



UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

José Edvaldo Pereira Sales

O PRINCÍPIO (INSTITUIDOR) DA INTERVENÇÃO MÍNIMA:

A proteção do bem jurídico e a (des)criminalização no direito eleitoral

Belém

2013

José Edvaldo Pereira Sales

O PRINCÍPIO (INSTITUIDOR) DA INTERVENÇÃO MÍNIMA:

A proteção do bem jurídico e a (des)criminalização no direito eleitoral

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.
Orientador: Professor Doutor Marcus Alan de Melo Gomes.

Belém

2013

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP) –

Sales, José Edvaldo Pereira.

O Princípio (instituidor) da intervenção mínima: a proteção do bem jurídico e a (des)criminalização no direito eleitoral / José Edvaldo Pereira Sales; orientador, Prof. Dr. Marcus Alan de Melo Gomes. – 2013

Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belém, PA, 2013.

1. Direito Eleitoral. 2. Direito Penal. I. Gomes, Marcus Alan de Melo, orient. II. Título.

CDD: 22. ed. 342.8107

José Edvaldo Pereira Sales

O PRINCÍPIO (INSTITUIDOR) DA INTERVENÇÃO MÍNIMA:

A proteção do bem jurídico e a (des)criminalização no direito eleitoral

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovada em: 18 de abril de 2013.

Banca examinadora

Professor Doutor Marcus Alan de Melo Gomes
Orientador (UFPA)

Professor Doutor Salo de Carvalho
Membro (UFPA)

Professora Doutora Ana Cláudia Bastos de Pinho
Membro (UFPA)

A *Ivoneide*, porque existirá sempre um ponto inexpugnável, uma dor latejante e desejada, um ouvir do coração a voz afável, daquilo que não tem preço, que não tem jeito..., o amor que tenho por você.

A *Edneide, Elisama e Isabel*, por serem filhas tão especiais; muito além do que jamais poderia ter imaginado.

A *Ronald Dworkin*, falecido no último dia 14 de fevereiro, por ter deixado um legado inestimável ao Direito, na sua *melhor luz*.

AGRADECIMENTOS

Submeter-me à seleção para o Mestrado em Direito do conceituado Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal do Pará (UFPA) foi uma decisão corajosa. A minha aprovação foi um misto de alegria e de recordação dos tempos da graduação em Direito às margens do rio Guamá. Da graduação ao mestrado, da aprovação à elaboração deste trabalho, foi um caminho que somente foi percorrido em razão de muitos fatores e pessoas. Prestar os agradecimentos que seguem é um gesto que causa emoções profundas...

A Deus, pois, quando o dia findou, e as noites frias, sucessivas e intermináveis de lua nova chegaram, e o sol, teimosamente, não despontava trazendo o amanhecer, brilhou uma centelha de luz, incandescente e imarcescível, na densidade da escuridão, que me fez enxergar, como que por uma fresta, que este projeto era possível e tudo o mais.

A meu orientador professor Doutor Marcus Alan de Melo Gomes. Suas aulas, que foram verdadeiros diálogos, sua dedicação pessoal com reuniões em sua biblioteca, a comunicação por e-mails, o empréstimo inestimável de seus livros, os quais constituem grande parte das referências deste trabalho, sua orientação na pesquisa, suas lições sobre como problematizar o direito penal, sua leitura minuciosa deste trabalho e as correções daí decorrentes, tudo isso representa muito mais do que posso dizer neste momento para agradecer-lhe.

Aos professores do PPGD com os quais mantive contato em sala de aula e com quem aprendi a ler, a pensar e a escrever o Direito com novas perspectivas: professor Doutor Antonio Moreira Maués, professora Doutora Jane Felipe Beltrão, professor Doutor José Cláudio Monteiro de Brito Filho, professor Doutor Paulo Sérgio Weyl, professora Doutora Pastora do Socorro Teixeira Leal e professora Doutora Rosalina Moitta da Costa.

À professora Doutora Ana Cláudia Bastos de Pinho e ao professor Doutor Raimundo Wilson Gama Raiol, os quais, além de terem sido meus professores nas

disciplinas que ministram, participaram da minha qualificação. As sugestões feitas pela professora Doutora Ana Cláudia libertaram-me de amarras e abriram-me a oportunidade, à qual espero ter correspondido, de escrever para além do pretendido. O professor Doutor Raimundo Raiol fez observações precisas que me foram entregues por escrito, o que só reafirma seu compromisso acadêmico.

Aos demais professores do PPGD, mesmo àqueles dos quais não fui aluno, presto meus agradecimentos, por fazerem com o que o PPGD seja o que é e certamente o será muito mais.

À professora Maria da Graça Leal pela precisa revisão do texto.

À minha esposa, Ivoneide, a quem dedico tudo, por ter dedicado sua vida à minha quando nada havia senão nós dois.

Às minhas filhas, Edneide, Elisama e Isabel, por compreenderem e amarem um pai como eu.

A meu pai, José Ribamar, porque este trabalho é uma das concretizações, entre tantas, de uma decisão tomada há muito tempo...

À minha mãe, Maria Cleonice, com nome de santa e da mãe do Salvador. Um dos grandes privilégios da minha vida foi ter nascido do seu ventre. Suas palavras, seus atos – e lágrimas – e até seu silêncio deram-me forças para prosseguir um caminho que só hoje consigo perceber com maior nitidez. O seu amor e os seus pressentimentos sempre foram verdadeiros...

A meus irmãos: Arnaldo, por quem tenho grande amor; Arnaldo, pelos cuidados paternos na graduação que me fizeram chegar até aqui; Ronaldo, por ser minha primeira fonte de inspiração para ser o que sou, profissional e intelectualmente; Marinalda e Nalvinha, por serem para mim os maiores exemplos de superação; Júnior, por ser o que é – socorro de muitos, inclusive de mim, usando seus conhecimentos médicos.

A João Batista (*in memoriam*), por ter sido mais que um avô para mim e que, certamente, ficaria muito feliz por este momento.

A Chico, meu tio, pelas histórias que contou para eu dormir na minha infância e pela companhia de muitos anos.

A José Humberto, que, entre todos os sobrinhos, é aquele que sem falar diz tudo sobre a necessidade do amor. No dia em que você puder ler e entender esta dedicatória, saberá que foi exatamente para tal momento que a fiz.

À Boa Vista do Batista, onde tudo começou...

Aos colegas do mestrado, porque o difícil processo de seleção e a rotina exaustiva das aulas e demais atividades acadêmicas são a maior demonstração da perseverança e da vitória de cada um.

À Secretaria do PPGD, na pessoa da Liliane, pelo fundamental acompanhamento a mim dispensado como aluno.

Aos colegas do Ministério Público do Estado do Pará, Daniela Moura, Lea Mousinho e Paulo Ricardo, pelo apoio incondicional, pela leitura do manuscrito e pelas sugestões; e ainda a Lea, pelo valioso empréstimo e doação de livros a mim.

Aos servidores da Biblioteca do Ministério Público do Estado do Pará, na pessoa das bibliotecárias Lucilene e Conceição, pelos artigos enviados, pelos livros emprestados, pelas pesquisas realizadas e, sobretudo, pelo excelente serviço que prestam com educação e eficiência ímpares.

Em cada conhecimento há sempre uma parcela – e na maioria das vezes uma grande parcela – de não conhecimento.

Arthur Kaufmann

O direito penal não cria problemas; ele próprio é o problema.

Pôster no Frankfurter Juridicum

RESUMO

No presente trabalho, questiona-se a necessidade da intervenção do direito penal no direito eleitoral para proteger os bens jurídicos. Constatou-se que, no caso do Brasil, essa intervenção penal no direito eleitoral é significativa e ocorre por intermédio de diversas leis, das quais a principal é o Código Eleitoral (CE) em vigor. O ponto de partida desta pesquisa é a teoria do bem jurídico-penal, com destaque para a sua função crítica. É feita uma aproximação dessa teoria crítica do bem jurídico-penal com o Estado Democrático de Direito e a formulação teórica de Ronald Dworkin e Lenio Streck a respeito dos princípios do direito, com ênfase no princípio (instituidor) da intervenção mínima, no âmbito do direito penal, e seus componentes de garantia, entre os quais a proteção exclusiva de bens jurídicos, a fragmentariedade e a subsidiariedade. A partir daí, é estabelecida a relação entre a proteção não penal de bens jurídicos (relevantes) no direito eleitoral e a (des)criminalização no direito eleitoral, contrapondo-se as teses do expansionismo e do minimalismo penal. A questão fundamental da pesquisa é relacionar esses conceitos para indagar sobre a (des)necessidade dos tipos penais eleitorais e buscar, para o modelo brasileiro, uma proposta não penal de proteção de bens jurídicos no âmbito eleitoral.

Palavras-chave: Bem jurídico-penal. Princípio (instituidor). Intervenção mínima. (Des)criminalização. Direito eleitoral.

ABSTRACT

The paper questions whether the intervention of criminal law for the protection of legal asset under the Election Law is needed. In Brazil, this criminal intervention is significant and is given by several laws, the main one being the election code in force. The starting point is the theory of criminal legal asset, and highlights its critical function. It makes an approximation of the critical theory of criminal legal asset with the Democratic Law State and the theoretical formulation of Ronald Dworkin and Lenio Streck about the principles of law with emphasis on the principle (settlor) of minimal intervention, under the criminal law, and its warranty components, such as the exclusive protection of legal interests, fragmentation and subsidiarity. From this reflection, it makes the relation between the non-criminal protection of (relevant) legal assets and (un)criminalization in the electoral law, confronting penal expansionism and minimalism theories. The key issue of this work is to articulate these concepts to inquire about the (un)necessity of electoral criminal types, and to point for the brazilian model a non-criminal protection of legal asset under election law.

Keywords: Legal interest. Principle (settlor). Minimal intervention. (Un)criminalization. Electoral law.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	13
2	O DIREITO PENAL E A TUTELA DE BENS JURÍDICOS	18
2.1	EVOLUÇÃO DOUTRINÁRIA DA TEORIA DO BEM JURÍDICO	19
2.1.1	Da lesão a direito subjetivo às influências positivistas	21
2.1.2	Do espiritualismo hegeliano ao sociologismo-funcionalista	26
2.1.3	Concepções constitucionalistas	33
2.2	DIFICULDADES EM TORNO DA TEORIA DO BEM JURÍDICO	40
2.2.1	Definição de bem jurídico-penal	40
2.2.2	Valores constitucionais e bem jurídico-penal	43
2.2.3	A tutela de bens transindividuais	44
2.3	FUNÇÃO CRÍTICA DA TEORIA DO BEM JURÍDICO	46
3	CONSTITUIÇÃO E PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL	49
3.1	ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, CONSTITUIÇÃO E PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL	49
3.1.1	Do Estado Liberal ao Estado Social	49
3.1.2	O Estado Democrático de Direito	50
3.1.3	Constituição e princípios do direito penal	52
3.1.4	Direito penal e dignidade da pessoa humana (e direitos humanos)	54
3.2	OS PRINCÍPIOS: A PRODUÇÃO E A APLICAÇÃO DO DIREITO (PENAL)	56
3.2.1	Os princípios como imposições de moralidade política	60
3.3	PRINCÍPIO (INSTITUIDOR) DA INTERVENÇÃO MÍNIMA E SEUS COMPONENTES DE GARANTIA	65
3.3.1	Proteção exclusiva de bens jurídicos relevantes	69
3.3.2	Fragmentariedade	71
3.3.3	Subsidiariedade	74
3.3.4	Ofensividade ou lesividade	75
3.3.5	Materialidade do fato	76
3.4	O PRINCÍPIO (INSTITUIDOR) DA INTERVENÇÃO MÍNIMA E A DEFINIÇÃO DE BEM JURÍDICO-PENAL	78

4	A PROTEÇÃO NÃO CRIMINAL DE BENS JURÍDICOS NO DIREITO ELEITORAL	81
4.1	CONSIDERAÇÕES INICIAIS	81
4.2	ABUSO DE PODER	82
4.3	CONDUTAS VEDADAS AOS AGENTES PÚBLICOS EM CAMPANHA ELEITORAL	87
4.4	PROPAGANDA ELEITORAL	92
4.5	CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO	96
4.6	CAPTAÇÃO E GASTOS ILÍCITOS DE RECURSOS PARA CAMPANHA ELEITORAL	100
4.7	PROTEÇÃO E CRIMINALIZAÇÃO: A DISTINÇÃO NECESSÁRIA	105
5	A (DES)CRIMINALIZAÇÃO NO DIREITO ELEITORAL	110
5.1	NOÇÕES GERAIS SOBRE OS TIPOS PENAIS ELEITORAIS	110
5.2	A SOCIEDADE DE RISCO E O EXPANSIONISMO PENAL	113
5.2.1	A sociedade de risco e o direito penal	113
5.2.2	O direito penal de <i>terceira velocidade</i> e o direito penal do <i>inimigo</i>	117
5.3	MINIMALISMO PENAL: PERSPECTIVAS PARA O DIREITO ELEITORAL BRASILEIRO	121
5.3.1	Contravenções e crimes de menor potencial ofensivo: o mínimo de proibições necessárias	123
5.3.2	Tipos penais eleitorais e ilícitos cíveis-eleitorais	128
5.3.3	Tipos penais eleitorais e tipos penais não eleitorais	132
5.4	DIREITO PENAL SIMBÓLICO E OS TIPOS PENAIS ELEITORAIS ..	136
5.5	OS RISCOS DE UMA HIPERTROFIA PUNITIVA DO DIREITO ELEITORAL BRASILEIRO	140
6	CONCLUSÃO	150
	REFERÊNCIAS	160

1 INTRODUÇÃO

Este é um trabalho que tem a pretensão de ser crítico. Em meio a um expansionismo penal constantemente visto aqui e alhures, busca-se lançar uma proposta político-criminal com feições nítidas de minimalismo penal. No caso brasileiro, o objetivo é até mais drástico: expurgar a intervenção penal do direito eleitoral. É por isso que o conselho de Coutinho, ao dizer que “[a]ssumir-se, portanto, parece ser a única ponte capaz de garantir ao jurista um caminhar comprometido, engajado”¹, é seguido nas páginas adiante. Sem essa postura firme, seria impossível trilhar o itinerário.

O ponto de partida é a construção doutrinária que se fez nos últimos dois séculos, aproximadamente, em torno do conceito de bem jurídico-penal. E assim é, porque se sustenta que a função do direito penal é proteger bens jurídicos. Esse é um dos temas centrais do direito penal, e as inevitáveis controvérsias doutrinárias deram ensejo a escolas aqui agrupadas em tópicos: parte-se da ideia de crime como lesão a direito subjetivo proposta por Feuerbach, analisa-se a crítica a ele feita por Birnbaum – que introduz o conceito de bem em substituição ao de direito subjetivo –, apresenta-se a proposição de Liszt de que o bem jurídico é o interesse protegido pelo Direito, examinam-se as influências do pensamento hegeliano sobre o conceito de bem jurídico e as teorias de índole sociológico-funcionalistas vistas em Amelung, Jakobs e Hassemer, até se chegar às mais recentes formulações das teorias constitucionalistas, cujo principal representante é, para este trabalho, Roxin.

A importante produção acadêmica dessas escolas não conseguiu extirpar dificuldades fundamentais que ainda marcam a teoria do bem jurídico-penal. Três delas são apontadas, embora sem maiores aprofundamentos. A primeira é a própria definição de bem jurídico-penal, que está atrelada sempre à respectiva escola doutrinária do autor que a formula. A segunda é a necessária relação que se deve estabelecer entre valores constitucionais e bem jurídico-penal quando se deseja discorrer sobre a seguinte questão: tudo o que está no texto constitucional poderá ser elevado à condição de bem jurídico-penal? Por fim, a terceira diz respeito à necessidade de definir se cabe ou não ao direito penal proteger bens jurídicos não individuais.

¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: _____ (Coord.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 5.

O trabalho aponta os caminhos que percorrerá ao abordar a função crítica da teoria do bem jurídico. O objetivo é deixar nítida a compreensão de que o conceito de bem jurídico deve ter conotação não apenas dogmática, mas também crítica, logo, político-criminal – por isso, representa o verdadeiro limite para o *ius puniendi* do Estado. Daí a aproximação entre a formulação teórica do bem jurídico-penal e os modelos de Estado, culminando com o Estado Democrático de Direito.

Essa aproximação é crucial porque é no Estado Democrático de Direito, diferentemente do que ocorre no Estado Liberal e no Estado Social, que é possível falar com maior propriedade em direitos fundamentais (logo, em direitos humanos) e em princípios que funcionam como limites do direito penal. Com efeito, é na Constituição, nascida de um processo democrático e comprometida com aqueles direitos, que se podem encontrar tais limitações, as quais impõem um modelo minimalista ao direito penal.

Embora não seja o objetivo central do trabalho, inevitavelmente é feita uma ligeira abordagem do modo como os princípios têm sido concebidos pelos juristas, indo-se dos princípios gerais do direito aos princípios constitucionais. A crítica de Streck ao que denominou “panprincípioalismo” é trazida ao texto do trabalho como uma forma de discutir os diversos “princípios” (*ad hoc*) hoje encontrados em muitas produções doutrinárias e jurisprudenciais.

Ainda nessa discussão a respeito dos princípios, a pesquisa valeu-se de Dworkin para indagar sobre a possibilidade de formulações apriorísticas de princípios de Direito e de seu preenchimento semântico completo de forma antecipada. É possível falar de princípios sem fatos? O que são, na verdade, princípios? Eles *abrem* ou *fecham* sentido? Essas indagações, entre outras, são feitas para lançar os resultados da pesquisa sobre os limites principiológicos que devem constranger o legislador e o intérprete do direito penal.

Dado esse suporte teórico, o trabalho avança para indicar o princípio da intervenção mínima como verdadeiro princípio instituidor do direito penal, isto é, aquele do qual emanam diversos aspectos limitadores, que aqui são chamados desdobramentos, manifestações, aspectos, feições ou componentes de garantia. É a partir desse princípio que alguns componentes são discutidos no trabalho, a saber: proteção exclusiva de bens jurídicos relevantes, fragmentariedade, subsidiariedade, ofensividade ou lesividade e materialidade do fato.

De certa forma, depois desse caminho percorrido, o trabalho arrisca propor uma definição de bem jurídico-penal à luz da compreensão dworkiana de princípio e com base na concepção do princípio da intervenção mínima como princípio instituidor do direito penal. É uma tentativa de aproximar uma concepção dogmática de uma de natureza filosófica – a teoria da integridade de Dworkin –, um dos grandes desafios desta pesquisa.

Como a controvérsia gira em torno da intervenção penal no direito eleitoral, o trabalho apresenta como se dá a proteção não penal de bens jurídicos nesse ramo do direito brasileiro. O primeiro passo é apontar os bens jurídicos que são relevantes para o direito eleitoral. A pesquisa, apoiando-se em determinados fundamentos, indica um tripé: a lisura ou legitimidade do pleito eleitoral, o livre exercício do voto pelo eleitor e a igualdade entre candidatos na disputa eleitoral.

A partir daí, considerou-se relevante tecer algumas considerações sobre certos ilícitos não penais no direito eleitoral e sobre o modo como a legislação protege os bens jurídicos. Daí a análise de temas como o abuso de poder e suas modalidades, as condutas vedadas aos agentes públicos em campanha eleitoral, a propaganda eleitoral, a captação ilícita de sufrágio, a captação e os gastos ilícitos de recursos para a campanha eleitoral. Em todos os casos, a pesquisa procura discorrer apenas sobre certos aspectos, como breve histórico, definições e classificações, conforme o caso, além de sanções e bem jurídico protegido.

O objetivo dessas digressões é deixar claro que proteger não significa necessariamente, no direito penal como *ultima ratio*, criminalizar. Para isso, não apenas considerações teórico-doutrinárias são feitas, mas também dados numéricos são apresentados, que demonstram que a discutida proteção dá-se de forma adequada, o que afasta a necessidade da ingerência penal. Examina-se a tese da *dupla face do princípio da proporcionalidade* (proteção positiva e proteção de omissões estatais) nos efeitos que lhe são dados por Streck no Brasil. É que o caso do direito eleitoral parece demonstrar o desacerto de se engendrar uma forma de expansionismo penal sob o manto da proteção deficiente (garantismo positivo). Seria um tipo de expansionismo com supedâneo em princípios.

Traçadas todas essas premissas, o trabalho debruça-se sobre o seu ponto principal: existe a necessidade da intervenção penal no direito eleitoral? Um panorama da legislação penal eleitoral em vigor é dado para, em seguida, ser estabelecida uma bipolarização teórica para a extração de conclusões: o

expansionismo e o minimalismo penal. Com base na formulação de Beck sobre a “sociedade de risco”, enfocam-se movimentos tipicamente expansionistas na esfera penal, como o movimento da “lei e ordem”, o “direito penal de terceira velocidade” (Sánchez) e o “direito penal do inimigo” (Jakobs). A pesquisa procura demonstrar por que essas concepções são incompatíveis com o modelo de Estado Democrático de Direito.

Doutra banda, o minimalismo penal é a linha seguida pela pesquisa. Retoma-se o princípio (instituidor) da intervenção mínima e seus componentes de garantia para reafirmar a ideia de que o direito penal, na concepção de Ferrajoli, somente se justifica diante da absoluta necessidade e suas proibições devem ser minimamente necessárias. O trabalho não segue, todavia, em sua totalidade, o pensamento do mestre italiano. Alguns pontos realçados e incorporados são tomados de outros autores, como Roxin, García-Pablos de Molina e Zaffaroni.

Para discutir a (des)criminalização no direito eleitoral, basicamente, três aspectos tiveram de ser enfrentados: tipos penais eleitorais que possuem natureza semelhante a contravenções e até que ponto esses bens que se pretende proteger são relevantes; tipos penais eleitorais e a proteção dada a bens jurídicos de forma idêntica à que é outorgada por normas eleitorais que não possuem natureza penal; por fim, a similitude existente entre tipos penais eleitorais e tipos penais não eleitorais, com destaque para o bem jurídico protegido e, em alguns casos, para a pena prevista. Este último caso pretende chamar a atenção para a necessidade de saber se normas de ramos diferentes do Direito (penal e eleitoral) conferem dupla proteção a bens jurídicos semelhantes.

Projetar um modelo de direito penal expansionista é atrair uma índole simbólica de feições negativas. Os tipos penais eleitorais possuiriam, sob essa ótica, natureza diferente daquela que afeta os tipos penais não eleitorais, isto é, a de um direito penal que está a serviço de certos interesses? Valendo-se de autores como Zaffaroni e Streck, entre outros, a pesquisa procura apresentar uma resposta a essa questão e definir até que ponto ela servirá de supedâneo para o oferecimento da resposta à criminalização ou não no direito eleitoral.

Por fim, o trabalho chama a atenção para os chamados “riscos de uma hipertrofia punitiva do direito eleitoral brasileiro”. A principal preocupação é enfrentada antes – a (des)necessidade da criminalização no direito eleitoral. Porém, lançar essa proteção para a esfera não penal não significa dizer que garantias

materiais e processuais devam ser desconsideradas. Destacam-se aqui alguns aspectos da chamada “Lei da Ficha Limpa” (Lei Complementar n.º 135/10) e a interpretação que lhe é dada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) n.º 29 e n.º 30 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 4.578, concluído no dia 16 de fevereiro de 2012. Duas questões são suscitadas: o princípio da presunção de inocência e a natureza jurídica das inelegibilidades.

É possível transformar o direito eleitoral num “superdireito”, num direito de “custo-benefício” ou num direito que eleja “inimigos” em nome da proteção de pretensos valores? Embora ultrapassando o ponto a que se pretendia chegar nesta pesquisa, essa última advertência em forma de reflexão tornou-se imperiosa.

2 O DIREITO PENAL E A TUTELA DE BENS JURÍDICOS

Segundo a doutrina², a tutela de bens jurídicos constitui a *missão* ou a *função* do direito penal. Embora pareça, à primeira vista, questão sem maior relevância, não custa esclarecer que existe uma diferença técnico-científica, na órbita penal, entre *função* e *missão*. Por *função* do direito penal, devem-se entender tão somente as consequências (acessórias) reais do sistema, e não as desejadas; já *missão* – fins ou metas – implica o inverso, isto é, aquilo que é almejado, desejado, procurado oficialmente pelo sistema³. Apesar disso, não é uniforme o tratamento doutrinário a esse respeito.

Sem fazer uso do termo “missão”, Mir Puig utiliza a palavra “função” para referir-se ao que *efetivamente* desempenha o direito penal no âmbito da realidade social (ponto de vista sociológico), o que se distinguiria do *programa normativo* como *função* atribuída ao direito penal, sem preocupações quanto ao atingimento ou não desse objetivo. Este último aspecto (direito positivo) distingue-se, por sua vez, da *função* que o direito penal deveria cumprir como proposições *de lege ferenda*, perspectivas que são da filosofia jurídica e da política criminal⁴.

Contrapondo a função instrumental do direito penal às teorias que propugnam outras funções como a ético-social, a simbólica e a promocional, García-Pablos de Molina sustenta que a *função* genuína do direito penal é de índole *instrumental*, na medida em que protege bens jurídicos por meio de efeitos dissuasórios (sanções penais). O direito penal não possui, assim, a *função* de proteger valores elementares da ética social (função ético-social), de servir de instrumento meramente psicológico – o impacto da proibição penal na mente de políticos, do legislador e dos eleitores (função simbólica) –, nem de atuar como instrumento de transformação da sociedade (função promocional)⁵.

A proposta aqui lançada alcança não só o que está posto pelo sistema positivado, no caso, o direito eleitoral brasileiro (*de lege lata*), como também, dadas

² Entre outros teóricos, é possível citar: BIANCHINI, Alice; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: introdução e princípios fundamentais*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal: introducción*. Madrid: Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2000; MIR PUIG, Santiago. *Direito penal: fundamentos e teoria do delito*. Tradução de Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

³ BIANCHINI; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2009, p. 227.

⁴ MIR PUIG, op. cit., p. 57-58.

⁵ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, op. cit., p. 90-101.

as feições críticas da análise, o que deveria ser (*de lege ferenda*). Além disso, outros aspectos, como a *função* simbólica, também serão considerados. A crítica parte de um dos pressupostos do direito penal, que assegura ser sua *missão* a exclusiva proteção de bens jurídicos relevantes, adotando-se aqui uma perspectiva político-criminal (função crítica do bem jurídico) e principiológica (princípios constitucionais). Pretende-se, então, elaborar a crítica especificamente à criminalização na esfera eleitoral num movimento de dentro para fora⁶. A política criminal é “a pedra-angular de todo o *discurso legal-social da criminalização/descriminalização*”⁷; por isso, pretende-se elaborar uma proposta de política criminal, a partir do desenvolvimento teórico, aplicável ao direito eleitoral brasileiro, que possa servir de “padrão crítico” para o direito eleitoral vigente no Brasil e para aquele que pode ser elaborado.

2.1 EVOLUÇÃO DOUTRINÁRIA DA TEORIA DO BEM JURÍDICO

Existe um certo consenso doutrinário de que a construção inicial da noção de bem jurídico-penal⁸ deve-se ao Iluminismo⁹, pois foi a Ilustração que desencadeou

⁶ Não se desconhece a existência de outras formulações teóricas de extrema relevância para a crítica ao direito penal. Para os fins deste trabalho, todavia, o ponto de partida é a própria ideia de que o direito penal possui a missão de proteger bens jurídicos. Sabe-se que isso é discutível ainda mais considerando que o direito penal é chamado a intervir quando o bem já foi violado ou, pelo menos, ameaçado concretamente; além do que, o direito penal tem sido utilizado como instrumento estigmatizante, selecionador e simbólico como será visto ao longo do texto. As últimas palavras em forma de perguntas do último capítulo deste trabalho apontam outra perspectiva para a análise da mesma temática aqui posta. Esse outro caminho é a teoria da pena. E, um bom fundamento para dar suporte a essa discussão, são as teorias agnósticas da pena. Carvalho consigna, exemplificando com a Constituição brasileira, que existe uma “ausência de qualquer discurso legitimador da pena” (CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 259), pois não há previsão de fundamentação (por quê?) da pena. A preocupação do constituinte reside apenas no *como punir?* e em *meios* de minimização do sofrimento do apenado (Ibid., p. 260). Por isso, consigna o autor, que a Constituição, na sua cadeia principiológica, “supera as finalidades históricas das penas, concebendo política criminal ciente dos danos causados”. (Ibid., p. 261). Essa perspectiva agnóstica da pena possibilita diminuir os efeitos danosos dela decorrentes e também retomar a verdadeira natureza política que ela possui, pois a “pena, alheia a qualquer fundamentação jurídica e desapegada de qualquer fim nobre, retornaria ao campo da política, representando manifestação concreta de poder. Tal como a guerra (modelo sancionatório nas relações internacionais), a pena representaria resposta sancionatória extrema e cruel, isenta de quaisquer justificativas” (Ibid., p. 263).

⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 42.

⁸ Não se pretende aqui fazer uma exposição de todos os autores, nem mesmo dos principais deles que discutiram o conceito de bem jurídico e de bem jurídico-penal. Os itens que seguem e os respectivos autores mencionados servirão para demonstrar os aspectos principais dessa evolução doutrinária. Portanto, autores não menos importantes como Kessler e Hertz – que ligavam o conceito de bem jurídico ao de *interesse* –, Merkel, Hold von Ferneck e Dohna – para os quais “o direito penal é tutela de interesses” –, Honig – que sustenta um conceito metodológico-teleológico de bem jurídico na medida em que invoca o “fim reconhecido pelo legislador em cada uma das normas penais” –, entre outros, não serão explorados (ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito*

um processo de elaboração teórica para impor limites materiais e formais ao *ius puniendi*, cuja maior expressão pode ser sintetizada, para aquele momento histórico, no princípio da legalidade, com os diversos desdobramentos que isso implicou¹⁰. As formulações teóricas do objeto do delito são indissociavelmente vinculadas à própria história do direito penal. Porém, para os fins pretendidos nesta abordagem o ponto de partida é a concepção do pensamento iluminista¹¹ a respeito do bem jurídico.

A noção de bem jurídico-penal aqui utilizada (às vezes, simplesmente referida como *bem jurídico* ao longo do texto) tem um sentido mais estrito em relação à ideia de *bem jurídico*, de conteúdo mais amplo e presente em todo o Direito. Esse *bem jurídico* em sentido amplo está relacionado ao que Pereira nomina *valores* estabelecidos e protegidos juridicamente com base em um *interesse* da sociedade na sua segurança e manutenção, que pode ter conotação individual ou coletiva, particular ou pública¹².

O *bem jurídico-penal* está circunscrito à esfera penal. É aquele bem jurídico agora tutelado por uma norma penal. Para que um *bem jurídico* seja considerado um *bem jurídico-penal*, devem estar presentes duas condições: a suficiente importância

penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 40-42).

⁹ Por “Iluminismo”, quer-se referir, sob o aspecto filosófico e histórico, ao que Abbagnano consigna: “Linha filosófica caracterizada pelo empenho em estender a razão como crítica e guia a todos os campos da experiência humana”. Abbagnano menciona exemplos de autores e obras em áreas como a política, a filosofia e o direito: “Por outro lado, os *Tratados sobre o governo* de Locke iniciam a crítica política iluminista, depois retomada e levada a termo por Montesquieu, Turgot, Voltaire e pelos escritores da Revolução Francesa. No domínio moral, a *Teoria dos sentimentos morais* (1759) de Adam Smith, as obras dos moralistas franceses (La Rochefoucauld, La Bruyère, Vauvenargues), que punham em evidência a importância do sentimento e das paixões na conduta do homem, bem como as doutrinas morais de Hume, marcam a abertura desse campo de indagação à crítica racional e à busca de novos fundamentos para a vida moral do homem. Ao mesmo tempo, a obra de BECCARIA, *Dos delitos e das penas* (1764), abria à indagação racional o domínio do direito penal”. Quanto ao período histórico, é o que “vai dos últimos decênios do século XVII aos últimos decênios do século XVIII: esse período muitas vezes é designado simplesmente Iluminismo ou século das luzes” (ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 5. ed. Tradução da 1.ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bossi; revisão da tradução e tradução dos novos textos por Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 618-619).

