

O Ministério Público no Banco dos Réus

Abordagem crítica do Art. 342 do Código Eleitoral

Eduardo Diniz Neto*

RESUMO: Este trabalho respeita à análise do Art. 342 do Código Eleitoral, sob o *nomen iuris* “não apresentação de denúncia ou não execução de sentença penal condenatória no prazo legal”, norma penal incriminadora eivada de vícios formais atentatórios ao regular e seguro desempenho das funções eleitorais pelos órgãos do Ministério Público, em razão do que se concluirá, ao final, pela imprescindibilidade, ao menos, de alteração legislativa tendente a dar nova redação ao dispositivo.

JUSTIFICATIVA

Diversos delitos funcionais capitulados no Código Eleitoral (Lei n.º 4.737, de 15-7-1965), notadamente com o advento da Constituição Federal de 1988 - a par de nitidamente afrontarem princípios fundamentais de direito penal hauridos do consenso societário vaticinado, de forma explícita ou implícita, na Carta Magna, a começar pelo caráter fragmentário¹ e a feição subsidiária² do Direito Penal vertidos do *princípio da intervenção*

¹ Segundo MUÑOZ CONDE (*Introducción al Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1975, p. 72), da contextualização da feição tripartite do caráter fragmentário do Direito Penal, tem-se que o Direito Penal não deve sancionar todas as condutas lesivas dos bens jurídicos, mas tão-somente aquelas condutas mais graves e mais perigosas praticadas contra bens mais relevantes: em primeiro lugar, defendendo o bem jurídico somente contra ataques de especial gravidade, exigindo determinadas intenções e tendências, excluindo a punibilidade da prática imprudente de alguns casos; em segundo lugar, tipificando somente parte das condutas que outros ramos

*mínima*³, limitador, por sua vez, do *princípio da legalidade ou da reserva legal*, a dar ensejo, virtualmente, ao controle difuso ou mesmo concentrado da constitucionalidade desses dispositivos legais -, podem representar perigoso instrumento nas mãos dos *inimigos de plantão* dos órgãos responsáveis por prevenir, coibir e punir as condutas atentatórias aos bens jurídicos cuja tutela penal verdadeiramente se faz necessária nesse campo de ação.

Dentre essas normas penais incriminadoras sobressai-se, como se poderá concluir ao final, particularmente quanto à atuação dos membros do Ministério Público no exercício das funções eleitorais, o artigo 342 do Código Eleitoral, ou seja, a *não apresentação de denúncia ou não execução de sentença penal condenatória no prazo legal, verbis*:

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

do Direito consideram antijurídicas; e, finalmente, deixando, em princípio, sem punir ações meramente imorais, como, v.g., a mentira.

² “Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade” (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. 8.^a ed.. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 11). “Na seleção dos recursos próprios do Estado, o Direito Penal deve representar a *ultima ratio legis*, encontrar-se em último lugar e entrar somente quando resulta indispensável para a manutenção da ordem jurídica” (MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. Juan Córdoba Roda. Barcelona: Ed. Ariel, 1962, t. 1, p. 31). O Direito Penal assume, destarte, uma feição subsidiária e sua intervenção só se justifica quando fracassam os demais meios e formas protetoras do bem jurídico previstas em outros ramos do Direito. A razão desse princípio, por fim – afirma Roxin – “radica em que o castigo penal coloca em perigo a existência social do afetado, se o situa à margem da sociedade e, com isso, produz também um dano social” (ROXIN, Claus *et alii*. *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal*. Barcelona: Ariel Derecho, 1989, p. 23).

³ A propósito, preleciona LUIZ LUISI (*Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 39-40) que, nas legislações constitucionais e penais contemporâneas, o princípio em causa, em geral, não se encontra explicitado, porém é um princípio imanente que por seus vínculos com outros postulados explícitos e com os fundamentos do Estado de Direito se impõem ao legislador, e mesmo ao hermenêuta. É o que se distingue, na Constituição Federal brasileira - tal qual, v.g, no artigo 13 da Constituição italiana; e no artigo 1.º da Carta Magna alemã -, a partir da conjugação do artigo 5.º, *caput*, com o artigo 1.º, inciso III, ao estabelecer, o primeiro dispositivo, que são invioláveis os direitos à liberdade, à vida, à igualdade, à segurança e à propriedade, e, o segundo, que alça como fundamento do nosso Estado democrático de direito a dignidade da pessoa humana. “Decorrem, sem dúvidas, desses princípios constitucionais, como enfatizado pela doutrina italiana e alemã, que a restrição ou privação desses direitos invioláveis somente se legitima se estritamente necessária a sanção penal para a tutela de bens fundamentais do homem, e mesmo de bens instrumentais indispensáveis a sua realização social” (LUIZI, Luiz. *La Función de Garantía del Derecho Penal Moderno*: Anuario de Filosofía del Derecho. Madrid: s.e., 1973, p. 215).

