES QUE POSSAM SUBSIDIAR INVESTIGAÇÕES:**

Na era da (des)informação do “mundo virtual”, o representante do Ministério Público precisa se fazer presente nas redes sociais, com perfil próprio ou mesmo fictício, não para ficar fazendo defesa político-partidária explícita dos “seus” políticos, mas para monitorar, à luz do que publicam nas redes sociais, a movimentação de pré-candidatos, cabos eleitorais, apoiadores e candidatos, o que permitirá que o mesmo tome ciência espontânea (não provocada) de propagandas ilícitas, ajustes da prática e mecanismos de acobertamentos de condutas vedadas, abuso de poder e crimes eleitorais.

Perceba que a medida é uma forma lícita do membro fazer parte da comunidade virtual para saber o que nela se passa, pois é lá que muitos ilícitos têm seu planejamento feito e executados, inclusive com a seleção de apoiadores que contribuirão material ou financeiramente com os desvios de condutas.

---

pela complexidade do levantamento dos dados necessários para lastrear a denúncia. Atribui-se ao Estado a responsabilidade pela garantia da razoável duração do processo e pelos mecanismos que promovam a celeridade de sua tramitação, quer no âmbito judicial, quer no administrativo. Em razão disso, não é possível aceitar que o procedimento investigatório dure além do razoável, notadamente quando as suas diligências não resultem em obtenção de elementos capazes de justificar sua continuidade em detrimento dos direitos da personalidade, contrastados com o abalo moral, econômico e financeiro que o inquérito policial causa aos investigados.” (STJ, RHC 58.138/PE, DJe 04/02/2016).

95 PINHEIRO, Igor Pereira e PINHEIRO, Tânia Mara Moreira Sales. Vade Mecum de Direito Anticorrupção Comentado: Aspectos Gerais. Leme: JH Mizuno, 2019, p.348-351.

96 <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=315097539&ext=.pdf>

97 “Art. 7º São direitos do advogado: (...) XIV - examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital;” (Redação dada pela Lei nº 13.245, de 2016).

98 Texto extraído do livro “Nova Lei do Abuso de Autoridade Comentada – artigo por artigo”, escrito em coautoria por esse autor com André Clark Nunes Cavalcante (autor do excerto) e Emerson Castelo Branco, publicado pela Editora JH Mizuno, 2ª tiragem, 2020.

Essa é uma tendência inescusável no campo investigativo, tendo a lei anticrime (Lei nº 13.964/2019) expressamente autorizado condutas dessa natureza, como se vê do novo artigo 10-C da Lei nº 12.850/2013, *in verbis*: “Não comete crime o policial que oculta a sua identidade para, por meio da internet, colher indícios de autoria e materialidade dos crimes previstos no art. 1º desta Lei.” Se, porém, forem coletados elementos de prova quanto à existência de uma organização criminosa para o cometimento de crimes eleitorais, faz-se necessária infiltração policial virtual nos moldes do artigo 10-A do mesmo diploma legal, sob pena de nulidade das provas colhidas<sup>99</sup>.

Portanto, é permitido o início de qualquer investigação eleitoral com identidade falsa e sem qualquer espécie de provocação/indução por parte do membro do Ministério Público, sendo obrigatória a autorização judicial no caso de surgirem elementos de uma organização criminosa.

## **B) REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS INVESTIGATIVAS EM REPARTIÇÕES PÚBLICAS/PRIVADAS E NOS ATOS POLÍTICO-PARTIDÁRIOS PRATICADOS EM PROPRIEDADE PRIVADA ABERTA AO PÚBLICO NA OCASIÃO:**

Os ilícitos eleitorais são dinâmicos e efêmeros em alguns casos, reclamando a presença física da autoridade investigadora para a formação de sua convicção a partir do que viu e não no que simplesmente ouviu falar. Além disso, a ida do promotor ou delegado permite uma ampla coleta de elementos probatórios dos abusos, sem prejuízo da prisão de pessoas em flagrante e apreensão de objetos usados na prática de crimes.

99 “Art. 10-A. Será admitida a ação de agentes de polícia infiltrados virtuais, obedecidos os requisitos do caput do art. 10, na internet, com o fim de investigar os crimes previstos nesta Lei e a eles conexos, praticados por organizações criminosas, desde que demonstrada sua necessidade e indicados o alcance das tarefas dos policiais, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e, quando possível, os dados de conexão ou cadastrais que permitam a identificação dessas pessoas. § 1º Para efeitos do disposto nesta Lei, consideram-se: I - dados de conexão: informações referentes a hora, data, início, término, duração, endereço de Protocolo de Internet (IP) utilizado e terminal de origem da conexão; II - dados cadastrais: informações referentes a nome e endereço de assinante ou de usuário registrado ou autenticado para a conexão a quem endereço de IP, identificação de usuário ou código de acesso tenha sido atribuído no momento da conexão. § 2º Na hipótese de representação do delegado de polícia, o juiz competente, antes de decidir, ouvirá o Ministério Público. § 3º Será admitida a infiltração se houver indícios de infração penal de que trata o art. 1º desta Lei e se as provas não puderem ser produzidas por outros meios disponíveis. § 4º A infiltração será autorizada pelo prazo de até 6 (seis) meses, sem prejuízo de eventuais renovações, mediante ordem judicial fundamentada e desde que o total não exceda a 720 (setecentos e vinte) dias e seja comprovada sua necessidade. § 5º Findo o prazo previsto no § 4º deste artigo, o relatório circunstanciado, juntamente com todos os atos eletrônicos praticados durante a operação, deverão ser registrados, gravados, armazenados e apresentados ao juiz competente, que imediatamente cientificará o Ministério Público. § 6º No curso do inquérito policial, o delegado de polícia poderá determinar aos seus agentes, e o Ministério Público e o juiz competente poderão requisitar, a qualquer tempo, relatório da atividade de infiltração. § 7º É nula a prova obtida sem a observância do disposto neste artigo.

Trata-se de postura pouco usual, mas já adotada por alguns Promotores de Justiça, em especial para fins de diligências em órgãos e repartições públicas, mesmo sem mandado judicial, já que existe autorização legal para tanto.

Nesse sentido, destaco a existência de precedente do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) em caso que atuamos, em que o órgão fiscalizador deixou consignado que “não obstante incomum a presença de membros do Ministério Público em repartições públicas, é certo que tal conduta é autorizada, nos termos do artigo 26, inciso I, letra c, da Lei 8625/93”, bem como que “a repartição pública visitada está vinculada ao princípio da publicidade (art.37, caput, da Constituição Federal) e é prerrogativa do membro do Ministério Público, no exercício de sua função, ingressar e transitar livremente em qualquer recinto público ou privado, ressalvada a garantia constitucional de inviolabilidade de domicílio (art.41, inciso VI, letra c, da Lei 8625/93).”<sup>100</sup>

Igual lógica deve ser usada para os casos de atos políticos abertos ao público (comícios, carreatas, passeatas, churrascos, feijoadas e jantares), ou mesmo para a realização de diligências que se fizerem necessárias a partir do recebimento de denúncias anônimas.

### **C) FISCALIZAÇÃO DO HISTÓRICO DE APOIO POLÍTICO DOS AGENTES CONTRATADOS COM DISPENSA DE LICITAÇÃO/ INEXIGIBILIDADE OU QUE SEJAM CONTRATADOS POR LICITAÇÃO COM INDÍCIOS DE FRAUDE:**

*A priori*, a fiscalização da lisura dos procedimentos de contratação pública não é matéria afeta à Justiça Eleitoral. Contudo, não se deve olvidar que, muitas vezes, as fraudes ocorridas em tais procedimentos têm uma finalidade muito clara: superfaturar os valores com o fim de gerar caixa ilícito para campanhas futuras do gestor de plantão ou de seu candidato abençoadado.

Seja na perspectiva criminal ou cível, o Ministério Público Eleitoral precisa analisar o histórico de contribuições formais de campanha ou qualquer vinculação político-partidária dos contratados e dos sócios das pessoas jurídicas contratadas em procedimentos com suspeitas de fraudes.

Observe-se que o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) já se posicionou no sentido da legalidade desse tipo de linha investigativa, ao pontificar que “fatos ocorridos em período muito anterior à eleição podem ser apreciados sob ótica de abuso de poder quando o produto da conduta ilícita – no caso, recursos financeiros obtidos mediante fraude em licitações – vem a ser posteriormente empregado em campanha, etapa crítica do processo democrático de votação de candidatos.” (Ação Cautelar nº 2230, Acórdão, Relator(a) Min. Antônio Herman de Vasconcellos E Benjamin, Publicação: DJE, Data 03.10.2016).

#### **D) MONITORAMENTO DAS CONTRATAÇÕES TEMPORÁRIAS E DESIGNAÇÕES PARA CARGOS COMISSIONADOS:**

Expediente muito comum nos municípios brasileiros é a contratação de funcionários fantasmas por determinado gestor com diversas finalidades criminosas, quais sejam: a) fazer um “caixa paralelo” de arrecadação para a próxima campanha eleitoral; b) acomodar uma liderança política e selar a sua adesão ao “projeto político”, transformando um potencial adversário em aliado comprado; c) dar o emprego (fantasma ou não) a determinado eleitor em troca do seu voto ou de familiares; d) permitir a famosa “rachadinha”, expediente através do qual o chefe ganancioso e corrupto se enriquece ilícitamente ao receber um percentual da remuneração do servidor contratado.

As três primeiras hipóteses precisam ser fiscalizadas de maneira contundente pelo Ministério Público Eleitoral, pois elas representam tanto crimes eleitorais e comuns conexos, como abuso de poder político, econômico e captação ilícita de sufrágio, cuja consequência será a cassação do mandato do beneficiário<sup>101</sup>, uma vez que “a utilização de recursos públicos para custear a campanha do candidato à reeleição constitui grave ofensa à legislação eleitoral, pois, independentemente da sua caracterização como ilícito em outras áreas do direito, gera a indevida quebra do princípio da igualdade de chances entre os candidatos, atingindo a normalidade e legitimidade das eleições.” (TSE, Recurso Especial Eleitoral nº 38312, Acórdão, Relator(a) Min. Henrique Neves Da Silva, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 01/07/2016).

