

O PROCESSO PENAL ELEITORAL À LUZ DO GARANTISMO JURÍDICO

Daiene Kelly Garcia
daienegarcia@gmail.com

"Não basta, para a garantia do voto, que a lei o reconheça como universal, e confira ao cidadão um título irrecusável de sua capacidade política; é indispensável ainda que vele na forma de exprimi-lo, no ato de sua emissão, a fim de mantê-lo em toda pureza e fidelidade." (José de Alencar)

RESUMO

Os crimes eleitorais atentam contra o princípio da soberania popular e os direitos políticos fundamentais de sufrágio eleitoral e de voto e, por isso violam o Estado Democrático de Direito. A aplicação do direito, por outro lado, é uma atividade que pode estar sujeita a excessiva discricionariedade do magistrado. Torna-se imperioso, dessa forma, indagar os limites da discricionariedade do magistrado na prestação jurisdicional para que esta não prejudique a soberania popular e ao Estado Democrático de Direito. Para a manutenção da ordem jurídico-democrática as normas de direito eleitoral devem ser aplicadas de acordo com a Constituição Federal, respeitando-se os direitos fundamentais e as garantias constitucionais. O garantismo jurídico, teoria que defende a maximização dos direitos fundamentais e a minimização da intervenção penal, mostra-se, portanto, um modelo a ser transportado para o direito eleitoral para que a prestação jurisdicional seja realizada em consonância com o modelo constitucional.

Palavras-chave: Crimes eleitorais – Processo penal eleitoral – Estado Democrático de Direito – Soberania popular – Sufrágio eleitoral – Discricionariedade judicial – Garantismo jurídico.

ABSTRACT

The electoral crimes violate the principle of popular sovereignty and the political fundamental rights of electoral suffrage and vote, therefore infringe the democratic rule-of-law state. On the other hand, the application of Law is an activity that may be subjected to the magistrate's excessive discretion. Thus, it becomes imperative to question the limits of the magistrate's discretion on jurisdictional provision so that it does not harm the popular sovereignty and the democratic rule-of-law state. In order to maintain the legal-democratic order, the norms of electoral Law must be applied according to the Federal Constitution respecting the fundamental rights and constitutional guarantees. The legal guaranteeism, a theory which defends the fundamental rights maximization and the minimization of penal intervention, unfolds, therefore, as a model to be transported to the electoral Law so that the jurisdictional provision can be performed in accordance to the constitutional model.

Keywords: electoral crimes – penal procedure Law - democratic rule-of-law state – popular sovereignty – electoral suffrage – judicial discretion – legal guaranteeism

INTRODUÇÃO

O Estado Democrático de Direito fundamenta-se na participação dos cidadãos como artífices e destinatários do governo, bem como na garantia dos direitos fundamentais e da ordem jurídica. Por essa razão, a Constituição da República Federativa do Brasil aponta como fundamento do Estado Democrático de Direito a soberania popular, a fim de garantir a democracia representativa e a legitimação do exercício do poder. O texto constitucional indica como direitos políticos fundamentais o direito de sufrágio eleitoral e o direito de voto.

A proteção à soberania popular e aos direitos políticos também se dá por meio de normas infraconstitucionais, como as que regulam o alistamento dos eleitores, o registro dos candidatos, a forma de campanha eleitoral, a votação, a apuração e a diplomação dos eleitos e as que tipificam os crimes eleitorais.

O interesse social na garantia do Estado Democrático de Direito torna substancial a seguinte indagação: a prestação jurisdicional cumpre o objetivo de resguardar a soberania popular e os direitos políticos?

Para que seja possível a análise da prestação jurisdicional sobre o sistema eleitoral à luz da democracia representativa e da legitimação do exercício do poder, importa indagar a discricionariedade do magistrado a partir do garantismo jurídico e, realizando uma abordagem fática por meio de breves considerações sobre a regulamentação do sistema eleitoral brasileiro e os aspectos controversos dela advindos, tecer as conclusões acerca da proteção à soberania popular e da efetivação dos direitos fundamentais e das garantias constitucionais na referida prestação jurisdicional.