Pena - detenção até dois meses⁴ ou pagamento de 60 a 90 dias-multa.

Antes de adentrarmos a análise pontual das perigosas deficiências formais que podem levar à banalização da utilização desta figura típica, em detrimento do bom e ponderado desempenho das atribuições pelos agentes ministeriais, convém, para uma melhor compreensão do tema, traçarmos as características gerais do delito.

Trata-se de delito inserido entre os crimes concernentes à organização e funcionamento dos serviços eleitorais no CE, em que *sujeito ativo* é o representante do Ministério Público com atribuições eleitorais (arts. 72 e ss. da LC n.º 75, de 20.5.1993; e 32, inc. III, da Lei n.º 8.625/1993), que direta e pessoalmente tem o dever de agir e, no entanto, dolosamente se omite (delito de mão própria). É crime funcional a partir do conceito de servidor público para efeitos penais extraído da conjugação do art. 283 do CE com o art. 327 do Código Penal. Mais especificamente, portanto, a definição do art. 283 do CE: “Para os efeitos penais são considerados membros e funcionários da Justiça Eleitoral: I - 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; II - Os cidadãos que temporariamente integram órgãos da Justiça Eleitoral; III - Os cidadãos que hajam sido nomeados para as mesas receptoras ou Juntas Apuradoras; IV - Os funcionários requisitados pela Justiça Eleitoral. § 1º Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, além dos indicados no presente artigo, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública. § 2º Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal ou em sociedade de economia mista”. Assim, o conceito é largo e abrangente, alcançando qualquer representante dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como do Ministério Público, e não apenas aqueles pertencentes à Justiça Eleitoral, inclusive, *a priori*, os servidores de empresas públicas, autarquias, sociedades de economia mista e outras entidades paraestatais (STOCCO,

⁴ Detenção de quinze dias (art. 284, CE) a dois meses.

Rui; STOCCO, Leandro de Oliveira. *Legislação Eleitoral Interpretada*. Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: RT, 2006, p. 363). *Sujeito passivo* do delito é o Estado.

As condutas típicas omissivas, na esfera da tipicidade objetiva, circunscritas às funções do representante do Ministério Público como titular da ação penal pública incondicionada na seara eleitoral (art. 355, CE)⁵, consistem em *não apresentar* (deixar de oferecer), no prazo legal, a denúncia ou *deixar de promover* a execução de sentença condenatória no âmbito da Justiça Eleitoral. Sem justificativa plausível ou, ainda, por óbvio, não sendo caso de arquivamento ou dilação investigatória imprescindível, o agente ministerial que deixa de oferecer denúncia, incorre no delito, ainda que seja oferecida queixa subsidiária, nos termos do art. 5.º, LIX, da CF; de igual sorte, se deixa de promover a execução da sentença condenatória. O prazo para o oferecimento de denúncia é de 10 (dez) dias (art. 357, CE), contados desde o formal recebimento da comunicação do delito (seja por auto de prisão em flagrante delito, inquérito policial, documentos, depoimentos, etc.); será de 5 (cinco) dias, tratando-se de indiciado preso (art. 46, CPP, c/c. o art. 364, CE). O prazo para a execução da sentença condenatória será de 5 (cinco) dias, contados da data da vista ao Ministério Público (art. 363, CE). Como regra geral e complementar, a reiterar a incriminação da conduta em apreço, os parágrafos 3.º ao 5.º do art. 357 e o parágrafo único do art. 363, ambos do CE, acentuam que o descumprimento daqueles deveres funcionais pelo *Parquet* constitui o delito do art. 342.

Ressalte-se que a conduta é direta e pessoalmente assumida pelo órgão do Ministério Público pretensamente desidioso, em razão do que não há como se admitir o concurso de agentes em qualquer de suas modalidades (co-autoria e participação).

O delito consuma-se com a mera omissão, no momento em que o agente abstém-se de agir, vale dizer, não oferece, sendo o caso, a denúncia, ou não promove a execução de sentença condenatória, não se exigindo a produção de qualquer resultado (delito

⁵ Sem embargo de o Art. 355 estabelecer que as infrações penais definidas no Código Eleitoral são tão-só de ação pública, o v. Acórdão-TSE nº 21.295, de 14.8.2003, sentenciou: “Cabimento de ação penal privada subsidiária no âmbito da Justiça Eleitoral, por tratar-se de garantia constitucional, prevista no art. 5º, LIX, CF. Inadmissibilidade da ação penal pública condicionada à representação do ofendido, em virtude do interesse público que envolve a matéria eleitoral”.

de mera conduta ou atividade). A tentativa é inadmissível, pois se trata de delito unissubsistente, cujo processo executivo cinge-se tão-só ao ato omissivo. Consigne-se a propósito que o delito classifica-se, ainda, como uniofensivo, de mão própria, omissivo, doloso e de mera atividade.