#### **E) ACOMPANHAMENTO DAS AÇÕES DOS ASSUMIDOS OU NOTÓRIOS PRÉ-CANDIDATOS PARA EVITAR E SUSPENDER, QUANDO CONSUMADOS, OS ATOS CARACTERIZADORES DE PROPAGANDA ELEITORAL ANTECIPADA, CONDUTAS VEDADAS E ABUSO DE PODER NA CHAMADA PRÉ-CAMPANHA:**

Ainda é muito comum uma espera do Ministério Público Eleitoral pela definição dos candidatos nas convenções partidárias para só então traçar uma estratégia de atuação. Trata-se de posição institucional já tradicional,

---

101 Nesse sentido, vem julgando o Tribunal Superior Eleitoral: “O quadro fático delineado pelo acórdão regional revela a existência de provas testemunhais e documentais aptas à configuração da prática de captação ilícita de sufrágio, consistente na entrega de valores (pecúnia ou cheques) pelo recorrente e por pessoas a ele vinculadas, simulando a contratação dos beneficiários como servidores da prefeitura, visando à obtenção de votos.5. Extraem-se do acórdão recorrido elementos para caracterização do abuso do poder político, consubstanciado na realização da nomeação de elevado número de servidores para cargos comissionados (correspondente a quase 80% do número de efetivos), com a exoneração de quase metade deles apenas dois dias após pleito. A utilização da máquina administrativa municipal em prol da candidatura do recorrente reveste-se de gravidade suficiente para macular a lisura do pleito, sendo apta a desequilibrar a igualdade entre os candidatos e afetar a normalidade das eleições.” (Recurso Especial Eleitoral nº 71881, Acórdão, Relator(a) Min. Luís Roberto Barroso, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 66, Data 05/04/2019, Página 76/77).

mas equivocada, pois permite a consolidação de pré-campanhas calcadas em atos ilícitos.

Assim, é preciso que se monitore, principalmente a partir dos sites governamentais (não raro usados para disseminar a imagem dos pré-candidatos apoiados pelo gestor de plantão), da imprensa local e dos perfis dos mesmos em redes sociais, os comportamentos anteriores às convenções, pois é nesse período que muitas ilegalidades e crimes são praticados com vistas ao fortalecimento do nome de alguém que pretende se “cacifar” ou “emplacar” o seu sucessor.

Perceba-se que, mesmo as ações eleitorais típicas tendo prazos temporais de ajuizamento bem delimitados, sendo algumas cabíveis mesmo só após a convenção ou pedido de registro, sempre o juiz eleitoral, independente do tipo de pleito, poderá determinar providências no sentido de sustar e coletar provas dos ilícitos praticados na pré-campanha tanto na perspectiva cível (através do poder de polícia<sup>102</sup>), como na seara criminal (em especial se estivermos falando do uso da máquina pública, à luz do que dispõe o parágrafo único do artigo 377 do Código Eleitoral<sup>103</sup>).

A pré-campanha não é um lapso temporal em que vale-tudo, mas um espaço cujas proibições legais tipificadas para o período da campanha não podem ser praticadas antes dela. Temos diversos exemplos desses abusos, tais como:

e.1) distribuição de brindes, blusas e equipamentos para times, bem como premiação em torneios desportivos, o pode configurar o crime do artigo 334, do Código Eleitoral e abuso de poder econômico);

e.2) uso de outdoors para divulgação da imagem de pré-candidato em período anterior ao permitido para a realização da propaganda eleitoral<sup>104</sup>, o que não vem sendo tolerado pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE)<sup>105</sup>.

102 PRELIMINAR. NULIDADE. PROVA. JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. INCOMPETÊNCIA. REJEIÇÃO. PODER DE POLÍCIA.3. Segundo a recorrente, a competência para decretar a busca e apreensão é exclusiva do TRE/RJ, a quem incumbe processar e julgar a AIJE contra candidato ao cargo de deputado, motivo pelo qual seria nula a medida por parte do Juízo da 78ª Zona Eleitoral.4. Compete ao Juiz Eleitoral, no regular exercício do poder de polícia, decretar medidas que visem coibir a prática de propaganda ilícita, conforme previsto nos arts. 35, XVII, e 242, parágrafo único, do Código Eleitoral. Precedentes, em especial o RO 3706-08/RJ, redator para acórdão Min. Luiz Fux, DJe de 25.6.2015. (TSE, (Recurso Ordinário nº 3558, Acórdão, Relator(a) Min. Jorge Mussi, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 25/02/2019, Página 26).

103 Art. 377. O serviço de qualquer repartição, federal, estadual, municipal, autarquia, fundação do Estado, sociedade de economia mista, entidade mantida ou subvencionada pelo poder público, ou que realiza contrato com este, inclusive o respectivo prédio e suas dependências não poderá ser utilizado para beneficiar partido ou organização de caráter político. Parágrafo único. O disposto neste artigo será tornado efetivo, a qualquer tempo, pelo órgão competente da Justiça Eleitoral, conforme o âmbito nacional, regional ou municipal do órgão infrator mediante representação fundamentada partidário, ou de qualquer eleitor.

104 De acordo com o artigo 8º, da Lei nº9.504/97.

105 ELEIÇÕES 2018. RECURSO INOMINADO. REPRESENTAÇÃO. PROPAGANDA ELEITORAL ANTECIPADA. OUTDOOR. CONFIGURAÇÃO DO ILÍCITO. USO DE MEIO PROSCRITO. ART. 36, § 8º, DA LEI 9.504/97. SÍNTESE DO CASO 1. Trata-se de representação ajuizada pelo Ministério Público Eleitoral, com base no art. 36, § 3º, da Lei 9.504/97, por suposta veiculação de propaganda eleitoral

e.3) o surgimento de programas assistencialistas às vésperas do ano eleitoral ou no começo do mesmo, em nítido desrespeito à proibição inserida no artigo 73, §10, da Lei nº9.504/97.

e.4) desnaturação da publicidade institucional para ferramenta de promoção pessoal do gestor de plantão pré-candidato à reeleição ou do seu “ungido” para a sucessão vindoura (abuso de poder tipificado no artigo 74, da Lei nº9.504/97).

e.5) coação praticada contra servidores públicos ocupantes de cargos comissionados ou funções de confiança para aderirem ao projeto político do gestor de plantão, sob pena de exoneração ou perda de garantia do emprego, o que representa o crime descrito no artigo 300 do Código Eleitoral e grave abuso de poder político<sup>106</sup>.

---

antecipada mediante outdoor instalado no Município de Piumhi/MG, contendo foto de Jair Messias Bolsonaro, então pré-candidato ao cargo de presidente da República nas Eleições de 2018, com os dizeres “Piumhi é Bolsonaro. A esperança de um País com Ordem e Progresso”. ANÁLISE DO RECURSO 2. À luz dos critérios fixados por este Tribunal, a realização de propaganda, quando desacompanhada de pedido explícito e direto de votos, não enseja irregularidade per se. Todavia, caracteriza-se o ilícito eleitoral quando o veículo de manifestação se dá pela utilização de formas proscribas durante o período oficial de propaganda, como se depreende no caso ora analisado, cujo meio utilizado consistiu em outdoor, nos termos do art. 39, § 8º, da Lei 9.504/97. 3. A análise contextual da mensagem veiculada revela que houve promoção da figura e das qualidades de notório candidato à presidência da República por meio vedado durante o período de campanha. 4. Não houve prova segura de que o candidato beneficiário teve prévia ciência da veiculação do artefato publicitário tipo por ilegal, o que afasta a eventual aplicação da multa. CONCLUSÃO Recurso a que se dá provimento parcial, para reconhecer a propaganda eleitoral antecipada mediante outdoor, nos termos do art. 39, § 8º, da Lei 9.504/97, a fim de aplicar multa no valor de R\$ 5.000,00, individualmente, aos recorridos Giuliano Carlos de Souza, Ozeias Teodoro Ferreira, Tony Tavares, Petrus dos Santos Barbosa e Bahia, Luiz Fernando Lopes e Breno Pereira Mesquita. (Representação nº 060049814, Acórdão, Relator(a) Min. Sergio Silveira Banhos, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 37, Data 21/02/2020).

- 106 “6.A moldura fática dos arestos evidencia que os vencedores do pleito majoritário e a Secretária de Assistência Social realizaram duas reuniões com servidores públicos, em horário de expediente, nas vésperas das convenções partidárias, exigindo seu engajamento na campanha e também de amigos e familiares, sob ameaça de perda dos respectivos cargos comissionados em caso de derrota, configurando-se assim abuso de poder político. 7. As palavras dos recorrentes foram claras a esse respeito, dentre elas: “tenho certeza que cada um aqui vai vestir a camisa, vai sempre conseguir mais um voto”; “eu tando na prefeitura, cês pode ter certeza que os cargos que tão aqui hoje vão continuar”; “se um funcionário fala alguma coisa da gente, ou fala que não tá apoiando, que um primo não apoia, a gente fica sabendo”; “se não vestir a camisa, como que a gente vai fazer depois?”; “acho que o emprego de vocês também depende da minha vitória, então eu conto com isso aí”; “exijo a presença de todo mundo que trabalha comigo, então não é convite não, é para ir mesmo (é convocação)”; “uma coisa eu posso garantir, como dois e dois são quatro [...], vocês estão empregados. [...] Agora você sair de uma coisa certa para uma duvidosa, aí é não raciocinar direito”. 8. A mera circunstância de o primeiro recorrente, em uma das gravações, agradecer a “visita” não afasta o teor de tais palavras. (TSE, Recurso Especial Eleitoral nº 17879, Acórdão, Relator(a) Min. Jorge Mussi, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 197, Data 10/10/2019, Página 18/19). No mesmo sentido, destaco: “O TRE/PB, soberano na análise de fatos e provas, concluiu que a reunião convocatória, na qual houve coação de servidores temporários para participarem da campanha eleitoral da chapa majoritária, sob pena de perda dos cargos, evidenciou a utilização indevida da máquina pública em benefício dos candidatos investigados, com gravidade suficiente

**F) ADOPTAR UMA POLÍTICA INSTITUCIONAL VOLTADA A APLICAÇÃO DE TERMOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA E ACORDO DE NÃO-PERSECUÇÃO CÍVEL NA SEARA ELEITORAL:**

A Lei nº 13.964/2019, mais conhecida como “Lei Anticrime”, procurou concretizar o princípio da consensualidade punitiva de uma vez por todas no Direito Brasileiro, dando fim a contradições presentes no sistema anticorrupção, que mais atrapalhavam do que contribuíam para a sua efetividade, como era o caso da vedação aos acordos nas ações de improbidade administrativa, que, doravante e a partir do novo artigo 17, §1º, da Lei nº 8.429/92, podem ocorrer dentro de certos temperamentos.