1 A TEORIA DO GARANTISMO JURÍDICO

Para Luigi Ferrajoli, a divergência entre a disposição constitucional e a ausência da efetividade desta no nível infraconstitucional na aplicação do direito e, inclusive, na cultura política, levam à discussão de uma teoria em defesa do Estado Democrático de Direito, denominada garantismo jurídico.¹

A aludida teoria postula que a positivação do direito deve obedecer a um modelo normativo que se pauta pela legalidade estrita (formal e substancial) e que, em razão disso, fica o Poder Público vinculado a essa legalidade. Ademais, a aplicação do direito deve observar a teoria jurídica da validade, efetividade e vigência das normas e a filosofia da

¹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid: Trotta, 1995, passim.

política para a qual o Poder Público deve apresentar uma justificação externa vinculada ao Estado e ao Direito, reconhecidos estes como interesses sociais.

A justificação externa, por sua vez, deve se validar na tutela dos valores ou direitos fundamentais, que constituem a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade do Estado, inclusive no que concerne à decisão discricionária do magistrado.

2 A DISCRICIONARIEDADE DO MAGISTRADO NA INTERPRETAÇÃO DA NORMA E O GARANTISMO JURÍDICO

O magistrado, na aplicação da norma ao caso concreto realiza, necessariamente, uma atividade interpretativa. A interpretação da norma, por sua vez, não ocorre de forma avaliativa. A proteção à ordem jurídico-democrática inaugurada com a Constituição Federal de 1988 se submete, dessa forma, à discricionária do magistrado, por meio da valoração da norma.

De acordo com as correntes que defendem uma maior discricionária na atuação do magistrado, o controle de constitucionalidade (concentrado ou difuso) e a proteção à ordem jurídico-democrática sujeitam-se à arbitrariedade do magistrado, à autocontentação judicial ou ao ativismo judicial.

Por meio da autocontentação judicial o magistrado se abstém de decidir nos casos em que houver lacunas legais, mantendo a cargo do legislador o pronunciamento.

O ativismo judicial, por sua vez, deve ser compreendido como uma postura segundo a qual o juiz atua direta e amplamente, especialmente no que concerne à aplicação direta dos ditames constitucionais, não apenas naqueles casos regulamentados pela norma infraconstitucional, mas, principalmente, naqueles em que a singularidade e especificidade apresentam antinomias e lacunas normativas.²

A discricionária do magistrado oferece a possibilidade de decisões dotadas de conteúdo político e até mesmo desconforme com o modelo constitucional, o que coloca em risco a segurança jurídica e a própria proteção à ordem jurídico-democrática.

A legitimidade da decisão de cunho político concentra-se na figura do soberano, que, no Estado Democrático de Direito, é o povo. Pode o magistrado, na prestação jurisdicional sobre o sistema eleitoral, decidir discricionariamente em substituição ao povo?

² BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Atualidades Jurídicas. Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB*. OAB Editora, n. 4, jan./fev. 2009. Disponível em <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>.

Como exemplo, tem-se o entendimento de que a infidelidade partidária enseja a perda do mandato eleitoral, que hoje supera aquele antes assentado pelo Supremo Tribunal Federal, em que a troca de partido não extinguiu o direito de mandato. Essa alteração interpretativa alcançada pelo ativismo judicial era desejada pelo povo, mas os representantes do povo no exercício da soberania popular relutavam em assegurá-la normativamente. O que se percebe, pois, é que nesse episódio o Poder Judiciário decidiu em consonância com a soberania popular.