¹⁰ PELARIN, Evandro. *Bem jurídico-penal: um debate sobre a descriminalização*. São Paulo: IBCCRIM, 2002, p. 38.

¹¹ Salo de Carvalho registra historicamente a origem de um modelo jurídico-penal contratualista a partir da especificidade da Ilustração, que é marcada pela intensa busca de limites para o Estado ante a liberdade individual. Destaca que “as principais manifestações do direito de câmbio do *Ancien Régime* à modernidade se encontram no direito e processo penal, e nos direitos civis e políticos”. O direito penal (material e processual) atuaria como parâmetro de tutela à liberdade, ao passo que os direitos civis e políticos serviriam de meios de acesso ao poder decisório sobre as ‘regras do jogo’. Foi esse rol de direitos e garantias do pensamento ilustrado que propiciou as atuais noções de direitos fundamentais (CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 13-14).

¹² PEREIRA, Claudio José Langroiva. *Proteção jurídico-penal e direitos universais: tipo, tipicidade e bem jurídico universal*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 71.

social e a necessidade de proteção pelo direito penal¹³. A distinção entre interesse, bem jurídico e bem jurídico-penal é, em suma, a seguinte: o primeiro consiste no elo entre a necessidade humana e um bem da vida; o segundo está na proteção legal materializada pelo legislador; o último existe quando há uma cominação de sanção penal, com base em determinados pressupostos¹⁴.

2.1.1 Da lesão a direito subjetivo às influências positivistas

Embora não tenha sido o primeiro a reportar-se a *bem jurídico* como objeto de tutela do direito penal, coube a Feuerbach a primeira tentativa de elaborar um conceito material de crime que, na expressão de Andrade, era “transcendente e crítico face ao direito penal vigente”¹⁵. A sua concepção de *direito subjetivo* como aquilo que é violado pelo crime tem forte conotação iluminista, o que reforça a tese de que a teoria do bem jurídico tem raízes na Ilustração.

Nesse primeiro momento, sob o enfoque iluminista, o objeto do delito tinha sua única fonte no direito subjetivo natural da pessoa – a vida. Almejava-se tutelar esse direito e também os meios necessários para sua preservação, como a liberdade, a saúde, a integridade física ou os bens¹⁶. Por isso, para Feuerbach, o princípio mais proeminente do direito penal do qual derivam outros é que “toda pena jurídica dentro do Estado é a consequência, fundada na necessidade de preservar os direitos externos, de uma lesão jurídica e de uma lei que comine um mal sensível”¹⁷. O crime é uma lesão a uma liberdade garantida pelo contrato social e assegurada pela lei penal¹⁸:

¹³ MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona, Espanha: Ariel, 1994, p. 162.

¹⁴ MOTTA, Ivan Martins. *Erro de proibição e bem jurídico-penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 104-105.

¹⁵ ANDRADE, 2004, p. 43.

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 430.

¹⁷ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*. Traducción al castellano de la 14ª ed. alemana por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires, Hammurabi, 2007, v. 1, p. 54-55. “[...] toda pena jurídica dentro del Estado es la consecuencia, fundada en la necesidad de preservar los derechos externos, de una lesión jurídica y de una ley que comine un mal sensible” (tradução nossa).

¹⁸ O pensamento de Feuerbach foi criticado também em razão de sua ligação à burguesia. Sgubbi, por exemplo, diz que “A *Rechtsverletzungstheorie* garante a concretização de um princípio muito caro à burguesia: o princípio da não ingerência do Estado na esfera privada. Concebendo o crime como *violação do direito subjetivo de outrem*, tal doutrina assegura a dependência da *antijuridicidade penal* da antijuridicidade extra-penal. O que corresponde a admitir a intervenção punitiva do Estado

Quem ultrapassa os limites da liberdade jurídica comete um ato ilícito ou lesão. Aquele que fere a liberdade garantida pelo contrato social e assegurada por leis penais comete um crime. Assim, crime é, no sentido mais amplo, uma ofensa contida em uma lei penal, ou uma ação contrária ao direito do outro, cominada em uma lei penal. As lesões também são possíveis fora do Estado, porém os crimes somente ocorrem no interior do Estado¹⁹.

As influências sobre o pensamento de Feuerbach vêm do jusracionalismo, do Iluminismo e do idealismo kantiano²⁰, e são sintetizadas por Andrade em três aspectos: (i) a postura transcendente e crítica, pois o intento de Feuerbach é buscar um novo direito penal, o que o aproxima da postura de ruptura e de alternatividade próprias do jusracionalismo e do Iluminismo; (ii) a introdução do pensamento kantiano no direito penal de seu tempo, pois Feuerbach parte da premissa de que cabe exclusivamente ao Estado a missão de assegurar o livre exercício da liberdade de cada um em relação à liberdade do outro; (iii) a ideia de que não cabe ao Estado formular juízos sobre a moral, nem ser protetor da religião, pois as duas – moral e religião – são assuntos privados. Daí a famosa e expressiva frase de Feuerbach: *a moral é a ciência dos deveres, o direito natural é a ciência dos direitos*²¹.

Noticia Andrade que foi em 1834, com a publicação do artigo de Johann Michael Franz Birnbaum, *Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens*, que teve início a história doutrinal e político-criminal do conceito de *bem jurídico*²². A posição *individualista* do bem jurídico de Feuerbach foi criticada por Birnbaum, conforme consigna Baratta, para quem essa proposta apenas se encarregou de gerar uma “progressiva extensão da tutela penal da esfera dos

apenas quando se verifique uma violação das *regras do jogo* de que os cidadãos privados se dotam”. (ANDRADE, 2004, p. 50).

¹⁹ FEUERBACH, op. cit., p. 55. “Quien excede los límites de la libertad jurídica comete una *lesión jurídica o injuria*. El que lesiona la libertad garantizada por el contrato social y asegurada mediante leyes penales, comete un *crimen*. Por ende, crimen es, en el más amplio sentido, una injuria contenida en una ley penal, o una acción contraria al derecho del otro, conminada en una ley penal. Las injurias también son posibles fuera del Estado, pero los crímenes únicamente los son dentro del Estado” (tradução nossa).

²⁰ Também Hormazábal Malarée está de acordo com essa influência kantiana. Para tal autor, em Feuerbach, o princípio da lesão de um direito e a manutenção das condições de vida em comum como fundamento de legitimação do poder punitivo do Estado decorrem da teoria de fim do Estado, de Kant. Feuerbach, diz Hormazábal Malarée, “realiza su propia derivación de un principio básico kantiano: el ejercicio de la libertad de un ser racional no puede contradecir la libertad de ningún otro ser racional” (HORMAZÁBAL MALARÉE, Hermán. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*: el objeto protegido por la norma penal. Barcelona: PPU, 1991, p. 14).

²¹ ANDRADE, 2004, p. 44-46.

²² Ibid., p. 51.

direitos das pessoas”²³. Por isso, Birnbaum é destacado como defensor de uma posição de índole *axiológica*. Isso é percebido na noção de *coisas valoradas* como bens jurídicos, pois a lesão do bem jurídico aponta para o mundo exterior, de forma objetiva, revelando as *coisas valoradas* como *bens jurídicos*²⁴.

Coube a Birnbaum²⁵, segundo Prado, introduzir o conceito de bem²⁶ no contexto jurídico-penal como substituto do direito subjetivo. Segundo Prado, para Birnbaum é “decisivo para [a] tutela penal a existência de um bem radicado diretamente no mundo do ser ou da realidade (objeto material), importante para a pessoa ou a coletividade e que pudesse ser lesionado pela ação delitiva”²⁷. Birnbaum afasta do campo do direito penal a ideia de proteção de direitos subjetivos, fazendo, assim, sua crítica a Feuerbach. O que, de fato, o delito lesiona, para Birnbaum, não são direitos, que permanecem incólumes, mas bens. Exemplifica isso com a seguinte hipótese: se formos despojados de uma determinada coisa, que para nós é um bem ao qual temos juridicamente direito, “este [o bem] será o objeto de nosso direito e se nos é subtraído ou se vê diminuído, nosso direito não se verá diminuído nem subtraído”²⁸.

Não foi em Birnbaum, contudo, que ficou estabelecida uma formulação acabada e nitidamente delimitada no âmbito do paradigma da época. É que a sua

²³ BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). *Direito penal: parte geral I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 2 (Coleção Doutrinas Essenciais). cap. II, art. 23, p. 511.

²⁴ ANDRADE, op. cit., p. 51.

²⁵ Pelarin aduz que a concepção de Birnbaum sobre o bem jurídico, no momento histórico por ele vivido, gira em torno de uma dualidade – jusnaturalismo e positivismo –, que “operava a transição para o positivismo naturalístico e, mais adiante, para o jurídico ou legalista” (PELARIN, 2002, p. 56).

²⁶ De fato, não se reportava Birnbaum a “bem jurídico” (*Rechtsgut*), mas foi ele que introduziu no direito penal a ideia de “bem” (material) como objeto de tutela (BIANCHINI; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2009, p. 254). No mesmo sentido, Andrade esclarece na nota de rodapé 73: “A expressão *bem*, só ou acompanhada de qualificativos como *rechtliche Gut* ou *bem protegido*, já vinha sendo, como vimos, utilizada por autores como BIRNBAUM ou HÄLSCHNER. A expressão *Rechtsgut* terá sido, porém, cunhada e pela primeira vez utilizada por BINDING, no primeiro volume de *Die Normen* (1ª ed., 1872) (ANDRADE, 2004, p. 64). Continua Andrade, ainda na nota de rodapé 73, dizendo que a expressão utilizada por Binding (o bem jurídico figura como um bem do direito) “representa um certo retrocesso face a conceitos anteriormente utilizados, esses sim precisamente traduzíveis por *bem jurídico* ou *bem juridicamente protegido*. A expressão *Rechtsgut* viria, contudo, a sofrer, ao longo da experiência doutrinal germânica, uma evolução semântica e político-criminal que a emanciparia dos limites que lhe foram consignados pelos primeiros textos de BINDING. E que a poria em consonância com as expressões e conceitos anteriores. Graduações conceituais e semânticas a que a expressão portuguesa *bem jurídico* – por que igualmente se traduzem *Rechtsgut* e *rechtliche Gut* – não é directamente sensível” (ANDRADE, 2004, p. 64-65).

²⁷ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 32.

²⁸ HORMAZÁBAL MALARÉE, 1991, p. 27. “[...] éste [o bem] será el objeto de nuestro derecho y si nos es sustraído o se ve disminuido, nuestro derecho no se verá disminuido ni sustraído” (tradução nossa).

obra revela a equivocidade típica de todos os pensamentos situados em períodos de transição, pois, “do mesmo passo que antecipam e anunciam o advento das realidades novas, apresentam ainda os estigmas do ambiente em que vêm à luz do dia”²⁹. Foi somente na segunda metade daquele século, sobretudo com as contribuições de Binding e Liszt, que isso ocorreu. Fato importante para isso foi o surgimento do positivismo³⁰ no século XIX, como doutrina aplicada a diversas áreas do conhecimento (presente ainda hoje). A teoria do bem jurídico também sofreu influências. O debate tem dois nomes destacados: Karl Binding e Franz von Liszt, os quais, mesmo com raízes positivistas, tomaram rumos antagônicos.

Karl Binding, adepto do positivismo jurídico, entendia que não cabia ao jurista a escolha dos valores que deveriam ser criminalizados. É ao legislador que compete essa tarefa. O trabalho do jurista partiria da lei³¹. Binding era enfático ao afirmar que é “*bem jurídico* tudo o que não constitui em si um direito, mas, apesar disso, tem, aos olhos do legislador, valor como condição de uma vida sã da comunidade jurídica”³². A salvaguarda caberia a um juízo do legislador:

O legislador procura as condições fáticas duma vida comunitária sã, detendo-se o seu olhar muito mais atentamente nas pessoas, coisas e estados do que nos direitos. Para além disso, ele procura identificar naquelas condições o que eu poderia designar pelo seu lado exposto às intempéries (*Wetterseite*): aquela qualidade que chama e atrai a agressão juridicamente perturbadora. Está, assim, encontrado o objecto imediato da carência de tutela: é ele que é selado como objecto da norma e a sua lesão como crime. É da perspectiva do legislador e da sua experiência que depende o reconhecimento, o mais completo possível, desse objecto; e é da intensidade do seu olhar que depende a sua precisa delimitação³³.

²⁹ ANDRADE, 2004, p. 52.

³⁰ O termo “positivismo” foi utilizado “pela primeira vez por Saint-Simon, para designar o método exato das ciências e sua extensão para a filosofia. Foi adotado por Auguste Comte para a sua filosofia e, graças a ele, passou a designar uma grande corrente filosófica que, na segunda metade do século XIX, teve numerosíssimas e variadas manifestações em todos os países do mundo ocidental. A característica do Positivismo é a romantização da ciência, sua devoção como único guia da vida individual e social do homem, único conhecimento, única moral, única religião possível” (ABBAGNANO, 2007, p. 909). No âmbito do direito, o seu objeto a partir do método positivista passa a ser o direito positivo, entendendo-se como tal aquele que é tomado acriticamente como uma realidade dada, portanto livre de todo juízo de valor e toda especulação metajurídica ou filosófica. (HORMAZÁBAL MALARÉE, op. cit., p. 37).

³¹ FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. *Crimes ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade*. São Paulo: IBCCRIM, 2008, p. 52.

³² BINDING, 1922 apud ANDRADE, 2004, p. 65.

³³ ANDRADE, 2004, p. 71.

A oposição entre Birnbaum e Binding é nítida. Para este, é a norma que cria o bem jurídico; para aquele, é o inverso, o bem jurídico cria a norma³⁴. Daí Binding dizer que bens jurídicos “são todos os objetos coisificados dos direitos, são a vida, a saúde, a liberdade, a honra”³⁵ e que a determinação disso decorre de um juízo de valor do legislador que lhes dá a categoria de bens jurídicos. O pensamento de Birnbaum representou uma verdadeira ruptura com as concepções até então lançadas, principalmente as fundadas no Iluminismo. Haveria, assim, em Birnbaum um novo paradigma, “caracterizado pelo positivismo e pela prevalência, se não mesmo a exclusividade, da referência sistêmico-social que com Binding viria a conhecer a sua mais acabada expressão”³⁶.

Inserido também no ambiente positivista, Franz von Liszt desenvolveu sua concepção sobre bem jurídico na perspectiva da sociedade – lugar onde devem ser encontrados os bens para fins de tutela do direito penal. O direito protege interesses humanos, que pertencem ao indivíduo ou à coletividade³⁷. Na sua concepção, não é o direito que cria o bem, mas a própria vida. É essa proteção jurídica do interesse que o converte em bem jurídico. Por isso, em sua clássica definição, “bem jurídico é o interesse juridicamente protegido”³⁸. Para Liszt, o direito penal controla a violência utilizando-se da violência, isto é, protege bens jurídicos pela lesão de bens jurídicos³⁹. A definição de Liszt é proposta em termos prevalentemente pré-jurídicos⁴⁰.

É possível verificar a existência de pontos comuns entre Binding e Liszt, a começar pelo fundamento positivista do pensamento dos dois juristas. Por conta disso, ambos exaltam os *factos*: os lógico-normológicos e os sociológico-naturalísticos, num e noutro caso. Para Binding, os bens jurídicos são *bens-do-direito*, enquanto, para Liszt, são *bens-da-vida*. Há uma negativa em ambos de

³⁴ PEREIRA, 2008, p. 74.

³⁵ BINDING, 1975 apud HORMAZÁBAL MALARÉE, 1991, p. 42. “[...] son todos los objetos cosificados de los derechos, son la vida, la salud, la libertad, el honor” (tradução nossa).

³⁶ ANDRADE, 2004, p. 54.

³⁷ Vê-se que já em Liszt é possível falar em *bens jurídicos individuais*, que equivaleriam a interesses pessoais, e também em *bens jurídicos supraindividuais*, que versam sobre interesses dessa mesma natureza. É que Liszt sustenta “a existência de *portadores* individuais, ao lado de portadores supraindividuais, entre os quais sobressai o Estado como portador por excelência dos interesses coletivos” (ANDRADE, 2004, p. 69).

³⁸ LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*: tomo I. Tradução de José Higino Duarte Pereira. Campinas, SP: Russel, 2003, p. 139.

³⁹ QUEIROZ, Paulo de Souza. Sobre a função do juiz criminal na vigência de um direito penal simbólico. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 6, n. 74, p. 9, jan. 1999.

⁴⁰ ANDRADE, 2004, p. 39.

qualquer recurso à reflexão jurídica a partir de reflexões metafísicas. Binding diz que todas as fantasias jusnaturalistas são os mais perigosos e eficazes inimigos da ciência jurídica⁴¹; já Liszt, no mesmo sentido, sintetizava que a ciência termina onde a metafísica começa⁴².

As semelhanças, no entanto, ficam por aí. Há importantes divergências entre os dois autores. Para Liszt, os bens jurídicos são os *interesses* que a vida faz emergir e que estão sob proteção jurídica; por seu turno, Binding vê os bens jurídicos como as *personas, coisas e estados* com o sentido que lhes prescreve o direito. Daí a definição de Liszt de bem jurídico como *interesse jurídicamente protegido*, e a de Binding, segundo a qual o bem jurídico é uma *realidade objetiva*⁴³. Segundo Liszt, “a ideia do bem jurídico é mais ampla do que do Direito subjetivo. Mas, em todo caso, não se compadece com o uso da língua falar em direito à vida, à liberdade, à honra etc., como, por exemplo, o faz R. Löning”⁴⁴. O próprio Liszt contrapõe sua teoria à de Binding, ao sustentar que bem jurídico não é um *bem do direito* ou ordem jurídica, mas um *bem do homem* que é reconhecido e protegido pelo direito.

2.1.2 Do espiritualismo hegeliano ao sociologismo-funcionalista

A partir da segunda metade do século XIX, com movimentos anti-iluministas e antigarantistas, houve uma perda daqueles referenciais axiológicos sobre o bem jurídico⁴⁵. Houve um deslocamento dos interesses individuais atingidos para os interesses do próprio Estado. O idealismo alemão hegeliano influenciou profundamente esse momento da história, na medida em que os interesses relevantes ficaram circunscritos à ideia do direito e do Estado, e não mais a interesses materiais dos indivíduos⁴⁶. O aparecimento da escola hegeliana nos anos

⁴¹ Ibid., p. 66.

⁴² Ibid., p. 70.

⁴³ Ibid., p. 70-71.

⁴⁴ LISZT, 2003, p. 139-140 (transcrição da nota de rodapé n.º 175).

⁴⁵ Hormazábal Malarée registra: “Entre el fin de la Primera Guerra Mundial y el comienzo de la Segunda, el bien jurídico como consecuencia del relativismo neokantiano iba a experimentar un proceso de espiritualización con las Escuelas penales nacional-socialistas. El bien jurídico habría de resurgir posteriormente con WELZEL, aunque mediatizado, cuando las condiciones sociales y políticas podían admitir dentro del derecho penal una categoría de carácter liberal, que de un modo u otro por lo menos condicionaba la potestad punitiva del Estado” (HORMAZÁBAL MALARÉE, 1991, p. 58).

⁴⁶ FERRAJOLI, 2010, p. 430.

40 e 50 do século XIX contribuiu para o *retardamento* da afirmação do paradigma conceitual do *bem jurídico*. Muitos penalistas na época procuraram compreender o crime a partir dos *Fundamentos da Filosofia do Direito*, de Hegel (1821). Pretendia-se, assim, construir o crime com base nos princípios do idealismo hegeliano. Por conta disso, de forma inevitável, houve um conflito com a teoria jurídico-penal sobre o conceito de bem jurídico desenvolvida nos moldes positivistas⁴⁷.

Foi no início do século XX que houve na Alemanha⁴⁸ o que Ferrajoli denomina “movimento espiritualista⁴⁹ e irracionalista”, pois a desmaterialização da ideia de bem propiciou o agasalhamento dos conceitos de “violação de dever”, “desvalor da atitude interna”, “infidelidade ao Estado ou a seu chefe”, expressões típicas de Estados totalitários que, no caso da Alemanha, recebeu feições normativas dos juristas do nazismo⁵⁰. Pelarin menciona como exemplo emblemático desse período o Código Penal (CP) italiano de 1930, fruto do fascismo, no qual o estupro era um atentado contra a moralidade pública e os bons costumes; além disso, no Estado nazista, foi abolido em 1935 o princípio da legalidade e instituída a analogia penal, e já não se cogitava do elemento jurídico, “haja vista o sancionamento de relações sexuais entre arianos e outras raças, até com a introdução da esterilização como medida de segurança e a castração para certos delitos sexuais”⁵¹.

Somente depois da Segunda Grande Guerra é que o conceito de bem jurídico retoma sua índole garantista quando, então, para Ferrajoli, foi restaurada “sua referência semântica a situações objetivas e a interesses de fato independentes das (ou prévio às) normas jurídicas”⁵². Um dos responsáveis por essa reabilitação foi Hans Welzel⁵³, para quem a missão do direito penal é a defesa ou o amparo de bens

⁴⁷ ANDRADE, op. cit., p. 56.

⁴⁸ Pereira diz que “a Teoria do Bem Jurídico acabou por sofrer com uma nova sistemática de interpretação meramente teleológica, que acabou por proporcionar sua negação durante o domínio da escola nazista alemã de Kiel” (PEREIRA, 2008, p. 75).

⁴⁹ Hormazábal Malarée reporta-se a Mittasch, que avançou no caminho da espiritualização do conceito de bem jurídico iniciada por Wolf, chegando a subtrair o bem jurídico da realidade cultural, concebendo-o, não como algo real, mas como algo imaterial; por isso, só é possível falar de lesão de um bem jurídico em sentido figurado (HORMAZÁBAL MALARÉE, 1991, p. 66-67).

⁵⁰ FERRAJOLI, 2010, p. 431.

⁵¹ PELARIN, 2002, p. 74-75.

⁵² FERRAJOLI, op. cit., p. 431.

⁵³ Apesar desse *resgate*, Welzel entende que o direito penal apenas protegeria bens jurídicos de forma mediata e secundariamente, pois cabe ao direito penal a proteção de bens jurídicos por meio da tutela de valores ético-sociais elementares, o que lhe dá, assim, contornos de uma *ética social*. Por isso, “advierte Welzel – la misión ‘primaria’ del Derecho Penal no es la protección ‘actual’ de bienes jurídicos (de la persona individual, de su propiedad, por ejemplo), porque si así fuera, su intervención sería siempre tardía: más importante que la tutela de concretos bienes jurídicos singulares es la misión de asegurar y garantizar la vigencia real (observancia) de los valores del acto

jurídicos contra possíveis lesões. O direito penal somente protegeria os bens jurídicos contra “determinada classe de agressões”. Entendia Welzel que bem jurídico “é um bem vital do grupo ou do indivíduo, que, em razão de sua significação social, é amparado juridicamente”⁵⁴. Embora os primeiros trabalhos de Welzel tenham sido publicados na década de 30 do século XX, foi somente depois da Segunda Guerra Mundial, com a queda do Terceiro *Reich*, que o seu pensamento passou a ser objeto de discussão, pois só a partir de então sobrevieram condições sociais favoráveis às teses de Welzel, fundadas que eram em considerações ético-sociais profundamente humanistas provenientes do jusnaturalismo⁵⁵. Apesar disso, pode-se afirmar que a retomada teórica da discussão sobre a teoria do bem jurídico ocorreu efetivamente com as propostas sociológico-funcionalistas.

Os teóricos, aqui nominados de sociológico-funcionalistas, buscam novas perspectivas para a dogmática do direito penal, inspirados em teorias recentes do chamado funcionalismo sistêmico-social⁵⁶, cujos nomes mais proeminentes são Parsons e Luhmann. Para Luhmann, a positivação do direito pela sociedade é uma demonstração de que existe um reconhecimento da necessidade de redução da complexidade por meio do sistema político, isto é, a sociedade é confrontada com várias alternativas de comportamento e é chamada a decidir o que deve valer e, então, ela mesma resolve assumir a responsabilidade pelas suas estruturas. As palavras de Luhmann representam muito bem essa ideia, ao dizer que as “seguranças supostamente exteriores, ancoradas no ambiente, têm de ser substituídas por seguranças interiores, imanentes ao sistema”⁵⁷. Valendo-se de Luhmann, Andrade sustenta que essa *subjectivação sistêmico-social* provocada pelo conceito de bem jurídico reflete-se num aspecto importante denominado

de la conciencia jurídica, que son el fundamento más sólido que pueda tener El Estado y la sociedad” (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2000, p. 92-93).

⁵⁴ WELZEL, Hans. *Direito penal*. Tradução de Afonso Celso Rezende. Campinas, SP: Romana, 2003, p. 32-33.

⁵⁵ HORMAZÁBAL MALARÉE, 1991, p. 81.

⁵⁶ O *funcionalismo*, à semelhança do *positivismo*, apresentou-se como “a” ciência social superior, como um modelo superestrutural da ordem social. Sua pretensão de sistematizar uma série de categorias conceituais, combinações e classificações tão gerais proporcionaria ao funcionalismo a possibilidade de ser aplicado a diversos setores sociais ou a diferentes níveis da vida social. Os mais destacados representantes são T. Parson, R. Merton, que propõem uma teoria social que por muito tempo foi considerada como a única teoria social. Esses dois autores e mais a versão alemã de N. Luhmann são as referências para a recepção pelo direito alemão (HORMAZÁBAL MALARÉE, 1991, p. 95-96).

⁵⁷ LUHMANN, 1983 apud ANDRADE, 2004, p. 35.

exteriorização da autorreferência, isto é, a eleição de bens jurídicos possibilita que o sistema social atue em termos de desempenho autorreferente⁵⁸.

Entre os integrantes das teorias de índole sociológico-funcionalista está Amelung, que, fundado na teoria dos sistemas sociais de Parsons e Luhman, propunha uma forma de basear o conceito material de crime – e, em consequência, o de bem jurídico – na noção de *dano social*⁵⁹. As sanções penais serviriam para obstar aqueles comportamentos que não estivessem funcionalmente adequados ao sistema social. O delito, para Amelung, é um comportamento socialmente danoso. Fundado em teorias sistêmicas, a característica inerente ao delito é sua disfuncionalidade⁶⁰. A proposição de Amelung é crítica quanto às anteriores e tem pretensões de superá-las:

Para os iluministas tudo se reconduz a um problema de verdade e nunca de decisão de valor. O significado da criação de BIRNBAUM (o conceito de *bem jurídico*) e a sua renúncia a ancorá-la numa construção teórica de maior alcance, reside no facto de ela ter contribuído para emancipar a doutrina penal, se não de toda a influência transjurídica, pelo menos das verdades meta-jurídicas [...]. A emancipação face à teoria social do iluminismo representa um passo na direção do mais puro positivismo⁶¹.

Amelung critica a doutrina de Liszt por ser inerentemente metajurídica e, também, por não conseguir escapar do círculo vicioso “que demonstra como socialmente danosa toda a violação de uma proibição estadual: socialmente danosa é a lesão de interesses do Estado, só que o facto de uma dada acção ser proibida pelo Estado passa a valer como a melhor prova da existência de um interesse do Estado”⁶². Amelung, então, parte de uma definição de sociedade como um *sistema de interações* onde ocorrem perturbações nas condições de convivência humana. O

⁵⁸ Esse desempenho autorreferente consistiria no seguinte: “[...] instância de definição dos bens jurídicos, o sistema social constitui-se também em seu beneficiário ou, de qualquer forma, em entreposto de uma dimensão essencial à respectiva significatividade. O que não só veda o caminho à consideração do bem jurídico à margem de sua valência sistémico-social, como reclama uma deslocação do referente e do conteúdo da *danosidade* do crime” (ANDRADE, 2004, p. 38).

⁵⁹ Da obra de Amelung, Andrade destaca a investigação publicada em 1972 sob o título *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, na qual uma parte é dedicada à histórica dogmática do bem jurídico e outra, à proposição propriamente da *teoria da danosidade social* (ANDRADE, 2004, p. 95).

⁶⁰ BIANCHINI; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2009, p. 258.

⁶¹ AMELUNG, 1972 apud ANDRADE, 2004, p. 36.

⁶² *Ibid.*, p. 40.

crime, portanto, seria uma categoria ou uma forma especial da *danosidade social*. Nas palavras de Amelung:

Socialmente danoso é, neste sentido, uma manifestação de disfuncionalidade, um fenómeno social que impede ou dificulta a superação pelo sistema social dos problemas da sua sobrevivência e manutenção. Tais fenómenos sociais podem revestir as formas mais diversificadas [...]. O crime é apenas uma forma especial dos fenómenos disfuncionais e, em geral, raramente o mais perigoso. O crime é disfuncional enquanto violação de uma norma institucionalizada (*déviance*), indispensável para a solução dos problemas de subsistência da sociedade [...]. O seu perigo reside fundamentalmente no facto de impedir a solução dos problemas dos sistemas, já que põe em questão a vigência de normas que podem contribuir de alguma forma para esta tarefa. A função do direito penal, como mecanismo de controlo social é, assim, a de contrariar o crime⁶³.

Outro penalista alemão, também vinculado a concepções sociológico-funcionalistas, é Günther Jakobs. Para ele, ao propor a insuficiência da função jurídico-penal de proteção de bens jurídicos, a ideia de crime também está associada à de *dano social*, que, por sua vez, somente pode ser aferido em razão da função do sistema⁶⁴. Elabora Jakobs seu sistema dogmático jurídico-penal fundado na teoria sociológica de Luhmann, e sua pretensão é ultrapassar o dogma do bem jurídico por um princípio de *danosidade social*. O direito penal – e também a pena – só possui significado se for para manter a ordem social, isto é, o sistema deve funcionar sem perturbações. A pena, nessa perspectiva, só deve ser aplicada em casos de *danosidade social*, e não ao que em si for contrário a valores. O direito penal é visto, assim, como um sistema específico em que se busca o restabelecimento da *confiança* na vigência das normas⁶⁵. Os bens jurídico-penais para Jakobs são as normas; portanto, para ele, bem jurídico-penal “é a validade fática das normas, que garantem que se pode esperar o respeito aos bens, aos papéis [funções] e à paz jurídica”⁶⁶. Essa é uma ilação que decorre da forma como Jakobs compreende o direito penal:

⁶³ Ibid., p. 97.

⁶⁴ DIAS, 1999, p. 65-66.

⁶⁵ ANDRADE, op. cit., p. 109-110, p. 113-114.

⁶⁶ JAKOBS, Günther. *Derecho penal parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. 2. ed., corregida. Madrid: Marcial Pons; Jurídicas, 1997, p. 58. “[...] es la validez fáctica de las normas, que garantizan que se puede esperar el respeto a los bienes, los roles y la paz jurídica” (tradução nossa).

A contribuição que o Direito penal presta à manutenção da configuração social e estatal reside em garantir as normas. A garantia consiste em que as expectativas imprescindíveis para o funcionamento da vida social, na forma dada e na exigida legalmente, não se deem por perdidas em caso de resultarem defraudadas. Por isso – mesmo contradizendo a linguagem usual – deve-se definir como o bem a proteger a firmeza das expectativas normativas essenciais frente à decepção, firmeza frente às decepções que têm o mesmo âmbito que a vigência da norma posta em prática; este bem denominar-se-á a partir de agora *bem jurídico-penal*⁶⁷.

É exatamente essa definição de bem jurídico-penal feita por Jakobs que o distancia de Amelung. Ambos desenvolvem suas teorias tendo o mesmo pano de fundo, ou seja, tendo como suporte a teoria sociológico-sistêmica de Luhmann, mas, enquanto Amelung fica na “equivocidade da opção entre a danosidade social (conceito e perspectiva *sociológica*) e o bem jurídico (conceito e perspectiva *dogmático-normativas*)”, Jakobs furta-se a esse caminho e “erige a norma à categoria de *bem jurídico* acreditando realizar por essa via a integração das dimensões sociológica e normativa”⁶⁸.