Pois bem, ocorre que uma análise amíuade das repercussões desse diploma legal revela que ainda sobrou uma lacuna, que dará espaço para a manutenção do entendimento (superado, ao nosso sentir) de que, na área eleitoral, não se pode celebrar negócios jurídicos com vistas ao ajustamento de condutas ou mesmo de aplicação consensual de sanções cíveis (já que as criminais não restam dúvidas por conta do acordo de não persecução penal).

Essa contradição legislativa fica muito clara quando percebemos que diversos ilícitos eleitorais que configuram, ao mesmo tempo, atos de improbidade administrativa (como é o caso, por exemplo, das condutas vedadas aos agentes públicos em ano eleitoral<sup>107</sup>, de alguns atos que representam abuso de poder político<sup>108</sup> etc) podem ensejar a celebração de acordos de não persecução cível perante a Justiça Comum, muito embora na Justiça Eleitoral persista a dúvida quanto ao cabimento, diante da omissão legislativa e da vedação inconstitucional ao uso de procedimentos da lei da ação civil pública nos feitos eleitorais, como diz o artigo 105-A da Lei nº 9.504/97.

---

para afetar a normalidade e a lisura do pleito, o que configurou abuso do poder político.” (TSE, Recurso Especial Eleitoral nº 28636, Acórdão, Relator(a) Min. Tarcisio Vieira De Carvalho Neto, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 239, Data 12/12/2019, Página 35-36).

107 Vide artigo 73, §7º, da Lei nº 9.504/97: As condutas enumeradas no *caput* caracterizam, ainda, atos de improbidade administrativa, a que se refere o art. 11, inciso I, da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, e sujeitam-se às disposições daquele diploma legal, em especial às cominações do art. 12, inciso III.

108 Segundo o TSE, o abuso de poder político “configura-se quando o agente público, valendo-se de sua condição funcional e em manifesto desvio de finalidade, compromete a igualdade da disputa e a legitimidade do pleito em benefício de sua candidatura ou de terceiros” (Recurso Ordinário nº 172365, Acórdão, Relator(a) Min. ADMAR GONZAGA, Publicação: DJE, Tomo 40, Data 27.02.2018, Página 126/127). Apenas à título de exemplificação, vejamos alguns precedentes do TSE: a) “O TRE/PB, soberano na análise de fatos e provas, concluiu que a reunião convocatória, na qual houve coação de servidores temporários para participarem da campanha eleitoral da chapa majoritária, sob pena de perda dos cargos, evidenciou a utilização indevida da máquina pública em benefício dos candidatos investigados, com gravidade suficiente para afetar a normalidade e a lisura do pleito, o que configurou abuso do poder político.” (Recurso Especial Eleitoral nº 28636, Acórdão, Relator(a) Min. Tarcisio Vieira De Carvalho Neto, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 239, Data 12/12/2019, Página 35-36); b) “A conclusão firmada pelo Tribunal de origem se alinha à jurisprudência desta Corte Superior segundo a qual o uso indevido de cargo político para alavancar determinada candidatura em detrimento dos demais candidatos e da lisura do pleito é ato ilícito apto a configurar abuso do poder político, (precedente: RO nº 8032-69/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 4.10.2016).” (Agravo de Instrumento nº 67028, Acórdão, Relator(a) Min. Tarcisio Vieira De Carvalho Neto, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 224, Data 21/11/2019, Página 11/12);

Realizada essa pequena introdução, demonstraremos que é plenamente possível, doravante, a realização de acordos perante a Justiça Eleitoral. Senão vejamos.

### **F.I. DO CABIMENTO DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA NA SEARA ELEITORAL.**

É tradicional – e bem antigo, diga-se de passagem, - o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) quanto à impossibilidade de uso do termo de ajustamento de conduta na área eleitoral.

O último julgado sobre o assunto (de 2014) foi da relatoria do então Ministro, Professor e amigo Henrique Neves, cuja ementa diz:

Representação eleitoral. Descumprimento de termo de ajustamento de conduta. 1. A realização de termos de ajustamento de conduta previstos no art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/85 não é admitida para regular atos e comportamentos durante a campanha eleitoral, consoante dispõe o art. 105-A da Lei nº 9.504/97. 2. A regulamentação da propaganda eleitoral não pode ser realizada por meio de ajuste de comportamento realizado por partidos, coligações ou candidatos, ainda que na presença do Ministério Público e do Juiz Eleitoral, nos quais sejam estipuladas sanções diferentes daquelas previstas na legislação eleitoral. 3. A pretensão de impor sanção que não tenha previsão legal e cuja destinação não respeite a prevista na legislação vigente é juridicamente impossível. Recurso especial parcialmente provido para extinguir, sem julgamento do mérito, a representação, desprovido o pedido de reconhecimento de litigância de má-fé. (Recurso Especial Eleitoral nº 32231, Acórdão de 08/05/2014, Relator(a) Min. HENRIQUE NEVES DA SILVA, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 100, Data 30/05/2014, Página 60).

Sobre o assunto, também merece destaque o voto da Ministra Cármen Lúcia no REspe nº28.478 (DJE 5.5.2011), no qual Sua Excelência consignou que “a competência da Justiça Eleitoral está prevista na Constituição da República e no Código Eleitoral. Nela não se insere processar e julgar representação por descumprimento de compromisso de ajustamento de conduta. Também não há na Resolução n. 21.610/2004 do Tribunal Superior Eleitoral ou no Código Eleitoral previsão de sanção para a infração aos dispositivos mencionados. (...) Aliás, a multa por infração à legislação eleitoral não pode decorrer unicamente do poder de polícia, mas deve resultar do regular processamento judicial de representação com a observância do devido processo legal.”

A leitura desses julgados merece atenção e detida reflexão, pois baseiam-se em premissas válidas à época em que proferidos, mas que não subsistem na ordem jurídica contemporânea. Vejamos:

Em primeiro lugar, naquele período, havia o entendimento doutrinário amplamente majoritário no sentido de que a indisponibilidade dos bens jurídicos impedia qualquer espécie de negociação.

Essa visão, porém, não mais persiste, haja vista que o sistema jurídico brasileiro incorporou diversos mecanismos de negociação em objetos tradicionalmente indisponíveis, como é o caso da colaboração premiada (o mais emblemático de todos), do acordo de leniência e, agora com a lei anticrime, com os acordos de não persecução (cível e criminal), que atingem os atos de improbidade administrativa, que possuem correlação direta com diversos ilícitos eleitorais.

Daqui para frente, ou nega-se a aplicação de todos esses institutos na área eleitoral, ou, por questão de coerência, deve-se abrir o horizonte e permitir a implementação da cultura do consenso na área eleitoral, quando cabível, é claro (trataremos das hipóteses de cabimento mais a frente).

Se antes desses marcos legislativos já havia entendimento de boa parte da doutrina<sup>109,110</sup> nesse sentido, não se pode olvidar também da concretização do princípio da consensualidade pelo Novo Código de Processo Civil, que deve ser aplicado supletivamente ao processo eleitoral<sup>111</sup>, cujo artigo 3º, §3º, diz que “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”, sem fazer qualquer tipo de ressalva<sup>112</sup>.

109 “Em consonância com o tema, a nova lei não vedou a formulação do chamado Termo de Ajustamento de Conduta, previsto no artigo 5º, §6º, da Lei nº7.347/1985. A menção referente a não aplicação dos procedimentos da Lei de Ação Civil Pública em matéria eleitoral significa que não podem valer as regras da própria lei quanto ao rito processual, legitimados ativos e passivos, formação de litisconsórcio, efeitos da coisa julgada e temas ligados aos atos sucessivos e contínuos da lei da ação civil pública. O termo de ajustamento de conduta é um instrumento de real valia e de proteção de norma fundamental democrática que previne lides e deve ser estimulado e usado em matéria eleitoral, por exemplo, para que os Promotores Eleitorais junto com os partidos políticos nas comarcas do interior possam firmar um compromisso de aplicar os recursos do fundo partidário na educação política escolar; e ainda para que nas campanhas eleitorais se evite a poluição sonora e o lixo urbano produzido por cartazes e panfletos jogados na via pública e que atingem questões ambientais. Os TACs têm previsão em outras normas legais como, por exemplo, na Lei nº8.069/1990, art.211 (ECA), CLT, art. 627-A e Lei nº9.605/1998 (Lei Ambiental), art.79-A, não sendo a intenção do legislador proibi-los, pois, se assim o fosse, teria expressamente feito menção à vedação da celebração desses acordos. Como se nota, a Lei da Ação Civil Pública não é a única que trata do compromisso de ajustamento de condutas. Os termos de ajustamento de conduta não se configuram como procedimentos, nem tampouco procedimentos específicos da lei de ação civil pública, pois independentemente da posição doutrinária quanto à sua natureza jurídica (para alguns, transação, para outros, reconhecimento jurídico do pedido etc), o que se pode verificar de plano, é que o TAC é um ato único, e não um procedimento, já que não se desenvolve em um rito a objetivar uma decisão final. Por ele se tem um acordo de vontades. É salutar que o acordo celebrado possa somar esforços para melhorar o aperfeiçoamento das eleições em determinadas cidades e locais, especialmente em função de aspectos ambientais. Por exemplo, o lixo eleitoral.” (RAMAYANA, Marcos. Direito Eleitoral. 15ª Edição, Editora Impetus, 2016, págs.231-232).

110 “(...) Apesar disso, afigura-se inadequada a absoluta vedação da autocomposição nos domínios eleitorais, como parece pretender o citado artigo 6 da Resolução TSE n.23.478/2016. Há situações que reclamarão o emprego de técnicas de autocomposição, ainda que extrajudiciais.” (GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral. GEN, 14 ed. 2018, p.724).

111 Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

112 “Entendo que a transação é plenamente admissível no processo coletivo, devendo até mesmo ser incentivada, como ocorre atualmente na tutela dos direitos individuais. Naturalmente, não se está afirmando que o direito coletivo lato sensu possa ser parcialmente objeto de renúncia para que, com

Nesse sentido, cumpre ainda destacar, no que diz respeito ao Ministério Público Eleitoral, que o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) instituiu a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição (vide Resolução nº 118/14), o que não pode ser ignorado pelo ramo eleitoral, que tutela nítido interesse coletivo.

Em segundo lugar, percebe-se a invocação do artigo 105-A, da Lei nº 9.504/97 para proibir os termos de ajustamento de conduta perante a Justiça Eleitoral, que, igualmente, já era objeto de dúvidas quanto à sua constitucionalidade<sup>113</sup>.