Quanto à avaliação da prova, tarefa que cabe ao juiz, no Brasil vige o sistema da livre convicção ou da persuasão racional, de acordo com o qual, nas palavras de Antônio Milton de Barros, “[o] juiz age livremente na apreciação das provas (convicção), porém sua avaliação deve ser ajustada às regras científicas (aparentes, jurídicas, lógicas e experimentais) pré-estabelecidas (condicionadas)”.³ Daí a importância do dever de fundamentar as decisões judiciais, estabelecido no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal. A motivação é um princípio que, juntamente com a publicidade, é essencial para a legitimação da atividade judicial no Estado Democrático de Direito. A propósito, Antônio Milton de Barros enfatiza que o dever de motivação é uma garantia política que “sobressai nas decisões judiciais, que se legitimam mediante a participação popular, e pode aferir sua legalidade e adequação ao direito”.⁴

Por outro lado, a Lei Complementar n. 135/2010, de iniciativa popular, demonstra que a democracia representativa pode ser alcançada por outros meios que não apenas aqueles conferidos aos representantes do povo.

A referida lei reforça os riscos que a discricionariedade do magistrado oferece à segurança jurídica, ante a morosidade do Poder Judiciário no julgamento de casos que interessam a toda a sociedade, detentora do poder que se confere aos mandatários por meio do direito de sufrágio eleitoral e do direito de voto, bem como ignora a garantia constitucional de celeridade. Ademais, a morosidade enseja o questionamento da possível existência de razões econômicas e políticas na decisão do magistrado que ultrapassem os limites da soberania popular que se pretende ver garantida.

Nos termos do que propõe o garantismo jurídico, a discricionariedade do magistrado na valoração da norma deve ser limitada à interpretação e adoção de princípios que se amoldem ao Estado Democrático de Direito, com a fundamentação externa da decisão na garantia e efetividade dos direitos fundamentais.

³ BARROS, Antônio Milton de. *Curso básico de processo penal*. São Paulo: Lemos e Cruz, 2007, p. 273.

⁴ BARROS, Antônio Milton de. *Curso básico de processo penal*. São Paulo: Lemos e Cruz, 2007, p. 68.

3 A REGULAMENTAÇÃO DO SISTEMA ELEITORAL BRASILEIRO

O sistema eleitoral brasileiro é regulado por leis esparsas que devem ser interpretadas sistematicamente. O Código Eleitoral deve ser analisado em consonância com a Constituição Federal e com as demais leis pertinentes, destacando-se entre elas o Código Penal, o Código de Processo Penal, a Lei n. 9.504/1997 (Lei das Eleições), a Lei Complementar n. 64/1990 (Lei das Inelegibilidades) e a Lei n. 9.096/1995 (Lei dos Partidos Políticos).

As disposições eleitorais visam a garantir a soberania popular e o sufrágio eleitoral de modo que a liberdade de voto não seja comprometida e que os candidatos possuam iguais condições de elegibilidade. As disposições penais eleitorais não se afastam desse mesmo objetivo, conquanto sejam meios coercitivos de evitar o desrespeito ao ordenamento jurídico vigente. As disposições penais processuais, por sua vez, visam a dar à sociedade a garantia de que toda ameaça de lesão ao Estado Democrático de Direito será devidamente averiguada, e, se constatada, devidamente punida com o respeito aos direitos e garantias fundamentais.

São considerados crimes eleitorais aqueles que ocorrem desde o alistamento do eleitor até a diplomação do eleito, atentando contra a forma jurídica prescrita para esses atos, como por exemplo, declaração falsa do candidato sobre o seu patrimônio, desordem que prejudique os trabalhos eleitorais ou ato contra a lisura do eleitor, como violar ou tentar violar o sigilo do voto. A maioria dos crimes eleitorais é prevista nos artigos 289 a 354 do Código Eleitoral. Não obstante, algumas leis eleitorais esparsas também apontam crimes eleitorais, como por exemplo, o artigo 25 da Lei das Inelegibilidades, que tipifica como crime eleitoral a arguição de inelegibilidade e a impugnação de registro de candidato quando temerárias ou de má fé.