Vinculado à ideia de *danosidade (lesividade) social*, ainda pode ser mencionado Winfried Hassemer, para quem a teoria da lesividade social define importantes linhas de orientação para a política criminal: (i) a teoria e a prática do direito penal estão aparentemente nas ciências sociais, pois o conceito de *lesividade social* remete às necessidades e aos interesses do sistema social, logo está para além do direito penal; (ii) não é, então, qualquer lesão a um bem jurídico que atrairia o direito penal, mas apenas aquelas que tivessem um *caráter socialmente prejudicial*; (iii) o legislador, para levar em consideração o *dano social*, deve buscar o saber empírico ao elaborar a legislação penal, devendo, para isso, procurar as condutas que mais prejudicam a sociedade, e não uma mera especulação sobre o que o autor e a vítima poderiam dizer⁶⁹.

⁶⁷ Ibid., p. 45. “La contribución que el Derecho penal presta al mantenimiento de la configuración social y estatal reside en garantizar las normas. La garantía consiste en que las expectativas imprescindibles para el funcionamiento de la vida social, en la forma dada y en la exigida legalmente, no se den por perdidas en caso de que resulten defraudadas. Por eso – aun contradiciendo el lenguaje usual – se debe definir como el bien a proteger la firmeza de las expectativas normativas esenciales frente a la decepción, firmeza frente a las decepciones que tiene el mismo ámbito que la vigencia de la norma puesta en práctica; este bien se denominará a partir de ahora *bien jurídico-penal*” (tradução nossa).

⁶⁸ ANDRADE, 2004, p. 116-117.

⁶⁹ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2005, p. 56-57.

Sem ater-se de maneira estrita ao funcionalismo, Hassemer sustenta que o direito penal destina-se ao tratamento de conflitos sociais, mas a decisão de incriminar não está nas mãos do legislador. Essa decisão está vinculada a um contexto histórico-cultural concreto. O conceito de bem jurídico, assim, é inserido no contexto histórico e cultural em que é feita a valoração⁷⁰ sobre o que incriminar⁷¹. Entretanto, esse conceito deve situar-se “no campo de tensão entre indivíduo, sociedade e Estado”, pois “são interesses humanos que requerem proteção penal”⁷². Apesar disso, Hassemer, diante das novas formas de criminalidade que surgem, como é o caso dos delitos com vítimas difusas (crimes relacionados à economia, ao meio ambiente etc.), entende que esses bens jurídicos devem ser protegidos (*bens jurídicos universais*), sem que haja, entretanto, renúncia à tradição da teoria de bem jurídico de índole pessoal. Portanto, para a proteção de interesses difusos, os bens jurídicos devem ser *personalizados*, pois as instituições somente podem ser protegidas se essa proteção for condição para a do indivíduo⁷³.

Muitas críticas a essas teorias funcionalistas, sobretudo à de Jakobs, têm sido feitas. Não cabe aqui discorrer extensamente sobre elas, mas, pelo menos, registra-se que o conceito de *bem jurídico-penal* acabou dando lugar ao de *normas* e ao reforço da *confiança* no direito. Abriu-se mão do conteúdo de garantia que o conceito de bem jurídico até então representou. Além disso, na expressão de Andrade, foi erguido “um dique alternativo à natural propensão pan-criminalizadora do sistema”⁷⁴. Por outro lado, as teorias sistêmico-funcionalistas podem valer tanto para uma sociedade democraticamente legitimada como também para um regime totalitário ou até mesmo para organizações criminosas⁷⁵. Essas críticas possibilitam

⁷⁰ Hassemer está ligado à tradição liberal, na medida em que “afasta a pura proteção do sistema sem consideração dos indivíduos que o integram”. Esse *contexto histórico* ou *valoração* significa, para Hassemer, que “a seleção dos bens jurídicos deve apoiar-se em uma hierarquia de valores, bem como nas concretas necessidades da sociedade”, ou, noutras palavras, “o legislador não está totalmente livre na seleção do bem jurídico, ao contrário, está discricionariamente vinculado a uma escala de valores” (BIANCHINI; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2009, p. 258).

⁷¹ HORMAZÁBAL MALARÉE, 1991, p. 116-117.

⁷² Ibid., p. 117. “[...] en el campo de tensión entre individuo, sociedad y Estado”, pois “son intereses humanos que requieren protección penal” (tradução nossa).

⁷³ HORMAZÁBAL MALARÉE, 1991, p. 118-119.

⁷⁴ ANDRADE, 2004, p. 127.

⁷⁵ Ibid., p. 98. Jakobs defende-se, embora de maneira não convincente, dessa crítica: “Se o importante é a proteção das normas, e não dos bens depredados, então, de acordo com a principal argumentação, pode proteger-se *qualquer* ordem normativa sem considerar-se seu conteúdo, por meio do direito penal que, por conseguinte, perderia seu potencial crítico. Essa posição é errônea porque nem a teoria da proteção dos bens jurídicos conhece algum potencial crítico: o que não existe não pode perder-se. Certamente, alguns dos defensores dessa doutrina acreditam dispor de um ponto de partida para a crítica do legislador porque a proteção do direito penal – de modo mediato ou

o desenvolvimento de outras teorias a respeito do bem jurídico, sendo as mais relevantes, de agora em diante, as constitucionalistas, nas quais são encontrados representantes que defendem uma formulação teórica funcionalista, como é o caso de Claus Roxin.

2.1.3 Concepções constitucionalistas

A doutrina de índole constitucionalista contrapôs-se às sociológicas. Foi principalmente na Alemanha que vicejaram as teorias sociológicas do bem jurídico, para as quais o bem jurídico está situado diretamente na realidade social. As teorias constitucionalistas, por sua vez, acolhidas pela doutrina italiana, procuram impor critérios limitadores ao legislador ordinário⁷⁶. As teses de um conceito constitucional de bem jurídico procuram definir o lugar de onde se deve extrair um limite para o legislador em matéria penal: esse lugar é a Constituição⁷⁷. A natureza vinculante desse conceito decorre da própria superioridade hierárquica que a Constituição tem no ordenamento jurídico⁷⁸. As teorias constitucionalistas sobre o bem jurídico procuram responder a quatro questões: se apenas os bens constitucionais relevantes são os que podem ser objeto da tutela penal; se outros bens, além

imediate – deveria servir aos bens jurídicos *da pessoa*, e especialmente a sua liberdade. Diz-se, portanto, que seria impossível converter em bem jurídico a proteção do Estado *per se*, a existência de um determinado partido ou inclusive a pureza de uma raça humana. Por mais simpáticas que possam ser essas opções políticas, não mantêm relação mais intensa com a teoria do bem jurídico do que com a teoria da proteção de normas. Também dessa perspectiva, pode-se optar politicamente por normas para regulamentação da vida livre das pessoas, tendo, então, o mesmo ponto de partida crítico da qual se vangloria a teoria da proteção dos bens jurídicos, mas trata-se de um ponto de partido *político*, e não científico. Não há mais nada a dizer a respeito disso” (JAKOBS, Günther. O que protege o direito penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma? Tradução de André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli e Lúcia Kalil. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Coord.). *Direito penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 47).

⁷⁶ PRADO, 2003, p. 62-65.

⁷⁷ O sentido de Constituição aqui utilizado é aquele a que se reporta Streck: “enquanto detentora de uma força normativa, dirigente, programática e compromissária”, tida como “um fenômeno construído historicamente como produto de um pacto constituinte, enquanto explicitação do contrato social” (STRECK, Lenio Luiz. Os vinte anos da constituição do Brasil e as possibilidades de realização dos direitos fundamentais diante dos obstáculos do positivismo jurídico. *Entrelinhas: Revista Jurídica do Ministério Público de Mato Grosso, Cuiabá*, v. 3, n. 4, jan./jun.2008, p. 91). No caso brasileiro, para tornar mais explícito esse sentido, a Constituição em vigor é instituidora do Estado Democrático de Direito, logo, com tudo o que lhe diz respeito, sobretudo, o comprometimento com os direitos e garantias individuais. É o conceito *material* de Constituição que, segundo Bonavides, “é o conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 80).

⁷⁸ GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, n. 49, p. 98, jul./ago. 2004.

daqueles, ainda que não expressos literalmente na Constituição, podem ser protegidos penalmente; se existem proibições constitucionais dirigidas ao legislador para não criminalizar certas condutas; se, por outro lado, existem mandamentos constitucionais de criminalização⁷⁹.

O conceito de bem jurídico, para as teorias constitucionalistas, deve ser inferido da Constituição. Existem, basicamente, dois tipos de correntes: as de caráter geral, também chamadas genéricas, elásticas, flexíveis ou abertas; as estritas, rígidas ou inflexíveis. Para as de caráter geral, o texto constitucional é tomado de modo genérico e amplo, bem como seus princípios inspiradores etc. As teorias estritas adotam o texto constitucional, nas prescrições específicas, “a partir das quais se encontram os objetos de tutela e a forma pela qual deve se revestir, circunscrevendo dentro de margens mais precisas as atividades do legislador infraconstitucional”⁸⁰.

Embora pareça que as teorias constitucionalistas, em especial as de caráter geral, ofereçam melhor resposta ao direito penal como limite para o poder punitivo do Estado do que as teorias sociológicas, não estão elas isentas de críticas. Constituições como a brasileira (de 1988), que possuem um amplo conteúdo de valores acolhidos em seu texto, dariam margem a uma amplíssima liberdade de criminalizar pelo legislador, o que é incompatível com aquela perspectiva de impor limites ao poder estatal. É para evitar isso que a teoria do bem jurídico deve ser lida com base em referenciais principiológicos, como o princípio (instituidor) da intervenção mínima.

Mesmo as teorias constitucionalistas estritas, que parecem mais condizentes com uma concepção minimalista do direito penal, não estão imunes a críticas. Na verdade, criminalizar apenas quando a Constituição ordenar (*mandados de criminalização*) também pode trazer sérias implicações. Um *mandado*, nesse sentido, não significa uma obrigação, um dever, uma imposição. A Constituição, como uma expressão histórica de diversas posições existentes na sociedade, congrega em seu texto previsões de criminalização em matéria penal que nem

⁷⁹ BIANCHINI; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2009, p. 262.

⁸⁰ PRADO, 2003, p. 65. Ver também BIANCHINI; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2009, p. 262.

sempre – posteriormente – encontram guarida na sociedade, em virtude de mudanças, ou na ideia de direito penal presente no Estado Democrático de Direito⁸¹.

Na medida em que se concebe a Constituição como o *limite* (fixando um máximo) do direito penal, permite-se que, como adverte Paschoal, “mesmo ante as determinações expressas de criminalização, não exista obrigatoriedade de tipificar, e, sim, a possibilidade de fazê-lo, diante da efetiva necessidade e utilidade da tutela, que serão verificadas pelo legislador ordinário”⁸². Paschoal aponta, então, duas razões por que esses *mandados* não podem ser tidos como obrigações impostas ao legislador: (i) “o fato de o constituinte trazer o quadro máximo, dentro do qual o legislador ordinário, observando os princípios básicos informadores do direito penal, pode se movimentar”; (ii) “as determinações expressas de criminalização estão relacionadas não à necessidade de tutela penal, mas a fatores históricos e/ou reclamos sociais predominantes quando da elaboração da carta”, [os quais] “podem não ser suficientes para justificar uma criminalização em momento posterior ao do

⁸¹ Não se chega aqui ao ponto de defender a teoria das normas constitucionais inconstitucionais (BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Tradução e nota prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa. São Paulo: Almedina, 2009). A discussão, todavia, não é das mais simples. Tavares, por exemplo, vai além do que aqui é aventado. Partindo do princípio da proteção da dignidade humana e de posições do Tribunal Constitucional alemão, chega a dar exemplos de normas inconstitucionais existentes na Constituição brasileira: “É precisamente em face do princípio da *proteção da dignidade humana*, inserido na Constituição como fundamento do Estado Democrático, que tem validade a teoria da inconstitucionalidade das próprias normas constitucionais que o infringem. Embora pareça contraditória essa assertiva, a superação do positivismo jurídico por novas posições acerca da ordem jurídica e do papel das constituições e das leis em geral conduz a uma discussão mais ampla de todo o complexo que envolve a relação Estado-Cidadão. Analisando a relação entre princípios fundamentais inseridos na Constituição e as demais normas que a compõem, conclui Benda que ‘os direitos fundamentais, inalienáveis e invioláveis, da pessoa humana não são criados pela Constituição, mas por ela igualmente reconhecidos como integrantes de uma ordem jurídica preexistente e supra-positiva’. Nessa mesma linha de raciocínio, o Tribunal Federal Constitucional alemão firmou que a Constituição constitui uma ordem vinculada ao valor, que reconhece a proteção da liberdade e da dignidade humana como fim supremo de todo o direito. Seifert, por sua vez, mesmo indicando ser polêmica essa posição, entende corretas as inúmeras decisões do Tribunal Constitucional que consagram a existência de normas inconstitucionais na própria Constituição, porque os direitos fundamentais nela contidos vinculam não apenas as leis ordinárias, mas a atividade do próprio legislador constituinte. Nessa sequência, pode-se afirmar que é incompatível com o princípio da proteção da dignidade humana a vigência da norma que torna imprescritível os crimes de racismo e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5.º, XLII e XLIV), justamente porque toma o ser humano como meio da consecução de fins políticos do próprio Estado, como objeto de prevenção geral, sem a menor consideração com as alterações que podem ocorrer na personalidade e na mentalidade do autor desses fatos e a sua reinserção no meio social, já desprovido da ideologia discriminatória ou autoritária de que era portador” (TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). *Direito Penal: parte geral II*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 3 (Coleção Doutrinas Essenciais). cap. I, art. 28, p. 716-717).

⁸² PASCHOAL, 2003, p. 82-83.

advento da Constituição”⁸³. Caso se admitissem os mandados como imposições ou obrigações para o legislador, estar-se-ia diante da inusitada tese de que, se o legislador, num primeiro momento, atendendo àquela obrigação, criminalizasse certa conduta, depois não poderia mais descriminalizar aquela mesma conduta, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade⁸⁴.

Mesmo quem, como Dias, reconhece que, onde houver expressamente na Constituição a menção à necessidade de intervenção penal, o legislador ordinário deve, sob pena de inconstitucionalidade por omissão, seguir a injunção e criminalizar o comportamento, admite existir “uma larga e incontornável margem de liberdade à legislação ordinária no que toca ao exato âmbito e à concreta forma da criminalização, bem como, em princípio, às sanções com que os comportamentos devem ser ameaçados e à sua medida”⁸⁵. O penalista português, por outro lado, é expresso em não admitir a existência de imposições jurídico-constitucionais implícitas de criminalização⁸⁶. No caso da Constituição brasileira (1988), Pelarin menciona dois exemplos: o inciso XLII do artigo 5.º, que torna imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático; o inciso XLIII do artigo 5.º, especificamente quanto ao tráfico de drogas, em que se objetiva proteger a saúde pública⁸⁷.

Se com relação aos *mandados de criminalização* é assim, a Constituição também é o ponto a partir do qual o legislador está proibido de criminalizar certas condutas. Os direitos de liberdade, como os de associação, reunião, greve, e os que decorrem de princípios constitucionais são verdadeiras barreiras para o legislador. Não é admissível uma norma penal que tenha como suporte uma injustificada discriminação sexual. É inconstitucional, portanto, a norma que criminaliza a associação secreta, mesmo que tenha fins lícitos (Lei de Contravenções Penais, art. 39, § 2.º), por flagrante confronto com o texto constitucional (art. 5.º, XVII), que assegura a plena liberdade de associação para fins lícitos, salvo a de caráter paramilitar⁸⁸.

⁸³ Ibid., p. 83.

⁸⁴ BIANCHINI; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2009, p. 272. Os autores reportam-se a Marinucci e Dolcini.

⁸⁵ DIAS, 1999, p. 80.

⁸⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2007, p. 129.

⁸⁷ PELARIN, 2002, p. 165.

⁸⁸ BIANCHINI; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2009, p. 268, p. 271.

Predominantemente, têm prevalecido as teorias constitucionalistas do bem jurídico. São indicados por Cunha⁸⁹ como seguidores da teoria constitucionalista do bem jurídico: Figueiredo Dias, Andrade, Taipa de Carvalho, Natscheradetz, Sax, Jäger, Roxin, Jescheck, Rudolphi, Marx, Zipf, Brícola, Musco, Angioni, Fiandaca, Pulitanó, Pallazo, Vives Antón, Mir Puig, Polaino Navarrete, Bajo Fernández, Rodríguez Ramos, Gonzales Rus. Por isso, não se pretende aqui elaborar uma abordagem nem exemplificativa, nem muito menos exaustiva dos autores que defendem essa perspectiva, porém, torna-se indispensável, pela profundidade da análise que tem sido feita em sua obra, apontar um de seus representantes, que é o penalista alemão Claus Roxin⁹⁰.

A doutrina de Roxin representa a influência do funcionalismo nas teorias constitucionalistas sobre o bem jurídico. Segundo Roxin, o Estado é o garantidor das condições da vida social, e a ele cabe proteger bens jurídicos que sejam fundamentais. A concepção do penalista alemão de bem jurídico está ligada às condições mais valiosas em que se fundam os pressupostos para a vida em sociedade em função da garantia da pacífica convivência⁹¹. Para ele, o ponto de partida para um conceito de bem jurídico está em reconhecer que a única restrição feita previamente ao legislador está nos princípios da Constituição. Define Roxin os *bens jurídicos* como “circunstâncias dadas ou finalidades que são úteis para o indivíduo e seu livre desenvolvimento no contexto de um sistema social global estruturado sobre a base dessa concepção dos fins ou para o funcionamento do próprio sistema”⁹².

Desse conceito de bem jurídico, Roxin extrai o que chama “teses concretas”, a partir das quais desenvolve sua teoria. Essas *teses*, que são verdadeiros limites impostos ao legislador, são a seguir apresentadas sinteticamente.

⁸⁹ CUNHA, Maria da Conceição, 1995 apud BIANCHINI; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2009, p. 260 (nota de rodapé n.º 176).

⁹⁰ Um importante autor ligado à corrente constitucionalista, que aqui não será abordado, é Bricola, que defende uma proposta que pode ser enquadrada como uma *teoria constitucional estrita*, o que significa dizer que o ilícito penal somente pode ter como fundamento uma significativa lesão de um valor constitucional relevante (HORMAZÁBAL MALARÉE, 1991, p. 126-127).

⁹¹ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 16-17.

⁹² ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general: tomo I: fundamentos*. La estructura de la teoría del delito. Trad. de la 2. ed. alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid, España: Civitas, 1999, p. 56. “[...] circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema” (tradução nossa).

De acordo com a *primeira*, são inadmissíveis as normas jurídico-penais unicamente motivadas ideologicamente ou que atentam contra direitos fundamentais e humanos. Não podem ser, *e.g.*, passíveis de criminalização expressões críticas a um regime, uniões matrimoniais entre pessoas de distintas raças.

Pela *segunda*, a simples transcrição do objeto da lei não fundamenta um bem jurídico. Dois são os exemplos dados por Roxin: a aquisição de uma pequena quantidade de haxixe para consumo pessoal e o comércio de órgãos humanos para efeitos de transplante. Quando, com relação a esses dois casos, é dito que se protege, no primeiro, a “liberdade da sociedade para ter trato com drogas”, e, no segundo, “a liberdade de doação de órgãos para fins comerciais”, diz-se apenas o que fez o legislador, e isso não é suficiente.

A *terceira* preconiza que os simples atentados contra a moral não são suficientes para a justificação de uma norma penal. Se essas condutas não diminuem a liberdade, nem a segurança de alguém, não é possível falar de lesão a um bem jurídico.

Conforme a *quarta*, o atentado contra a própria dignidade humana não é, todavia, lesão de um bem jurídico. Roxin reporta-se ao exemplo da punição da modificação artificial de informação hereditária de uma célula germinal (lei alemã de proteção de embriões). Nesse caso, haveria lesão a um bem jurídico apenas quando o material genético do recém-nascido fosse manipulado, e isso por conta de possibilidades de desenvolvimento, não previstas. Por outro lado, se a intervenção ocorre no intuito de impedir doenças hereditárias, a criança não é lesionada. Se há melhoras na possibilidade de vida e desenvolvimento, não há lesão a bem jurídico.

Consoante a *quinta*, a proteção de sentimentos somente pode ser considerada proteção de bens jurídicos tratando-se de sentimentos de ameaça. É o caso da punição da discriminação de certos setores da população. Há razões nesses casos porque a sociedade deve viver livre do medo, e cabe ao Estado assegurar isso. Por outro lado, proteger sentimentos além disso extrapola as funções do direito penal. Numa sociedade multicultural como a hodierna, a tolerância (e aqui residem diversos sentimentos) é pressuposto da própria existência humana em relação a outras concepções de mundo.

Na *sexta* tese, a consciente autolesão, como também sua possibilitação e seu fomento, não legitimam uma sanção punitiva. A razão disso é que a proteção de bens jurídicos volta-se para outra pessoa, que, nessa hipótese, não existe. A ação

protetora do Estado somente estaria justificada quando houvesse *déficits de autonomia* do afetado, e.g., menores de idade e perturbados mentais⁹³.

De acordo com a *sétima*, as leis penais simbólicas não buscam a proteção de bens jurídicos. Que leis são essas? Roxin responde que são aquelas que não são necessárias, pois não asseguram a vida em comunidade; ao contrário, buscam fins que estão fora do direito penal no intuito apenas de apaziguar o eleitor.

Pela *oitava*, as regulações de tabus⁹⁴ tampouco são bens jurídicos. O incesto, criminalizado pelo direito penal alemão, é o exemplo apontado por Roxin. O motivo normalmente apontado para tal criminalização seria a proteção da prole, para evitar que houvesse más-formações. Roxin entende que isso não tem fundamento, pois nem sempre de uma relação sexual resultam filhos, essas más-formações são casos excepcionais, e o Estado não pode evitar danos hereditários invadindo a vida privada dos cidadãos.

Segundo a *nona*, os objetos de proteção de uma abstração incompreensível não devem reconhecer-se como bens jurídicos⁹⁵. Os melhores exemplos aqui são os tipos penais que se reportam a termos e expressões como “idôneo”, “perturbar a paz pública”, entre outros. Não há uma suficiente descrição do bem jurídico concreto, e esses termos acabam sempre pressupondo um juízo de valor que não encontra fundamento empírico que dê o mínimo de garantias ao acusado.

Apresentado o desenvolvimento da teoria do bem jurídico-penal, com base nas principais correntes doutrinárias, faz-se necessário listar algumas das principais controvérsias que gravitam em torno do bem jurídico, como a definição de bem jurídico para fins penais, a relação entre valores constitucionais e bens jurídicos. Em seguida, discutir-se-á se todos esses valores devem ser ou não objeto da tutela penal e, por fim, se bens jurídicos ditos universais, sociais, comunitários, difusos, transindividuais, metaindividuais merecem a tutela protetiva do direito penal.

⁹³ Com base nessa tese, Roxin sustenta três casos em que haveria crime: (i) a participação no suicídio, desde que aquele que consentiu na morte tenha tomado sua decisão em um estado de total responsabilidade; (ii) a não imputação dos riscos de acidentes em práticas esportivas a organizadores e promotores, sempre que os desportistas estiverem conscientes daqueles riscos inerentes à prática desportiva; (iii) a aquisição de pequenas quantidades de drogas suaves para o consumo pessoal (ROXIN, 2009, p. 23).

⁹⁴ O termo “tabu” é aqui utilizado na acepção de Roxin: aquilo que é transmitido desde os tempos primitivos da socialização humana e que, independentemente do direito penal, é respeitado até hoje quase sem exceção (ROXIN, 2009, p. 25).

⁹⁵ ROXIN, 2009, p. 20-25.

2.2 DIFICULDADES EM TORNO DA TEORIA DO BEM JURÍDICO

Quatro questões fundamentais em torno da teoria do bem jurídico são apontadas por Ferrajoli: (i) se as proibições penais devem tutelar um bem jurídico para não ficarem sem justificação moral e política; (ii) se um determinado ordenamento oferece a garantia de lesividade, isto é, se as proibições legais e as sanções concretas são legítimas juridicamente se produzirem um ataque a um bem jurídico; (iii) quais bens, ou não bens, tutelam normativamente as leis penais; (iv) quais bens, ou não bens, tutelam, de fato, as mesmas leis, e quais bens, ou não bens, são atacados pelas condutas que elas proíbem⁹⁶.

Além desses fatores, é preciso verificar se a tal fim – proteção de bens jurídicos – se prestaria o direito penal, uma vez que sua incidência se dá no mundo dos fatos quando já ocorreu a violação da norma e, conseqüentemente, a lesão ou a grave ameaça de lesão ao bem que, em tese, estaria protegido. Com efeito, a discussão decorre não apenas das proposições feitas pela teoria do bem jurídico, mas também dos seus próprios fundamentos ou pretensões. Esse é o grande tema que tem ocupado os penalistas nos últimos séculos. As concepções doutrinárias vistas antes já demonstraram quão grandes têm sido os debates nos últimos dois séculos, aproximadamente, desde a ideia do “direito subjetivo”, de Feuerbach. Os itens que seguem têm o propósito de sintetizar e ressaltar três das principais indagações⁹⁷ que marcam a discussão.

2.2.1 Definição de bem jurídico-penal

Tarefa das mais difíceis é definir bem jurídico-penal⁹⁸. A maior dificuldade decorre da própria mutabilidade da vida humana em sociedade – e o Direito é uma

⁹⁶ FERRAJOLI, 2010, p. 431-432.

⁹⁷ Uma questão que não é mencionada nos itens que seguem é aquela contida na indagação de Greco: é vedado ao direito penal incriminar uma conduta para proteger algo que não seja um bem jurídico? Greco reporta-se a Roxin para dizer que o penalista alemão propõe três exceções à ideia de bem jurídico como condição necessária à punição: proteção de animais e plantas, proteção do embrião e dos interesses de gerações futuras, pois, “se é verdade que nenhum destes dois interesses [embrião e gerações futuras] é passível de referência aos indivíduos hoje concretamente existentes, nem às condições de subsistência do atual sistema social, também é verdade que a sua excepcional fragilidade justifica uma intervenção do direito penal” (GRECO, 2004, p. 109). Essas exceções provocam novas discussões, ainda em aberto, sobre a função crítica do bem jurídico.

⁹⁸ Baratta, a respeito dessas questões em torno da teoria do bem jurídico, diz: “A problemática da distinção entre os conceitos extra-sistemático e intra-sistemático de bem jurídico se complica ainda

obra humana. Aquilo que no passado era considerado crime, hoje não o é mais⁹⁹. No futuro, a conduta que hoje não é criminalizada, poderá sê-lo. Isso tudo passa pela definição de bem jurídico para o direito penal. Essa *volatilidade*¹⁰⁰ da noção de bem jurídico tem sido uma das grandes dificuldades teóricas do direito penal nos últimos anos.

Todas as definições de *bem jurídico* (que é o ponto de partida para a de *bem jurídico-penal*) são por demais vagas. Essa imprecisão conceitual é o nó górdio que ainda necessita de avanços doutrinários para ser aclarado. Roxin diz que bens jurídicos “são todos os dados que são pressupostos de um convívio pacífico entre os homens, fundado na liberdade e na igualdade”¹⁰¹. Dias, por outra banda, define o bem jurídico como a “expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso”¹⁰². Para García-Pablos de Molina, “são os pressupostos existenciais e instrumentais de que a pessoa necessita para sua autorrealização na vida social”¹⁰³. São denominados por Mir Puig de bens jurídicos os “interesses que por sua importância merecem a proteção do Direito”¹⁰⁴. Por sua vez, Prado diz que “o bem jurídico vem a ser um ente (dado ou valor social) material ou imaterial haurido do contexto social, de

mais em razão da incerteza e fluidez dos limites que deveriam demarcar o ‘sistema’. Trata-se do direito penal ‘em sentido estrito’ ou também do direito penal administrativo? De um modo geral: deveríamos considerar um setor específico da ordem jurídica (o direito penal), ou a ordem jurídica em sua totalidade? E, se a consideração intra-sistemática se estende às normas constitucionais, limitar-se-á à constituição num sentido formal ou também compreenderá a constituição no sentido material? Vai se restringir à práxis interpretativa da constituição ou se antecipará, de forma dinâmica, às possíveis práxis interpretativas ‘do amanhã’? Se tomarmos em consideração estas interrogações, e se, além disso, considerarmos a dificuldade de se distinguir as fronteiras entre interpretações das normas constitucionais e construção de teorias sociológicas e políticas e entre princípios normativos da constituição positiva e princípios gerais de direito, perceberemos facilmente que as construções intra-sistemática e extra-sistemática, antes de responder a duas esferas de operações limitadas entre si, são momentos de um *continuum* no qual se sucedem passagens relativas. Neste transcurso, o que numa fase anterior era ‘extra-sistemático’ passa na fase posterior a ser ‘intra-sistemático’ e assim por diante” (BARATTA, 1994, p. 500-501). O item ocupa-se da controvérsia em torno da definição de bem jurídico-penal apenas. Não são feitas digressões mais aprofundadas na teoria do delito, como a distinção entre bem jurídico-penal e objeto da ação. A esse respeito, Roxin esclarece que, no crime de falsidade documental, por exemplo, o bem protegido é a pureza do tráfego probatório, porém o objeto da ação é o documento falsificado no caso concreto (ROXIN, 1999, p. 62).

⁹⁹ Tome-se como exemplo o homossexualismo, que, na Alemanha, entre homens adultos, era punido até 1969 (ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. 2. ed. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 36).

¹⁰⁰ PELARIN, 2002, p. 19.

¹⁰¹ ROXIN, 2008, p. 35.

¹⁰² DIAS, 2007, p. 114.

¹⁰³ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2000, p. 366. “[...] son los presupuestos existenciais e instrumentales que la persona necesita para su autorrealización en la vida social” (tradução nossa).

¹⁰⁴ MIR PUIG, 2007, p. 95.

titularidade individual ou metaindividual, reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem em sociedade e, por isso, jurídico-penalmente protegido”¹⁰⁵. Constata-se, assim, que as definições apresentadas estão atreladas, como não poderia ser diferente, à corrente teórica a que pertencem seus formuladores¹⁰⁶.

Na síntese de Greco, várias expressões têm sido utilizadas para definir bem jurídico, como “interesse juridicamente protegido”, “valor objetivo que a lei reconhece como necessitado de proteção”, “valor elementar da vida em comunidade”, “unidade funcional social”, “pretensão de respeito”, “relação real da pessoa com um valor concreto reconhecido pela comunidade”. Essas expressões traduziriam um mero debate terminológico, pois parece que todas querem dizer a mesma coisa com outras palavras. Propondo uma conotação fática para o conceito, Greco sustenta que os bens jurídicos seriam “dados fundamentais para a realização pessoal dos indivíduos ou para a subsistência do sistema social, nos limites de uma ordem constitucional”¹⁰⁷.

Essa busca por uma definição de bem jurídico será sempre uma tarefa inacabada. É que não se pretende (ou não se deve), por intermédio dela, alcançar um rol exaustivo, um catálogo de bens; antes, procura-se tão somente um critério para a ação punitiva estatal. O bem jurídico deve ser visto, muito mais que definido, como um padrão crítico¹⁰⁸, e não como “um conceito fechado e apto à subsunção, capaz de permitir que a partir dele se conclua com segurança o que deve e o que não ser criminalizado”¹⁰⁹. Sánchez refere-se a *critérios* que podem ser construídos diante da impossibilidade de elaborar um *catálogo* de bens, uma vez que o bem jurídico-penal é uma *realidade permanente*, mas está sujeito às mudanças históricas e também condicionado a fatores socioculturais da comunidade que ocupa um espaço e um tempo determinados¹¹⁰.

¹⁰⁵ PRADO, 2003, p. 52-53.