Mais uma vez, é preciso alertar que a aplicação desse artigo vem sendo mitigada, desde 2015, pelo próprio Tribunal Superior Eleitoral (TSE) no que diz respeito ao uso do inquérito civil público para apurar ilícitos eleitorais<sup>114</sup>, já havendo votos proferidos acatando a tese da inconstitucionalidade de tal vedação<sup>115</sup>.

---

sacrifícios recíprocos das partes envolvidas, se chegue à solução do conflito de interesses. O raciocínio simples dos conflitos individuais de que para a transação cada uma das partes renuncia parcialmente a sua pretensão e resistência é inaplicável à tutela coletiva. E isso porque não cabe nessa tutela a renúncia do direito, nem mesmo parcialmente. Na tutela coletiva a transação não tem como objeto o direito material, mas sim as formas de exercício desse direito, tais como os modos e momentos de cumprimento da obrigação.” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Processo Coletivo. 3ª Edição, JusPodivm, 2016, p.476).

- 113 “Via interpretação sistemática, verifica-se que a norma está em dissonância com o postulado constitucional que propõe o combate à improbidade administrativa e a proteção do patrimônio público e social. Trata-se de norma incompatível com a Carta Mãe e, portanto, inconstitucional. A Constituição Federal consagra os princípios da moralidade e da probidade, o princípio democrático e a coibição ao abuso de poder político e econômico. A redação do art. 105-A da Lei 9.504/1997 vai totalmente de encontro a tais desideratos. O norte do legislador constitucional ao munir o Ministério Público da ACP e do ICP (art. 129, III) foi facilitar a proteção do patrimônio público e social. Foge à lógica admitir-se a restrição à atuação do Ministério Público em tal caso. É limitar o raio de ação do Parquet. É como acorrentar os agentes ministeriais e deixar a sorrelfa a proteção ao patrimônio público no pleito eleitoral, no qual toda sorte de arbitrariedade tende a ocorrer” (PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. *Direito Eleitoral – Aspectos Processuais, Ações e Recursos*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 104/105).
- 114 “A instauração de inquérito civil pelo Parquet para apurar a prática de ilícitos eleitorais não ofende o art. 105-A da Lei 9.504/97, tendo esta Corte Superior já decidido que: “Admite-se instauração de inquérito civil pelo Parquet para apurar prática de ilícitos eleitorais e, com maior razão, Procedimento Preparatório Eleitoral (PPE), iniciado no caso dos autos mediante portaria ministerial” (AgR-REspe 1318-23, rel. Min. Jorge Mussi, DJE de 26.3.2018).” (TSE, Agravo de Instrumento nº 22187, Acórdão, Relator(a) Min. Sergio Silveira Banhos, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 16/09/2019, Página 30).
- 115 “O art. 105-A da Lei 9.504/97 é inconstitucional, pois: i) o art. 127 da CF/88 atribuiu expressamente ao Parquet a prerrogativa de tutela de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais individuais indisponíveis, de modo que a defesa da higidez da competição eleitoral e dos bens jurídicos salvaguardados pelo ordenamento jurídico eleitoral se situa no espectro constitucional de suas atribuições; ii) a restrição do exercício de funções institucionais pelo Ministério Público viola o art. 129, III, da CF/88, dispositivo que prevê o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção de interesses difusos e coletivos; iii) houve evidente abuso do exercício do poder de legislar ao se afastar, em matéria eleitoral, os procedimentos da Lei 7.347/1985 sob a justificativa de que estes poderiam vir a prejudicar a campanha eleitoral e a atuação política de candidatos (Ministros Luiz Fux e Maria Thereza de Assis Moura).” (Recurso Especial Eleitoral no 54588, Acórdão, Relator(a) Min. João Otávio De Noronha, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 04/11/2015, Página 15).

Ora, se o mecanismo investigativo no qual se coletam elementos de prova quanto à ocorrência de ilícitos eleitorais pode ser, na visão da Corte Suprema Eleitoral, o inquérito civil público, previsto na Lei nº 7.347/85, por qual razão não poderia ser realizado acordo com vistas ao ajuste prévio (com caráter de prevenção, portanto) ou posterior aos ilícitos (perspectiva de correção repressiva)? Será que a litigiosidade é o mecanismo mais eficaz para a solução de todos os casos? A experiência mostra que não.

Mas, pensemos em alguns exemplos para amadurecer a ideia: 1) suponha que um partido tenha anunciado previamente que fará uso de expedientes vedados pela legislação eleitoral para fins de propaganda. Seria razoável, coerente com uma tutela jurisdicional efetiva, que se esperasse o ilícito ocorrer, para que o mesmo fosse apurado e punido? Ou seria melhor e atenderia mais ao interesse público de uma competição igualitária e conforme do Direito que a transgressão não ocorresse, deixando uma sensação de aplicação da lei efetiva? 2) um agente público que não seja candidato, mas declaradamente apoiador de um candidato ou pré-candidato, pratica uma conduta vedada em ano eleitoral, reitera o comportamento proibido e, citado de uma ação ajuizada contra si, deixa claro que não se importa em ser processado por isso. Será que o chamamento pelo Ministério Público para o devido esclarecimento das consequências de sua conduta e, com a conscientização do mesmo, o ajuste para cessarem as condutas vedadas, sob pena de um afastamento do cargo não seria mais eficaz do que o ajuizamento de ação por conduta vedada que poderia impor ao mesmo apenas sanção pecuniária e que sequer geraria a sua inelegibilidade? Parece-me que a resposta é positiva em ambas as situações. E assim será com boa parte das situações eleitorais, ainda mais em um ano de pleito municipal, em que os ânimos são mais exaltados.

Com todas as vênias de estilo, deve-se manter coerência: ou a lei da ação civil pública não pode ser utilizada na Justiça Eleitoral, ou ela pode!

Ademais, não custa mencionar que, em muitas vezes, a celebração de acordos pode otimizar a concretização da duração razoável do processo e evitar uma alta demanda perante a Justiça Eleitoral, que, ao final, pode ser ineficaz e sequer tutelar a lisura do pleito e a igualdade de oportunidades que tanto se anseia.

O litígio deve ser resguardado para os casos graves ou para quando os autores dos ilícitos não estejam dispostos a ajustar suas condutas e aceitar a aplicação consensual de penas e outras cláusulas acessórias.

Deve-se prestigiar a resolutividade em detrimento da litigiosidade inútil.

Pois bem, se assim é, entendemos plenamente cabível o termo de ajustamento de conduta na área eleitoral, devendo-se, porém, fazer algumas ressalvas quanto às suas cláusulas, cujo descumprimento ensejaria a sua nulidade.

Inicialmente, é de se destacar que o referido acordo, que possui natureza de título executivo extrajudicial, será de celebração exclusiva por parte do Ministério Público Eleitoral com partidos, coligações e candidatos, já que o *Parquet* é o único legitimado ativo para as ações eleitorais que mais se aproxima da condição de órgão público exigida pelo artigo 5º, §6º, da Lei nº 7.347/85.

Dito isso, é fundamental que o ajuste seja celebrado de maneira livre e espontânea, sem qualquer espécie de ameaça, coação ou admoestação, sendo vedada a participação do Poder Judiciário nas negociações, salvo o caso de submissão do termo de ajustamento de conduta à homologação judicial, quando poderá ser analisada a voluntariedade e legalidade das condições avençadas.

Ressaltamos que entendemos possível essa homologação judicial à luz do que dispõe o artigo 35, XVII, do Código Eleitoral, segundo o qual cabe aos juízes eleitorais “tomar todas as providências ao seu alcance para evitar os atos viciosos das eleições”. Ora, se o poder de polícia dos magistrados confere-lhes a prerrogativa de agir até mesmo de ofício para fazer cessar condutas ilícitas<sup>116</sup>, por qual motivo não poderiam ratificar o compromisso do fiscal das eleições com os atores do processo eleitoral que tem exatamente o mesmo fim de prevenir e reprimir ilícitos?

Assim, o acordo pode se dar em um momento prévio ao ajuizamento de ações eleitorais ou no bojo do processo, em que se celebra o termo de ajustamento de conduta para o caso de novas infrações.

O termo de ajustamento de conduta não pode estabelecer normas contra *legem*, embora possam ser ajustadas condições abaixo das máximas estabelecidas por lei. Exemplo: Não se pode inserir uma condição de que é permitido o uso de trio elétrico ou de *outdoor* nas propagandas, pois existe vedação legal para tanto, embora possa ser flexibilizado o horário dos comícios de encerramento de campanha, ou o volume máximo das propagandas em nível abaixo do permitido legalmente.

Muitos argumentarão que assim estará havendo uma via só de restrição aos direitos dos candidatos, partidos e coligações. Entretanto, devemos lembrar que não existe obrigatoriedade do acordo e que ninguém pode criar condições acima do teto legal, embora se possa, diante da realidade de cada localidade, fixar-se condições que permitam a coexistência da liberdade de campanha com os demais direitos, em especial o do sossego alheio, invariavelmente desrespeitado à medida que o pleito se aproxima.

No caso de cláusula com penalidade pecuniária pelo descumprimento, é imperioso que se observe a destinação vinculada da mesma ao Fundo Partidário, a teor do disposto no artigo 38, I, da Lei nº9.096/95<sup>117</sup>. Não pode haver destinação da multa para qualquer entidade indicada pelo Ministério Público ou pelo Judiciário diverso, sob pena de ilegalidade manifesta.

---

116 “A extensão do poder de polícia para além da propaganda eleitoral é uma decorrência lógica do próprio controle jurisdicional das eleições, consubstanciado em uma multiplicidade de atribuições afetas à Justiça Eleitoral (atividade administrativa, normativa, consultiva e judicial). Portanto, tendo conhecimento de atos ilícitos – quaisquer que sejam – a autoridade judicial pode determinar de ofício todas as medidas necessárias para sustar as irregularidades apontadas.” (ZILIO, Rodrigo López & GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. Comentários às Súmulas do TSE. São Paulo: JusPodivm, 2017, p.99).

117 Art. 38. O Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos (Fundo Partidário) é constituído por: I - multas e penalidades pecuniárias aplicadas nos termos do Código Eleitoral e leis conexas.

## **F2. DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL NA ÁREA ELEITORAL.**

Como dito acima, não faz sentido que uma mesma conduta, caracterizada simultaneamente como ilícito eleitoral, ato de improbidade administrativa e quiçá crime eleitoral, possa ser objeto de acordo na justiça eleitoral e comum, mas, na área especializada, persista a resistência pelo ranço do litígio.