A ação penal eleitoral se destina a apurar a autoria de crimes eleitorais. O processo penal eleitoral, com rito específico determinado pelo Código Eleitoral e regido, subsidiariamente, pelo Código de Processo Penal, é, pois, o instrumento para a prestação jurisdicional no conflito de interesses entre o a pretensão punitiva do Estado e o direito de defesa daquele a quem é imputada a autoria de crime eleitoral.

4 O RITO ESPECIAL DO PROCESSO PENAL ELEITORAL

As normas processuais concernentes aos crimes eleitorais são previstas no Código Eleitoral. Qualquer infração penal vinculada aos atos eleitorais deve ser processada de acordo com essas normas. Todavia, são aplicadas também, de modo subsidiário, as normas do Código de Processo Penal.

Todas as infrações eleitorais são processadas por meio de ação penal pública incondicionada. Armando Antonio Sobreiro Neto coloca com palavras exatas a razão de ser da legitimidade ativa do Ministério Público para a ação penal eleitoral, esclarecendo que este é o fiscal do Estado Democrático de Direito:

Independente da legitimação individual dos detentores de mandatos políticos, de candidatos, de partidos políticos ou coligações e do próprio eleitor, a Constituição Federal, em seu art. 127, caput, outorga ao Ministério Público a incumbência de defender, perante o Poder Judiciário, a “ordem jurídica” e o “regime democrático”, ou seja, a “ordem jurídica democrática”, onde se insere toda a matéria eleitoral.⁵

A lei dispõe que aquele que tiver conhecimento de infração eleitoral deverá comunicá-la ao Juiz Eleitoral da zona onde ocorreu a infração e o Juiz Eleitoral reduzirá a termo a comunicação verbal e notificará o Ministério Público, encaminhando-lhe a comunicação. A comunicação pode ser feita também por intermédio da Polícia Judiciária, ou ainda, diretamente ao Ministério Público.

O Ministério Público poderá requisitar maiores esclarecimentos e documentos complementares ou outros elementos de convicção das autoridades ou funcionários competentes, quais sejam: os membros da Justiça Eleitoral (os magistrados que, mesmo não exercendo funções eleitorais, estejam presidindo juntas apuradoras ou se encontrem no exercício de outra função por designação de Tribunal Eleitoral, os cidadãos que temporariamente integram órgãos da Justiça Eleitoral, os cidadãos que hajam sido nomeados para as mesas receptoras ou juntas apuradoras, os funcionários requisitados pela Justiça Eleitoral e outros) e também a Polícia Investigatória.⁶

A denúncia deverá ser oferecida no prazo de dez dias, a contar da verificação da infração penal eleitoral. Caso o Ministério Público não proceda à denúncia, qualquer cidadão poderá oferecer queixa-crime, uma vez que a ação penal privada subsidiária da pública, como preceito constitucional, é possível também em sede eleitoral.

Será possível, ainda, que o Juiz solicite nomeação de outro Promotor pela Procuradoria Regional, para oferecer denúncia. Tal possibilidade constitui um aspecto relevante dessa lei, uma vez que, em se tratando de crimes eleitorais, há, geralmente, dificuldades para que o cidadão ofereça a queixa-crime e com isso inicie a ação penal; se não, veja-se: o infrator, nos crimes eleitorais, tem, na maioria das vezes, um estereótipo predefinido, trata-se de político ou assessor político renomado e protegido pelo partido, com

⁵ SOBREIRO NETO, Armando Antonio. *Direito eleitoral*. 3. ed., Curitiba: Juruá, 2004, p. 27-28.

⁶ De acordo com Decreto-Lei n. 1.064/1969, com o Decreto Federal n. 73.332/1973 e com a Resolução n. 11.494/1982 do TSE, a competência para a investigação de crimes eleitorais é da Polícia Federal. Essa pode requisitar o auxílio da Polícia Civil bem como o da Polícia Militar, se necessário. Também assim pode determinar a Justiça Eleitoral.

condições de subornar a mídia e até mesmo alguns dos servidores da Justiça; isso amedronta o cidadão e traz para ele, como parte, muitas dificuldades, especialmente quanto à produção de provas. Por isso, tal disposição vem ao encontro dos interesses da sociedade, preservando o cidadão e garantindo o exercício do *jus puniendi*.