¹⁰⁶ É evidente que outras definições poderiam ser apresentadas aqui. Talvez fosse melhor uma de cada representante das principais teorias desenvolvidas em torno do bem jurídico-penal. Todavia, a pretensão, neste ponto, é apenas apontar a controvérsia que gira em torno dessa definição. Por isso, as que foram apresentadas são meros exemplos para fomentar a discussão.

¹⁰⁷ GRECO, 2004, p. 107. Quando Greco atrela a definição de bem jurídico a uma ordem constitucional, surge, necessariamente, a necessidade de precisar que ordem constitucional é essa e que tipo de Constituição institui essa ordem.

¹⁰⁸ Esse padrão crítico (função crítica) do bem jurídico-penal é analisado em tópico específico.

¹⁰⁹ DIAS, 1999, p. 70.

¹¹⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: J. M. Bosch, 1992, p. 288-289.

Como visto, é tarefa extremamente complexa definir bem jurídico-penal. Diversos autores e escolas têm-se ocupado disso sem que tenham posto fim à controvérsia. As páginas anteriores são a prova disso. O presente trabalho ainda considerará nas seções seguintes diversas questões também relevantes para lançar as bases que deem um supedâneo a uma proposta de definição de bem jurídico. Portanto, não é possível, desde logo, adiantá-la.

2.2.2 Valores constitucionais e bem jurídico-penal

A questão da relação entre valores constitucionais e bem jurídico-penal aparece como resultado da resposta a outra. De onde extrair um conceito político-criminal de bem jurídico? Como visto, as teorias constitucionalistas apontam a Constituição como sendo esse lugar. Logo, tudo o que está no texto constitucional poderia ser elevado à condição de bem jurídico-penal? Caso assim fosse, essa perspectiva daria azo a um expansionismo penal, e não a uma restrição. Constituições abertas, como é o caso da brasileira, ricas em inúmeros valores, não poderiam servir de parâmetro para um conceito político-criminal de bem jurídico nessa perspectiva. Os valores constitucionais estão expressos no próprio conteúdo da Constituição. São as aspirações sociais absorvidas no texto constitucional e, por isso, possuem relação direta com os direitos fundamentais.

Discorrendo sobre essa relação entre valores constitucionais e bem jurídico, e, mais especificamente, sobre os próprios direitos fundamentais, García-Pablos de Molina esclarece que não se pode questionar a estreita vinculação entre a norma penal e a Constituição e seus valores. A Constituição é o ponto de referência para a seleção e a hierarquização daqueles valores que o direito penal é chamado para proteger. Todavia, adverte García-Pablos de Molina, não se devem confundir direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição com bens jurídicos, pois aqueles são tutelados pela Constituição, mas só alguns deles, e apenas com relação a certos ataques tais bens recebem a tutela penal¹¹¹.

Ora, para que tal confusão não ocorra, é necessário compreender que nem todos os valores constitucionais podem ser tidos pelo legislador como bem jurídico-penal. Não existe uma *sinonímia* entre valores constitucionais e bem jurídico-penal.

¹¹¹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2000, p. 371.

Necessariamente, há de se adotar uma concepção restrita de bem jurídico-penal ante os valores constitucionais. Nas palavras de Greco, a “palavra-chave aqui é o *princípio da subsidiariedade*, ou da *ultima ratio*, ou da intervenção mínima”¹¹².

Exige-se uma *consagração constitucional*, direta ou indireta, dos bens que devem receber proteção penal, pois a intensa intervenção penal sobre a vida do indivíduo só pode encontrar justificativa quando houver uma afetação de um elemento essencial da vida na sociedade. Esse consenso *político*, e jurídico, necessita de um respaldo na Constituição. Porém, entender que realidades que não estejam, de alguma forma, consagradas, ainda que implicitamente, na Constituição devam permanecer, em princípio, alheias à guarda penal, não significa, por outro lado, dizer que todas aquelas que foram consagradas no texto constitucional devam, de forma cogente, ser penalmente protegíveis¹¹³.

2.2.3 A tutela de bens transindividuais

O reconhecimento de que cabe ao direito penal tutelar ou proteger bens jurídicos tem um complicador a mais quando direitos não individuais são trazidos para o âmbito penal mediante a criminalização de determinadas condutas antes não cogitadas. É a vida numa sociedade globalizada e a natural elevação de outros bens, antes não imaginados, a níveis de grande importância social que demandam uma discussão, agora nessa perspectiva, sobre o conceito de bem jurídico e se o direito penal se prestaria a tanto.

Três teorias têm sido desenvolvidas: (i) a *concepção dualista de bem jurídico*, que tem entre seus defensores nomes como Tiedemann, Kuhlen, Schünemann, Hefendehl e Figueiredo Dias, admitindo a existência tanto de bens jurídicos individuais quanto de bens jurídicos coletivos – uns não podem ocupar o lugar dos outros, e ambas as categorias podem ser tuteladas pelo direito penal; (ii) a *concepção monista-pessoal*, cujo nome mais proeminente é Hassemer, que defende ser o ponto de partida para o conceito de bem jurídico os interesses individuais, pois a coletividade não é objeto de proteção penal por si, mas desde que o indivíduo concretamente considerado seja o referencial; (iii) a *concepção monista-estatal ou monista-coletivista*, segundo a qual todos os bens jurídicos decorrem de um

¹¹² GRECO, 2004, p. 100.

¹¹³ SILVA SÁNCHEZ, 1992, p. 274.

interesse estatal ou da coletividade, já que o indivíduo só é protegido a partir de um daqueles interesses¹¹⁴.

A concepção dualista é dominante. E, como visto, os bens jurídicos podem ser classificados de acordo com uma perspectiva individualista (bens jurídicos individuais) ou supraindividualista (bens jurídicos coletivos). Na primeira, têm-se os bens personalíssimos (vida, integridade física, liberdade, honra etc.) e os bens pessoais (patrimônio, v.g.); na segunda, os bens jurídicos institucionais, que estão ligados às pessoas de direito público (delitos contra a Administração Pública, a fé pública etc.), e os bens coletivos e difusos (saúde pública, meio ambiente, entre outros)¹¹⁵. Um bom exemplo para ilustrar a oposição entre uma perspectiva dualista e outra monista é o meio ambiente¹¹⁶ como bem jurídico: para Greco, facilmente a primeira reconhecê-lo-á como bem coletivo; já a segunda poderá ter problemas, “havendo mesmo quem negue a existência de um bem jurídico coletivo meio ambiente, considerando todas as infrações ambientais meros crimes de perigo abstrato contra a vida ou a integridade física de pessoas concretas”¹¹⁷.

Ainda resta um ponto controverso. Como é possível conceber a teoria do bem jurídico como limite para o poder punitivo do Estado, e não como fundamento para a expansão do direito penal? É aqui que a proposta toma feições político-criminais (críticas). Aquela restrição pretendida somente ocorrerá se a teoria do bem jurídico for considerada sob um enfoque crítico.

¹¹⁴ A última das concepções (a monista-estatal ou monista-coletivista), segundo Greco, pelo autoritarismo que demonstra, foi defendida por Binding e, na atualidade, por Weigend, na Alemanha (GRECO, 2004, p. 104).

¹¹⁵ PEREIRA, 2008, p. 93.

¹¹⁶ Exemplo típico de bem transindividual é o meio ambiente, que, no caso brasileiro, possui previsão constitucional expressa (art. 225, § 3.º). A esse respeito, Hassemer sustenta que “o direito penal não é instrumento adequado para lidar com este tipo de problema [meio ambiente]. O direito ambiental visa à prevenção, enquanto o direito penal, por seu turno, não só não atua preventivamente, como também, quando se lhe exige que atue dessa forma, nada mais consegue do que resultados sofríveis” (HASSEMER, Winfried. A preservação do ambiente através do Direito Penal. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). *Direito Penal: leis penais especiais II*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 8 (Coleção Doutrinas Essenciais). cap. I, art. 8, p. 218). García-Pablos de Molina, mencionando como outro exemplo os delitos fiscais, argumenta que esse tipo de criminalização [meio ambiente], não passa de uma forma de uso do direito penal numa função tipicamente ético-social, objetivando a moralização dos cidadãos, e não, efetivamente, a proteção de bens jurídicos. Para o autor espanhol, “El Estado – es también un hecho comprobable – se sirve una y otra vez del Derecho Penal en ciertos supuestos de ‘neocriminalización’ para llevar a cabo – y reforzar – una labor moralizadora que eleva los niveles éticos de la sociedad. Que el ‘delito fiscal’ o las infracciones contra el ‘medio ambiente’ han pretendido promover una nueva ética ‘ecológica’ o ‘fiscal’ parece fuera de duda. Sin embargo, no parece corresponda al Derecho Penal dicha función”. (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2000, p. 95-96).

¹¹⁷ GRECO, loc. cit.

2.3 FUNÇÃO CRÍTICA DA TEORIA DO BEM JURÍDICO

A doutrina não é uniforme – e isso é natural – sobre as diversas questões relacionadas ao bem jurídico. Até mesmo em razão dessas divergências, muitas críticas têm sido feitas¹¹⁸. Um ponto problemático, entre outros, é a definição do bem jurídico-penal. Essa indefinição conceitual tem sido um dos alvos daquelas críticas. Apesar disso, a teoria do bem jurídico para o direito penal tem sido uma das melhores formulações elaboradas, desde que compreendida adequadamente. O conceito de bem jurídico deve ser desenvolvido de modo a apresentar, não apenas uma perspectiva dogmática (ou formal), mas também uma perspectiva político-criminal capaz de dotar o bem jurídico de alguma eficácia limitadora do *ius puniendi* do Estado¹¹⁹. Mas não é só isso. É preciso ir além. Com isso se quer dizer que o bem jurídico, como tentativa de limitar o poder punitivo estatal, não é o único referencial.

Para evitar esse *esvaziamento*, é necessário, ainda segundo Dias, a observância de alguns critérios: (i) o conceito de bem jurídico deve traduzir um *conteúdo material* a fim de que sirva de indicativo de um conceito material de crime; (ii) para que possa ser um critério legitimador do processo de criminalização/descriminalização, aquele conceito deve revestir-se de um *padrão crítico*; (iii) para que isso ocorra, esse conceito deve ser *transcendente, trans-sistemático* em relação ao sistema normativo jurídico-penal; (iv) embora, ao mesmo tempo, também deva ser *intrassistemático* ou *político-criminalmente orientado* em relação ao sistema jurídico-constitucional¹²⁰.

Também assumindo um tom crítico, Hormazábal Malarée aponta diversas funções que têm sido atribuídas à teoria do bem jurídico. De início, reconhece uma função limitadora do *ius puniendi* estatal, residindo aqui, desde logo, a feição

¹¹⁸ Sánchez, v. g., reportando-se à teoria do direito penal de proteção de bens jurídicos, assevera: “em que pese o inicial rechaço, a teoria do bem jurídico foi assumida inclusive pelos penalistas nacional-socialistas da *Escola de Kiel*; que não é possível controlar lei penal alguma sob a perspectiva de uma hipotética vulneração do princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, senão somente (e no máximo) a partir do princípio de proporcionalidade. [...] Mas insiste-se em que não cabe atribuir à ideia de bem jurídico uma transcendência que, desde logo, não alcança o conceito tal como ele se forjou historicamente e tal como é em sua configuração atual” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 106-107).

¹¹⁹ Nessa perspectiva, Greco informa que, ao menos historicamente, uma grande conquista desse conceito político-criminal foi orientar muitas descriminalizações (GRECO, 2004, p. 96).

¹²⁰ DIAS, 1999, p. 65.

político-criminal voltada para o legislador, a fim de que produza normas que protejam exclusivamente bens jurídicos. Mas a teoria do bem jurídico tem uma índole teleológica não só com relação à produção da lei. De fato, é um critério de interpretação daquela lei e daqueles tipos penais produzidos pelo legislador. Dessa forma, considerando esses dois aspectos (produção e interpretação da lei), o bem jurídico constitui-se na essência mesma dos diferentes tipos penais. Esse quadro aponta, em síntese, para uma função garantidora, na medida em que duas perguntas fundamentais devem ser respondidas: *o quê e por que se protege?* O corolário disso é que o bem jurídico cumpre uma relevante função político-criminal de caráter crítico, tanto na revisão do direito posto (de *lege lata*) quanto na proposição daquele que há de ser (de *lege ferenda*). Logo, o bem jurídico assume também uma função de legitimação material da norma penal, eis que resultado de um processo de controle justificado de forma racional no âmbito do Estado Democrático de Direito¹²¹. Basicamente, essas funções do bem jurídico-penal nortearão qualquer formulação teórica a respeito, seja para sua defesa, seja para sua crítica.

Embora reconheça também que a função político-criminal do bem jurídico constitui um dos parâmetros para a delimitação do poder do legislador quanto ao que há de ser tutelado pela norma penal, Prado diz que “o problema maior a ser enfrentado é o de fixar concretamente os critérios pelos quais se deve proceder à seleção dos bens e valores fundamentais da sociedade”¹²². Esse apontamento já não se torna tão complexo quando o bem jurídico é analisado nessa perspectiva crítica, segundo a qual ele não é *o critério*, mas é *um dos critérios* que devem nortear a ação do intérprete (legislador e julgador, principalmente). É a máxima de que *a necessidade da proteção penal, posto que seja condição necessária, não é suficiente*, uma vez que *nem todo bem jurídico que necessite de proteção penal é, só por isso, um bem jurídico-penal*¹²³.

O legislador não está, na esfera do Estado Democrático de Direito e sob essa feição crítica do bem jurídico-penal, absolutamente livre para criminalizar qualquer conduta. Existem barreiras que não podem ser ignoradas e transpostas. São barreiras *infranqueáveis* como limite ao *jus puniendi*. Caso as ultrapasse,

¹²¹ HORMAZÁBAL MALARÉE, 1991, p. 9-10.

¹²² PRADO, 2003, p. 21-22.

¹²³ SILVA SÁNCHEZ, 1992, p. 287.

afrontando-as, o legislador dará ensanchas à censura constitucional (controle de constitucionalidade das leis). Essa censura pode afastar a norma completamente do ordenamento jurídico ou pode, pelo menos, limitar o seu sentido em determinados aspectos que estejam em harmonia com a Constituição. A *função crítica* da teoria do bem jurídico é “um instrumento extremamente valioso”, e dela devem ser extraídas suas “máximas potencialidades”¹²⁴. Essa função crítica do bem jurídico está diretamente relacionada com o conceito material de crime, que, segundo Dias, deve ser *previamente dado* ao legislador. Esse *padrão crítico* só tem sentido se situar-se *acima* ou *atrás* e sempre *fora* do direito penal legislado. A *crítica* deve voltar-se não apenas para o direito legislado, mas também para aquele a vir a ser. Aqui as conotações são típicas de política criminal¹²⁵.

Um longo caminho, ainda que a apresentação tenha sido sintética, foi percorrido até aqui para mostrar como se deu a evolução da teoria do bem jurídico e seus reflexos no direito penal. Todavia, não há qualquer teoria e muito menos qualquer evolução teórica sem o correspondente pano de fundo histórico. Entender como a questão do bem jurídico tem sido tratada nestes tempos de Estado Democrático de Direito e, principalmente, como a teoria do bem jurídico deve ser lida e aplicada a partir de uma leitura principiológica da Constituição exige uma construção, mesmo que sucinta, de alguns aspectos históricos do passado que culminaram com o atual modelo de Estado (Democrático e de Direito). Além disso, é de relevância teórica crucial focar a análise da teoria (da proteção) do bem jurídico e contextualizá-la nas discussões mais recentes sobre *princípios de direito*. Em palavras mais simples, é preciso identificar a relação existente entre a teoria do bem jurídico e o Estado Democrático de Direito e, conseqüentemente, verificar como deve ser lido o resultado disso sob as lentes constitucionais ou, mais precisamente, sob os princípios, com destaque para o da *intervenção mínima*. É isso que se pretende fazer no capítulo a seguir.

¹²⁴ BIANCHINI; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2009, p. 240.

¹²⁵ DIAS, 2007, p. 107.

3 CONSTITUIÇÃO E PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL

3.1 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, CONSTITUIÇÃO E PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL

3.1.1 Do Estado Liberal ao Estado Social

Os Estados contemporâneos, em sua maioria, estão estruturados com base em postulados liberais, oriundos, principalmente, da Revolução Americana de 1776 e da Revolução Francesa de 1789. Embora as duas tenham sua relevância histórica, a Revolução Francesa destaca de forma muito mais contundente os direitos dos indivíduos¹²⁶. As revoluções liberais foram reações ao modelo instituído pelo *Ancien Régime* e a sua índole absolutista, pela qual o soberano concentrava em suas mãos todos os poderes do Estado. Era o Estado Absoluto.

Articulações, fruto da insatisfação da burguesia, levaram à bancarrota tal modelo de Estado. Como toda revolução, a francesa não transcorreu sem traumas; mas, apesar disso, o “trauma revolucionário de 1789”, na expressão de Bonavides, foi responsável pelas novas bases no terreno econômico, político, social e filosófico¹²⁷. A partir de então, o novo modelo de Estado, dito Estado liberal-democrático¹²⁸, teve o gerenciamento da burguesia, que agia *formalmente* em nome do povo.

¹²⁶ Bobbio examina as duas declarações de direitos, a americana e a francesa: “Ambas as Declarações partem dos homens considerados singularmente; os direitos que elas proclamam pertencem aos indivíduos considerados um a um, que os possuem antes de ingressarem em qualquer sociedade. Mas, enquanto a ‘utilidade comum’ é invocada pelo documento francês unicamente para justificar eventuais ‘distinções sociais’, quase todas as cartas americanas fazem referência direta à finalidade da associação política, que é a do *common benefit* (Virgínia), do *good of whole* (Maryland) ou do *common good* (Massachusetts). Os constituintes americanos relacionaram os direitos do indivíduo ao bem comum da sociedade. Os constituintes franceses pretendiam afirmar primária e exclusivamente os direitos dos indivíduos” (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 84).

¹²⁷ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 67.

¹²⁸ A expressão “Estado liberal-democrático” deve ser entendida no seu sentido meramente formal. Bonavides esclarece que a burguesia, que dizia agir em nome do povo, na verdade, escondia interesses que não eram do povo, eram, antes, da classe dominante, isto é, da própria burguesia. Além disso, muitos privilégios, em detrimento do povo, ainda persistiam, como as restrições ao sufrágio, que impediam a efetiva participação do povo na escolha de seus representantes. O Estado liberal-democrático estava assentado num formalismo jurídico (BONAVIDES, 1996, p. 67-68). Embora um dos lemas da Revolução Francesa tenha sido a liberdade, ela não tinha a conotação *material* que atualmente lhe é dada. Esse já é um sentido presente no Estado Democrático de Direito, que o distancia do Estado liberal-democrático. O uso da mesma palavra – “democrático” – não permite,

O Estado Liberal sofreu modificações profundas em sua estrutura por conta de fatores de ordens variadas, que ensejaram o surgimento do que se convencionou chamar “Estado Social”, resultado de contradições agravadas com o desenvolvimento da Revolução Industrial, originada na Inglaterra em meados do século XVIII, como as péssimas condições a que eram submetidos os trabalhadores e as precárias condições sociais vivenciadas pela população em geral. Além disso, a Primeira Grande Guerra (1914-1918) e seus resultados desastrosos contribuíram para que movimentos de índole social ocorressem em diversas partes do mundo. Dois importantes documentos jurídicos surgidos nessa época foram a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919, as quais passaram a contemplar direitos sociais e trabalhistas. O Estado Social foi formatado a partir desses fatores múltiplos.

O modelo do Estado Social não se apresentou como suficiente¹²⁹. Silva diz que sua ambiguidade é manifesta, referindo-se ao que ele denominou Estado Social de Direito, expressão carregada de suspeição, pois a própria palavra *social* está sujeita a interpretações variegadas na medida em que cada ideologia tem sua própria concepção sobre o *social* e o *Direito*¹³⁰. Bonavides destacou que a Alemanha nazista, a Itália fascista, a Espanha franquista e o Portugal salazarista foram *Estados sociais*. Da mesma forma, Estados sociais foram a Inglaterra de Churchill e Attlee, os Estados Unidos, em parte, desde Roosevelt, a França, com a Quarta República, principalmente, e o Brasil, desde a Revolução de 1930¹³¹.

3.1.2 O Estado Democrático de Direito

O Estado precisava mais que apresentar uma feição formal de legitimidade do poder popular. A ideia de democracia deve refletir a efetiva participação da população por meio de instrumentos político-populares diretos, como é o caso, no

todavia, a coincidência semântico-jurídica nesses modelos distantes no tempo e nos seus significados.

¹²⁹ Pereira também compartilha a opinião de que o modelo do Estado Social de Direito estava carregado de antagonismos e equívocos: “Este novo modelo, o Estado Social de Direito, acabou por assumir regimes antagônicos de governo, sob o equívoco de manter o social como qualificador do Estado e não do Direito, possibilitando o convívio sob o manto do Estado Social de Direito de sistemas ditadores de política de capital, neofacistas, por exemplo, na mesma medida de sistemas democráticos” (PEREIRA, 2008, p. 36).

¹³⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 119-120.

¹³¹ BONAVIDES, 1996, p. 184.

Brasil (Constituição de 1988), do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular, além de outros indiretos, como a gestão da coisa pública por intermédio de representantes eleitos. Daí Silva dizer que a formulação mais recente do Estado Democrático de Direito, visto como um Estado de legitimidade justa ou um Estado de justiça material, que lança as bases de uma sociedade democrática, instaura “um processo de efetiva *incorporação* de todo o povo nos mecanismos do *controle das decisões*, e de sua *real participação* nos *rendimentos da produção*”¹³².

Nesse modelo de Estado, há a produção de normas que objetivam estabelecer limites formais e substanciais para o exercício do poder. Para Ferrajoli, o modelo do Estado moderno nasce de uma Constituição e caracteriza-se, no plano formal, pelo princípio da legalidade – por meio do qual todo poder público está subordinado às leis – e, no plano substancial, pela “funcionalização de todos os poderes do Estado à garantia dos *direitos fundamentais* dos cidadãos”¹³³.

Com base na liberdade, Canotilho faz uma relação entre o que chama Estado de Direito e Estado Democrático no Estado Constitucional para dizer que, naquele modelo, a liberdade é concebida como *liberdade negativa* ou liberdade de defesa ou de distanciação perante o Estado; já no Estado Democrático, a liberdade é de natureza *positiva*, ou seja, trata-se da liberdade como exercício democrático do poder. Por isso, o Estado Constitucional tem o elemento democrático não como forma de “travar” o exercício do poder, mas como a própria legitimação desse poder. Aí reside o princípio da soberania popular (todo o poder emana do povo), responsável pelo direito de participação igualitária na formação democrática da vontade popular. Para Canotilho, “o princípio da soberania popular concretizado segundo procedimentos juridicamente regulados serve de ‘charneira’ entre o ‘Estado de direito’ e o ‘Estado democrático’, possibilitando a compreensão da moderna fórmula *Estado democrático de direito*”¹³⁴.

É no âmbito desse modelo de Estado que o direito penal deve ser visto na sua mais moderna concepção, pois é a partir da Constituição (democrática e compromissória), garantidora dos direitos fundamentais, que é possível encontrar expressamente ou não princípios que impõem verdadeiros limites ao direito penal e

¹³² SILVA, 1999, p. 122, grifo do autor.

¹³³ FERRAJOLI, 2010, p. 790, grifo do autor

¹³⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 99-100, grifo do autor.

reais constrangimentos hermenêuticos ao produtor da norma penal e a seu intérprete e aplicador.

Dessa forma, o direito penal não está (nem poderia estar) alheio aos postulados do Estado Democrático de Direito. Não se cogitam mais o arbítrio, a barbárie, os julgamentos secretos, os juízos de exceção, as penas cruéis, o processo sem garantias, a ausência de ampla (e plena) defesa, entre outros pontos negativos de feições inquisitoriais, tanto no direito penal como no processo penal¹³⁵. É forçosa, portanto, a abordagem desses dois temas intimamente entrelaçados – Constituição e princípios no Estado Democrático de Direito.

3.1.3 Constituição e princípios do direito penal

A Constituição é a origem (fonte) e o fim (limite) do direito penal, abrangendo, evidentemente, normas tanto materiais (direito penal) como processuais (processo penal) e a própria investigação (inquérito policial ou procedimento equivalente). O direito penal (e o processual penal), portanto, assim como os demais ramos do direito, integra um determinado ordenamento jurídico, que, por sua vez, tem a Constituição como norma superior da qual emanam todas as demais. A Constituição é, por assim dizer, nas expressões de Queiroz, “o alfa e o ômega”, “o começo e o fim” do ordenamento jurídico, de modo que os princípios constitucionais devem ser “o ponto de partida e o ponto de chegada de toda e qualquer interpretação”¹³⁶.

Essas limitações não nasceram com o Estado moderno. Elas são fruto de um longo desenvolvimento histórico, que acompanhou a evolução do próprio Estado. Quanto mais se retrocede no tempo, mais se veem o delito como o pecado e a pena como uma forma de purificação ou purgação do criminoso (pecador). Hobbes dizia que um “crime é um pecado que consiste em cometer (por feito ou por palavra) um

¹³⁵ Tem razão Franco ao dizer que a “explicitação das características principais do modelo jurídico brasileiro apresenta-se de importância capital para a análise, compreensão e fixação dos limites do sistema global de controle social formal. Cada subsistema – e o Direito Penal é, inquestionavelmente, um desses subsistemas – não pode perder de vista os pontos de apoio que dão arrimo à ordem jurídica e deve ter presente que a dignidade da pessoa humana é o traço de ligação entre a ordem social e a ordem jurídica. E essa dignidade só será preservada se os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, mencionados na Constituição Federal ou em tratados internacionais ou, mesmo fora desses catálogos, mas equiparáveis, pelo seu objeto e por sua importância, a outros já explicitamente reconhecidos, tiverem o necessário respeito” (FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 50).

¹³⁶ QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 85.

ato que a lei proíbe, ou em omitir um ato que ela ordena. Assim, todo crime é um pecado, mas nem todo pecado é um crime”¹³⁷. Foi nessa perspectiva *espiritualizada* do crime (pecado ou heresia) que a Inquisição¹³⁸ praticou em nome de Deus as maiores barbaridades na história, as quais só devem ser lembradas para que não sejam repetidas. Os valores liberais é que se encarregaram de dar início a esse quadro *historicamente* posterior e *materialmente* limitador.

A obra de Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, congregou diversos pensamentos que circulavam naquela época contra práticas então comuns, como a tortura, os suplícios, a pena de morte etc. Já anunciava princípios que hoje são fundamentais para limitar o direito penal¹³⁹. As ideias iluministas foram aos poucos sendo desenvolvidas e incorporadas aos ordenamentos jurídicos. Nos Estados modernos, segundo o modelo Democrático de Direito, nas palavras de Queiroz, existe uma ordem hierárquica entre a Constituição e o direito penal. Essa ordem é de índole formal e axiológica, “na medida em que suas disposições somente valem e obrigam quando se prestem à realização dos fins constitucionais e prestigiem os valores mais caros, aferidos, naturalmente, segundo cada contexto histórico-cultural”¹⁴⁰. Esses são os pontos iniciais para a construção de diversos limites impostos ao Estado em suas diversas atuações, entre as quais, o direito penal.

¹³⁷ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultura, 2000, p. 223.

¹³⁸ “O tradicional escrúpulo eclesiástico sobre derramamento de sangue permaneceu em vigor. Em consequência, instrumentos de ponta e de lâmina continuaram a ser evitados em favor do ecúleo, saca-unhas e outros aparelhos que só faziam correr sangue, por assim dizer, ‘incidentalmente’. As tenazes e outros brinquedos como estes eram sombrios. Rasgar a carne com tenazes era bastante sangrento. Se estivessem em brasa, porém, o metal aquecido cauterizava imediatamente o ferimento e estancava o fluxo de sangue. Sofismas desse tipo eram aplicados à duração e frequência da tortura. A princípio, o acusado só podia ser torturado uma vez, e por não mais de trinta minutos. Os Inquisidores logo começaram a contornar essa restrição afirmando que só havia de fato uma aplicação de tortura, e que cada um dos trinta minutos posteriores era apenas uma continuação da primeira. Alternativamente, um suspeito podia ser torturado pela resposta a um único ponto específico, e as respostas a um segundo ou terceiro pontos justificavam as sessões de tortura a mais. Há copiosos registros de indivíduos torturados duas vezes por dia durante uma semana ou mais” (BAIGENT, Michael; LEIGH, Richard. *A Inquisição*. Tradução de Marcos Santarrita. Rio de Janeiro: Imago, 2001, p. 52).

¹³⁹ Por exemplo, diz Beccaria que apenas “as leis podem indicar as penas de cada delito e que o direito de estabelecer leis penais não pode ser senão da pessoa do legislador” (§ III) (BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Torrieri Guimarães. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 20). “A tortura é frequentemente um meio certo de condenar o inocente débil e absolver o criminoso forte” (§ XII) (BECCARIA, 2009, p. 39). “Quanto mais rápida for a aplicação da pena e mais de perto acompanhar o crime, tanto mais justa e útil será” (§ XIX) (BECCARIA, 2009, p. 61).

¹⁴⁰ QUEIROZ, 2010, p. 46.

3.1.4 Direito penal e dignidade da pessoa humana (e direitos humanos)

Todos os chamados princípios¹⁴¹ que integram o direito penal objetivam a proteção da pessoa humana ou, mais especificamente, da dignidade da pessoa humana. Tanto é assim que o princípio da dignidade da pessoa humana é apontado como o *fundamento nuclear* do próprio direito penal¹⁴², ou, segundo Dias, é na dignidade da pessoa (acusada ou não) “que radica o axioma onto-antropológico de todo o discurso jurídico-penal”¹⁴³. Esse princípio é um produto de elaboração do liberalismo burguês e, na filosofia, tem origens que remontam ao imperativo categórico kantiano¹⁴⁴ (“age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”¹⁴⁵).

Para Canotilho, foram, entretanto, as “experiências históricas de aniquilação do ser humano”¹⁴⁶, que levaram muitas Cartas Constitucionais a reconhecer a dignidade humana como base, limite e fundamento do domínio político da República. Isso quer dizer, ainda nas palavras do constitucionalista português, que “a República é uma organização política que serve o homem, não é o homem que serve os

¹⁴¹ Diversos limites para o direito penal existem no Estado Democrático de Direito. Ferrajoli apresenta o que nominou dez axiomas ou princípios axiológicos fundamentais no sistema penal, dito por ele mesmo como Sistema Garantista (SG), cognitivo, de legalidade. São eles: 1. *Nulla poena sine crimine*: princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; 2. *Nullum crimen sine lege*: princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; 3. *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*: princípio da necessidade ou da economia do direito penal; 4. *Nulla necessitas sine iniuria*: princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; 5. *Nulla iniuria sine actione*: princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; 6. *Nulla actio sine culpa*: princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; 7. *Nulla culpa sine iudicio*: princípio da jurisdiccionariedade, também no sentido lato ou no sentido estrito; 8. *Nullum iudicium sine accusatione*: princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação. 9. *Nulla accusatio sine probatione*: princípio do ônus da prova ou da verificação; 10. *Nulla probatio sine defensione*: princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade (FERRAJOLI, 2010, p. 91). Por seu turno, na síntese de Bianchini, García-Pablos de Molina e Gomes, treze são os princípios cardeais do direito penal: princípios da exclusiva proteção de bens jurídicos e da intervenção mínima (relacionados com a missão do direito penal), princípios da materialização do fato, da legalidade do fato e da ofensividade do fato (coligados com o fato do agente), princípios da responsabilidade pessoal, da responsabilidade subjetiva, da culpabilidade e da igualdade (vinculados com o agente do fato) e princípios da legalidade, da dignidade, da humanidade e da proporcionalidade da pena (atrelados à pena). (BIANCHINI; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2009, p. 301-302).

¹⁴² BIANCHINI; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2009, p. 231.

¹⁴³ DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 33, jan./mar. 2001, p. 51.