Para manter a coerência, é preciso que se estabeleça, de uma vez por todas o cabimento ou não de acordos punitivos na área eleitoral, não sendo válido o argumento da vedação contida no artigo 105-A da Lei das Eleições, que já foi tido como inconstitucional em julgados do TSE e que não impede, segundo a reiterada jurisprudência da Corte, o uso de inquérito civil público na área eleitoral<sup>118</sup>.

Assim, entendemos que, após a lei anticrime, é possível o acordo de não persecução cível como regra geral.

Porém, se estivermos diante de situação em que a condenação judicial na Justiça Eleitoral gera inelegibilidade enquanto sanção, não caberá qualquer espécie de acordo nessa seara, uma vez que apenas lei complementar pode instituir e, portanto, excluir inelegibilidade (vide artigo 14, §9º, CF/88).

Como o acordo de não persecução cível decorre de lei ordinária, ele não é possível nas seguintes hipóteses perante a Justiça Eleitoral:

a) Quando houver uma ação de investigação judicial eleitoral (AIJE), em que se impute aos candidatos participação direta nos abusos denunciados.

Essa proibição decorre da circunstância de que, em tais casos, a inelegibilidade possui natureza de sanção personalíssima que exige prova de participação ou de anuência na prática ilícita. (TSE, Ação de Investigação Judicial Eleitoral nº 060186221, Acórdão, Relator(a) Min. Og Fernandes, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 227, Data 26/11/2019).

A propósito do assunto, veja-se o teor do artigo 22, inciso XIV, da Lei Complementar nº 64/90, que diz: “julgada procedente a representação, ainda que após a proclamação dos eleitos, o Tribunal declarará a inelegibilidade do representado e de quantos hajam contribuído para a prática do ato, cominando-lhes sanção de inelegibilidade para as eleições a se realizarem nos 8 (oito) anos subsequentes à eleição em que se verificou, além da cassação do registro ou diploma do candidato diretamente beneficiado pela interferência do poder econômico ou pelo desvio ou abuso do poder de autoridade ou dos meios de comunicação, determinando a remessa

---

118 “A instauração de inquérito civil pelo Parquet para apurar a prática de ilícitos eleitorais não ofende o art. 105-A da Lei 9.504/97, tendo esta Corte Superior já decidido que: “Admite-se instauração de inquérito civil pelo Parquet para apurar prática de ilícitos eleitorais e, com maior razão, Procedimento Preparatório Eleitoral (PPE), iniciado no caso dos autos mediante portaria ministerial” (AgR-REspe 1318-23, rel. Min. Jorge Mussi, DJE de 26.3.2018).” (Agravo de Instrumento nº 22187, Acórdão, Relator(a) Min. Sergio Silveira Banhos, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 16/09/2019, Página 30).

dos autos ao Ministério Público Eleitoral, para instauração de processo disciplinar, se for o caso, e de ação penal, ordenando quaisquer outras providências que a espécie comportar.”

Ora, sendo a inelegibilidade sanção nesse caso<sup>119</sup> e havendo imperativo constitucional (artigo 14, §9º, da CF/88) no sentido de que apenas lei complementar pode criar e, portanto, extinguir hipóteses de inelegibilidade, jamais um acordo criado por lei ordinária poderá ser travado em tal hipótese.

b) nas ações eleitorais em que os detentores de cargo na administração pública direta, indireta ou fundacional, forem acusados de beneficiar a si ou a terceiros, pelo abuso do poder econômico ou político (vide artigo 1º, I, alínea “j”, da Lei Complementar nº64/90);

c) nas ações eleitorais cíveis que envolvam corrupção eleitoral, captação ilícita de sufrágio, doação, captação ou gastos ilícitos de recursos de campanha ou conduta vedada aos agentes públicos em campanhas eleitorais, nas quais se pleiteie aplicação das sanções de cassação do registro ou do diploma, o que geraria, no caso de procedência em segundo grau ou com trânsito em julgado, a inelegibilidade de que trata o artigo 1º, I, alínea “j”, da Lei Complementar nº64/90).

## **F.2.1. OUTROS IMPEDIMENTOS PARA A CELEBRAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL NA JUSTIÇA ELEITORAL.**

Diante do que foi exposto acima, entendemos que os mesmos impedimentos subjetivos exigidos para o acordo de não persecução cível na justiça comum, devem ser aplicados na seara eleitoral, de modo que o mesmo não seria cabível nas seguintes hipóteses (fazendo uma analogia com os critérios do acordo de não persecução penal):

a) quando o investigado/processado for reincidente<sup>120</sup> na prática de ilícitos eleitorais.

b) se existirem elementos concretos de que o mesmo pratica ou participa de ilícitos eleitorais de maneira reiterada ou profissional.

c) se o investigado/processado tiver sido beneficiado nos 5 anos anteriores ao ato sob apuração com outro acordo de não persecução cível.

119 “Nos termos do art. 22, XIV, da Lei Complementar 64/90, a condenação por abuso do poder político é cabível no caso de o candidato ser responsável pela conduta ilícita ou dela ter se beneficiado. Caso tenha sido por ela responsável, participando da conduta, deverão lhe ser impostas as sanções de cassação e inelegibilidade. Caso somente seja beneficiário, a única sanção possível é a cassação do registro ou diploma.” (TSE, Recurso Especial Eleitoral nº 82203, Acórdão, Relator(a) Min. Herman Benjamin, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 194, Data 27/09/2018, Página 72-73).

120 A reincidência eleitoral é diferente da penal, de modo que, nesse ponto, devemos ter como baliza normativa para tal vedação o disposto no artigo 83, §11, da Resolução TSE nº23.610/2019 (aprovada para as eleições de 2020), que diz: “para a caracterização da reincidência de que trata o § 6º, não é necessário o trânsito em julgado de decisão que tenha reconhecido a prática de conduta vedada, bastando existir ciência da sentença ou do acórdão que tenha reconhecido a ilegalidade da conduta.”

## **F2.2. MOMENTO PARA A CELEBRAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL NA JUSTIÇA ELEITORAL.**

Ao contrário do que ocorre na ação de improbidade administrativa, que tem um marco temporal definido objetivamente na Lei nº8.429/92, entendo que o acordo de não persecução cível pode ocorrer a qualquer momento antes de operada a inelegibilidade, isto é, até o julgamento pelo órgão colegiado da Justiça Eleitoral.

### **2.3. Quanto aos Advogados Eleitorais.**

Ainda prevalece na prática forense uma atuação estritamente defensiva dos advogados. Não obstante imprescindível o papel da defesa em um regime democrático de Direito como temos no Brasil, pensamos que a advocacia pode – e deve – ter uma postura complementar na prevenção e repressão à corrupção eleitoral.

Vejamos, portanto, algumas.

#### **A – IMPLEMENTAÇÃO DO COMPLIANCE ELEITORAL NOS PARTIDOS POLÍTICOS:**

O Brasil vive uma nova era, que se destaca pela exigência social e pública por mais honestidade e integridade não só dos homens públicos e gestores, mas de todos os atores sociais.

Não são mais toleradas, em grau algum, práticas corruptas ou comportamentos lenientes com ilegalidades e, sobretudo, com a corrupção, sendo o *compliance*<sup>121</sup> eleitoral uma tendência inescusável, que segue, aliás, a mudança sistêmica operada por força da Lei Anticorrupção (Lei nº12.846/2013), que, em seu artigo 7º, VIII, estabeleceu que na aplicação das sanções das empresas condenadas o juiz levará em consideração a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica.

121 De acordo com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), o “compliance é um conjunto de medidas internas que permite prevenir ou minimizar os riscos de violação às leis decorrentes de atividade praticada por um agente econômico e de qualquer um de seus sócios ou colaboradores. Por meio dos programas de compliance, os agentes reforçam seu compromisso com os valores e objetivos ali explicitados, primordialmente com o cumprimento da legislação. Esse objetivo é bastante ambicioso e por isso mesmo ele requer não apenas a elaboração de uma série de procedimentos, mas também (e principalmente) uma mudança na cultura corporativa. O programa de compliance terá resultados positivos quando conseguir incutir nos colaboradores a importância em fazer a coisa certa. Uma vez que tais colaboradores podem apresentar diferentes motivações e graus de tolerância a riscos, o programa tem por função ditar valores e objetivos comuns, garantindo sua observância permanente. Programas de compliance podem abranger diversas áreas afetas às atividades dos agentes econômicos, como corrupção, governança, fiscal, ambiental e concorrência, dentre outras, de forma independente ou agregada.” ([http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias\\_do\\_Cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf). Acesso em 06/02/2020).

Trata-se postura que deve ser incentivada no âmbito político-partidário pelos advogados, consultores e dirigentes partidários, ainda que não haja regulamentação legal desse instituto na seara eleitoral (a despeito de já existirem projetos legislativos<sup>122</sup>).

E a razão nos parece muito clara: além de ser mais um mercado de atuação para os profissionais do Direito, devemos destacar que todos devem primar, o máximo possível, pela existência de um sistema de autovigilância institucional baseado na legalidade, que, se efetivamente implementado, traz diversas vantagens, tais como:

a.1) benefício reputacional, que pode contribuir para a conquista de novos simpatizantes e eleitores, já que é uma demanda incontestada no corpo social o surgimento de partidos e políticos comprometidos com a “nova política”, por isso entendendo-se tudo que seja diferente desse “vale-tudo eleitoral” que vigora até hoje.

b.2) conscientização dos funcionários, filiados, candidatos e apoiadores;

b.3) identificação antecipada de problemas e prevenção de riscos;

b.4) redução da litigiosidade, na medida em que permite uma estratégia eleitoral calcada na legalidade.

Além disso, deve-se destacar que uma postura político-partidária comprometida com o *compliance* eleitoral servirá como critério de atenuação da pena eventualmente imposta no caso de envolvimento dos candidatos e dirigentes da sigla em crimes eleitorais. É o que decorre claramente do disposto no artigo 66, do Código Penal, *in verbis*: “A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.”

Além disso, servirá como matéria de defesa no caso do partido ser demandado para aplicação das penas dispostas no artigo 336, do Código Eleitoral<sup>123</sup>.

---

122 Já tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 10219/2018 —oriundo do Projeto de Lei do Senado 60/2017 — que incentiva a criação de programas de integridade pelos partidos políticos. Ele “altera a Lei 9.096, de 19 de setembro de 1995, para dispor sobre responsabilidade objetiva dos partidos políticos pela prática de atos contra a administração pública e para estabelecer que, na aplicação de penas, seja considerada a existência de mecanismos internos de *compliance*”. No Senado, o Projeto de Lei 429/2017, também em tramitação, pretende “aplicar aos partidos políticos as normas sobre programa de integridade”, obrigando a criação de mecanismos efetivos de *compliance* e prevendo sanções como a suspensão de recebimento do fundo partidário para casos de descumprimento da lei.