Diante da inércia do Ministério Público, a autoridade competente poderá representar contra o promotor e, se esta não o fizer no prazo de dez dias, qualquer cidadão poderá fazê-lo. Mais ainda, o Ministério Público ficará sujeito à apuração da responsabilidade penal.

Se o Ministério Público requerer o arquivamento da comunicação, deverá se manifestar o Juiz Eleitoral e, sendo a manifestação do Juiz Eleitoral contrária à do Ministério Público, competirá ao Procurador Regional decidir o impasse, determinando o arquivamento ou da comunicação pelo Juiz ou o oferecimento da denúncia por outro Promotor.

O Juiz, ao receber a denúncia, procederá com a citação do indiciado, que será ouvido em conformidade com os artigos 185 a 196, 261 e 360 do Código de Processo Penal. Após o interrogatório, o acusado terá dez dias para oferecer alegações escritas e arrolar testemunhas. Serão então ouvidas as testemunhas de defesa e acusação e praticadas as diligências necessárias (as que, requeridas pelo Ministério Público, foram deferidas, e as que o Juiz ordenar de ofício).

No prazo de cinco dias, a contar da oitava da última testemunha ou, se houver, da última diligência, as partes deveram apresentar as alegações finais. Após, os autos deverão ser encaminhados no prazo de quarenta e oito horas ao Juiz, o qual terá dez dias para proferir a sentença. Poderá ser interposto recurso no prazo de dez dias. Entendendo a segunda instância que o acusado deve ser condenado, os autos retornarão à instância inferior para que o Juiz execute a sentença dentro de cinco dias.

Caso o Ministério Público não promova a execução da sentença, procede-se do mesmo modo como ocorre com o não oferecimento da denúncia.

Importa dizer ainda acerca da preferência de tramitação dos processos eleitorais, resguardada pela Lei n. 4.410/1964, que, conforme dito anteriormente, dispõe sobre a prioridade dos feitos eleitorais na participação do Ministério Público e na dos Juízes, ressalvados os processos de *habeas corpus* e mandado de segurança.

Observa-se que a referida lei, bem como o rito previsto para o processo penal eleitoral, por meio da previsão de prazos curtos para o exercício dos atos das partes e do Juiz, constituem uma garantia à celeridade, garantia esta que decorre dos argumentos aqui apresentados: o Estado tem interesse na rápida apuração dos crimes eleitorais a fim de impedir que possa o infrator desvencilhar-se da punição ainda no curso do processo, e, mais

que isso, para impedir consequências desastrosas para a organização do Estado, como a anulação de uma eleição por descobrir-se ter sido ela fraudada.

O povo, como soberano, por outro lado, mantém-se na expectativa com relação à efetividade dos direitos políticos de sufrágio eleitoral e de voto e à legitimação do exercício do poder. Assim, também para a soberania popular e para a manutenção do Estado Democrático de Direito, importa seja célere o andamento do feito e a decisão final.

5 – ASPECTOS CONTROVERSOS NA REGULAMENTAÇÃO DO SISTEMA ELEITORAL

O artigo 121 da Carta Magna determina que a organização e competência dos tribunais, juízes e juntas eleitorais sejam fixadas por meio de lei complementar. O legislador, porém, quedou-se inerte. Muito discutiu a doutrina acerca desta ausência de regulamentação, tendo-se concluído, majoritariamente, que a inexistência de lei complementar não leva à ineficácia da mencionada disposição constitucional, uma vez que o Código Eleitoral, embora seja este uma lei ordinária anterior à Constituição Federal, regula a organização e competência dos órgãos eleitorais, tendo sido recepcionado, pois, pela Carta Magna.⁷

O Código Eleitoral define a competência do Tribunal Superior Eleitoral para processar e julgar os crimes eleitorais cometidos pelos seus próprios juízes e pelos juízes dos Tribunais Regionais Eleitorais; a competência dos Tribunais Regionais para processar e julgar os crimes eleitorais cometidos pelos Juízes Eleitorais; e a competência dos Juízes Eleitorais para processar e julgar os demais casos.