¹⁴⁴ TAVARES, 1992, p. 714.

¹⁴⁵ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: 70, 1948, p. 69. O imperativo categórico deve ser lido sempre como sendo um só, embora possa ser apresentado – e o próprio Kant fez isso – de várias maneiras.

¹⁴⁶ CANOTILHO, 2003, p. 221.

aparelhos políticos-organizatórios”¹⁴⁷. Foi depois das duas guerras mundiais que o conceito de dignidade humana ressurgiu como uma forma de demonstrar repúdio aos horrores antes ocorridos. A constitucionalização – isto é, a inserção da dignidade humana em textos constitucionais – ganhou grande impulso, servindo de exemplos a Constituição italiana de 1947 e a Lei Fundamental alemã de 1949¹⁴⁸.

Essas Constituições¹⁴⁹ promulgadas nos Estados Democráticos de Direito caracterizam-se, segundo Luisi, por preceitos “asseguradores dos direitos humanos”¹⁵⁰. Especificamente, os princípios pertinentes à matéria penal, como os da dignidade da pessoa humana, da individualização da sanção penal, da proibição de penas cruéis ou degradantes, entre outros, “situam – segundo Palazzo – a posição da pessoa humana no âmago do sistema penal”¹⁵¹. Assim, a dignidade humana, expressão que é dos direitos humanos, ao ser reconhecida pela Constituição como um de seus princípios, necessariamente, afasta qualquer tentativa de criminalização que tenha por escopo utilizar a pessoa humana como meio para fins almejados pelo Estado, quaisquer que sejam. Essa proibição alcança até mesmo aquilo que Pelarin denomina *conteúdo promocional*, que se dá quando o Estado criminaliza “condutas que não incentivem a cultura, o desporto, ou outros fins nobres do Estado, tidos

¹⁴⁷ CANOTILHO, loc. cit. Em tom de discurso, Dallari apregoa: “O respeito pela dignidade da pessoa humana deve existir sempre, em todos os lugares e de maneira igual para todos. O crescimento econômico e o progresso material de um povo têm valor negativo se forem conseguidos à custa de ofensas à dignidade de seres humanos. O sucesso político ou militar de uma pessoa ou de um povo, bem como o prestígio social ou a conquista de riquezas, nada disso é válido ou merecedor de respeito se for conseguido mediante ofensas à dignidade e aos direitos fundamentais dos seres humanos” (DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. 2. ed. reform. São Paulo: Moderna, 2004, p. 15).

¹⁴⁸ COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 27.

¹⁴⁹ A Constituição, ao invocar a dignidade da pessoa humana como um dos seus princípios fundamentais, produz, pelo menos, duas consequências imediatas, segundo Tavares: “Concebida, agora, não mais como preceito puramente abstrato, mas valor concreto de cada ser humano, a invocação à dignidade impede a promulgação de leis discriminatórias, que, por exemplo, criem tipos abertos para criminosos reincidentes ou perigosos, ou que lhe reservem cominações de penas indeterminadas. Igualmente, tendo em vista a concretude dessa dignidade no mundo social, induz ela a consideração de todos os seus condicionamentos, o papel social do réu, sua postura diante das exigências da própria ordem jurídica e a possibilidade concreta de seu atendimento. Por isso, seria atentatória à dignidade uma lei que dispensasse o mesmo tratamento a menores e adultos, a mentalmente sadios e enfermos, a indígenas e civilizados. Do mesmo modo, a norma que equiparasse condutas dolosas e culposas, ou que não tomasse em conta as atitudes posteriores ao fato, que lhe minorassem as consequências, ou a que estendesse a exigência da reparação do dano tanto aos solventes quanto aos insolventes, ou fizesse converter a multa em pena punitiva de liberdade, independentemente da capacidade financeira do agente em poder pagá-la ou não” (TAVARES, 1992, p. 715).

¹⁵⁰ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. rev. aum. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2003, p. 11.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 13.

como valores essenciais nesse novo paradigma do Estado de direito material”¹⁵². A elaboração legislativa por força do reconhecimento da dignidade da pessoa humana (e dos direitos humanos) como princípio não pode limitar-se a aspectos puramente formais¹⁵³.

Como resultado dessa imbricação entre Estado Democrático de Direito, Constituição e princípios do direito penal, concebe-se aqui uma proposta para o direito eleitoral brasileiro. Essa compreensão resulta naquilo que Dias, em outras palavras, denominou “Estado de Direito material contemporâneo”¹⁵⁴, querendo dizer com isso que o Estado democrático e social, embora tenha uma ligação com o direito e com o que lhe é correlato, como o princípio da legalidade, tem uma preocupação efetiva com a realização “dos direitos, das liberdades e das garantias da pessoa”, movendo-se (o Estado) por considerações de justiça para aquela realização (condições políticas, sociais, culturais, econômicas). Esse tipo de Estado é um “Estado de Justiça” (e não, esclareça-se, um “Estado de Juízes”)¹⁵⁵.

3.2 OS PRINCÍPIOS: A PRODUÇÃO E A APLICAÇÃO DO DIREITO (PENAL)

Durante muito tempo, a hermenêutica foi compreendida apenas como um conjunto de regras técnicas submetidas a um procedimento lógico para se alcançar o sentido pretendido pela lei ou pelo legislador¹⁵⁶ (no caso da hermenêutica aplicada ao direito). A esse respeito, Beccaria, refletindo os ideais liberais da época, afirmou que “os julgadores dos crimes não podem ter o direito de interpretar as leis penais”¹⁵⁷. A atividade do juiz era um “silogismo perfeito”: “A maior deve ser a lei geral; a menor, a ação conforme ou não à lei; a consequência, a liberdade ou a pena”¹⁵⁸. Isso, na atualidade, é assertiva que não encontra mais agasalho no direito. A partir desse método, imaginou-se o intérprete como alguém que se sujeitava ao procedimento (método) hermenêutico e, no seu mister exegético, alcançava a real compreensão do texto. Era uma relação entre o sujeito (o intérprete) e o objeto (o

¹⁵² PELARIN, Evandro. *Bem jurídico-penal: um debate sobre a descriminalização*. São Paulo: IBCCRIM, 2002, p. 163.

¹⁵³ TAVARES, 1992, p. 714.

¹⁵⁴ DIAS, 1999, p. 33.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 33-34.

¹⁵⁶ Queiroz designa a “vontade da lei ou do legislador” como uma crença que tem “algo de mágico” – o juiz julgaria os casos concretos a partir dessa suposta vontade (QUEIROZ, 2010, p. 78).

¹⁵⁷ BECCARIA, 2009, p. 21.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 22.

texto). Tratava-se de um verdadeiro processo de subsunção em que, no caso do direito, o juiz (aplicador e intérprete da norma), diante de determinado caso concreto, enquadrava o fato na norma, e daí resultava o *produto*, o direito a ser aplicado.

A compreensão do direito é uma via hermenêutica que, na essência, não difere, salvo pelo texto em análise, das demais situações em que o indivíduo está inserido – em outros ramos do conhecimento ou mesmo na vida cotidiana. O juiz como intérprete é um desses indivíduos. E, como tal, não é diferente, não possui qualificativos especiais, não é um ser divino isento de paixões e de circunstâncias humanas. Por isso, o juiz não é “um semideus (ou quase), desideologizado”, como bem adverte Coutinho, que alerta: “é preciso que fique claro que não há imparcialidade, neutralidade e, de consequência, perfeição na figura do juiz, que é um homem normal e, como todos os outros, sujeito à história de sua sociedade e à sua própria história”¹⁵⁹.

A alegada imparcialidade do juiz significa a sua posição no processo como órgão julgador, as suas relações com as partes, mantendo o equilíbrio entre elas e isentando-se de seus interesses, com a prova e os meios de sua produção, convencendo-se livremente a partir do que lhe for apresentado. Porém, não é bem assim, ainda mais num sistema que adota o modelo inquisitorial, que se caracteriza menos pela cumulação de funções (investigar, processar e julgar) e mais sobre quem recai a *gestão da prova*. Quando o juiz pode ter a iniciativa e produzir provas no processo, ocorre aquilo que Cordero, mencionado por Coutinho, chama “quadro mental paranoico”, isto é, o juiz convence-se previamente, com base em suas convicções e circunstâncias pessoais (conceitos e pré-conceitos), e sai em busca de elementos que chancelem sua convicção para absolver ou para condenar¹⁶⁰.

O Estado Democrático de Direito não pode ter outra conotação senão a de um Estado fundado em garantias voltadas para os cidadãos. Não é mais possível uma análise míope do texto legal, divorciada de parâmetros principiológicos fluentes da Constituição. Apesar disso, não é raro encontrar julgados aplicando regras infraconstitucionais contrárias a princípios constantes na Constituição. Não poucas vezes, a lei penal com ranços inquisitoriais acaba *prevalecendo* naquele caso, em razão de uma deficiência na compreensão dos princípios como direito. Isso faz perceber a relevância que os princípios possuem e como a *hermenêutica* deve ser

¹⁵⁹ COUTINHO, 2011, p. 15.

¹⁶⁰ Ibid., p. 32.

compreendida. E isso não está circunscrito ao aplicador da norma penal. O produtor (legislador) também está sujeito aos princípios.

Os princípios têm dupla finalidade. Num primeiro momento, no âmbito do direito penal, atuam como critério orientador e também limitador da política criminal do Estado, para que as normas a ser produzidas reflitam aquela concepção de Estado Democrático de Direito. Noutra instância, voltam-se para os aplicadores das normas penais, especificamente para o juiz, a fim de que se possibilite, não só a aplicação do direito, mas também a própria exclusão de determinada norma que esteja em desacordo com as diretrizes principiológicas da Constituição. Por isso, os princípios servem de norte ao legislador, por ocasião da produção da legislação, e de fundamento ao juiz, quando da aplicação do direito ao caso concreto.

Em plena era do Estado Democrático de Direito e do Constitucionalismo pós-segunda guerra, os princípios constitucionais exercem um papel importante (ou essencial) no Direito. Embora existam princípios que possuem nítida feição epistemológica, os princípios constitucionais com eles não se confundem. Esses princípios epistemológicos não possuem a função de suprir lacunas do sistema, como fazem os princípios gerais do direito. Sua função primordial é possibilitar o conhecimento de uma determinada disciplina¹⁶¹. Exemplos desse tipo de princípios podem ser encontrados na *Teoria Pura do Direito*, de Hans Kelsen, como o princípio da hierarquia das normas, o princípio da estrutura escalonada do ordenamento presente na dinâmica jurídica e o princípio da imputação¹⁶².

O maior imbróglio talvez resida na confusão entre eles e os chamados princípios gerais do direito, dos quais os constitucionais não são sucedâneos. Muitos dos princípios gerais que teriam sido constitucionalizados são incompatíveis com a Constituição (brasileira), como, por exemplo, a “verdade real” e a “íntima

¹⁶¹ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 54.

¹⁶² A respeito do princípio da imputação, Oliveira esclarece: “O princípio da imputação *rege as leis jurídicas*, em oposição ao *princípio da causalidade* que *rege as leis naturais*. Portanto, o cientista da natureza organiza seu conhecimento a partir da causalidade, enquanto o cientista do direito pela imputação. Kelsen determina o conteúdo do princípio da imputação a partir de uma analogia com o princípio da causalidade nestes termos: o princípio da imputação tem, ‘nas proposições jurídicas, uma função inteiramente análoga à do princípio da causalidade nas leis naturais, com as quais a ciência da natureza descreve seu objeto’. A diferença reside no fato de a cópula ou ligação ‘dos elementos na proposição jurídica ser diferente da ligação dos elementos na lei natural devido à circunstância de a ligação na proposição jurídica ser produzida através de uma norma estabelecida por uma autoridade jurídica – através de um ato de vontade, portanto – enquanto a ligação de causa e efeito, que na lei natural se afirma, é independente de qualquer intervenção desta espécie” (OLIVEIRA, 2008, p. 55-56).

convicção”¹⁶³. Além disso, os princípios gerais do direito seriam meramente interpretativos da legislação, salvo se positivados, previstos em lei, quando se prestariam a socorrer o sistema diante de deficiências. Basta perceber a distinção feita por Bobbio entre princípios gerais expressos (constantes em textos legislativos), perfeitamente aplicáveis; e princípios não expressos, que “são princípios, ou normas generalíssimas, formuladas pelo intérprete, que busca colher, comparando normas aparentemente diversas entre si, aquilo a que comumente se chama de espírito do sistema”¹⁶⁴.

Ainda é preciso distinguir os princípios constitucionais daquilo que nem princípio é, mas é taxado como tal a partir do que Streck chama *panprincipialismo*, listando e criticando diversos deles¹⁶⁵. Esse *panprincipialismo* é para Streck um “conjunto de critérios aplicativos”¹⁶⁶, equivocadamente chamados princípios, que, em muitos casos, sofrem de verdadeiras *tautologias*. O efeito dessa formulação teórica, contrariamente à pretensão de reforçar o Direito, fragiliza-o. Como isso se dá? É que muitos desses “princípios” servem de “álibi para decisões que ultrapassam os próprios limites semânticos do texto constitucional”¹⁶⁷. Diversamente dos princípios constitucionais no sentido aqui apresentado, os tais “princípios” criados *ad hoc* propiciam uma *abertura interpretativa*, e “com eles qualquer resposta pode ser correta”¹⁶⁸. Eles produzem um direito de múltiplas respostas e retornam (ou encobrem) o sujeito solipsista¹⁶⁹. Se esse fosse o caminho – criar “princípios” –,

¹⁶³ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 493.

¹⁶⁴ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6. ed. Tradução de Maria Celeste C. L. dos Santos. Brasília: UnB, 1995, p. 159.

¹⁶⁵ A lista apresentada abrange os seguintes “princípios”: princípio da simetria, princípio da efetividade da Constituição, princípio da precaução, princípio da não surpresa, princípio da confiança, princípio da absoluta prioridade dos direitos da criança e do adolescente, princípio da efetividade, princípio do processo tempestivo, princípio da ubiquidade, princípio do fato consumado, princípio do deduzido e do dedutível, princípio da instrumentalidade processual, princípio da delação impositiva, princípio protetor no direito do trabalho, princípio da alteridade, princípio da tipicidade fechada, princípio da cooperação processual, princípio da confiança no juiz da causa, princípio da humanidade, princípio da benignidade, princípio da não ingerência, princípio da paternidade responsável, princípio do autogoverno da magistratura, princípio da moderação, princípio da situação excepcional consolidada. (STRECK, 2009, p. 475-489).

¹⁶⁶ STRECK, op. cit., p. 491.

¹⁶⁷ Ibid., p. 493.

¹⁶⁸ STECK, loc. cit.

¹⁶⁹ Solipsista é o sujeito egoísta, que se basta, encapsulado (STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010c, p. 58).

bastaria que “bons juristas” criassem “bons princípios”, e não haveria mais razão de ser para a legítima e democrática produção do direito¹⁷⁰.

3.2.1 Os princípios como imposições de moralidade política

Quando se fala em princípios constitucionais, portanto, retomando a exposição feita no item anterior, não se deve confundi-los com princípios epistemológicos, com princípios gerais do direito ou com princípios *ad hoc* (frutos do *panprincípioalismo* denunciado por Streck). É essencial, para os fins aqui propostos, invocar a concepção de Dworkin acerca dos princípios. Em Dworkin, os princípios não são fixados e apresentados *ex ante* a partir de uma operação semântica ou de uma atribuição de sentido apriorístico; eles são resultado de uma convivência intersubjetiva que flui das relações existentes na moralidade¹⁷¹ política da comunidade¹⁷². Os princípios não são concebidos à moda cartesiana, são vivenciados na comunidade política. Embora Dworkin sustente uma *leitura moral da Constituição* (norte-americana), com muita propriedade Streck chama a atenção para o fato de que, no caso do Brasil, existe uma peculiaridade: a Constituição brasileira (1988) já incorpora a seu texto, em vários aspectos, essa tradição resultante da *moralidade política da comunidade*¹⁷³. É importante destacar que os princípios, nessa concepção, não são tidos como tais simplesmente porque expressos, acolhidos, agasalhados no texto constitucional. Os que são lidos na Carta Política apenas foram incorporados, pois todos estão aí no mundo prático, na vivência política da comunidade¹⁷⁴.

¹⁷⁰ STRECK, 2009, p. 521.

¹⁷¹ A *moralidade política* em nada corresponde à *moral comum, subjetiva, individual, pessoal* (PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Para além do garantismo: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 89). Ou, segundo Streck e Oliveira, “a moral de uma comunidade política tal qual descrevemos no texto deve ser pensada nesse contexto: de uma composição jurídica que desde sempre sofre os influxos dessa moralidade, mas não está a serviço de uma crença pessoal ou da representação subjetiva que uma consciência isolada possui da sociedade. Essa moralidade é instalada no espaço público, sendo, por isso, desde sempre uma moral compartilhada” (STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *O que é isto – as garantias processuais penais?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 12).

¹⁷² DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 213-269; DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 50-63.

¹⁷³ Dizem Streck e Oliveira: “No Brasil, temos uma espécie de privilégio porque nossa Constituição incorporou essa tradição, de modo que esta leitura moral não precisa ser feita desde fora, mas sim por dentro, projetada pelo próprio texto constitucional” (STRECK; OLIVEIRA, 2012, p. 71).

¹⁷⁴ STRECK, 2009, p. 495.

A ideia de *comunidade política* nasce da relação que Dworkin estabelece com o exemplo simples do *homem de princípios*, que é aquele indivíduo que se comporta de tal forma que não fere *padrões de conduta*. Uma pessoa que age segundo *princípios* possui *integridade*; se age de forma contrária, costuma-se dizer que é uma pessoa *sem princípio* ou que *carece de integridade*¹⁷⁵. Aqueles *padrões* estão na comunidade e foram os responsáveis pela formação daquele homem. Não se trata aqui de uma formação subjetiva (a partir do indivíduo) desses padrões de conduta, mas daquilo que está além (do) e que envolve o indivíduo – a comunidade política¹⁷⁶. Nesse modelo de *comunidade de princípios*, “as pessoas aceitam que são governadas por princípios comuns, e não apenas por regras criadas por um acordo político (convenção)”¹⁷⁷. Quando Dworkin fala de princípios e seu peso, está, portanto, “apelando para um amálgama de prática e outros princípios, nos quais as implicações da história legislativa e judiciária aparecem juntamente com apelos às práticas e formas de compreensão partilhadas pela comunidade”¹⁷⁸.

Um dos corolários dessa forma de pensar os princípios é que eles, diversamente do que muitos pensam, *fecham sentido*¹⁷⁹. Esse *fechamento de sentido* é incompatível com a discricionariedade judicial. A explicitação desse “fechamento interpretativo” é feita por Streck na comparação entre as proposições de Alexy e Dworkin, conforme segue.

Para Alexy, as regras são aplicáveis por subsunção (são mandados de aplicação), enquanto os princípios, por ponderação (são mandados de otimização). Já em Dworkin¹⁸⁰, as regras são aplicadas na base do *tudo-ou-nada* (*all or nothing*)

¹⁷⁵ GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Tradução de Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 81.

¹⁷⁶ STRECK, 2009, p. 499. Esclarece Guest: “A comunidade deve ser considerada como possuidora de uma personalidade sujeita ao mesmo tipo de crítica moral que fazemos a uma pessoa que não agiu com integridade”. Essa ideia envolve a concepção de Dworkin de *personificação da comunidade* (GUEST, 2010, p. 79).

¹⁷⁷ PINHO, 2013, p. 87.

¹⁷⁸ DWORKIN, 2002, op. cit., p. 58.

¹⁷⁹ Pinho registra, com muita propriedade, que até mesmo Ferrajoli concorda com a ideia de que os princípios constitucionais fecham sentido, pois, para o *maestro* italiano, segundo a autora, “a Constituição restringe, mais do que amplia, os espaços de discricionariedade dos juízes. Ante uma norma que em sede de interpretação admita vários significados diversos, é possível excluir (como inadmissível) o significado que contraste com normas constitucionais, para admitir somente aqueles coerentes com ela. Em publicação posterior, Ferrajoli responde a críticos e ratifica ambos os posicionamentos: a inevitabilidade da discricionariedade e a importância dos princípios constitucionais para fechamento de sentido” (PINHO, 2013, p. 106).

¹⁸⁰ Se em Alexy as normas apresentam-se como regras e princípios, em Dworkin não é bem assim. Oliveira consigna essa distinção entre os dois autores da seguinte forma: “É importante notar que, em *Levando os direitos a sério*, obra em que Dworkin expõe de maneira mais ampla sua distinção entre regras jurídicas e princípios jurídicos, não há nenhuma menção ao termo *norma*. Isso aponta para

– expressão da igualdade de tratamento¹⁸¹ –, e os princípios têm uma dimensão de peso¹⁸². Se no modelo alexyano, as regras são enunciados “fechados”, que impossibilitam um alargamento na interpretação, e a “abertura” ocorre nos princípios, dando maior margem de liberdade ao intérprete, em Dworkin, mesmo quando não há regra alguma, o juiz continua tendo o dever de “descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente”¹⁸³. Na verdade, e de forma diversa, são as regras que abrem a interpretação por conta de suas *pretensões universalizantes*. Os princípios residem na *reconstrução do mundo prático* para dar sentido à regra (ou ao precedente). É exatamente por isso que os princípios fecham sentido, porque limitam a decisão:

[*impondo*] que ela seja tomada ao modo de padrões já estabelecidos e compreendidos historicamente.
[...] Afinal, a dimensão prática e o caráter de transcendentalidade histórica dos princípios não os fazem aparecer como cláusulas permissivas de um projeto livre no momento da decisão judicial. Mas esse projeto – enquanto projeto jogado – opera como uma limitação da decisão a ser tomada, visto que, em sua fundamentação, esta deverá prestar contas ao sentido histórico-temporal que a comunidade de princípios projeta naquele caso, naquele problema que se deve decidir¹⁸⁴.

A abordagem de Dworkin é como uma personificação do direito. Trata-o como possuindo uma *integridade*. Essa é a maneira de dar uma interpretação adequada ao Direito. É fazer com que ele assuma um *caráter moral*¹⁸⁵. Aqui é fundamental entender a proposta do *direito como integridade*¹⁸⁶, de Dworkin, segundo a qual os

algo que já ressaltamos com base nas lições de Josef Esser de que, no contexto anglo-saxônico, o conceito de *regra* assume um papel similar ao conceito continental de *norma*. Portanto, a distinção entre regras e princípios tematizada por Dworkin não pode ser considerada uma especialização do gênero *norma*. Tampouco se pode pensar numa classificação normativa que comporta regras e princípios. Isso deve apontar para o fato de que Dworkin introduz um conceito deontológico aos princípios sem remeter ao seu caráter de norma – entendida em seu sentido tradicional – como o faz Alexy” (OLIVEIRA, 2008, p. 177, nota de rodapé n.º 232).

¹⁸¹ “Tudo-ou-nada” significa dizer que, se uma regra é afastada em um caso, deverá sê-lo, necessariamente, em todos os outros futuros. Essa é uma exigência da igualdade de tratamento, que é um princípio de importância no pensamento de Dworkin (STRECK; OLIVEIRA, p. 94).

¹⁸² STRECK, 2009, p. 495.

¹⁸³ DWORKIN, 2002, p. 127.

¹⁸⁴ OLIVEIRA, 2008, p. 205-206.

¹⁸⁵ GUEST, 2010, p. 19.

¹⁸⁶ Pinho aponta as quatro virtudes políticas apresentadas por Dworkin, entre as quais está a *integridade*: “A *equidade* residiria em encontrar os procedimentos políticos – métodos para eleger dirigentes e tornar suas decisões sensíveis ao eleitorado – que distribuem o poder político de maneira adequada. Diz respeito, portanto, à prática da tomada de decisões, de forma democrática, pelos cidadãos. A *justiça*, por seu turno, tem um sentido muito mais substancial, já que diz respeito às

juízes são “autores e críticos”. Quando um juiz decide adequadamente (de forma íntegra), “introduz acréscimos na tradição que interpreta; os futuros juízes deparam com uma nova tradição que inclui o que foi feito por aquele”¹⁸⁷. Decidir o direito como integridade é compreender que o sentido não está apenas preso ao passado, pois isso implicaria uma visão que Dworkin chama *convencionalista*¹⁸⁸, mas o sentido também não é o resultado de invenção ou de uma atribuição que resulta de subjetivismos (o pragmatismo). Para distinguir a *integridade* dessas duas outras visões, Dworkin propõe os *testes da integridade*, que são a *adequação* e a *justificação*. Pelo primeiro teste, a decisão judicial deve manter uma relação com o direito daquela comunidade onde é proferida; pelo segundo, a decisão deve fundar-se na moralidade política da comunidade de forma coerente, levando em conta os seus princípios¹⁸⁹. Então, *decidir com integridade é respeitar a coerência dos princípios*¹⁹⁰.

A metáfora que Dworkin usa para designar o direito como *integridade* é o *romance em cadeia* – um romance escrito por vários autores. A tarefa de cada romancista é escrever um novo capítulo a partir da interpretação dada aos capítulos que recebeu. Por isso, cada novo autor deve procurar escrever a parte que lhe coube da melhor forma possível. O romance deve ser escrito como se fosse obra de um único autor¹⁹¹. O julgamento realizado por cada novo autor diz respeito à *substância do romance*. Cada um deve perguntar-se “que desenvolvimento tornaria o romance *melhor* como romance?”¹⁹².

Essa discussão reflete muito bem o respeito pela tradição (o que foi legado *coerentemente*) e o diálogo com ela, assim como a tarefa criativa que deve existir no direito. O direito, e assim também o bem jurídico-penal, não é uma mera escolha, um simples ato de vontade (do julgador ou do legislador), mas um compromisso, uma

decisões em si, que as instituições políticas consagradas devem tomar, tenham ou não sido escolhidas com equidade, e objetiva garantir um resultado moralmente justificável. O *devido processo legal adjetivo* diz respeito a procedimentos corretos para julgar se algum cidadão infringiu as leis estabelecidas pelos procedimentos políticos. A *integridade* é uma exigência específica de *moralidade política* e funciona como uma espécie de fiel da balança que transita entre as demais virtudes, com o fim de ajustá-las e garantir a coerência entre elas” (PINHO, 2013, p. 84-85).

¹⁸⁷ DWORKIN, 1999, p. 275.

¹⁸⁸ No convencionalismo, a exigência é que os juízes estudem os repertórios; no pragmatismo, que eles pensem instrumentalmente sobre quais são as melhores regras para o futuro. Já o direito como integridade, de forma diversa, “começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine” (DWORKIN, 1999, p. 272-274).

¹⁸⁹ PINHO, 2013, p. 85.

¹⁹⁰ OLIVEIRA, 2008, p. 216.

¹⁹¹ DWORKIN, op. cit., p. 276.

¹⁹² GUEST, 2010, p. 54-55.

responsabilidade com os casos futuros, a partir de um diálogo com o passado. Fundando-se na teoria da integridade de Dworkin, Streck é explícito ao afirmar que “todo julgamento traz consigo um problema de igualdade” ou, noutras palavras, “todos os casos devem ser julgados, até o limite do possível, como se fossem iguais”; ou, com maior clareza, “a decisão tomada em um caso gera uma responsabilidade para com o próximo”¹⁹³. Essa decisão não pode ser feita “casuisticamente sem que se faça um esforço hermenêutico para justificar por que o caso que ora se decide merece um tratamento diferenciado com relação aos outros que já foram decididos”¹⁹⁴. Na verdade, quando Dworkin defende a *integridade* pauta-se pela “ideia de que as pessoas devem ser tratadas como iguais” e de que “as práticas jurídicas só devem fazer sentido contra o pano de fundo de uma teoria moral baseada na ideia de igualdade”¹⁹⁵.

Não pode o intérprete (legislador ou julgador) simplesmente escolher esta ou aquela proposta e, então, no seu solipsismo, no seu livre convencimento, dizer o que é bem jurídico-penal. Streck, invocando o que Gadamer afirma sobre a acusação de irracionalidade e/ou de relativismo à hermenêutica, diz que “o *relativismo não deve ser combatido; deve ser destruído*”, pois “o sentido não está à disposição do intérprete”¹⁹⁶. Se a hermenêutica filosófica¹⁹⁷ em Gadamer não tolera arbitrariedades, Dworkin também a rejeita, pois existe uma *resposta correta* a partir da integridade por ele defendida. Essa *resposta correta* está atrelada, limitada ao caso concreto. Depois de sua defesa da tese da resposta correta em direito, Dworkin procurou rebater seus críticos, segundo os quais “é inútil dizer que as partes têm direito a essa resposta [correta], ou que um juiz tem o dever de encontrá-la, uma vez que ninguém pode saber ao certo qual é a resposta correta”¹⁹⁸. Para seus críticos,

¹⁹³ STRECK, 2009, p. 505.

¹⁹⁴ STRECK, loc. cit.

¹⁹⁵ GUEST, 2010, p. 44.

¹⁹⁶ STRECK, Lenio Luiz. Decisão jurídica em tempos pós-positivistas. *Direitos Fundamentais e Justiça*, Porto Alegre, v. 4, n. 12, jul./set. 2010b, p. 265.

¹⁹⁷ A *hermenêutica filosófica* contrapõe-se à *filosofia da consciência*, que representa o modelo de pensamento predominante até o século XX, quando as relações se estabeleciam num esquema “sujeito-objeto”. A superação desse modelo (sujeito-objeto) ocorre a partir do século XX, com as contribuições fundamentais de Heidegger e Wittgenstein, para citar apenas dois. Além deles, e especificamente além da obra de Heidegger, o trabalho desenvolvido por Gadamer, no âmbito da hermenêutica filosófica, foi e tem sido de grande valia para a consolidação de um novo paradigma: sujeito-sujeito. O que se dá agora é que o sujeito não está mais isolado no mundo, não está sozinho produzindo conhecimento. Relações intersubjetivas estabelecem-se, e o sujeito constitui-se a cada instante a partir do outro, que não precisa ser, necessariamente, uma pessoa humana (STRECK, 2010c, p. 13-14).

¹⁹⁸ DWORKIN, 2002, p. 430.

essa resposta, caso exista, estaria “trancada no céu do filósofo do direito, inacessível tanto aos leigos quanto aos advogados e juizes”¹⁹⁹. Os princípios, dworkianamente falando, não são criados à moda *ad hoc* ou engendrados semanticamente à moda axiomática ferrajoliana. Eles impõem-se, o intérprete não os escolhe; por isso, restringem as arbitrariedades e os relativismos²⁰⁰.

Discute-se, quando se fala de *princípio instituidor* do direito penal, a própria *legitimação* do direito de punir. Ao Estado cabe intervir o *mínimo* nos direitos e nas liberdades dos cidadãos, ou seja, somente naqueles casos em que essa intervenção seja absolutamente indispensável ao funcionamento da comunidade, sem entraves. Isso é corolário do próprio Estado Democrático de Direito, no qual direitos e liberdades fundamentais só podem sofrer intervenção quando for imprescindível a direitos e liberdades fundamentais *dos outros* e da *comunidade*. Esse modelo de Estado é *pluralista e secularizado*, quer dizer, *laico*, e não pode empreender esforços para ordenações *axiológicas transcendentais*²⁰¹. A *intervenção mínima* é inerente ao Estado Democrático de Direito. É dela, como *princípio (instituidor)*, que decorrem diversos outros aspectos denominados “princípios” do direito penal moderno.

3.3 PRINCÍPIO (INSTITUIDOR) DA INTERVENÇÃO MÍNIMA E SEUS COMPONENTES DE GARANTIA

De início, cabe esclarecer que a expressão “direito penal” aqui utilizada alcança tanto o *ius poenale* – entendido como as normas que definem o delito e suas implicações jurídicas – quanto o *ius puniendi* – que compreende o próprio poder de punir do Estado, que se manifesta em três momentos: primeiro, o direito de criminalizar condutas; segundo, o direito de imposição da pena; terceiro, o direito de

¹⁹⁹ Ibid., p. 431.