123 Art. 336. Na sentença que julgar ação penal pela infração de qualquer dos artigos. 322, 323, 324, 325, 326,328, 329, 331, 332, 333, 334 e 335, deve o juiz verificar, de acordo com o seu livre convencimento, se diretório local do partido, por qualquer dos seus membros, concorreu para a prática de delito, ou dela se beneficiou conscientemente. Parágrafo único. Nesse caso, imporá o juiz ao diretório responsável pena de suspensão de sua atividade eleitoral por prazo de 6 a 12 meses, agravada até o dobro nas reincidências.

**B – ADVOCACIA ELEITORAL INVESTIGATIVA:** O exercício da advocacia eleitoral ainda está muito focado na perspectiva defensiva. Pouco se fala da atuação investigativa, que é o nicho em que causídicos passam a atuar, em conjunto ou isoladamente, com detetives extraoficiais, a partir do levantamento de dados públicos e todos os meios de prova lícitos, tudo com o fim de ajuizar ações de combate à corrupção ou formular pedidos de investigação pelo Ministério Público.

Perceba que essa advocacia investigativa pode – e deve – ser focada, tal qual sugerimos para o Ministério Público, numa perspectiva interdisciplinar. Penso que já passou da hora dos advogados se valerem de ações populares, mandados de segurança, ações civis públicas com maior intensidade, não possuindo uma atuação meramente eleitoral ao ajuizar as AIJE's, AIME's e RCED.

É importante destacar que essa postura é legítima até mesmo na seara criminal, especificamente no que diz respeito à imparcialidade do Poder Público, uma vez que o artigo 377, do Código Eleitoral confere legitimidade às autoridades públicas, dirigentes partidários e qualquer eleitor para formular requerimento cautelar penal de suspensão do uso partidariado dos serviços e bens vinculados ao Estado<sup>124</sup>.

Seguindo essa lógica, destaco a aprovação da Lei do Detetive Particular (Lei nº 13.432/2017), que permite atos investigativos que não violem a intimidade, a privacidade e a honra das pessoas.

Ressalto que essa postura é legítima, constitucional e, sobretudo, democrática, devendo ser estimulada o máximo possível.

À sociedade não interessa monopólio institucional, pois, desde o jurista consulto Paulo, é basilar a lição de que importa à República que muitos defendam a sua causa (*“Reipublicae interst quam plurimus ad defendam suam causam”*)<sup>125</sup>.

No sentido do que defendo, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já decidiu<sup>126</sup> que “a seriedade probatória da acusação penal, definida pela certeza da materialidade e indícios de autoria (justa causa) pode provir de elementos

124 Art. 377. O serviço de qualquer repartição, federal, estadual, municipal, autarquia, fundação do Estado, sociedade de economia mista, entidade mantida ou subvencionada pelo Poder Público, ou que realiza contrato com este, inclusive o respectivo prédio e suas dependências, não poderá ser utilizado para beneficiar partido ou organização de caráter político. Parágrafo único. O disposto neste artigo será tornado efetivo, a qualquer tempo, pelo órgão competente da Justiça Eleitoral, conforme o âmbito nacional, regional ou municipal do órgão infrator, mediante representação fundamentada de autoridade pública, representante partidário ou de qualquer eleitor.

125 “Ora, como o grau de enervação e de corrupção nunca chega a todas as classes em sua totalidade, e sempre há cidadãos conscientes de sua missão cívica, que têm um claro sentido de legalidade, que sempre defenderam o interesse geral, em todas as suas atividades e esferas de sua vida, ou tem vocação por esse interesse, torna-se evidente que dotar tais cidadãos de um meio ‘legal’ capaz de conter ou de reduzir esse discricionarismo é algo inerente à própria forma de governo democrático e exemplar maneira de preservar as instituições e tornar impossível ou difícil que sejam entronizados a arbitrariedade, o desperdício do erário, a destruição do patrimônio do Estado.” (BIELSA, Marcelo. A Ação Popular e o Poder Discricionário da Administração”, in RF n.157/46).

126 HC 90.174/PR, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 10.11.2015, DJe 25.11.2015.

probatórios oriundos ou não do inquérito policial, que não é seu suporte exclusivo de justa causa”, motivo pelo qual “admite-se em tese, pois, a perseguição criminal por qualquer fonte confiável de prova, estatal ou mesmo particular, nada impedindo seja essa fonte de prova provida do órgão Ministerial”.

Para fins didáticos, dividirei a análise tendo em conta quem seja investigado, ou seja, um agente público ou uma pessoa privada.

### **B. I – ADVOCACIA INVESTIGATIVA ELEITORAL DIRECIONADA**

**A AGENTES PÚBLICOS:** Se o investigado for um agente público no exercício da função, ou um ente político, ou uma entidade pública, ou até mesmo uma entidade privada que recebe recursos públicos, registro que a investigação é um direito assegurado a qualquer cidadão pela Constituição Federal de 1988, que, dentre outros mecanismos, estabeleceu:

1 – O direito fundamental de liberdade de informação (artigo 5º, XXXIII), segundo o qual “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”, cuja regulamentação legislativa (Lei nº 12.527/11) foi taxativa no sentido de que “são vedadas quaisquer exigências relativas aos motivos determinantes da solicitação de informações de interesse público” (vide artigo 10, §3º) e que a recusa da informação solicitada configura responsabilidade administrativa punível com, no mínimo, suspensão e ato de improbidade administrativa (vide artigo 32);

2 – O direito fundamental do cidadão em ajuizar a ação popular contra atos lesivos ao patrimônio público ou a moralidade administrativa (artigo 5º, LXXIII), tendo, para tanto, a lei de regência (Lei nº 4717/65) assegurado o direito do cidadão de requerer “as certidões e informações que julgar necessárias, bastando para isso indicar a finalidade das mesmas” (vide artigo 1º, §4º), cujo descumprimento configura ato de improbidade administrativa (artigo 11, II, da Lei nº 8.429/92);

3 – O direito fundamental da ação penal privada subsidiária da pública nos casos de crime com ação pública, se esta não for intentada no prazo legal por quem de direito (artigo 5º, LIX). *Trata-se, mutatis mutandis, da aplicação da teoria dos poderes implícitos* que foi referendada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) para legitimar os atos investigatórios realizados diretamente pelo Ministério Público na seara criminal. Ora, se o particular/cidadão dispõe do fim (possibilidade de ajuizamento de ações), não é lícito lhe inibir os meios (atividade investigativa). Nessa mesma linha de pensamento, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) já referendou a possibilidade da ação penal privada para os crimes eleitorais, deixando transparecer, *a priori*, não haver vedação à atividade investigativa prévia pelo particular: Recurso especial. Crime eleitoral. Ação penal privada subsidiária. Garantia constitucional. Art. 5º, LIX, da Constituição Federal. Cabimento no âmbito da Justiça Eleitoral. Arts. 29 do Código de Processo Penal e 364 do Código

Eleitoral. Ofensa. 1. A ação penal privada subsidiária à ação penal pública foi elevada à condição de garantia constitucional, prevista no art. 5º, LIX, da Constituição Federal, constituindo cláusula pétrea. 2. Na medida em que a própria Carta Magna não estabeleceu nenhuma restrição quanto à aplicação da ação penal privada subsidiária, nos processos relativos aos delitos previstos na legislação especial, deve ser ela admitida nas ações em que se apuram crimes eleitorais. 3. A queixa-crime em ação penal privada subsidiária somente pode ser aceita caso o representante do Ministério Público não tenha oferecido denúncia, requerido diligências ou solicitado o arquivamento de inquérito policial, no prazo legal. 4. Tem-se incabível a ação supletiva na hipótese em que o representante do Ministério Público postulou providência ao juiz, razão pela qual não se pode concluir pela sua inércia. Recurso conhecido, mas improvido. (RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 21295, Acórdão nº 21295 de 14.08.2003, Relator(a) Min. FERNANDO NEVES DA SILVA, Publicação: DJ – Diário de Justiça, Volume I, Data 17.10.2003, Página 131 RJTSE – Revista de Jurisprudência do TSE, Volume 14, Tomo 4, Página 227)

## **B.2 – ADVOCACIA INVESTIGATIVA ELEITORAL DIRECIONADA**

**A CIDADÃOS COMUNS:** Pois bem, esclarecida a situação inicial, passamos a analisar o fato da investigação ter como alvo um particular.

Entendo que, diante do direito fundamental do manejo da ação penal privada subsidiária da pública, da teoria dos poderes implícitos<sup>127</sup> e da garantia constitucional de que ninguém é obrigado a deixar de fazer algo, senão em virtude de lei (vide artigo 5º, II, da CF/88), é plenamente possível a atividade investigativa realizada/promovida por um particular (pessoa física/jurídica) contra outro sujeito de igual categoria.

É claro que, nesse caso, os atos investigatórios encontram-se limitados pelas mais variadas garantias constitucionais e legais asseguradas em prol dos cidadãos, não sendo, porém, vedada a sua realização por pessoas alheias aos órgãos responsáveis pelas investigações oficiais.

Nesse tocante, incide a teoria da eficácia horizontal (privada ou externa) dos direitos fundamentais, já aplicada em situações muito menos gravosas pelo Supremo Tribunal Federal (STF),<sup>128</sup> quiçá, então, em atividade que possui nítida tendência a colidir com as garantidas fundamentais asseguradas a todos pelo Texto Supremo.

127 Lembre-se que os partidos políticos, as coligações e os candidatos possuem legitimidade ativa para a quase totalidade das ações eleitorais.

128 Eis o trecho do acórdão que se encaixa perfeitamente à tese ora proposta: “As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados”. (RE 201819, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11.10.2005, DJ 27.10.2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577 RTJ VOL-00209-02 PP-00821).

Exemplo bastante elucidativo da aplicação dessa teoria dá-se no caso das gravações ambientais realizadas por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro e em ambiente privado. De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), fixada em decisão com repercussão geral, tal atividade é lícita (RE 583937 QO-RG, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, julgado em 19.11.2009).

Além disso, cumpre registrar que o Novo Código de Processo Civil (artigo 384) legitima a investigação particular e até permite que seja dada fé pública a atos investigativos praticados por agentes não estatais, ao dispor sobre a ata notarial, que é o instrumento apto a atestar ou documentar a existência e o modo de existir de algum fato, inclusive prevendo a possibilidade de nela constar as informações apresentadas por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos.