Questiona-se, então, ante a omissão do Código Eleitoral e a ausência da lei complementar a que aduz a Constituição Federal, se em matéria de crimes eleitorais não teriam o Presidente da República e o Vice-Presidente, os Parlamentares, o Ministro da República ou Procurador-Geral da República, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal e os Prefeitos foro privilegiado.

Para a determinação das regras de competência, mostra-se necessária a classificação dos crimes eleitorais. Em que pese à divergência doutrinária, entende-se majoritariamente que o crime eleitoral é uma espécie de crime político. Nesse sentido é o posicionamento de Fávila Ribeiro:

Os crimes eleitorais compõem subdivisão dos crimes políticos [...] A inclusão dos crimes eleitorais na esfera de especialização política não é apenas decorrente da atitude assumida pelo legislador pátrio, retirando-o do contexto do Código Penal,

⁷ PIZZOLATTI, Rômulo. *A competência da Justiça Eleitoral*. Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina. Disponível em: <<http://www.tre-sc.gov.br/site/fileadmin/arquivos/biblioteca/doutrinas/pizzolatti1.htm>>.

fazendo-os inserir em capítulo da codificação eleitoral; é a própria natureza dos crimes eleitorais, afetando diretamente as instituições representativas, estruturas básicas da organização política democrática, que impõe sejam reconhecidos como crimes políticos.⁸

A orientação do Supremo Tribunal Federal, por sua vez, se firma no sentido de que os crimes eleitorais são crimes comuns, não se submetendo ao rito processual conferido aos crimes políticos.⁹

Posição intermediária é defendida por Suzana Camargo Gomes e José Joel Cândido,¹⁰ dentre outros, entendendo que se eleitoral for o escopo da ação, o crime será eleitoral e, portanto, político; em contrário senso, se não houver escopo eleitoral, o crime será comum.

Menciona o Código de Processo Penal, em seu artigo 84, que há competência por prerrogativa de função nos casos em que a acusação versar sobre crimes comuns ou de responsabilidade. Considerando-se os crimes eleitorais como crimes comuns, ficaria resguardada a competência por prerrogativa de função, mas, como crimes políticos, tal não poderia se verificar, competindo o processamento e julgamento dos crimes eleitorais cometidos pelas autoridades aos Juízes Eleitorais.

A doutrina traz ainda duas outras correntes, ambas fundadas na inexistência de norma complementar da disposição constitucional. A defesa da posição de que a competência nos crimes eleitorais é determinada em razão da pessoa (*ratione personae*) é feita por aqueles que pensam que os crimes eleitorais, se não são crimes de responsabilidade, são, necessariamente, crimes comuns. A determinação da competência em razão da pessoa observa os artigos 102, I, "b" e "c" e 105, I, "a", da Constituição Federal e é o entendimento mantido pelo Supremo Tribunal Federal em seus precedentes.¹¹

Aqueles que entendem ser o crime eleitoral uma das espécies de crimes políticos e, assim, crime especial, por sua vez, defendem a determinação da competência em razão da matéria (*ratione materiae*).¹² Dessa forma, ficaria o Tribunal Superior Eleitoral incumbido de julgar o Presidente e o Vice-Presidente; o Tribunal Regional Eleitoral seria o responsável pelo julgamento dos Senadores, Deputados Federais, Ministros da República, Governadores dos Estados e do Distrito Federal e Deputados Estaduais e Distritais; e os Vice-Prefeitos e Vereadores seriam julgados pelos Juízes Eleitorais.