²⁰⁰ PINHO, 2013, p. 84. Não há espaço aqui para discorrer sobre esse aspecto do pensamento do *maestro* italiano. Cabe, contudo, o registro das palavras da mesma autora sobre essa construção *ex ante* de axiomas (Ferrajoli) em contraposição ao pensamento de Dworkin: “Cumpram aqui lembrar que o garantismo trabalha com um elenco prévio de axiomas, uma espécie de tábua ou lista de princípios, pensados desde ideais ilustrados, com o fim de orientar a aplicação do Direito Penal. Por evidente, em virtude de serem formulados *ex ante*, nem todas as possibilidades veem-se contempladas. Há espaços da vida concreta que ficam de fora. Sobra realidade, diria Streck. A hermenêutica, por seu turno – e aqui reside a diferença fulcral –, não opera dessa forma. Não define princípios *a priori*, mas os constrói, argumentativamente, a partir da moralidade política, nas situações concretas do mundo prático. Os princípios indicarão o horizonte de sentido, fechando as possibilidades interpretativas, pois já são dados pela tradição” (Ibid., p. 146-147).

²⁰¹ DIAS, 2007, p. 123.

execução da pena imposta²⁰². As duas expressões, embora semelhantes, possuem conteúdo distinto. O direito penal em sentido objetivo ou *ius poenale* é uma definição formal, que se refere, como visto, às normas jurídicas que estabelecem uma relação entre condutas humanas e sanções (penas ou medidas de segurança). Já o *ius puniendi*, por outro lado, significa o direito penal subjetivo, pois é expressão do poder punitivo estatal. Melhor dizendo, na síntese de Dias, “o direito penal objetivo é expressão ou emanção do poder punitivo do Estado”²⁰³.

Outro ponto que deve ser frisado é que não se pretende fazer uma análise de todos os princípios aplicáveis ao direito penal. Nem mesmo se busca a abordagem dos dez axiomas indicados por Ferrajoli como inerentes a um modelo de Estado de garantias. Os princípios do direito penal possuem relações interconexas, estão imbricados uns aos outros, uns decorrem dos outros, de modo que uma análise correta só é possível se feita no seu conjunto levando em conta todos eles. Os princípios limitadores do *ius puniendi* são todos “princípios complementares”²⁰⁴. O foco, todavia, para os fins deste trabalho, é o princípio (instituidor) da intervenção mínima.

A gênese do princípio da intervenção mínima remonta ao pensamento iluminista ou, mais especificamente, à Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), segundo a qual “A lei apenas deve estabelecer penas estritas e evidentemente necessárias” (art. 8.º). Observa-se uma nítida pretensão de impor limites ao poder estatal, na medida em que o Estado somente deveria intervir penalmente quando estritamente necessário. Se há outros meios que podem ser utilizados para a proteção de bens jurídicos, a sanção penal é desnecessária, incabível²⁰⁵.

O princípio (instituidor²⁰⁶) da intervenção mínima pode ser visto, conforme Bianchini, a partir de três perspectivas. A primeira é a da *necessidade*²⁰⁷, na medida

²⁰² GOMES, Luiz Flávio. *O princípio da ofensividade no direito penal: não há crime sem lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico (nullum crimen sine iniuria), funções político-criminal e dogmático-interpretativa, o princípio da ofensividade como limite do ius puniendi, o princípio da ofensividade como limite do ius poenale*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 24.

²⁰³ DIAS, 1999, p. 53-54.

²⁰⁴ BIANCHINI; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2009, p. 328.

²⁰⁵ LUISI, 2003, p. 39.

²⁰⁶ *Instituidor* no sentido de que fala Streck: “não há regra sem um princípio instituidor” (STRECK, 2009, p. 500-501). Na ausência de um princípio (instituidor), a regra carece de *legitimidade democrática*. O princípio é “o elemento que existencializa a regra que ele instituiu” (STRECK, 2009, p. 523).

em que o direito penal apenas deve ser utilizado em situações que não possam ser solucionadas por outros meios à disposição do Estado, o que significa dizer que o direito penal deve ser algo estritamente necessário. A pena será utilizada apenas e somente se não houver outros meios à disposição (*carência* da tutela penal). Na segunda, se o recurso a ser utilizado é extremamente danoso, então só deverá sê-lo quando o bem envolvido for de elevado grau de importância. É a *dignidade* do bem jurídico-penal, que se expressa na exclusiva proteção de bens jurídicos. Na terceira, a agressão ao bem deve manter relação direta com o abalo social e ser de tal proporção (*intolerabilidade* da agressão) que justifique o uso do direito penal. É a *ofensividade*, no sentido de que a criminalização de condutas deve ater-se às que obstruam o satisfatório convívio em sociedade²⁰⁸.

Há princípios expressos na Constituição e outros não. No caso brasileiro, o princípio da intervenção mínima decorre do texto constitucional, mas nele não consta expressamente²⁰⁹. Esse princípio exprime duas ideias básicas, embora não únicas, que são mais bem compreendidas à luz da fragmentariedade e da subsidiariedade. Tanto a fragmentariedade quanto a subsidiariedade, portanto, são desdobramentos do princípio da intervenção mínima²¹⁰, o que significa dizer que o direito penal somente deve interferir penalmente o mínimo necessário ou indispensável para a convivência social. Mais direito penal não representa menos

²⁰⁷ Não poucas vezes, em razão dessa perspectiva, o princípio (instituidor) também é chamado “princípio da necessidade”. Feita essa distinção, ao longo do trabalho, a designação desse princípio será “intervenção mínima”. Autores como Dias reportam-se à *necessidade* ou *carência de tutela penal*. O penalista português entende que, na verdade, a intervenção mínima derivaria sempre do princípio jurídico-constitucional da *proporcionalidade em sentido amplo*. Justifica sua posição no sentido de que o direito penal só deve intervir quando outros meios à disposição do Estado sejam considerados *insuficientes* ou *inadequados*. Se tal não ocorre, há violação dos princípios da subsidiariedade e da proibição de excesso. Noutras palavras, se um determinado bem jurídico pode ser *suficientemente* protegido por outros meios, não há espaço para o direito penal. Sob a ótica das sanções penais, o raciocínio é o mesmo. Se essas drásticas sanções são *inadequadas* (e a ótica do autor português é a da prevenção), então outros meios devem ser utilizados (meios não penais de controle social) (DIAS, 2007, p. 128-129).

²⁰⁸ BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 28-29.

²⁰⁹ Falando sobre o posicionamento do Tribunal Constitucional português a respeito do *princípio do direito penal do bem jurídico*, aqui considerado como *desdobramento do princípio (instituidor) da intervenção mínima*, Dias afirma que, desde o início das atividades daquela Corte, tal princípio (princípio do direito penal do bem jurídico) foi elevado à categoria de *princípio jurídico-constitucional material implícito* (DIAS, Jorge de Figueiredo. O “direito penal do bem jurídico” como princípio jurídico-constitucional: da doutrina penal, da jurisprudência constitucional portuguesa e das suas relações. In: PINHO, Ana Cláudia Bastos de; GOMES, Marcus Alan de Melo (Org.). *Direito penal e democracia*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010. p. 243-244).

²¹⁰ Para Batista, ao “princípio da intervenção mínima se relacionam duas características do direito penal: a *fragmentariedade* e a *subsidiariedade*” (BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 8. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 85).

crimes, mais leis e penas gravosas não implicam diminuição da criminalidade²¹¹. Binding já havia percebido essa mesma relação entre fragmentariedade e subsidiariedade, pois, o direito penal, nas palavras de Luisi, “não encerra um sistema exaustivo de proteção de bens jurídicos, mas um sistema descontínuo de ilícitos decorrentes da necessidade de criminalizá-los, por ser este o meio indispensável de tutela jurídica”²¹².

É também em razão dos desdobramentos do princípio da intervenção mínima que se diz que os bens jurídicos não recebem (nem devem receber) uma total proteção do direito penal. E, mesmo quando determinados bens são protegidos, essa proteção não se dá de maneira uniforme. Somente sobre os bens mais valiosos (dignidade constitucional) é que deve recair a proteção e apenas diante de ataques intoleráveis (natureza fragmentária da proteção). Além disso, se houver outros meios fora do âmbito do direito penal, este não deve ser utilizado (natureza subsidiária)²¹³. Mas não é só. A *intervenção mínima* espraia-se por toda a construção principiológica moderna do direito penal a partir de Constituições (compromissárias) e do Estado Democrático de Direito, que procura tutelar o máximo possível os direitos fundamentais e intervir penalmente de forma *mínima* na vida do cidadão. O que, então, rotineiramente se chama princípio, como *ofensividade* ou *lesividade* e *materialidade do fato*, além daqueles já referidos, nada mais é do que *desdobramentos, manifestações, aspectos, feições ou componentes de garantia*²¹⁴ do princípio (instituidor) da intervenção mínima. Para os fins deste trabalho, dito princípio (instituidor) será esmiuçado nessa perspectiva apenas, embora, como destacado, pudesse ser analisado de forma mais abrangente.

Por esse ângulo, o princípio da intervenção mínima é o *princípio político-criminal* e *instituidor* no paradigma do direito penal moderno com base na Constituição (compromissária) e no Estado Democrático de Direito, abrangendo, como realçado acima, a própria construção teórica do bem jurídico-penal²¹⁵. Aqui é

²¹¹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2000, p. 380.

²¹² LUISI, 2003, p. 40.

²¹³ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2000, p. 89.

²¹⁴ A expressão “componentes de garantia” é usada por Streck para referir-se ao princípio da individualização da pena, que, embora possa ser confundido “dogmaticamente” com o texto constitucional (art. 5.º, XLV e XLVI), “ainda assim o princípio que traduz a obrigação de individualizar a pena terá outros componentes de garantia, os quais, além de transcenderem qualquer regra como a do art. 59 do Código Penal e da Lei de Execução Penal, vão além do próprio inciso constitucional” (STRECK, 2009, p. 536).

²¹⁵ Reportando-se ao princípio da ofensividade no direito penal, D’Avila aponta-o como verdadeiro critério material de validade recepcionado na esfera penal e constitucional. Esse critério “ganha

apresentada uma proposta que vai além daquilo que Dias considera como o princípio político-criminal fundamental no paradigma do direito penal democrático hodierno, entendendo-se como tal a fórmula “todo o direito penal é um direito penal do bem jurídico”²¹⁶, assim sintetizada pela jurista portuguesa.

3.3.1 Proteção exclusiva de bens jurídicos relevantes

A relação entre a materialidade do fato, adiante vista, e a proteção de bens jurídicos implica duas conclusões: em primeiro lugar, o direito penal somente deve proteger bens jurídicos (ações ou omissões), isto é, alcança o autor por aquilo que faz ou deixa de fazer, e não pelo que é; em segundo lugar, esses bens jurídicos devem ser relevantes, ou seja, não é todo e qualquer bem jurídico que deve ser tutelado²¹⁷. O fundamento constitucional da teoria do bem jurídico na atual quadra em que se vive – o Estado Democrático de Direito – propicia a compreensão de que não cabe ao Estado, valendo-se do direito penal, tutelar a moral dos cidadãos ou procurar corrigir a intenção deles; cabe-lhe apenas a preservação de bens

expressivamente em força e significação, erigindo-se como limite material intransponível (e não excepcionável, sublinhe-se) às pretensões estatais de acento político-criminal, por mais consistentes e legítimas que essas possam vir a ser” (D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 38). Mais adiante, de forma mais incisiva, o autor aponta esse princípio como um princípio geral fundamental e densificador do princípio estruturante do Estado de Direito: “A ofensividade é, sem dúvida, por inúmeras razões, uma exigência constitucional. Aliás, parece-nos possível encontrar elementos para justificar uma tal exigência, tanto em âmbito puramente principiológico como, e principalmente, à luz das regras constitucionais. Partindo de um ordenamento constitucional fundado na inter-relação de regras e princípios, podemos, mediante a admissão de uma proposição de ordem e paz a cargo do Estado de Direito, reconhecer um princípio geral fundamental de tutela de bens jurídicos, densificador do princípio estruturante do Estado de Direito. Pois é exatamente desse princípio geral de tutela de bens jurídicos que decorre tanto o *princípio de garantia representado pela necessária ofensa*, como o *princípio constitucional impositivo, representado pela intervenção penal necessária*, o que significa dizer que ambos estão submetidos ao âmbito normativo do princípio originário, não admitindo uma conflitualidade que extrapole os limites da tutela de bens jurídicos, ou seja, que toda incriminação que vá além dos limites da ofensividade não corresponde a um interesse político-criminal legítimo, eis que estaria fora do âmbito de proteção do seu princípio conformador” (Ibid., p. 69-70, grifos do autor).

²¹⁶ DIAS, 2010, p. 243.

²¹⁷ García-Pablos de Molina considera o conceito de bem jurídico num sentido mais amplo que o de bem jurídico-penal (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2000, p. 366). Mir Puig adota entendimento semelhante: “Que o Direito penal só deva proteger ‘bens jurídicos’ não significa que *todo* ‘bem jurídico’ tenha que ser protegido penalmente, nem que todo ataque a bens jurídicos penalmente tutelados deva determinar a intervenção do Direito penal. Ambas as coisas se oporiam, respectivamente, aos princípios da subsidiariedade e da fragmentariedade. O conceito de ‘bem jurídico’ é, pois, mais amplo do que o de *‘bem jurídico-penal’*” (MIR PUIG, 2007, p. 95).

jurídicos²¹⁸. Confundir essas fronteiras é, para García-Pablos de Molina, muito perigoso:

Em uma sociedade plural e democrática não pode ser cometido ao Direito Penal incidir na esfera interna do indivíduo, modificando seus esquemas de valores. Tal ingerência é abusiva e imprópria do Direito. Nada mais perigoso, por outro lado, que confundir as fronteiras do Direito e da Moral, pretendendo que o primeiro se converta em exigência de atitudes de adesão e fidelidade!²¹⁹.

A *moral* aqui deve ser entendida no sentido tanto da moral *estadualmente* imposta, da moral *dominante*, quanto da moral *específica* de um determinado grupo social. O direito penal, ao não tutelar a *moral* dos cidadãos, faz prevalecer a *liberdade de consciência*, que é um dos princípios reconhecidos nas Constituições modernas. De igual modo, as penas e as medidas de segurança mostram-se adequadas para fazer prevalecer no indivíduo normas de *virtude* ou de *moralidade*. Os magistrados e os tribunais não possuem credenciais para isso. As instâncias para “castigo do pecado e da imoralidade só podem ser, respectivamente, a divindade e a consciência”²²⁰.

Os fatos (ações ou omissões) pelos quais alguém pode responder criminalmente sofrem restrições da exclusiva proteção de bens jurídicos, também chamada por alguns autores²²¹ princípio da ofensividade ou princípio da lesividade. Embora seja possível essa análise conjunta, dada a proximidade conceitual, aqui será feita a distinção entre a exclusiva proteção de bens jurídicos relevantes – entendendo-se a sua *função* como a delimitação da forma do direito penal (ou da forma de um modelo de direito penal) – e a ofensividade ou lesividade – compreendendo-se o *ilícito* como a efetiva lesão ou perigo concreto ao bem jurídico tutelado pela norma²²².

²¹⁸ PELARIN, 2002, p. 132.

²¹⁹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2000, p. 96. “En una sociedad plural y democrática no puede ser cometido del Derecho Penal incidir en la esfera interna del individuo, modificando sus esquemas de valores. Tal injerencia es abusiva e impropia del Derecho. ¡Nada más peligroso, por otra parte, que confundir las fronteras del Derecho y la Moral, pretendiendo que el primero se convierta en reclamo de actitudes de adhesión y fidelidad!” (tradução nossa).

²²⁰ DIAS, 2007, p. 112.

²²¹ Rodríguez entende que o princípio da lesividade também é designado como princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos (ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Política criminal*. Madrid: Colex, 2001, p. 183).

²²² BIANCHINI; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2009, p. 328-329.

A exclusiva proteção de bens jurídicos relevantes é o resultado de um processo progressivo em prol de uma minimização penal: (i) o direito penal deve proteger *bens jurídicos*; (ii) não deve, contudo, proteger outra coisa; por isso, sua proteção é *exclusiva*; (iii) mas não é qualquer bem que deve ser objeto de tutela, somente aqueles tidos como *relevantes*. Apesar desses *três passos*, uma proposta crítica da ideia de bem jurídico não se exaure aqui, pois, mesmo que os bens jurídicos sejam relevantes e que ao direito penal caiba protegê-los com exclusividade, importa perguntar se *outros mecanismos do direito* têm (ou não) propiciado a proteção necessária ao bem ou se a agressão sofrida é considerada *intolerável*.

3.3.2 Fragmentariedade

O caráter fragmentário do direito penal decorre do fato de ele proteger, não todos os bens jurídicos, mas apenas os bens jurídicos mais relevantes. Além disso, em relação a esses bens, o direito penal não age ante qualquer tipo de ataque, mas tão somente quando o ataque for intolerável²²³. Assim, o direito penal identifica-se com a exclusiva proteção de bens jurídicos, constituindo um “sistema descontínuo de ilicitude”²²⁴, elegendo bens para tutelar, assim como as formas que podem ser violadas. Embora a Constituição reconheça um determinado bem (e faz isso com frequência), Mir Puig pondera que seria absolutamente contrário ao princípio da proporcionalidade protegê-lo penalmente de todo e qualquer ataque, ainda que ínfimo ou sem um mínimo de afetação do bem²²⁵.

Vê-se aqui a aproximação entre dois conceitos: *relevante* e *intolerável*. Os bens jurídicos a ser protegidos devem ter *relevância*, mas apenas diante de um ataque *intolerável*. Devem-se entender como *bens relevantes* aqueles que, direta ou indiretamente, representam valores constitucionais ligados aos direitos e deveres fundamentais, bem como à ordenação social, política e econômica. É a via constitucional (*compromissária*) que dá *dignidade*, portanto, *relevância* para que *bens jurídicos* sejam penalmente tutelados²²⁶. A *intolerância* do ataque opera-se no

²²³ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2000, p. 386.

²²⁴ BATISTA, 2002, p. 86.

²²⁵ MIR PUIG, 1994, p. 164.

²²⁶ DIAS, 2007, p. 120.

plano da exceção, no resultado da submissão aos princípios constitucionais, com destaque para a *intervenção mínima* e seus *desdobramentos*.

Se – depois de toda essa operação, da aplicação de todos os outros mecanismos à disposição, tirante o direito penal – o ataque atingiu o bem jurídico e os seus efeitos escaparam do crivo principiológico, estar-se-á diante de um *ataque intolerável*. Se a *relevância* está atrelada à *dignidade* dada ao bem penalmente protegido pela Constituição, logo, num primeiro plano, o ataque *intolerável* será sempre (posteriormente à dignidade) a relação entre a não aceitação social de determinada conduta e a ingerência, sempre *mínima* (ou principiológica), da intervenção penal. Nem a *dignidade*, nem a *intolerância* são subjetivas, individuais ou de grupos sociais, são de índole jurídico-constitucional.

Desde Binding, o verdadeiro precursor dessa concepção fragmentária, já se compreendia que o direito penal exerce a tutela fragmentária dos bens jurídicos, embora, conforme destaca Tavares, o próprio Binding tenha considerado esse aspecto como *uma grande falha* de sua obra²²⁷. Hoje essa *grande falha* é tida como elemento nuclear na concepção crítica do conceito de bem jurídico-penal.

A proteção penal de natureza fragmentária contrapõe-se a um modelo de Estado policial, que provoca, no dizer de García-Pablos de Molina, *angústia* e *insegurança* nos cidadãos. No Estado Democrático de Direito, somente poucos bens (selecionados) e específicas atividades (condutas ou ataques intoleráveis) podem ser criminalizados pelo direito penal. A não observância disso faz com que os cidadãos vivam em sociedade o tempo inteiro debaixo da espada de Dâmocles²²⁸.

O aspecto fragmentário do direito penal afasta ataques írritos, ínfimos, irrisórios a determinado bem jurídico-penal. É quando se dá a insignificância²²⁹

²²⁷ TAVARES, 1992, p. 722.

²²⁸ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2000, p. 387. A lenda de Dâmocles foi relatada por Cícero (*Tusculanae disputationes*) e por outros clássicos. “Em seu breve governo, Dâmocles pôde comprovar os perigos constantes que acompanham o poder, a glória e a riqueza. ‘Espada de Dâmocles’ tornou-se uma expressão que significa perigo iminente. Dâmocles viveu na corte de Dionísio o Velho, tirano de Siracusa, no começo do século IV a. C. Dionísio, assim como outros tiranos gregos, tinha de manter uma vigilância constante para conservar o poder. Segundo a lenda, Dâmocles era franco em declarar sua inveja pelo soberano. Dionísio então lhe propôs que ocupasse seu lugar por uma única noite. Dâmocles aceitou e, num suntuoso banquete, ocupou o lugar do tirano, recebendo todas as honras correspondes ao cargo. No meio de sua euforia, Dâmocles levantou os olhos e viu, assustado, que, presa ao teto apenas por uma linha, uma enorme espada pendia sobre ele. Dionísio explicou-lhe que a vida de um tirano era repleta de ameaças e que, se ele queria exercer tal função, mesmo que por uma só noite, tinha de suportar a presença inquietante da espada durante todo o banquete” (NOVA Enciclopédia Barsa. São Paulo: Barsa, 2001, v. 5, p. 62).

²²⁹ No âmbito do direito penal, coube ao penalista Roxin postular o reconhecimento do princípio da insignificância como causa de exclusão da tipicidade material. Gomes esclarece: “A *consequência*

(outro desdobramento da intervenção mínima), que afasta a tipicidade material, tornando, dessa forma, atípica a conduta. É uma aproximação entre a política criminal e o direito penal²³⁰. Não custa realçar que a insignificância é uma das *manifestações* da fragmentariedade e com ela não se confunde: aquela é uma manifestação desta²³¹; ambas, por sua vez, são exteriorizações do princípio (instituidor) da intervenção mínima. A violação, pura e simples, da literalidade da norma, a partir do que foi dito, não significa que sempre haverá conduta típica penalmente punível.

Constata-se, assim, que a *seleção* dos bens jurídicos que devem ser tutelados e os *ataques* que devem ser tidos como insuportáveis constituem o que García-Pablos de Molina denominou “substrato essencialmente conflitivo e problemático”²³². Por isso, García-Pablos de Molina vale-se da fórmula de Mayer, segundo a qual a proteção penal de um bem jurídico exige três requisitos: (i) que seja *merecedor* da tutela, isto é, os bens devem ter grande importância para a sociedade; (ii) que exista a *necessidade* da pena, pois, havendo outros meios menos *lesivos* para a tutela de bens, não se deve recorrer à sanção penal, que é sempre drástica; (iii) que se verifique a *suscetibilidade* do bem jurídico, que depende do interesse social, de suas características e das condições reais do sistema social²³³.

natural da aplicação do critério da insignificância (como critério de interpretação restritiva dos tipos penais ou mesmo como causa de exclusão da tipicidade material) consiste na exclusão da responsabilidade penal dos fatos ofensivos de pouca importância ou de ínfima lesividade. São fatos materialmente atípicos (afasta-se a tipicidade material). Na lesão ou na conduta insignificante, o fato é formalmente típico, mas não materialmente” (GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 50).

²³⁰ Discorrendo sobre a adequação social e a exclusão do tipo, Roxin ressalta a importância do princípio da insignificância nessa relação entre direito penal e política criminal: “Por consiguiente, la solución correcta se produce en cada caso mediante una interpretación restrictiva orientada hacia el bien jurídico protegido. Dicho procedimiento es preferible a la invocación indiferenciada a la adecuación social de esas acciones, pues evita el peligro de tomar decisiones siguiendo el mero sentimiento jurídico o incluso de declarar atípicos abusos generalmente extendidos. Además, sólo una interpretación estrictamente referida al bien jurídico y que atienda al respectivo tipo (clase) de injusto deja claro por qué una parte de las acciones insignificantes son atípicas e a menudo están ya excluidas por el propio tenor legal, pero en cambio otra parte, como v. gr. los hurtos bagatela, encajan indudablemente en el tipo: la propiedad y la posesión también se ven ya vulneradas por el hurto de objetos insignificantes, mientras que en otros casos el bien jurídico sólo es menoscabado si se da una cierta intensidad de la afectación” (ROXIN, 1999, p. 297).

²³¹ BIANCHINI; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2009, p. 285.

²³² GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2000, p. 388.

²³³ *Ibid.*, p. 389.

3.3.3 Subsidiariedade

O Estado Democrático de Direito reconhece e insere em seu ordenamento os direitos fundamentais da pessoa humana. Sua missão é tutelar esses direitos, entre os quais está a liberdade. A intervenção do Estado na vida do cidadão deve ser mínima, pois deve assegurar, o máximo possível, essa liberdade. Isso quer dizer que é inerente ao Estado Democrático de Direito o mínimo de intervenção penal. É a realização do princípio da máxima utilidade possível com o mínimo sofrimento necessário.

O direito penal deve ser a *ultima ratio*. O Estado somente pode valer-se desse instrumento, que é severo e violento, quando não houver outros meios, igualmente à disposição, menos lesivos, para proteger bens jurídicos. Assim como visto sobre a fragmentariedade, a subsidiariedade é consequência da mínima intervenção penal do Estado na vida em sociedade. Segundo Roxin, “somente se deve ameaçar com pena quando regulações civis ou jurídico-administrativas mais leves ou outras medidas político-sociais não sejam suficientes”²³⁴. Essa limitação resultante da proteção subsidiária de bens jurídicos, ainda segundo o penalista alemão, desprende-se do princípio da proporcionalidade, que, por sua vez, deriva do próprio Estado Democrático de Direito. O direito penal é a mais dura de todas as intromissões do Estado na liberdade do cidadão e, por isso, somente pode intervir quando outros meios menos duros não tenham êxito suficiente²³⁵.

Sendo o direito penal um instrumento do Estado que viabiliza a própria convivência em sociedade, não há razão para ingerências de natureza político-criminais, se outros mecanismos eficazes podem ser utilizados. O direito penal é apenas um entre tantos outros “direitos” (civil, administrativo, tributário, eleitoral etc.) à disposição do poder estatal. A sanção penal é uma modalidade de sanção que pode ser imposta pelo Estado, mas não é a única, nem a primeira. A política criminal, igualmente, convive com outras medidas político-interventivas do Estado no plano social, como educação, saúde, saneamento, emprego etc. O caráter subsidiário da norma penal revela sua “função meramente suplementar”²³⁶. Daí dizer Mir Puig:

²³⁴ ROXIN, 2009, p. 29-30.

²³⁵ ROXIN, 1999, p. 65-66.

²³⁶ TAVARES, 1992, p. 722.

Não basta que um bem possua suficiente importância social para que deva ser protegido penalmente. É preciso que não sejam suficientes para sua tutela outros meios de defesa menos lesivos: se bastar a intervenção administrativa, ou a civil, não haverá necessidade de elevar o bem à categoria de bem jurídico-penal. O que sucede é que com frequência será necessária a proteção penal de um bem ante algumas formas de ataque especialmente *perigosas* e não ante outras²³⁷.

Considerando-se assim a questão, o direito penal não é, como parece ser visto atualmente por movimentos expansionistas, a panaceia para os graves problemas do convívio social. Ao contrário, tem-se percebido que a criminalização de condutas, a exasperação de penas e o uso irracional do direito penal em primeiro plano (e não em último) não têm produzido resultados esperados (diminuição da criminalidade), mas, opostamente, têm gerado um direito penal simbólico²³⁸, que não realiza o que alega cumprir, propiciando mais violência e controle (pela força) dos excluídos (ou não inseridos) socialmente.

3.3.4 Ofensividade ou lesividade

A ofensividade ou lesividade tem uma função *político-criminal* no momento em que se decide pela criminalização da conduta (o legislador) e também uma função *interpretativa ou dogmática* no instante em que se interpreta (jugador) concretamente o direito penal. Essa dupla função volta-se ora para o legislador (limite ao direito de punir do Estado – *ius puniendi*), ora para o juiz (limite ao direito penal – *ius poenale*)²³⁹.

²³⁷ MIR PUIG, 1994, p. 166. “No basta que un bien posea suficiente importancia social para que deba protegerse penalmente. Es preciso que no sean suficientes para su tutela otros medios de defensa menos lesivos: si basta la intervención administrativa, o la civil, no habrá que elevar el bien al rango de bien jurídico-penal. Lo que sucede es que con frecuencia será necesaria la protección penal de un bien frente a algunas formas de ataque especialmente *perigosas* e no frente a otras” (tradução nossa).

²³⁸ Sobre o direito penal simbólico, Roxin diz: “Ponto nevrálgico da moderna legislação penal é também o chamado direito penal simbólico. Este termo é usado para caracterizar dispositivos penais ‘que não geraram, primariamente, efeitos protetivos concretos, mas que devem servir à manifestação de grupos políticos ou ideológicos através da declaração de determinados valores ou repúdio a atitudes consideradas lesivas. Comumente, não se almeja mais do que acalmar os eleitores, dando-se, através de leis previsivelmente ineficazes, a impressão de que se está fazendo algo para combater ações e situações indesejadas” (ROXIN, 2008, p. 47).

²³⁹ GOMES, 2002, p. 28.

A política criminal a ser implementada pelo Estado deve resultar em tipos penais que representem a lesão ou o perigo concreto de lesão a bens jurídicos relevantes. Diante de um caso submetido à apreciação judicial, o juiz não pode, na sua atividade interpretativa, aplicar um mero processo de subsunção formal do fato à norma. O julgador deve avaliar se, de fato, naquele caso específico, a conduta perpetrada lesionou algum bem jurídico ou pelo menos causou um perigo concreto de lesão. Caso nenhuma hipótese tenha incidido, não é possível a condenação por ausência de tipicidade material²⁴⁰. Se isso não ocorre, a regra jurídica deve ser expurgada do ordenamento pelo julgador.

A adoção da ofensividade implica, inexoravelmente, a rejeição da ideia de um direito penal fundado na concepção de delito como “violação de um dever ou infração de mera desobediência, bem como algumas formas (ilegítimas) de antecipação da tutela penal (punição de determinados atos preparatórios, o perigo abstrato²⁴¹ etc.)”²⁴². Não se pode, contudo, deixar de registrar que essa é uma temática controvertida a ponto de levar autores, como Queiroz, a consignar que nem sempre haverá inconstitucionalidade de tipos penais de perigo abstrato, desde que o perigo de lesão seja de “tal modo grave que a sua criminalização se justifica plenamente”, e Queiroz cita como exemplo o crime de falsificação de moeda²⁴³. Então, a falta de *concretude* do perigo ou de *gravidade* do perigo de lesão vai de encontro à ofensividade ou lesividade.

3.3.5 Materialidade do fato

A materialidade do fato consiste em que o indivíduo somente poderá responder perante o Estado no exercício do seu direito de punir quando houver praticado algum fato considerado pela lei como ilícito penal, isto é, por ações ou omissões. Em palavras mais simples, o indivíduo responderá pelo que faz (fatos –

²⁴⁰ Bianchini entende que, a fim “de não comprometer a justiça da decisão, nos casos em que as provas dos autos excluam a existência de perigo, é possível a absolvição do agente com base no *princípio da insignificância*, ou por entender [o juiz] que a ação é atípica” (BIANCHINI, 2002, p. 72).

²⁴¹ Nos crimes de perigo, segundo Queiroz, “o legislador, ao descrever o tipo, contenta-se com o só perigo que a ação representa para o bem jurídico. O perigo será *concreto* quando a descrição do tipo aludir a um perigo ocorrido (real) de lesão, devendo ser comprovado. O perigo é abstrato ou presumido quando o legislador tipifica a conduta por julgá-la perigosa em si, independentemente de qualquer risco efetivo, isto é, a lei o presume *jure et de jure*” (QUEIROZ, 2010, p. 200).

²⁴² GOMES, op. cit., p. 13.