Inserindo-se no contexto de infração de menor potencial ofensivo, cabível, desde que reunidos os demais requisitos objetivos e subjetivos, a transação penal (art. 61, Lei n.º 9.099/1995), assim como a suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n.º 9.099/1995).

A competência para processo e julgamento do delito é da Justiça Eleitoral (art. 121, CF, c/c. o art. 35, II, CE). Sendo autor o membro do MP estadual, originariamente competente será o Tribunal Regional Eleitoral respectivo (art. 96, III, CF; e art. 29, I, *d*, CE, extensivamente); se o procurador-geral eleitoral (Procurador-Geral da República), competente será o STF (art. 102, I, *b*, CF); se o procurador regional eleitoral, competente originário será o STJ (art. 105, I, *a*, CF).

Pois bem. Impende, desde logo, consignar que as condutas comissivas exigidas do órgão do Ministério Público pelo conteúdo normativo imperativo do Art. 342 do CP, quais sejam, oferecer a denúncia e executar a sentença condenatória tempestivamente, por óbvio, não vinculam sua atuação nos prazos ali assinalados quando justificável a impossibilidade de seu atendimento (o que poderia, em tese, até caracterizar uma discriminante ou dirimente), ou quando se convencer da inocorrência dos requisitos legais ensejadores das medidas, pois goza de independência funcional a torná-lo inviolável e impenetrável em suas convicções⁶. Além disso, “para fiscalizar a atuação de seus integrantes, sob o aspecto disciplinar e funcional, há legislação específica, como as Leis Orgânicas do Ministério Público Federal e do Ministério Público nos Estados, tarefa essa entregue à Corregedoria Geral. Ademais, no exercício de sua atividade e atuando perante a Justiça Comum, o Ministério Público jamais necessitou de legislação coativa, com ameaça de lhe impingir a mesma pena reservada aos marginais para

⁶ Nesse sentido, Fávila Ribeiro (*Direito Eleitoral*. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 644) e Suzana de Camargo Gomes (*Crimes Eleitorais*. São Paulo: RT, 2000, p. 273).

exercer o seu *munus*”⁷. Acresce-se ao rol de órgãos legitimados à fiscalização disciplinar e funcional, mais recentemente, o Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP e a Ouvidoria Geral.

A par da possibilidade, como visto, de se invocar a inconstitucionalidade do Art. 342 do CE - por afrontar, em tese, além dos princípios fundamentais de direito penal já referidos, também, segundo alguns, o específico *princípio institucional da independência funcional* do Ministério Público, assegurado no Art. 127 da CF -, tendo em conta, porém, que o dispositivo legal continua em pleno vigor, alguns aspectos nevrálgicos no tocante a sua estrutura típica, notadamente subjetiva, podem ser destacados, a ponto de merecer, senão sua revogação, ao menos nova redação *de lege ferenda*.

Já num primeiro momento, porque a conduta típica, a despeito de inserida dentre os delitos concernentes à organização e funcionamento dos serviços eleitorais no CE, sequer diz respeito às atribuições do Ministério Público relativas ao micro-processo eleitoral (fases da votação e apuração) ou ao macro-processo eleitoral (consistente, além daquelas, das fases do alistamento, registro de candidatos, propaganda eleitoral e diplomação dos eleitos), podendo alcançar todo o período de designação eleitoral do membro do *Parquet*, o que contraria a própria *mens legis* quanto aos crimes dessa natureza, sabidamente tendente à tutela da lisura e do regular desenvolvimento do processo eleitoral, em particular no que toca à tempestiva atuação de seus órgãos protagonistas e auxiliares, cujos atos devem se compatibilizar com o apertado e dinâmico calendário das eleições, sob pena de total ineficácia da intervenção jurisdicional. Daí porque a prioridade atribuída ao serviço eleitoral, preferindo a qualquer outro (art. 365 do CE; e art. 94 da Lei n.º 9.504/1997), dentro do qual evidentemente não se insere a omissão típica do órgão do Ministério Público segundo o Art. 342.

Em sendo assim, evidentemente que dispensável a capitulação, até porque, se presente o especial fim de satisfazer interesse ou sentimento pessoal, incorrerá o autor no

⁷ STOCCO, Rui; STOCCO, Leandro de Oliveira. *Legislação Eleitoral Interpretada*. Doutrina e Jurisprudência, São Paulo: RT, 2006, p. 698.

delito de prevaricação (Art. 319, CP), onde este outro elemento subjetivo do injusto é expresso.