Também não existe, *a priori*, qualquer ilegalidade nas famosas “perseguições” que os “fiscais” dos partidos fazem sobre os principais cabos eleitorais de seus opositores nos dias finais do pleito, com o intuito de flagrar alguma conduta ilícita, em especial a compra de votos. Ora, se é permitido a “qualquer um” realizar a prisão em flagrante de quem esteja cometendo um crime (artigo 301, do Código de Processo Penal), tem-se como consequência ser lícito qualquer um fiscalizar para fazer cessar ou registrar a prova da possível prática de um ilícito que tenha conhecimento, embora o recomendável seja a comunicação prévia às autoridades competentes, pois seguir outra pessoa – no atual contexto de insegurança reinante em nosso país – pode ser algo muito perigoso para a própria segurança, já que nunca se sabe qual será a reação da pessoa fiscalizada, que pode estar armada, ou até mesmo causar um mal contra o perseguidor alegando “temor” pela sua vida ou patrimônio.

Portanto, diante do exposto, são plenamente válidas as investigações realizadas por particulares que respeitem as garantias constitucionais e legais dos investigados.

## 2.4. Quanto aos Eleitores em Geral.

A corrupção eleitoral, sentido de compra e venda de votos, infelizmente, ainda é uma realidade marcante do processo eleitoral brasileiro, sendo eleitores e políticos recorrentes nessa prática criminosa. Esses se dizem “vítimas” daqueles, que supostamente se aproveitam do período eleitoral para “tirar alguma vantagem de quem só aparece de 4 em 4 anos”.

É uma simbiose criminosa, sem dúvidas, mas de maior culpabilidade por parte dos *players* da disputa eleitoral.

Não obstante isso, é preciso uma mudança de comportamento, independente de quem seja o “culpado. Assim, sugerimos as seguintes condutas por parte dos eleitores e cidadãos em geral.

**A – TOLERÂNCIA ZERO COM A MERCANTILIZAÇÃO DO**

**VOTO:** Sem parecer clichê, cabe ao eleitor, mesmo diante da investida de candidatos e cabos eleitorais, recusar qualquer oferta ou entrega de bens/dinheiro ou dávidas em troca de voto ou de abstenção de voto, cujo pedido ou aceitação, é bom sempre frisar, configura o crime do artigo 299, do Código Eleitoral<sup>129</sup>.

Pois bem, considerando que “o crime de corrupção eleitoral ativa é crime instantâneo, cuja consumação é imediata, ocorrendo com a simples prática de um dos núcleos do tipo (dar, oferecer, prometer, solicitar ou receber), bem como se qualifica como crime formal, pois a consumação independe do resultado, da efetiva entrega da benesse em troca do voto ou da abstenção, sendo irrelevante se o eleitor corrompido efetivamente votou no candidato indicado”<sup>130</sup>, devem os eleitores procurar registrar (por qualquer meio de prova lícito) as investidas dos candidatos/cabos eleitorais nesse sentido para entregar, na sequência, o material ao Ministério Público Eleitoral.

**B – RECUSAR CONVITES PARA INTERGRAR “CANDIDATURAS**

**FANTASMAS”:** Sabe-se que uma das práticas mais comuns de fraude no processo eleitoral é o lançamento de candidaturas fantasmas para preencher, sob o ponto de vista formal, a cota mínima de gênero prevista no artigo 10, §3º, da Lei nº9.504/97.

Pois bem, é preciso consciência cidadã para que as pessoas não aceitem integrar essas farsas, que servem, na maioria das vezes, para viabilizar o desvio de dinheiro público via fundo partidário e financiar candidaturas dos caciques políticos ou de candidatos por ele abençoados.

Registre-se que essa prática tem sido punida severamente pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE), como se vê das mais recentes notícias extraídas do seu site<sup>131</sup>.

129 Art. 299. Dar, oferecer, prometer, solicitar ou receber, para si ou para outrem, dinheiro, dádiva, ou qualquer outra vantagem, para obter ou dar voto e para conseguir ou prometer abstenção, ainda que a oferta não seja aceita: Pena - reclusão até quatro anos e pagamento de cinco a quinze dias-multa.

130 TSE, Agravo de Instrumento nº 20903, Acórdão, Relator(a) Min. Gilmar Ferreira Mendes, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 43, Data 05/03/2015, Página 44/45.

131 “Por unanimidade, o Plenário do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) confirmou, na sessão desta quinta-feira (6), a cassação do diploma de 20 candidatos a vereador no município de Cafelândia (SP) – entre eleitos e suplentes –, sendo eles 14 homens e 6 mulheres. Todos responderam a processo judicial por promover candidaturas fictícias de mulheres para preenchimento da cota de gênero (exigida pelo artigo 10, parágrafo 3º da Lei nº 9.504/1997) durante a campanha das Eleições Municipais de 2016. Oito deles foram declarados inelegíveis. Ao apresentar seu voto, o relator do caso, ministro Sérgio Banhos, fez um relato sobre as provas obtidas durante a investigação e destacou que há indícios de fraude comuns a todas as candidatas envolvidas. Entre esses indícios, constantes do acórdão do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo (TRE-SP), estão: votação zerada ou ínfima; ausência de registros relevantes na prestação de contas; ausência de propaganda eleitoral; e não

**C – FORMULAR DENÚNCIAS DE CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO E ILÍCITOS ADMINISTRATIVOS QUE SE RELACIONEM COM A ELEIÇÃO, SENDO-LHES GARANTIDA IMUNIDADE CONTRA RETALIAÇÕES (NOVIDADE DA LEI ANTICRIME):**

A participação social é muito inibida pelo medo de retaliações comumente empregadas, tais como demissões imotivadas, remoções para localidades distantes, mudanças de horário de trabalho etc.

Pensando nisso, a Lei Anticrime promoveu mudanças na Lei nº 13.608/2018 para estipular uma série de garantias a favor dos denunciantes, dentre as quais destaco:

c.1) proteção integral contra retaliações e isenção de responsabilização civil ou penal em relação ao relato, exceto se o informante tiver apresentado, de modo consciente, informações ou provas falsas (artigo 4º-A).

c.2) proteção contra ações ou omissões praticadas em retaliação ao exercício do direito de relatar, tais como demissão arbitrária, alteração injustificada de funções ou atribuições, imposição de sanções, de prejuízos remuneratórios ou materiais de qualquer espécie, retirada de benefícios, diretos ou indiretos, ou negativa de fornecimento de referências profissionais positivas (artigo 4º-C).

c.3) a prática de ações ou omissões de retaliação ao informante configurará falta disciplinar grave e sujeitará o agente à demissão a bem do serviço público (artigo 4º-C, §1º).

c.4) o informante será ressarcido em dobro por eventuais danos materiais causados por ações ou omissões praticadas em retaliação, sem prejuízo de danos morais (artigo 4º-C, §2º).

c.5) quando as informações disponibilizadas resultarem em recuperação de produto de crime contra a administração pública, poderá ser fixada recompensa em favor do informante em até 5% (cinco por cento) do valor recuperado (artigo 4º-C, §3º).

---

comparecimento às convenções para escolha dos candidatos. Além disso, segundo o relator, os autos apontam que, durante o depoimento das mulheres candidatas, ficou evidenciado que a maioria delas concordou em se candidatar apenas por influência de parentes próximos que estavam envolvidos com a campanha ou para ajudar o partido que apoiavam. Banhos lembrou jurisprudência já firmada pelo TSE no caso de Valença do Piauí (PI) em caso semelhante e acrescentou que “os fatos são robustos para a comprovação do ilícito eleitoral”. Ao aplicar a jurisprudência, o ministro votou pela cassação de todos os beneficiários da fraude, ou seja, todos os componentes da coligação formada pelos partidos PR e PTB no município. Com a decisão, ficou revogada a liminar concedida pelo relator anterior, ministro Admar Gonzaga, que determinava o retorno ao cargo de quatro envolvidos até o julgamento definitivo. Seu voto foi acompanhado em seguida pelos ministros Luís Roberto Barroso, Edson Fachin, Og Fernandes, Luis Felipe Salomão, Tarcisio Vieira de Carvalho Neto e pela presidente da Corte, ministra Rosa Weber. CM/JP, DM Processo relacionado: Respe 40989 e Ação Cautelar 0600489-52.” (Disponível em <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2020/Fevereiro/tribunal-confirma-cassacao-de-vereadores-em-cafelandia-sp> e acessado em 06/02/2020).

## 2.5. Quanto ao Poder Público.

Os dados estatísticos da corrupção no Brasil que foram apresentados no capítulo I e a experiência profissional de quem atua na área (como Promotor de Justiça e Professor) demonstram a necessidade de uma política pública de prevenção e repressão a esse fenômeno.

Essa conclusão, aliás, é uma obrigação do Estado Brasileiro junto à comunidade internacional, considerando que há o compromisso formal nesse sentido a partir da subscrição e incorporação (via Decreto Presidencial nº 5687/2006) da Convenção de Mérida (a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção), cujos preceitos possuem *status* de lei ordinária ou de supralegalidade, se adotada a tese do direito fundamental anticorrupção.

Assim, seja qual for a tese adotada pelo leitor, há omissões estatais claras do Estado Brasileiro nesse sentido, que devem ser implementadas (espontânea ou judicialmente), dentre as quais destacamos:

### **A – POLÍTICAS E PRÁTICAS DE PREVENÇÃO À CORRUPÇÃO:**

De acordo com o artigo 5º, da Convenção de Mérida, é obrigação estatal (leia-se de todas as unidades federativas) formular e aplicar políticas coordenadas e eficazes contra a corrupção que promovam a participação da sociedade e reflitam os princípios do Estado de Direito, a devida gestão dos assuntos e bens públicos, a integridade, a transparência e a obrigação de render contas, traçando como medidas concretas as seguintes:

a. I) o aumento e a difusão dos conhecimentos em matéria de prevenção da corrupção, dentre as quais realçamos a necessidade de realização de cursos e seminários, abertos ao público em geral<sup>132</sup> e obrigatório para os servidores públicos<sup>133</sup>, voltados à difusão do conhecimento anticorrupção;

132 Diz o artigo 13, nº I: “Cada Estado Parte adotará medidas adequadas, no limite de suas possibilidades e de conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, para fomentar a participação ativa de pessoas e grupos que não pertençam ao setor público, como a sociedade civil, as organizações não-governamentais e as organizações com base na comunidade, na prevenção e na luta contra a corrupção, e para sensibilizar a opinião pública a respeito à existência, às causas e à gravidade da corrupção, assim como a ameaça que esta representa. Essa participação deveria esforçar-se com medidas como as seguintes: c) Realizar atividade de informação pública para fomentar a intransigência à corrupção, assim como programas de educação pública, incluídos programas escolares e universitários.”