²⁴³ QUEIROZ, 2010, p. 200.

entendendo-se como tal ações ou omissões tipificadas em lei), e não pelo que é. García-Pablos de Molina chama esses fatos “comportamentos exteriorizados suscetíveis de percepção sensorial”²⁴⁴. Para o penalista espanhol, da materialidade do fato (designado por ele como “princípio do fato”) decorrem, basicamente, duas consequências importantes: o Estado não pode criminalizar, nem castigar o indivíduo pelos seus pensamentos; o indivíduo não pode ser punido pela sua forma de ser, isto é, pela sua própria personalidade²⁴⁵.

Em regra, regimes totalitários, que não só buscam a fidelidade das pessoas ao regime e aos ideais políticos adotados, como também elegem determinadas pessoas, em razão da raça, da opção sexual, da religião etc., como inimigos do Estado, violam constantemente a materialidade do fato para punir e penalizar, não raro com a morte, indivíduos pelo que são e não pelo que fazem – não poucas vezes, eles nem sequer sabem o porquê da pena que lhes é infligida.

Exemplo de que o direito penal não se presta para realizar o pretendido pelo Estado quanto a opções comportamentais dos indivíduos é mencionado por Dias na resposta dada ao Projeto Governamental do Código Penal Alemão (1962), que ainda considerava puníveis “condutas como a da homossexualidade entre adultos, a sodomia, a ‘desmoralização’ (*Kuppelei*), a pornografia e outros comportamentos análogos”. Por conta disso, 14 professores de direito penal, em resposta a essa pretensão governamental, redigiram e trouxeram a público o Projeto Alternativo de Código Penal (1966), em que ficou claro que “não deve ser punível qualquer conduta sexual que tenha lugar em privado e entre adultos que nela consentem”²⁴⁶.

Do lado oposto está o direito penal do autor²⁴⁷. Dahm, mencionado por García-Pablos de Molina, expressa muito bem o sentido dessa forma de pensar o direito penal, na medida em que afirma não fazer qualquer sentido falar de furto, de assassinato, de lesão corporal, de tráfico de substância entorpecente, de sequestro, mas, antes, de ladrão, de assassino, de agressor, de traficante, de sequestrador,

²⁴⁴ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2000, p. 359. “[...] comportamientos exteriorizados susceptibles de percepción sensorial” (tradução nossa).

²⁴⁵ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, loc. cit.

²⁴⁶ DIAS, 1999, p. 61.

²⁴⁷ Bom exemplo de violação do princípio da materialidade do fato está no artigo 59 da “Lei de Contravenções Penais” (Decreto-Lei n.º 3.688, de 3 de outubro de 1941), que pune como contravenção a vadiagem. Criticando esse dispositivo, Gomes destaca que o sujeito é punido pelo que é, pela opção que fez, e não por alguma conduta efetivamente praticada. E arremata “O rico, ocioso, tem direito de ser vadio. O pobre não conta com idêntico direito. Por isso é que se pode dizer que vadio nada mais é que o pobre ocioso, enquanto ocioso nada mais é que o rico vadio” (GOMES, 2002, p. 40).

pois o que é decisivo não é a realização de um fato, uma ação ou conduta, mas a manifestação de certa personalidade²⁴⁸.

3.4 O PRINCÍPIO (INSTITUIDOR) DA INTERVENÇÃO MÍNIMA E A DEFINIÇÃO DE BEM JURÍDICO-PENAL

Apontou-se, nos primeiros itens deste trabalho, como se deu a evolução da teoria do bem jurídico-penal, tendo sido destacadas algumas controvérsias, de forma exemplificativa, que afligem a discussão teórica sobre esse tema. Uma delas é a definição de bem jurídico-penal. A doutrina é concorde em dizer que é possível estabelecer uma definição material de bem jurídico-penal, sem que isso, contudo, resulte num catálogo de bens jurídicos ou num conceito estático de bem jurídico. Roxin, por exemplo, reconhece que não é possível uma concepção estática de bem jurídico²⁴⁹.

Ora, parece que o problema está em se querer de antemão lançar um preenchimento conceitual pela linguagem sobre o que é e o que não é, por exclusão, bem jurídico. É o risco que sempre se corre comumente no Direito de, aprioristicamente, pelo uso da linguagem, dominar o mundo fenomênico (o mundo prático). Isso jamais será possível, e a própria doutrina, como dito, reconhece a impossibilidade. Qual o caminho, então?

A apresentação de uma definição de bem jurídico com base no princípio (instituidor) da intervenção mínima deve vincular-se à ideia de princípio aqui lançada (Dworkin), isto é, o princípio como algo que flui do mundo prático, e não como o que é construído previamente e a que, num momento posterior, os fenômenos devem adequar-se. Os fatos que proporcionaram até aqui uma compreensão do que é bem jurídico-penal devem ser considerados, mas isso não significa dizer que essa definição não sofra ajustes impostos pela própria vida prática, ao contrário. Se a maneira matemática de trabalhar o conceito de princípios faz com que a *antecipação* já seja a *realidade* do próprio conceito, na proposta aqui sustentada esse conceito nunca chega a efetivar-se por inteiro, é sempre uma *possibilidade*²⁵⁰. Uma

²⁴⁸ DAHM, 1938 apud GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2000, p. 360.

²⁴⁹ ROXIN, 1999, p. 57-58.

²⁵⁰ OLIVEIRA, 2008, p. 35.

possibilidade, contudo, que compartilha de decisões tomadas no passado, as quais promovem a abertura de um *projeto decisional futuro* a partir do presente²⁵¹.

Entender o bem jurídico-penal dessa forma, como um desdobramento do princípio (instituidor) da intervenção mínima, não significa *abertura*, porque o princípio sempre *fecha* sentido, como já exposto na ocasião oportuna, e impede a discricionariedade, seja do legislador, seja do julgador. O bem jurídico-penal é um exercício, é uma prática interpretativa, argumentativa, criativa, construtiva²⁵². Guest, referindo-se ao pensamento de Dworkin sobre o Direito – e o bem jurídico-penal é apenas um dos aspectos do Direito (penal) –, sintetiza essa postura em relação ao passado e ao futuro:

[...] o direito é uma postura argumentativa que se origina de um interesse pela extensão do poder coercitivo do direito. O ‘império do direito’, diz Dworkin, é ‘definido pela atitude’. Essa atitude ‘é construtiva: ela almeja, no espírito interpretativo, assentar o princípio sobre a prática para mostrar a melhor rota para um futuro melhorado, mantendo a fé com o passado’²⁵³.

Com isso, quer-se dizer que o bem jurídico-penal não pode ser definido antecipadamente de forma exaustiva de modo a oferecer um rol preestabelecido, ainda que abstratamente, daquilo que se pretenda como bens passíveis de inserção na legislação penal. É um conceito em constante construção, mas não ao alvedrio de qualquer um ou de qualquer forma. O antes (o conceito que resultou dos fatos pretéritos), o durante (o que está em análise sob os olhos do legislador e do julgador) e o depois (a coerência na construção conceitual) devem estar sempre imbricados continuamente. É a visão hermenêutica de que não se está no início, nem no fim, a vivência dá-se sempre no *meio*, no acontecer do mundo prático e, por isso, nunca parte do *nada* e nunca chegará ao *todo*:

A facticidade de nossa existência mostra que sempre estamos situados no *meio*. Literariamente poderíamos dizer que a existência é sempre *travessia*. Travessia é *caminho* e esse caminho se torna percorrível a partir das marcas que são nele impressas pela tradição. Os princípios são, portanto, estas marcas que balizam a formação da história institucional do direito²⁵⁴.

²⁵¹ Ibid., p. 204.

²⁵² PINHO, 2013, p. 78-81.

²⁵³ GUEST, 2010, p. 19.

²⁵⁴ STRECK, 2009, p. 500.

O conceito de bem jurídico só pode ser considerado hermeneuticamente se visto como resultante do princípio (instituidor) da intervenção mínima. Adotando as premissas dworkianas – *princípio, integridade e resposta correta* –, bem como o *princípio (instituidor) da intervenção mínima*, o bem jurídico-penal será *tudo* aquilo que resultar *argumentativamente* do *princípio (instituidor) da intervenção mínima* e de seus *componentes de garantia*; ou seja, quase *nada*. Esse quase *nada*, que sempre estará entranhavelmente jungido ao caso concreto, representará o bem jurídico digno de tutela penal no Estado Democrático de Direito.

Tanto o legislador quanto o julgador estão *condenados* a prosseguir escrevendo o *romance em cadeia*, dando-lhe sentido, coerência e integridade. Correta a conclusão de Pinho ao dizer que “[t]anto legisladores, quanto juízes devem seguir a integridade, para que seus atos e decisões sejam os melhores possíveis para uma comunidade fraterna”²⁵⁵. Quando o legislador não observa isso, incorre em inconstitucionalidade; se, por outro lado, é o julgador, a resposta foi dada, mas não a *correta*.

Entender de forma diversa, isto é, como *quase tudo*, e não como quase *nada*, é o que tem feito a maximização do direito penal, resultado de movimentos atuais, como o da *lei e ordem*, e até mesmo de ideias extremadas, como o *direito penal do inimigo*, que não conseguem ultrapassar o princípio (instituidor) da intervenção mínima sem causar-lhe violências tais a ponto de desconsiderá-lo, e isso não é possível (constitucionalmente falando). Essa maximização está na transformação dos sistemas penais por meio do que Baratta denomina “dinamização dos bens jurídicos”, quando “se relaciona com o desenvolvimento de técnicas de imputação de responsabilidade penal que antecipam a esfera de punibilidade a fases anteriores da conduta e nas quais ainda não se realizou uma lesão efetiva do bem tutelado”²⁵⁶. É uma violência contra o Estado Democrático de Direito.

²⁵⁵ PINHO, 2013, p. 88.

²⁵⁶ BARATTA, 1994, p. 507.

4 A PROTEÇÃO NÃO CRIMINAL DE BENS JURÍDICOS NO DIREITO ELEITORAL

4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Os itens que seguem têm por escopo demonstrar como, no direito eleitoral, bens jurídicos extremamente importantes têm sido protegidos por normas não criminais. A lisura do pleito eleitoral contra atos abusivos, a liberdade no exercício do voto, a propaganda eleitoral, a limpidez financeira da campanha eleitoral são exemplos de bens jurídicos tutelados por norma de natureza cível-eleitoral com sanções drásticas que atingem os direitos políticos dos candidatos e até mesmo podem implicar a perda do mandato eletivo. Não será feita, entretanto, uma análise exaustiva. Diante do fim pretendido, apenas alguns pontos essenciais serão abordados, como breve histórico, definições e classificações, conforme o caso, além de sanções e bem jurídico protegido.

O modo como isso se dá no direito eleitoral tem peso nos argumentos aqui expendidos, pois a exclusiva proteção de bens jurídicos relevantes pelo direito penal, segundo o princípio (instituidor) da intervenção mínima, deve ser avaliada conjuntamente com outros referenciais, como o fato de ser o direito penal a *ultima ratio* em sua função suplementar. Se outros ramos do direito protegem adequadamente os bens jurídicos que se propõem a tutelar, não há razão ou fundamentos constitucionais para que essa *proteção* ocorra pela via da *criminalização*. Constitucionalmente falando, pode-se dizer *proteção sempre, criminalização apenas sob o crivo da intervenção mínima como princípio (instituidor)*.

Quanto aos bens jurídicos protegidos pelo direito eleitoral, três servem de tripé, em torno dos quais gravitam todos os demais: (i) preservar a lisura ou a legitimidade do pleito eleitoral, para que o resultado das eleições não sofra riscos ou danos efetivos em razão de ilicitudes; (ii) assegurar ao eleitor o livre exercício do voto para que a escolha por ele feita nas urnas seja resultado de um ato livre e consciente, fruto da análise do que lhe foi apresentado durante a campanha eleitoral; (iii) garantir a igualdade entre os candidatos, propiciando uma disputa eleitoral paritária, na medida do possível, a fim de que os menos aquinhoados financeiramente ou sem grandes apoios políticos ou econômicos também tenham condições democráticas concretas para pleitear um cargo eletivo. Esses bens jurídicos estão sempre interligados. Uma norma eleitoral dessa natureza pretenderá

sempre proteger um bem jurídico *diretamente*; porém, é possível que mais de um bem jurídico seja protegido pela norma. Por outro lado, *indiretamente*, os outros bens jurídicos serão alvo do dispositivo legal.

A Constituição Federal de 1988, ao remeter a uma lei complementar a disciplina de inelegibilidades, além daquelas previstas na própria Constituição, estabelece como finalidade a *proteção* da probidade administrativa, da moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e da normalidade e da legitimidade das eleições, contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta (art. 14, § 9.º). Ainda, quando trata da impugnação do mandato eletivo, lista como causas para essa impugnação o abuso do poder econômico, a corrupção e a fraude (art. 14, § 10). O propósito desses dois dispositivos constitucionais é evidente: a lisura do pleito, o livre exercício do voto e a igualdade entre os candidatos.

4.2 ABUSO DE PODER

A realização do Estado Democrático de Direito impõe a manutenção de restrições efetivas ao poder e a contenção dos seus abusos²⁵⁷. Com essa preocupação, Ribeiro dá início a uma longa exposição sobre o abuso de poder no direito eleitoral, adotando como referenciais históricos de preocupação com o poder autores iluministas como Thomas Hobbes, John Locke e Montesquieu²⁵⁸. É conhecida a preocupação de Montesquieu com o fato de que “todo homem que tem poder é tentado a abusar dele; vai até onde encontra limites”; para que isso não ocorra, é preciso que “o poder freie o poder”²⁵⁹.

O abuso de poder tem suas origens, para Ribeiro, no direito privado; só depois, projetou-se para o direito público por meio de “transbordamentos das autoridades às pautas da ordem jurídica”²⁶⁰. Essa *visão privativista* do abuso do poder está na ideia do exercício abusivo de direito. Por isso, o eleitoralista define o

²⁵⁷ RIBEIRO, Fávila. *Abuso de poder no direito eleitoral*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1988a, p. 2.

²⁵⁸ *Ibid.*, p. 8-17.

²⁵⁹ MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Rio de Janeiro: Nova Cultural, 1997, p. 200 (Livro XI, capítulo IV).

²⁶⁰ RIBEIRO, op. cit., p. 20.

abuso como “o uso ilícito de poderes, faculdades, situações, causas ou objetos”²⁶¹; o abuso, para ele, “consiste na incontinência, na liberdade, no exercício de direito ou de competência funcional transviando-se em desmando de uso”²⁶². No âmbito do direito eleitoral, Ribeiro entende que esses limites do privado e do público devem ser transpostos “em busca de apoios mais abrangentes que penetrem a fundo nas circunstâncias concretas da realidade contemporânea, para que o regime democrático participativo tenha uma escoreita base de sustentação”²⁶³.

Adverte Ribeiro: a legislação eleitoral deveria voltar-se, genericamente, “contra qualquer forma de abuso de poder à lisura do processo eleitoral”²⁶⁴, e não como atualmente faz, especificando modalidades (espécies) de abuso. A Lei Complementar n.º 64, de 18 de maio de 1990, reporta-se ao uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico, ou do poder político (autoridade), ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social (arts. 19 e 22), tudo em detrimento da liberdade do voto, beneficiando candidato ou partido político²⁶⁵.

²⁶¹ RIBEIRO, 1988a, p. 19.

²⁶² Ibid., p. 22.

²⁶³ Ibid., p. 21-22.

²⁶⁴ Ibid., p. 51.

²⁶⁵ Fávila Ribeiro discorre sobre quatro categorias de poder: (i) o *poder cultural*, (ii) o *poder social da comunicação*, (iii) o *poder econômico* e (iv) o *poder político*. No que diz respeito ao *poder cultural*, Ribeiro destaca a sua preeminência na organização social e no pensamento de uma época. Essa categoria nem sempre é referida porque se revela de forma “sutil” e “dissimulada”, e por resultar em posturas que implicam favorecimentos ou discriminações. Vale-se, nesse aspecto, de Michel Foucault, para quem “a verdade é deste mundo; ela é produzida nele graças a múltiplas coerções e nele produz efeitos regulamentados pelo poder. Cada sociedade tem seu regime de verdade, sua ‘política geral’ de verdade; isto é, os tipos de discursos que ela colhe e faz funcionar como verdadeiros; os mecanismos e as instâncias que permitem distinguir uns e outros; as técnicas e os procedimentos que são valorizados para a obtenção da verdade; o estatuto daqueles que têm o encargo de dizer o que funciona como verdadeiro” (FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 9. ed. Tradução de Roberto Machado, Rio de Janeiro: Graal, 1989, p. 12). Quanto ao *poder social da comunicação*, Ribeiro enfatiza o envolvimento desse tipo de poder com o regime político e ressalta que esse entrelaçamento não está adstrito ao período eleitoral, “espraiando-se e contribuindo de modo decisivo à dinâmica do regime político, que opera mediante a influência da opinião pública”. O papel dos meios de comunicação no regime democrático é importante, pois dá “mobilidade para seus reajustamentos internos”, na medida em que mantém o povo e os governantes informados; todavia, quando a comunicação se firma como poder, “fica afetada pela tendência congênita a abuso, não que programe desencadear o mal, mas em proteger desregradamente os seus afeiçoados e clientes, abalando a regra igualitária no âmbito do processo eleitoral”. Ribeiro destaca o *poder econômico*, pois a “invasão” da refrega eleitoral pelo dinheiro produz efeitos drásticos, como a inviabilidade de candidaturas genuínas e politicamente comprometidas, os eleitos por essa via exercerão os mandatos sob compromissos financeiros antes firmados na campanha eleitoral, tudo isso propiciando um ambiente fértil para a corrupção. Finalmente, o *poder político* tem como primado “a sua superposição nos relacionamentos com as unidades políticas” da nação e com todos os demais redutos de poder (culturais, sociais, econômicos). Caso não seja controlado, torna-se “caudatário a outras dominações, achincalhando a ordem interna que a todos atingiu em seus disciplinamentos, deixando que se alojem colonizações por subserviências de autoridades” (RIBEIRO, 1988a, p. 29-68).

As práticas abusivas são consideradas graves pelo direito brasileiro. O mandato eletivo pode ser impugnado por determinação constitucional (art. 14, § 10) em razão de abuso do poder econômico. Atualmente, a legislação complementar que disciplina as inelegibilidades (Lei Complementar n.º 64/90), como visto, menciona o abuso e suas modalidades como condutas que devem ser punidas com uma das mais severas sanções²⁶⁶ no direito eleitoral, que é a inelegibilidade – atualmente, por 8 (oito) anos –, além da cassação do registro de candidatura ou do diploma, se houver sido expedido. O artigo 19 da Lei Complementar n.º 64/90 é expresso em indicar as práticas abusivas como contrárias à *liberdade* do exercício do voto; sua punição almeja *proteger a normalidade e a legitimidade das eleições*. Essas condutas tidas como ilícitas são graves porque atingem bens jurídicos *dignos* de tutela. A proteção que lhes confere o direito eleitoral corresponde às expectativas constitucionais, porque afasta o autor não só da eleição em que cometeu o ilícito, como também das que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, em razão da inelegibilidade.

A norma objetiva proteger a lisura do pleito eleitoral, como bem jurídico *direto*, para que não tenha o resultado conspurcado por práticas abusivas. Por isso, desenvolveu-se o que ficou conhecido como *potencialidade* do abuso para influir no resultado do pleito, o que significa dizer que o abuso só terá relevância para o direito eleitoral e, portanto, só será reconhecido como tal, se aquela característica for concretamente aferida. Atualmente, a Lei Complementar n.º 135, de 4 de junho de 2010, que alterou a Lei Complementar n.º 64/90, determina: “para a configuração do ato abusivo, não será considerada a potencialidade de o fato alterar o resultado da eleição, mas apenas a gravidade das circunstâncias que o caracterizam”. Essa mudança legislativa dependerá do sentido que for dado pela jurisprudência ao termo *gravidade*, que, por sua vez, tem relação com o próprio conceito de *abuso* no direito eleitoral. A relação de dependência entre *potencialidade* e *gravidade* sempre foi estabelecida pela jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral (TSE)²⁶⁷: a prática só

²⁶⁶ Apesar das controvérsias sobre a natureza jurídica das inelegibilidades, em se tratando de prática abusiva, apurada em processo judicial, a inelegibilidade imposta na sentença possui nítida feição sancionatória.

²⁶⁷ “[...] O reconhecimento da potencialidade em cada caso concreto implica o exame da gravidade da conduta ilícita, bem como a verificação do comprometimento da normalidade e da legitimidade do pleito, não se vinculando necessariamente apenas à diferença numérica entre os votos ou à efetiva mudança do resultado das urnas, embora essa avaliação possa merecer criterioso exame em cada situação concreta [...]” (TSE/SE. Recurso contra expedição de diploma n.º 661. Relator Aldir Guimarães Passarinho Júnior. j. 21 set. 2010, unânime. DJe, 16 fev. 2011, tomo 033, p. 49).

é abusiva se for grave e só tem *relevância* para fins de inelegibilidade se atingir o bem jurídico tutelado, que é a normalidade e a legitimidade do pleito. *Conduta grave* é a que atinge o bem jurídico protegido contra práticas abusivas. Outros ilícitos não penais previstos no direito eleitoral também são graves, são ilegais, são abusivos. O que distingue uns dos outros é o *atingimento* do bem jurídico tutelado por cada norma específica. Levando em consideração a *amplitude* do bem jurídico tutelado pelos artigos 19 e 22 da Lei Complementar n.º 64/90, as práticas abusivas ali mencionadas serão doravante denominadas “abuso de maior abrangência”; os demais ilícitos (captação e gasto ilícito de recursos financeiros para a campanha eleitoral, captação ilícita de sufrágio e condutas vedadas aos agentes públicos em campanha) serão denominados “abuso de menor abrangência”.

Implicitamente é possível verificar que, por trás dessa construção do conceito de *gravidade*, está o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade²⁶⁸, pois somente será considerado ato abusivo como tal para fins de sanções graves (cassação de registro de candidatura ou de diploma e inelegibilidade) se o conteúdo da proporcionalidade for preenchido. Noutras palavras, se o ato praticado não atinge o bem jurídico protegido contra o abuso ou se atinge outro bem encampado por outro ilícito, o seu reconhecimento é descartado. É, portanto, um equívoco entender que o princípio da proporcionalidade aplica-se a outros ilícitos não penais no direito eleitoral, mas não se aplica aos casos de abuso.

Entre os bens jurídicos *indiretos*, estão a igualdade entre os candidatos e a liberdade para o exercício do voto. É evidente que, diante de práticas abusivas, quaisquer que sejam daquelas mencionadas, esses dois bens serão *reflexamente* afetados. Essa *igualdade* entre os candidatos na disputa eleitoral somente pode ser

Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia>>. Acesso em: 25 mar. 2012.

²⁶⁸ O princípio da proporcionalidade foi consagrado pela doutrina e pela jurisprudência alemãs; já o princípio da razoabilidade foi desenvolvido principalmente pela doutrina anglo-saxônica. Ambos, contudo, expressam o mesmo sentido. Há, porém, divergências a respeito (GOMES, Marcus Alan de Melo. *Princípio da proporcionalidade e extinção antecipada da pena*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 148-150). Bonavides, valendo-se de Zimmerli, aponta como o primeiro dos elementos da proporcionalidade a *pertinência* ou *aptidão*, que representa “o meio certo para levar a cabo um fim baseado no interesse público” (BONAVIDES, 2010, p. 396). É vedação do arbítrio. É a *adequação* do meio ao fim. O segundo elemento é o subprincípio da *necessidade*, que obriga a adoção de medida que não exceda os limites indispensáveis à conservação do fim pretendido. É a escolha do meio ou da medida mais suave ou menos grave. O terceiro elemento é a proporcionalidade *estritamente* considerada. Invocando Pierre Muller, Bonavides afirma que a escolha deve recair “sobre o meio ou os meios que, no caso específico, levarem mais em conta o conjunto de interesses em jogo” (BONAVIDES, 2010, p. 397-398). Isso implica a obrigação de fazer uso de meios adequados e, ao mesmo tempo, a proibição do uso de meios desproporcionais, injustificáveis, excessivos.

concebida num sentido *formal*. No atual regramento para as eleições, não há como assegurar uma *real igualdade* entre os candidatos, pois existem diversos critérios, como distribuição de horário para a propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão, acesso a propaganda paga na imprensa escrita, confecção de propagandas impressas etc., que a inviabilizam. Essa *desigualdade real* ou *igualdade formal* é resultante conceitual da *gravidade* da conduta, na medida em que na campanha eleitoral podem ser utilizados recursos (humanos e materiais) até uma certa proporção com a realidade específica de um determinado local, e essa proporção é aferida na relação entre conduta e bem jurídico tutelado, que é a normalidade ou a legitimidade do pleito. Apesar disso, pelo menos naquilo que a legislação proibir ou limitar, o objetivo é alcançar aquela igualdade formal.

Se com relação à igualdade entre os candidatos há essa *deficiência*, quanto ao eleitor, o objetivo é que não haja quaisquer tipos de restrições ao livre exercício do voto. O eleitor deve avaliar conscientemente a campanha eleitoral e tirar suas próprias conclusões para exercer seu voto. Contudo, se a *igualdade* entre candidatos não é plena, é inevitável que o eleitor sofra os reflexos disso. Um maior número de placas nas ruas, um maior tempo de propaganda no rádio e na televisão, por exemplo, certamente terão maior probabilidade de influenciar a decisão do eleitor em favor de um determinado candidato em relação àquele que quase não aparece na campanha eleitoral.

Como já frisado, quanto às sanções, se a representação que ataca o ato abusivo for julgada procedente, ainda que após a proclamação dos eleitos, será declarada a inelegibilidade do representado (candidato) e de quantos hajam contribuído para a prática do ato (mesmo que não sejam candidatos), cominando-lhes sanção de inelegibilidade para as eleições a se realizar nos 8 (oito) anos subsequentes à eleição em que se verificou o ato ilícito, além da cassação do registro ou do diploma do candidato diretamente beneficiado pela interferência do poder econômico, pelo desvio ou pelo abuso do poder de autoridade ou dos meios de comunicação (Lei Complementar n.º 64/90, art. 22, inciso XIV).

4.3 CONDUTAS VEDADAS AOS AGENTES PÚBLICOS EM CAMPANHA ELEITORAL

A atual lei das eleições (Lei n.º 9.504, de 30 de setembro de 1997, art. 73 e seguintes) é que dispõe sobre as condutas vedadas aos agentes públicos em campanha eleitoral. Essa lei foi publicada no Diário Oficial da União no dia 1.º de outubro de 1997, passando a vigorar desde então. Antes, no direito brasileiro, havia sido publicada a Emenda Constitucional n.º 16, de 4 de junho de 1997, que deu nova redação ao § 5.º do artigo 14 da Constituição Federal de 1988, permitindo aos chefes do Poder Executivo e também a quem lhes houver sucedido ou a quem os houver substituído no curso dos mandatos a possibilidade de reeleição²⁶⁹ para um único período subsequente.

Os dispositivos da lei eleitoral a respeito dessa matéria têm ampla abrangência e, segundo Niess, alcançam condutas de natureza comissivas ou omissivas, sendo as últimas caracterizadoras da disposição do agente de tolerar a violação das imposições feitas, faltando com a oposição devida. Pretende a lei impedir que a máquina administrativa e o poder público sejam manipulados pelo agente público²⁷⁰ para prestar algum tipo de favorecimento a partidos ou coligações e candidatos²⁷¹. O rol de proibições é extenso²⁷², objetivando que nenhum agente público incida em favores eleitorais utilizando a Administração Pública.

²⁶⁹ Foi a Emenda n.º XXII da Constituição dos Estados Unidos da América, em vigor desde 1951, que limitou a possibilidade de reeleição para um único período subsequente, sem necessidade de afastamento do titular do Executivo. O texto da referida Emenda é o seguinte: “nenhuma pessoa deve ser eleita para o cargo de Presidente por mais de duas vezes” (SILVEIRA, José Néri da. *Aspectos do processo eleitoral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 38). Aduz ainda Silveira que a proibição de se postular mais de duas vezes a Presidência dos EUA deveu-se à consolidação do costume implementado por Washington, que se recusou a concorrer a um terceiro mandato presidencial; todavia, tal costume foi rompido por Roosevelt, que acatou um terceiro e quarto mandatos, e, assim, para se evitar a perpetuação no poder, criou-se a regra limitadora contida na EC n.º XXII. Sempre segundo Silveira, a elaboração da emenda constitucional dispendo sobre a reeleição no Brasil “evidencia que a vontade do legislador constituinte derivado prevaleceu no sentido de emprestar à emenda da reeleição o caráter institucional de que se reveste, alterando preceito tradicional de nosso sistema republicano, para implantar experiência já conhecida por nações como os Estados Unidos da América, França, Portugal e Argentina, países onde se pratica a reeleição sem afastamento dos titulares dos cargos de Presidente da República” (SILVEIRA, 1998, p. 53).

²⁷⁰ Ver definição legal de agente público no artigo 73, § 1.º, da Lei n.º 9.504/97.

²⁷¹ NIESS, Pedro Henrique Távora. *Condutas vedadas aos agentes públicos em campanhas eleitorais (arts. 73 a 78 da Lei n.º 9.504/97): reeleição* (Emenda Constitucional n.º 16/97). Bauru, SP: EDIPRO, 1998, p. 19.