⁸ RIBEIRO, Fávila. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 187.

⁹ Vide HC80511/MG. Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. CELSO DE MELLO. Publicado no Diário de Justiça em 14 de setembro de 2001, p. 49.

¹⁰ Cf. GOMES, Suzana de Camargo. *Crimes eleitorais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000; CÂNDIDO, Joel José. *Direito eleitoral brasileiro*. 7. ed., São Paulo: Edipro, 2003.

¹¹ Vide Rp. n. 11.742 - Tribunal Superior Eleitoral. Relator: Pedro da Rocha Acioli. Publicado no Diário de Justiça em 09 jun. 1992, p. 8.773.

¹² Cf. SOBREIRO NETO, Armando Antonio. *Direito Eleitoral*. 3. ed., Curitiba: Juruá, 2004, p. 288-289.

Por não ter se pronunciado o legislador, fica a referida classificação a cargo da doutrina e, na prestação jurisdicional, da discricionariedade do magistrado.

Num outro aspecto da competência, deve ser analisado o termo inicial e o termo final da competência, também omitidos pelo legislador. Os doutrinadores apontam iniciar-se a competência da Justiça Eleitoral quando iniciados também os atos de eleição e findar-se com a diplomação dos eleitos. Rômulo Pizzolatti, entre outros, argumenta em sentido contrário, defendendo que a competência, observado o critério material, não se esgota a diplomação dos eleitos, uma vez que será de competência da Justiça Eleitoral o julgamento de todos os atos praticados com escopo eleitoral, a qualquer tempo.¹³

A ausência de regulamentação, como ocorre não apenas nos casos acima mencionados, mas em diversos outros, como por exemplo, acerca da aplicabilidade dos benefícios da Lei n. 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais), tais como a transação penal e a suspensão condicional do processo, também aos crimes eleitorais, reitera-se, torna a discricionariedade do magistrado indispensável para a prestação jurisdicional.

Há ainda outros aspectos do sistema eleitoral brasileiro que carecem de melhor técnica legislativa e, em razão disso, sujeitam-se também à discricionariedade do magistrado. Dentre eles, merece destaque, ainda que de forma sucinta, a ausência de fixação legal do prazo para o ajuizamento da ação de investigação judicial eleitoral (AIJE) prevista na Lei de Inelegibilidades, tanto no que concerne ao *dies a quo*, quanto ao *dies ad quem*.

Assim também a possibilidade de valer-se da ação de impugnação de registro de candidatura (AIRC), também prevista na Lei de Inelegibilidades, para apurar transgressões que, se confirmadas, ensejam a inelegibilidade; mas que a lei determina sejam apuradas por meio de AIJE ou de representação ou reclamação prevista na Lei das Eleições.

Diverge a doutrina se o ordenamento jurídico-eleitoral, da forma como está positivado, no que tange a estas previsões, configura a garantia à soberania popular, ante a possibilidade da propositura de AIJE ou de representação ou reclamação, que, se improcede, permite que a matéria seja discutida por meio de AIRC e, posteriormente, ante a ausência de preclusão da matéria constitucional e consequente de ação de impugnação de mandato eletivo (AIME), constitucionalmente prevista, ou se configuram mecanismos de protelação da discussão para

¹³ PIZZOLATTI, Rômulo. A competência da Justiça Eleitoral. Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina. Disponível em: <<http://www.tre-sc.gov.br/site/fileadmin/arquivos/biblioteca/doutrinas/pizzolatti1.htm>>.

que a discricionariedade do magistrado possa eventualmente favorecer interesses contrários à ordem jurídico-democrática.¹⁴

Porém, a delonga na discussão jurídica, por meio de várias ações e da morosidade do Poder Judiciário, ataca não apenas o mandato, mas o mandante. O povo, ao exercer o direito de sufrágio eleitoral e o direito de voto, parte da premissa de que a candidatura é juridicamente válida, pois o candidato teve o seu registro levado a efeito, mas vê os seus direitos políticos violados quando, após as eleições o candidato não é diplomado e, numa situação mais drástica, após a diplomação, o candidato em o seu mandato cassado pelo Poder Judiciário. A celeridade se mostra, pois, como uma garantia constitucional a ser observada não apenas no processo penal eleitoral, mas durante todo o processo eleitoral.