Contudo, no caso vertente (Art. 342, CE), o legislador contempla somente o dolo no âmbito da tipicidade subjetiva do delito, não exigindo qualquer outro elemento subjetivo do injusto, seja como expressa intenção, seja como tendência, postura compactuada pela esmagadora maioria dos doutrinadores⁸.

Percebe-se, portanto, que a inexistência da especial finalidade na conduta do agente ministerial pode consubstanciar não só perigosa discricionariedade dos magistrados quanto à relevância penal do fato - pois comporta e se condiciona à larga margem de arbítrio do intérprete judicial, que leva o julgador a desmudar-se em legislador, de modo a atentar, sobretudo, também contra a feição garantística do princípio da legalidade e seu consectário da taxatividade -, mas também, desencadear potencial perseguição daqueles tradicionais “inimigos do Ministério Público”, que, a qualquer tempo, verificando o descumprimento dos prazos ali assinalados, podem, no mínimo, dar causa à instauração de investigação policial ou investigação administrativa contra aquele, tudo a interferir indevidamente no bom desempenho profissional do Promotor de Justiça, carecedor da paz e da tranqüilidade para a consecução de seu mister, uma vez que vive diuturnamente sob muitas outras formas de pressão psicológica, lembrando ainda que, pertinentemente aos outros feitos eleitorais, no período entre o registro das candidaturas até cinco dias após a realização do segundo turno das eleições, esses terão prioridade também para a participação do Ministério Público junto a todas as instâncias, ressalvados os processos de *habeas corpus* e mandado de segurança, sendo defeso ao agente ministerial deixar de cumprir qualquer prazo da Lei em razão do exercício das funções regulares cumuladas à eleitoral, sob pena de incorrer em crime de responsabilidade, além de estar sujeitos a medidas de natureza correicional⁹.

⁸ Nesse sentido, Fávila Ribeiro (*Direito Eleitoral*. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 645); Suzana de Camargo Gomes (*Crimes Eleitorais*. São Paulo: RT, 2000, p. 273); e Joel José Cândido (*Direito Eleitoral Brasileiro*. 4. ed. Bauru: Edipro, 1994, p. 261). O único autor consultado que entende visar a conduta à satisfação de algum interesse pessoal ou de terceiro é Rui Stocco (STOCCO, Rui; STOCCO, Leandro de Oliveira. *Legislação Eleitoral Interpretada*. Doutrina e Jurisprudência, São Paulo: RT, 2006, p. 699-700).

⁹ O art. 94 da Lei n.º 9.504/1997 (Lei das Eleições) – que revogou, neste particular, o art. 1.º da Lei n.º 4.410/1964 -, estabelece que, no período entre o registro das candidaturas até cinco dias após a realização do segundo turno das eleições, os feitos eleitorais terão prioridade para a participação do Ministério Público e dos Juízes de todas as Justiças e instâncias, ressalvados os processos de *habeas corpus* e mandado de segurança

CONCLUSÃO

Conclui-se que para dar sobrevida ao Art. 342 do Código Eleitoral, de modo a transformá-lo em crime análogo ao de prevaricação no âmbito eleitoral e afastar, por conseguinte, qualquer questionamento quanto a sua constitucionalidade, e principalmente para dar a almejada segurança jurídica também para o regular e bom desempenho das atribuições ministeriais, afigura-se premente a já tardia alteração legislativa tendente a inserir expressamente como elemento subjetivo do injusto o especial fim de visar à satisfação de algum interesse ou sentimento pessoal do membro do Ministério Público desidioso ou interesse de terceiro, notadamente que venha a beneficiar ou prejudicar determinado candidato, partido político ou coligação.

*Promotor de Justiça Titular da 19.^a Promotoria de Justiça da Comarca de Entrância Final de Londrina-PR

Disponível em: <http://www.mp.pr.gov.br/eventos/teses05.html>
Acesso em: 14 de junho de 2007

(*caput*), sendo defeso a essas autoridades deixar de cumprir qualquer prazo da Lei em razão do exercício das funções regulares cumuladas à eleitoral (§ 1.º), sob pena de incorrerem em crime de responsabilidade, além de estarem sujeitos a medidas de natureza correicional (§ 2.º). Traz o parágrafo 2.º, portanto, modalidade de crime de responsabilidade dos órgãos jurisdicionais e do Ministério Público eleitorais pelo descumprimento injustificado dos prazos da Lei das Eleições (e não do CE), que é, por seu turno, aquele delito funcional capitulado no art. 2.º da Lei n.º 1.079/1950 (*Lei do Impeachment*), cuja exclusiva pena é a perda do cargo, com inabilitação, até cinco anos, para o exercício de qualquer função pública, obedecendo-se ao rito procedimental da Lei n.º 8.038/1990, sem prejuízo do processo e julgamento do acusado por crime comum.