133 Vide o artigo 7º, I, “d”, que, ao elencar medidas a serem aplicadas no setor público, diz que os Estados “promoverão programas de formação e capacitação que lhes permitam cumprir os requisitos de desempenho correto, honroso e devido de suas funções e lhes proporcionem capacitação especializada e apropriada para que sejam mais conscientes dos riscos da corrupção inerentes ao desempenho de suas funções. Tais programas poderão fazer referência a códigos ou normas de conduta nas esferas pertinentes.”

a.2) a destinação de parcela valores gastos com publicidade institucional para esse fim, considerando as finalidades constitucionais dessa ferramenta pública, que são informação, educação e orientação social – artigo 37, §1º, CF/88<sup>134</sup>.

a.3) criar órgãos ou entidades públicas legalmente destinadas à prevenção e repressão à corrupção e com total independência do Poder. Nesse sentido, parece-nos que, embora possível a criação de secretárias estaduais/municipais, a melhor fórmula à luz das disposições convencionais<sup>135</sup> seria uma autarquia com dirigentes dotados de mandatos fixos e não demissíveis *ad nutum* pelo Chefe do Poder Executivo.

Além disso, deve-se lembrar que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios e suas autarquias e fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista manterão unidade de ouvidoria ou correição, para assegurar a qualquer pessoa o direito de relatar informações sobre crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos ou quaisquer ações ou omissões lesivas ao interesse público (artigo 4º-A, da Lei nº 13.608/2018), cujos componentes devem reportar todos os ilícitos que tiverem ciência, sob pena de responsabilidade solidária (conferir artigo 74, §1º, da Constituição Federal de 1988).

a.4) estabelecer códigos ou normas de conduta para o correto, honroso e devido cumprimento das funções públicas, levando-se em consideração o Código Internacional de Conduta para os titulares de cargos públicos, que figura no anexo da resolução 51/59 da Assembleia Geral de 12 de dezembro de 1996.

a.5) estabelecer medidas e sistemas para facilitar que os funcionários públicos denunciem todo ato de corrupção às autoridades competentes quando tenham conhecimento deles no exercício de suas funções.

---

134 Vide artigo 10, “c”, da Convenção: “Tendo em conta a necessidade de combater a corrupção, cada Estado Parte, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, adotará medidas que sejam necessárias para aumentar a transparência em sua administração pública, inclusive no relativo a sua organização, funcionamento e processos de adoção de decisões, quando proceder. Essas medidas poderão incluir, entre outras coisas: c) A publicação de informação, o que poderá incluir informes periódicos sobre os riscos de corrupção na administração pública.”

135 Vide o artigo 6º da Convenção, que estabelece: “1. Cada Estado Parte, de conformidade com os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, garantirá a existência de um ou mais órgãos, segundo procede, encarregados de prevenir a corrupção com medidas tais como: a) A aplicação das políticas as quais se faz alusão no Artigo 5 da presente Convenção e, quando proceder, a supervisão e coordenação da prática dessas políticas; b) O aumento e a difusão dos conhecimentos em matéria de prevenção da corrupção. 2. Cada Estado Parte outorgará ao órgão ou aos órgãos mencionados no parágrafo 1 do presente Artigo a independência necessária, de conformidade com os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, para que possam desempenhar suas funções de maneira eficaz e sem nenhuma influência indevida. Devem proporcionar-lhes os recursos materiais e o pessoal especializado que sejam necessários, assim como a capacitação que tal pessoal possa requerer para o desempenho de suas funções.

a.5) criar canais de denúncias sobre corrupção que sejam acessíveis ao público em geral, garantindo a preservação da identidade dos denunciantes<sup>136</sup>, bem como criando sistemas de compensação quando da informação resultar informação relevante para a prevenção e repressão à corrupção em geral<sup>137</sup>.

**B – USO DA PRERROGATIVA DE AJUIZAMENTO DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA QUANDO VERIFICADA A PRÁTICA DE CONDUTAS VEDADAS EM ANO ELEITORAL, ABUSO DE PODER E CRIMES ELEITORAIS RELACIONADOS AO USO DE MÁQUINA PÚBLICA:**

Sabe-se que a legitimidade para o ajuizamento da ação de improbidade administrativa é restrita ao Ministério Público e à pessoa jurídica lesada, o que inclui o Poder Público.

Não obstante isso, é preciso uma posição mais ativa dos gestores nesse sentido, pois é impossível que o Ministério Público apure e processe todos os que insistem na prática de ilícitos.

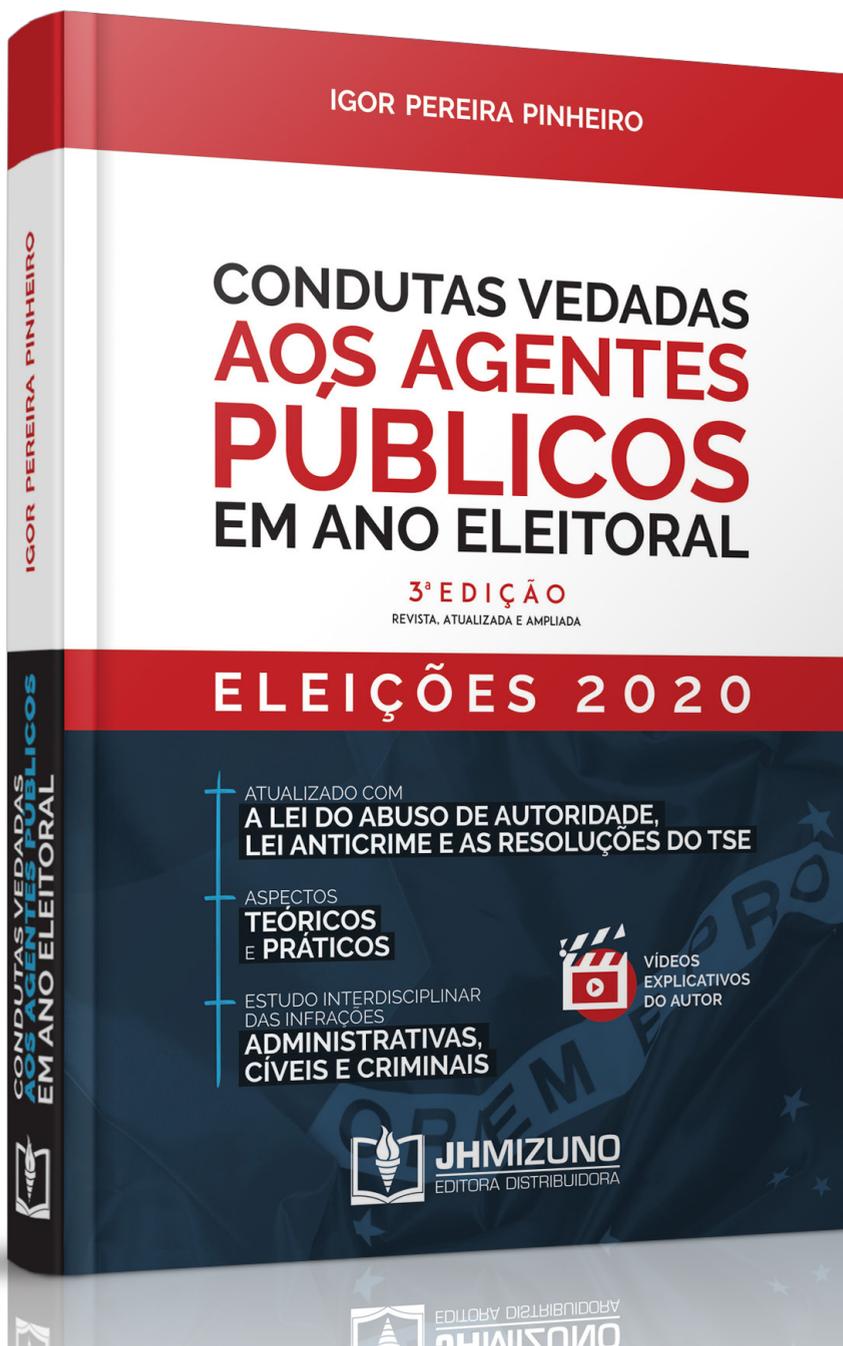
Nesse tocante, destaco que a omissão deliberada do gestor nesse sentido pode configurar ato de improbidade omissivo (artigo I I, II, da LIA), uma vez que é dever do administrador público anular os atos ilegais, quiçá promover a responsabilidade dos autores de atos ímprobos.

Na área eleitoral, destaco que todos os atos que configuram condutas vedadas eleitorais (artigos 73 a 77, da Lei nº9.504/97), abuso de poder político (uso da estrutura pública em prol de partidos e candidatos) e crimes eleitorais funcionais (artigos 300, 346, 377, do Código Eleitoral c/c artigo I I, V, da Lei nº6091/74) são espécies de improbidade, de modo que a atuação pode ocorrer tranquilamente.

136 A criação de denúncias anônimas é uma diretriz presente no artigo 13, nº2, da Convenção (“Cada Estado Parte adotará medidas apropriadas para garantir que o público tenha conhecimento dos órgãos pertinentes de luta contra a corrupção mencionados na presente Convenção, e facilitará o acesso a tais órgãos, quando proceder, para a denúncia, inclusive anônima, de quaisquer incidentes que possam ser considerados constitutivos de um delito qualificado de acordo com a presente Convenção.”), que é concretizada pela Lei nº13.608/2018: Art. 2º Os Estados são autorizados a estabelecer serviço de recepção de denúncias por telefone, preferencialmente gratuito, que também poderá ser mantido por entidade privada sem fins lucrativos, por meio de convênio. Art. 3º O informante que se identificar terá assegurado, pelo órgão que receber a denúncia, o sigilo dos seus dados.

137 Nesse sentido, destaco o artigo 4º, da Lei nº13.608/2018, segundo o qual “a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, no âmbito de suas competências, poderão estabelecer formas de recompensa pelo oferecimento de informações que sejam úteis para a prevenção, a repressão ou a apuração de crimes ou ilícitos administrativos. Entre as recompensas a serem estabelecidas, poderá ser instituído o pagamento de valores em espécie.”

**Confira mais conteúdo  
sobre este tema em nossa obra:**



[www.editorajhmizuno.com.br](http://www.editorajhmizuno.com.br)