As antinomias e lacunas acima elucidadas, se não solucionadas pelo aplicador do direito por meio de uma postura ativista e em conformidade com o garantismo jurídico, violam os direitos políticos fundamentais e maculam a soberania popular.

CONCLUSÃO

A soberania popular, por vezes, é maculada por sórdidos métodos de ideologia e corrupção e de captação ilícita de sufrágio, o que acaba por conduzir ao Poder não aqueles que querem representar os interesses do povo, mas aqueles que buscam a representatividade de seus próprios. Todavia, compete ao Poder Judiciário, auxiliado pelo Ministério Público, dirimir os negativismos do âmbito democrático, aplicando a legislação eleitoral e impedindo, assim, que seja prejudicado o processo democrático de escolha dos representantes.

Há de se considerarem os problemas que emergem da existência de antinomias e lacunas legais, uma vez que a interpretação normativa pelo aplicador do direito pode subordinar a soberania popular à discricionariedade do magistrado.

Ante um modelo de garantismo jurídico, as ameaças ao direito de sufrágio eleitoral e ao direito de voto devem ser investigadas, processadas e punidas, em decorrência do perigo que tais condutas oferecem para a ordem jurídico-democrática, o que deve ocorrer de modo célere, notória seja a prejudicialidade da demora não apenas no exercício do *jus puniendi*, mas também e principalmente para soberania popular, e à luz dos princípios constitucionais.

¹⁴ Nesse sentido, Adriano Soares da Costa enfatiza: “Mas a lacuna legal não é sem conseqüências práticas, pois a Justiça Eleitoral, como jurisdição especializada, não pode conhecer de ações que tornem indefinidamente em aberto o resultado eleitoral, com o franqueamento de oportunidades infundáveis para o ataque ao mandato obtido nas urnas.” (COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de direito eleitoral*. 5. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.522).

Por outro lado, impõe o aludido modelo, fundamentado no princípio penal constitucional da intervenção mínima, tanto no que concerne à atividade legislativa quanto na prestação jurisdicional, que os direitos políticos fundamentais, dentre os quais são enfatizados o direito de sufrágio eleitoral e o direito de voto, devem ser respeitados ao máximo para que seja resguardada a soberania popular e o Estado Democrático de Direito.

A discussão aqui introduzida leva a considerar que, para além das normas eleitorais, se o estandarte da democracia é o poder inerente ao povo, a vontade do povo como soberano deve prevalecer, pois, do contrário, conspurcado estaria o Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Antônio Milton de. *Curso básico de processo penal*. São Paulo: Lemos e Cruz, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Atualidades Jurídicas. *Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB*. OAB Editora, n. 4, jan./fev. 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 15 out. 2010.

CÂNDIDO, Joel José. *Direito eleitoral brasileiro*. 7. ed., São Paulo: Edipro, 2003.

COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de direito eleitoral*. 5. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

COSTA, Tito. *Crimes eleitorais e processo penal eleitoral*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid: Trotta, 1995.

GOMES, Suzana de Camargo. *Crimes eleitorais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PIZZOLATTI, Rômulo. *A competência da Justiça Eleitoral*. Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina. Disponível em: <<http://www.tre-sc.gov.br/site/fileadmin/arquivos/biblioteca/doutrinas/pizzolatti1.htm>>. Acesso em 25 fev. 2008.

RIBEIRO, Fávila. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1985.

_____. *Direito eleitoral*. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996.

SOBREIRO NETO, Armando Antonio. *Direito eleitoral: teoria e prática*. 3. ed., Curitiba: Juruá, 2004