²⁷² As condutas vedadas estão previstas no artigo 73 e seguintes da Lei n.º 9.504/97. “Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais: I - ceder ou usar, em benefício de candidato, partido político ou coligação, bens móveis ou imóveis pertencentes à administração direta

ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, ressalvada a realização de convenção partidária; II - usar materiais ou serviços, custeados pelos Governos ou Casas Legislativas, que excedam as prerrogativas consignadas nos regimentos e normas dos órgãos que integram; III - 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; IV - fazer ou permitir uso promocional em favor de candidato, partido político ou coligação, de distribuição gratuita de bens e serviços de caráter social custeados ou subvencionados pelo Poder Público; V - nomear, contratar ou de qualquer forma admitir, demitir sem justa causa, suprimir ou readaptar vantagens ou por outros meios dificultar ou impedir o exercício funcional e, ainda, *ex officio*, remover, transferir ou exonerar servidor público, na circunscrição do pleito, nos três meses que o antecedem e até a posse dos eleitos, sob pena de nulidade de pleno direito, ressalvados: a) a nomeação ou exoneração de cargos em comissão e designação ou dispensa de funções de confiança; b) a nomeação para cargos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos Tribunais ou Conselhos de Contas e dos órgãos da Presidência da República; c) a nomeação dos aprovados em concursos públicos homologados até o início daquele prazo; d) a nomeação ou contratação necessária à instalação ou ao funcionamento inadiável de serviços públicos essenciais, com prévia e expressa autorização do Chefe do Poder Executivo; e) a transferência ou remoção *ex officio* de militares, policiais civis e de agentes penitenciários; VI - nos três meses que antecedem o pleito: a) realizar transferência voluntária de recursos da União aos Estados e Municípios, e dos Estados aos Municípios, sob pena de nulidade de pleno direito, ressalvados os recursos destinados a cumprir obrigação formal preexistente para execução de obra ou serviço em andamento e com cronograma prefixado, e os destinados a atender situações de emergência e de calamidade pública; b) com exceção da propaganda de produtos e serviços que tenham concorrência no mercado, autorizar publicidade institucional dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, salvo em caso de grave e urgente necessidade pública, assim reconhecida pela Justiça Eleitoral; c) fazer pronunciamento em cadeia de rádio e televisão, fora do horário eleitoral gratuito, salvo quando, a critério da Justiça Eleitoral, tratar-se de matéria urgente, relevante e característica das funções de governo; VII - realizar, em ano de eleição, antes do prazo fixado no inciso anterior, despesas com publicidade dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, que excedam a média dos gastos nos três últimos anos que antecedem o pleito ou do último ano imediatamente anterior à eleição; VIII - fazer, na circunscrição do pleito, revisão geral da remuneração dos servidores públicos que exceda a recomposição da perda de seu poder aquisitivo ao longo do ano da eleição, a partir do início do prazo estabelecido no art. 7º desta Lei e até a posse dos eleitos. § 1º Reputa-se agente público, para os efeitos deste artigo, quem exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nos órgãos ou entidades da Administração Pública direta, indireta, ou fundacional. § 2º A vedação do inciso I do caput não se aplica ao uso, em campanha, de transporte oficial pelo Presidente da República, obedecido o disposto no art. 76, nem ao uso, em campanha, pelos candidatos a reeleição de Presidente e Vice-Presidente da República, Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal, Prefeito e Vice-Prefeito, de suas residências oficiais para realização de contatos, encontros e reuniões pertinentes à própria campanha, desde que não tenham caráter de ato público. § 3º As vedações do inciso VI do caput, alíneas "b" e "c", aplicam-se apenas aos agentes públicos das esferas administrativas cujos cargos estejam em disputa na eleição. § 4º O descumprimento do disposto neste artigo acarretará a suspensão imediata da conduta vedada, quando for o caso, e sujeitará os responsáveis a multa no valor de cinco a cem mil UFIR. § 5º 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. § 5º com redação dada pela Lei n.º 12.034, de 29.09.2009, DOU de 30.09.2009, em vigor na data de sua publicação. § 6º As multas de que trata este artigo serão duplicadas a cada reincidência. § 7º As condutas enumeradas no caput caracterizam, ainda, atos de improbidade administrativa, a que se refere o art. 11, inciso I, da Lei n.º 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. § 8º Aplicam-se as sanções do § 4º aos agentes públicos responsáveis pelas condutas vedadas e aos partidos, coligações e candidatos que delas se beneficiarem. § 9º Na distribuição dos recursos do Fundo Partidário (Lei n.º 9.096, de 19 de setembro de 1995) oriundos da aplicação do disposto no § 4º, deverão ser excluídos os partidos beneficiados pelos atos que originaram as multas. § 10. No ano em que se realizar

A base principiológica das chamadas condutas vedadas está na Constituição Federal, mais especificamente nos princípios relacionados à Administração Pública (art. 37) – legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência –, que buscam orientar as ações do administrador público, garantindo a prática dos atos administrativos em prol de uma boa administração no sentido da *correta gestão* dos negócios e dos recursos públicos em geral e sempre no interesse da coletividade. São princípios que asseguram práticas *honestas* e *probas*. Não pode a ação do administrador estar voltada para fins eleitorais, que certamente atenderão a interesses individuais ou de grupos isolados (partidários). Pelo *princípio da legalidade*, o ato administrativo só será válido se atender ao seu fim legal, ou seja, às prescrições previstas em lei. O desvio de finalidade é, para o direito

eleição, fica proibida 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. § 10 acrescido pela Lei n.º 11.300, de 10.05.2006, DOU de 11.05.2006, em vigor na data de sua publicação. § 11 Nos anos eleitorais, os programas sociais de que trata o § 10 não poderão ser executados por entidade nominalmente vinculada a candidato ou por esse mantida. § 12 A representação contra a não observância do disposto neste artigo observará o rito do art. 22 da Lei Complementar n.º 64, de 18 de maio de 1990, e poderá ser ajuizada até a data da diplomação. § 13 O prazo de recurso contra decisões proferidas com base neste artigo será de 3 (três) dias, a contar da data da publicação do julgamento no Diário Oficial. §§ 11 a 13 acrescidos pela Lei n.º 12.034, de 29.09.2009, DOU de 30.09.2009, em vigor na data de sua publicação. Art. 74. Configura abuso de autoridade, para os fins do disposto no art. 22 da Lei Complementar n.º 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. Artigo 74 com redação dada pela Lei n.º 12.034, de 29.09.2009, DOU de 30.09.2009, em vigor na data de sua publicação. Art. 75. Nos três meses que antecederem as eleições, na realização de inaugurações é vedada a contratação de shows artísticos pagos com recursos públicos. Parágrafo único. 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. Parágrafo único acrescido pela Lei n.º 12.034, de 29.09.2009, DOU de 30.09.2009, em vigor na data de sua publicação. Art. 76. O ressarcimento das despesas com o uso de transporte oficial pelo Presidente da República e sua comitiva em campanha eleitoral será de responsabilidade do partido político ou coligação a que esteja vinculado. § 1º O ressarcimento de que trata este artigo terá por base o tipo de transporte usado e a respectiva tarifa de mercado cobrada no trecho correspondente, ressalvado o uso do avião presidencial, cujo ressarcimento corresponderá ao aluguel de uma aeronave de propulsão a jato do tipo táxi aéreo. § 2º No prazo de dez dias úteis da realização do pleito, em primeiro turno, ou segundo, se houver, o órgão competente de controle interno procederá *ex officio* à cobrança dos valores devidos nos termos dos parágrafos anteriores. § 3º A falta do ressarcimento, no prazo estipulado, implicará a comunicação do fato ao Ministério Público Eleitoral, pelo órgão de controle interno. § 4º Recebida a denúncia do Ministério Público, a Justiça Eleitoral apreciará o feito no prazo de trinta dias, aplicando aos infratores pena de multa correspondente ao dobro das despesas, duplicada a cada reiteração de conduta. Art. 77. É proibido a qualquer candidato comparecer, nos 3 (três) meses que precedem o pleito, a inaugurações de obras públicas. Parágrafo único. A inobservância do disposto neste artigo sujeita o infrator à cassação do registro ou do diploma. Artigo 77 com redação dada pela Lei n.º 12.034, de 29.09.2009, DOU de 30.09.2009, em vigor na data de sua publicação. Art. 78. A aplicação das sanções cominadas no art. 73, §§ 4º e 5º, dar-se-á sem prejuízo de outras de caráter constitucional, administrativo ou disciplinar fixadas pelas demais leis vigentes”.

administrativo, abuso de poder. Aqui, no direito eleitoral, pode ser abuso do poder político ou de autoridade, a depender da sua abrangência, mas sempre configurará conduta vedada. A *impessoalidade* é o contraposto da personalização, da individualização, da promoção pessoal, da privatização da Administração Pública. É impedimento da apropriação dos negócios públicos, que não podem ser praticados doutra forma senão em relação ao órgão ou à entidade administrativa em nome dos quais age o administrador. O princípio da *moralidade* traz em seu bojo a *probidade* administrativa. A improbidade é uma imoralidade qualificada pelo efeito (enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário e violação dos princípios da Administração Pública, conforme disposições da Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992). O ato lesivo aos preceitos constitucionais será sempre um ato imoral, porque a moralidade administrativa é uma *moralidade jurídica* instituída pela Constituição. A imposição da *publicidade* é exigência da executoriedade do ato administrativo, isto é, é requisito de eficácia para a produção de efeitos externos. É a divulgação oficial dos atos da Administração. A *transparência* dos atos administrativos e a proibição de *atos secretos* são exigências do Estado Democrático de Direito. Por fim, a *eficiência* obriga à consecução dos melhores resultados pelos meios menos custosos. É um princípio que tem forte viés econômico na esfera da Administração Pública: maior benefício com menor custo²⁷³.

Não se pretende aqui comentar todas as condutas vedadas reconhecidas como tais pela legislação eleitoral. O extenso rol não permite isso. O importante é identificar o bem jurídico tutelado pela norma. O bem jurídico protegido *diretamente* é apontado de maneira expressa na própria redação do artigo 73, ao determinar que as proibições ali constantes com relação aos agentes públicos têm por escopo evitar que seja afetada a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais. Por isso, Gomes entende que, se a Administração tem suas finalidades constitucionais desviadas para beneficiar, de alguma forma, alguém na disputa eleitoral, há afronta aos princípios da moralidade e da impessoalidade. É da natureza das campanhas eleitorais a existência de desigualdades porque há candidatos com mais recursos financeiros, com mais apoio político etc., e outros, com menos. Porém, a lei eleitoral, ao estabelecer condutas tidas como proibidas, não está tratando desse tipo de desigualdade, mas daquela que pode fluir do

²⁷³ SILVA, 1999, p. 646-652.

patrocínio de recursos públicos. Quando isso se dá, tem-se a um só tempo a agressão à probidade administrativa e à igualdade na disputa eleitoral²⁷⁴.

De forma *oblíqua*, os bens jurídicos atinentes ao livre exercício da escolha feita pelo eleitor e à lisura do processo eleitoral também estão protegidos, pois, a depender das circunstâncias, uma conduta vedada pode configurar *prática abusiva de maior abrangência* ou outra *prática abusiva de menor abrangência* (captação ilícita de sufrágio, captação e/ou gasto ilícito de recursos para a campanha eleitoral). Um determinado gestor público, chefe do Executivo, candidato à reeleição, pode, por exemplo, exigir de funcionários públicos contratados que votem nele sob pena de não prorrogação dos contratos de trabalho; pode ainda usar recursos financeiros do erário para custear sua propaganda eleitoral, pagando cabos eleitorais e empresas para a confecção dos impressos e outros materiais de campanha, utilizar bens públicos (papel, frota de veículos etc.) para subsidiar sua campanha eleitoral etc. A caracterização apenas como conduta vedada ou como outro(s) ilícito(s) eleitoral(ais) dependerá da análise de cada conduta, ou, numa síntese, dependerá da abrangência de seus efeitos e do bem jurídico violado.

As sanções impostas, com as alterações promovidas por leis posteriores²⁷⁵, vão desde a aplicação de multa e suspensão imediata da conduta, até a cassação do registro de candidatura ou do diploma, conforme o caso, sem prejuízo de outras medidas que o caso ensejar, como inelegibilidade²⁷⁶, crimes contra a Administração Pública e atos de improbidade administrativa. O rol das condutas vedadas abrange práticas reconhecidas pela legislação não eleitoral, caracterizando-as como ilícitos penais e atos de improbidade. A própria Lei n.º 9.504/97 prescreve que as condutas vedadas caracterizam atos de improbidade administrativa (art. 73, § 7.º) e que a violação do disposto no § 1.º do artigo 37 da Constituição configura abuso de

²⁷⁴ GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 513.

²⁷⁵ As leis posteriores são: a) Lei n.º 9.840, de 28 de setembro de 1999. Altera dispositivos da Lei n.º 9.504, de 30 de setembro de 1997 e da Lei n.º 4.737, de 15 de julho de 1965 – Código Eleitoral; b) Lei n.º 11.300, de 10 de maio de 2006. Dispõe sobre propaganda, financiamento e prestação de contas das despesas com campanhas eleitorais, alterando a Lei n.º 9.504, de 30 de setembro de 1997; c) Lei n.º 12.034, de 29 de setembro de 2009. Altera as Leis n.º 9.096, de 19 de setembro de 1995 – Lei dos Partidos Políticos, 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas para as eleições, e 4.737, de 15 de julho de 1965 – Código Eleitoral.

²⁷⁶ As condutas vedadas não implicam, a princípio, inelegibilidade. Todavia, hoje, com a edição da Lei Complementar n.º 135, de 4 de junho de 2010, que alterou a Lei Complementar n.º 64, de 18 de maio de 1990, serão considerados inelegíveis “os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, por corrupção eleitoral, por captação ilícita de sufrágio, por doação, captação ou gastos ilícitos de recursos de campanha ou por conduta vedada aos agentes públicos em campanhas eleitorais que impliquem cassação do registro ou do diploma, pelo prazo de 8 (oito) anos a contar da eleição” (art. 1.º, I, “j”, da LC n.º 64/90).

autoridade e tem como consequência o cancelamento do registro ou do diploma, se já expedido. Essa última hipótese ocorrerá quando houver o desvirtuamento da propaganda institucional para tomar feições eleitoreiras, perdendo o seu caráter educativo, informativo ou de orientação social.

4.4 PROPAGANDA ELEITORAL

A propaganda eleitoral, sob a ótica do direito eleitoral, é uma espécie da propaganda política, que, por sua vez, é modalidade da propaganda como técnica de persuasão²⁷⁷. Ao lado da propaganda partidária²⁷⁸, que é aquela de que fazem uso os partidos políticos para, e.g., divulgarem seus ideais políticos e que ocorre fora do semestre em que há eleições, a propaganda eleitoral realiza-se exatamente naquele período eleitoral em que a propaganda partidária está vedada, e objetiva, contrariamente à partidária, a captação lícita de votos. A legislação possibilita, ainda, àquele que queira ter o seu nome escolhido em convenções partidárias realizar propaganda para esse fim, sob certas limitações. São limitações de *meio* (vedado o uso de rádio, televisão e *outdoor*), de *tempo* (é permitida apenas na quinzena anterior à escolha em convenção) e de *fim* (deve voltar-se para os convencionais apenas, sob pena de caracterizar propaganda eleitoral antecipada). É a chamada propaganda intrapartidária.

A tônica da propaganda eleitoral é a liberdade, o que significa dizer que a propaganda pode ser livremente realizada, salvo quando a lei eleitoral expressamente estabelecer vedações ou limitações. Quando isso se dá por parte do legislador, é para que haja, segundo Ribeiro, o funcionamento da competição democrática de forma segura, pois tais normas possuem natureza, não essencialmente proibitiva, mas protetiva da liberdade para práticas propagandísticas e propiciadoras de um ambiente igualitário²⁷⁹. A doutrina lista diversos princípios, além da *liberdade*, que regem a propaganda eleitoral: *legalidade* – a propaganda é regulada em lei, não sujeita a flexibilização ou recrudescimento por acordo de eventuais interessados, inclusive o Ministério Público e a Justiça Eleitoral;

²⁷⁷ “A propaganda é um conjunto de técnicas empregadas para suggestionar pessoas na tomada de decisão” (RIBEIRO, Fávila. *Direito eleitoral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988b, p. 476).

²⁷⁸ A propaganda partidária está, atualmente, disciplinada pela Lei n.º 9.096, de 19 de setembro de 1995, a chamada “Lei dos Partidos Políticos”.

²⁷⁹ RIBEIRO, 1988b, p. 308.

veracidade – o conteúdo da propaganda eleitoral deve corresponder à verdade, sendo punida pela legislação eleitoral a veiculação de fatos inverídicos; *igualdade formal* – todos, dentro dos critérios e limitações estabelecidos, têm *igual* acesso à propaganda²⁸⁰; *responsabilidade* – a propaganda eleitoral possui sempre um responsável, que por ela responderá nas esferas civil, administrativa e criminal; *controle judicial* – cabe à Justiça Eleitoral controlar a propaganda eleitoral e coibir os abusos, podendo adotar diversas providências para alcançar esse fim²⁸¹.

Pela relevância desse mecanismo de captação de votos, existe uma vasta regulamentação no direito eleitoral brasileiro da propaganda política (partidária e eleitoral) e, sobretudo, das subespécies da propaganda eleitoral, como a forma e o período em que devem realizar-se, chegando-se a ponto de regulamentar até medidas métricas e outras questiúnculas²⁸². Por outro lado, muitas vedações também são impostas, como propaganda por *outdoor*, propaganda paga no rádio e na televisão, propaganda em língua estrangeira etc.

Como resultado disso, fala-se em propaganda ilegal, que é a proibida pela legislação, e em propaganda lícita ou regular, que é a permitida. Além dessas subespécies, doutrina e jurisprudência reportam-se à propaganda extemporânea ou antecipada, que é aquela, permitida (lícita ou regular) ou proibida (ilegal) pela legislação, efetivada antes do período determinado em que poderia ocorrer. Não

²⁸⁰ Sobre o direito dos partidos políticos à propaganda, o STF decidiu a ADI n.º 4.430, Relator Ministro Dias Toffoli, tendo sido proferida a seguinte decisão: “Colhido o voto da Senhora Ministra Cármen Lúcia, o Tribunal, prossequindo no julgamento, julgou parcialmente procedente o pedido formulado na ADI 4.430 para declarar a constitucionalidade do § 6º do artigo 45 da Lei n.º 9.504/1997, a inconstitucionalidade da expressão ‘*e representação na Câmara dos Deputados*’, contida no § 2º do artigo 47 da Lei n.º 9.504/1997, e para dar interpretação conforme à Constituição Federal ao inciso II do § 2º do artigo 47 da mesma lei, para assegurar aos partidos novos, criados após a realização de eleições para a Câmara dos Deputados, o direito de acesso proporcional aos dois terços do tempo destinado à propaganda eleitoral no rádio e na televisão, considerada a representação dos deputados federais que migrarem diretamente dos partidos pelos quais foram eleitos para a nova legenda na sua criação, vencidos os Senhores Ministros Cezar Peluso e Marco Aurélio, que acompanhavam o Relator quanto à inconstitucionalidade da expressão ‘*e representação na Câmara dos Deputados*’, contida no § 2º do artigo 47 da Lei n.º 9.504/1997, e declaravam a inconstitucionalidade de todo o inciso II e da expressão ‘um terço’, contida no inciso I do referido artigo 47, e os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Cármen Lúcia, que julgavam totalmente improcedente a ação. Quanto ao pedido formulado na MC–ADI 4.795, o Tribunal, por maioria, julgou prejudicado o pedido, em face da decisão tomada na ADI 4.430, vencido o Senhor Ministro Joaquim Barbosa, que a julgava improcedente. Votou o Presidente, Ministro Ayres Britto. Ausentes, neste julgamento, os Senhores Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa, com votos proferidos na assentada anterior. Plenário, 29.06.2012”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3903848>>. Acesso em: 14 set. 2012.

²⁸¹ GOMES, J., 2009, p. 296-298.

²⁸² Atualmente um dos “grandes” temas de que se ocupa a jurisprudência eleitoral é o tamanho de pinturas, placas, faixas etc., que não devem exceder 4 m². Essa metragem foi construída pela jurisprudência do TSE e incorporada à legislação. Outro, é o horário de colação e de retirada de cavaletes contendo propaganda eleitoral nas vias públicas etc.

importa se for permitida em tese (isto é, naquele período) ou ilegal (ou seja, não autorizada em nenhum período), ambas, se realizadas fora do tempo, serão consideradas extemporâneas, mas para cada tipo há sanções específicas, sendo possível a cumulação de sanções nesses casos (por exemplo, uma propaganda eleitoral antecipada por *outdoor* comporta a penalidade pela extemporaneidade da propaganda e também a decorrente de sua ilegalidade).

Fala-se também em propaganda subliminar²⁸³, embora a melhor designação, por razões técnicas, seja “propaganda disfarçada, escamoteada ou sub-reptícia”, que é aquela que pretende conquistar o eleitor e “enganar” os órgãos de fiscalização, pois almeja não se apresentar como propaganda eleitoral à primeira vista, recorrendo a artifícios. Merece referência, ainda, a propaganda institucional, que é aquela realizada por órgão público, paga com recursos públicos no intuito de divulgar atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos, e que, por isso mesmo, deve ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou de servidores públicos (Constituição, art. 37, § 1.º). Esse tipo de propaganda pode ter conotação eleitoral, se tiver o fim de cooptar eleitores, caso em que será ilícita ou irregular (podendo ser extemporânea, se ocorrer antes do período permitido para a propaganda eleitoral), ou pode servir para fins de promoção pessoal apenas. Nesse último caso (promoção), pela ausência de

²⁸³ Essa impropriedade foi muito bem percebida pelo Ministro Henrique Neves da Silva, do TSE, quando, em dois julgamentos, referiu-se ao significado técnico de uma propaganda de natureza subliminar. Na primeira decisão constou: “Propaganda ‘subliminar’. Impropriedade do termo no presente caso. A percepção subliminar de uma propaganda é aquela que não pode ser alcançada pelos sentidos humanos. Mesmo que seja certa a possibilidade de percepção subliminar, o poder de persuasão subliminar não é pacificamente aceito pela comunidade científica internacional” (Representação n.º 321274/DF, decisão monocrática de 11 de outubro de 2010, pub. mural, 12 out. 2010. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia>>. Acesso em: 25 mar. 2012). Na segunda: “O verbete – subliminar – é, com a devida vênia, impróprio para espelhar o que se pretende afirmar. A percepção subliminar de uma propaganda é aquela que não pode ser alcançada pelos sentidos humanos, donde a denominação subliminar, ou seja, o que está aquém dos limites. Experiência clássica deste tipo de propaganda – a partir da qual se passou a discutir os seus efeitos – foi realizada em 1957 pelo especialista em marketing americano James Vicary. Na exibição do filme ‘Picnic’ eram exibidas, por três milésimos de segundo, a cada cinco segundos, mensagens não percebidas pela visão humana para induzir os espectadores a comerem pipoca e beberem determinada marca de refrigerantes. O condutor do experimento, após seis semanas, apontou um substancial aumento na venda de pipocas e do respectivo refrigerante. Contudo, o mesmo especialista, em 1962, ao conceder uma entrevista, reconheceu que os dados do experimento apresentado, foram manipulados, não tendo sido possível repeti-los” (Representação n.º 98951/DF, decisão monocrática de 1.º de junho de 2010, *DJe*, 7 jun. 2010, p. 22-27. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia>>. Acesso em: 25 mar. 2012).

finalidade eleitoral, o ato poderá ser inquinado de ímprobo e estará fora da jurisdição eleitoral.

É possível, então, classificar as diversas modalidades de propaganda relacionadas ao direito eleitoral seguindo cinco critérios: (i) quanto ao gênero e às espécies – o gênero é a propaganda política, e as espécies, a propaganda partidária, a propaganda intrapartidária, a propaganda eleitoral e a propaganda institucional; (ii) quanto ao sujeito que a realiza – a propaganda pode ser realizada pelo partido (propaganda partidária, se fora do período eleitoral e atendendo às finalidades institucionais da agremiação; ou, se no período eleitoral, propaganda eleitoral), pelo filiado a partido (intrapartidária, objetivando a escolha do seu nome em convenção), pela coligação e pelo candidato (sempre propaganda eleitoral, no intuito de angariar votos), pelo poder público (propaganda institucional); (iii) quanto ao período de veiculação – propaganda antecipada, extemporânea ou serôdia (se fora do período permitido) e propaganda temporã (realizada dentro do período permitido); (iv) quanto à previsão legal – proibida ou ilegal (*outdoor*, por exemplo) e permitida, lícita ou regular; (v) quanto à forma de apresentação – propaganda disfarçada, escamoteada, indireta ou sub-reptícia (dita também “subliminar”) e propaganda explícita ou direta. Essa classificação, como qualquer classificação, é uma forma de olhar e de organizar os diversos tipos de propaganda. Por isso, uma determinada propaganda pode enquadrar-se em algumas ou até mesmo em todas essas classificações.

A legislação eleitoral é rica em normas sobre propaganda. E, na medida em que procura proteger *precipualemente* a liberdade, princípio basilar da propaganda eleitoral, está, inexoravelmente, resguardando a igualdade na disputa entre os candidatos. A Lei n.º 11.300, de 10 de maio de 2006, que modificou a Lei n.º 9.504/97, em diversos dispositivos, teve como objetivo diminuir os custos da campanha eleitoral, barateando a propaganda. Nessa perspectiva, não é difícil notar que a legislação eleitoral, em matéria de propaganda, também busca proteger *indiretamente* a própria lisura da campanha eleitoral contra influências abusivas antes vistas (abuso de poder econômico e político e uso indevido dos meios de comunicação social) e a vontade do eleitor – que não deixa, igualmente, de ser resguardada por esses dispositivos porque o eleitor deve ser convencido por meios lícitos, por técnicas propagandísticas legais, e não por meios obscuros (propaganda

escamoteada), afrontosos (propaganda abusiva), confusos e distorcidos (propaganda eleitoral na propaganda institucional), entre outros.

As sanções previstas na legislação sobre propaganda eleitoral são, basicamente, a retirada da propaganda e a imposição de multa. Podem ocorrer casos de direito de resposta e de perda de tempo para a veiculação da propaganda no rádio e na televisão. A depender da situação envolvida, outros ilícitos eleitorais poderão restar caracterizados, como conduta vedada a agentes públicos em campanha eleitoral, captação ilícita de sufrágio, captação ilícita de recursos para fins de campanha eleitoral, abuso de poder etc. (*abuso de poder de menor abrangência e abuso de poder de maior abrangência*), dando ensejo a procedimento apartado para tal fim e a imposição de sanções de outra espécie, conforme o ilícito, eventualmente, reconhecido na decisão.

4.5 CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO

Mesmo caracterizada como crime desde 1965 (art. 299), ano do atual Código Eleitoral, a corrupção eleitoral não foge ao caráter *simbólico* que acomete crimes dessa natureza, como adiante será visto. Um fato, todavia, é incontestável: a corrupção é uma patologia, um mal, uma prática que deve ser combatida (não simbolicamente) no Estado Democrático de Direito. Os dados trazidos por Botelho indicam isso e, para tanto, invocam-se três fontes distintas: (i) uma pesquisa do Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crimes (UNODC); (ii) uma pesquisa feita pelo professor Marcos Fernandes, coordenador de Economia da Fundação Getúlio Vargas (FGV); (iii) uma pesquisa do Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística (IBOPE). O UNODC, na pesquisa que realizou, constatou que US\$ 1 trilhão de dólares, por ano, é gasto com suborno em todo o mundo. Por outro lado, na pesquisa feita pelo professor Marcos Fernandes, da FGV, ficou demonstrado que o impacto da corrupção nas contas públicas corresponde a 0,5% do PIB, que, em 2005, atingiu R\$ 1,93 trilhão. Essa constatação indica que quase metade do valor orçado para investimentos no exercício de 2006 corresponde ao custeio da corrupção. Por fim, o IBOPE, agora sob o ângulo que mais de perto interessa a este trabalho, investigou a corrupção política no Brasil. Os tristes resultados foram: 69% dos eleitores brasileiros já transgrediram alguma lei ou descumpriram alguma regra contratual; 75% cometeriam pelo menos um dos 13 atos de corrupção relacionados

pela pesquisa, se tivessem a oportunidade. Além disso, o que já seria muito, a pesquisa constatou que diversos desvios de conduta de governantes, como contratação de parentes e transformação de viagens de serviço em lazer, são considerados normais pelos eleitores²⁸⁴. Calham as palavras de Hungria, atuais como nunca:

A corrupção campeia como um *poder* dentro do Estado. E em todos os setores: desde o “contínuo”, que não move um papel sem a percepção de propina, até a alta esfera administrativa, onde tantos *misteriosamente* enriquecem da noite para o dia. De quando em vez, rebenta um escândalo, em que se ceva o sensacionalismo jornalístico. A opinião pública vozeia indignada e Têmis ensaia o seu gládio; mas os processos penais, iniciados com estrépito, resultam, as mais das vêzes, num completo fracasso, quando não na iniquidade da condenação de uma meia dúzia de *intermediários* deixados à sua própria sorte. São raras as moscas que caem na teia de Aracne. O “estado-maior” da corrupção quase sempre fica resguardado, menos pela dificuldade de provas do que pela *razão de Estado*, pois a revelação de certas cumplicidades poderia afetar as próprias instituições²⁸⁵.

Não é sem razão que o texto constitucional listou a moralidade e a probidade como princípios fundamentais. A corrupção tem efeitos deletérios para a democracia e é oposta a esses princípios. A imoralidade administrativa gera a nulidade de atos administrativos. A improbidade administrativa é atacada com severas sanções pelo direito positivo não penal (Lei n.º 8.429/92). Valer-se do direito penal para esse fim é um dos maiores equívocos, e há razões para isso. É inquestionável, reconhece Zaffaroni, que a corrupção não pode ser tolerada, mas, com todo acerto, sustenta o jurista argentino que “é absurdo pretender mover este combate lançando mão do sistema penal, que é uma das áreas mais vulneráveis”²⁸⁶ à corrupção. E assim é porque, continua ele, “a corrupção surge no espaço do poder arbitrário, e a única forma eficaz de preveni-la é fechando esses espaços, mediante uma engenharia institucional melhor e constantemente renovada”²⁸⁷.

A sociedade organizada realizou uma grande mobilização nacional para modificar a lei das eleições (Lei n.º 9.504/97). Esse movimento é descrito no *site* do

²⁸⁴ BOTELHO, Ana Cristina Melo de Pontes. *Corrupção política: uma patologia social*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 131-132.

²⁸⁵ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 362-363, v. 9.

²⁸⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. 2. ed. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 63-64, nota de rodapé n.º 121.

²⁸⁷ ZAFFARONI, 2007, p. 63-64.

Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MMCE). Em 1997, o projeto “Combatendo a corrupção eleitoral” foi apresentado pela Comissão Brasileira Justiça e Paz à 35.^a Assembleia Geral da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. Em meio a reuniões, divulgações e busca de apoio, inclusive da mídia, o que viria a ser o projeto de lei de iniciativa popular foi elaborado por um grupo de trabalho presidido por Aristides Junqueira Alvarenga, ex-Procurador-Geral da República, além de contar com a participação de outros membros e representantes de diferentes entidades que vinham acompanhando o trabalho. A apresentação da iniciativa à Câmara Federal ocorreu com a entrega de folhas contendo 952.314 assinaturas, provenientes de todos os Estados da Federação; posteriormente, esse número chegou a 1.039.175²⁸⁸. Todavia, diante das dificuldades para fazer tramitar um projeto de iniciativa popular, a proposta foi subscrita por deputados²⁸⁹ e apresentada como de iniciativa parlamentar (PL n.º 1517/99). Diversas entidades²⁹⁰ contribuíram para que as assinaturas necessárias fossem conseguidas e o projeto, apresentado.

Transformado o projeto em lei, no dia 29 de setembro de 1999, foi publicada no *Diário Oficial da União* a Lei n.º 9.840, de 28 de setembro de 1999, que, além de acrescentar o artigo 41-A à lei das eleições (Lei n.º 9.504/97), deu nova redação ao § 5.º do artigo 73 e revogou o § 6.º do artigo 96 da mesma lei, além de modificar o inciso IV do artigo 262 do Código Eleitoral. A captação ilícita de sufrágio²⁹¹ passou a ter dispositivo (art. 41-A da Lei n.º 9.504/97) na esfera não criminal. A definição de

²⁸⁸ Por Estado da Federação e mais o Distrito Federal, os números são: Acre (937), Alagoas (13.362), Amazonas (4.777), Amapá (1.584), Bahia (24.596), Ceará (46.504), Distrito Federal (27.727), Espírito Santo (53.144), Goiás (24.720), Maranhão (5.769), Minas Gerais (173.722), Mato Grosso do Sul (5.348), Mato Grosso (9.642), Pará (24.688), Paraíba (11.713), Pernambuco (16.249), Piauí (10.304), Paraná (92.847), Rio de Janeiro (32.415), Rio Grande do Norte (3.993), Rondônia (2.446), Roraima (98), Rio Grande do Sul (37.632), Santa Catarina (13.420), Sergipe (4.587), São Paulo (393.259), Tocantins (1.895), Diversos (1.797) (Disponível em: <<http://www.mcce.org.br/node/6>>. Acesso em: 22 mar. 2012).

²⁸⁹ Os deputados foram: Albérico Cordeiro, do PTB, Aldo Rebelo, do Pcdob, Antonio Carlos Biscaya, do PT, Antonio Medeiros, do PFL, Arnaldo Faria de Sá, do PPB, Cabo Júlio, do PL, Fernando Gabeira, do PV, Gustavo Fruet, do PMDB, João Hermann Neto, do PPS, Luiza Erundina, do PSB, e Zulaiê Cobra Ribeiro, do PSDB. Outros cinquenta deputados também o subscreveram, apoiando-o individualmente (Disponível em: <<http://www.mcce.org.br/node/6>>. Acesso em: 22 mar. 2012).

²⁹⁰ O *site* do Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral indica, nominalmente, a participação de 55 (cinquenta e cinco) entidades (Disponível em: <<http://www.mcce.org.br/node/6>>. Acesso em: 22 mar. 2012).

²⁹¹ Embora a lei reporte-se a *sufrágio*, não custa registrar a pertinente distinção feita por Silva: “As palavras *sufrágio* e *voto* são empregadas comumente como sinônimas. A Constituição, no entanto, dá-lhes sentidos diferentes, especialmente no seu art. 14, por onde se vê que o *sufrágio* é *universal* e o *voto* é *direto*, *secreto* e tem valor *igual*. A palavra *voto* é empregada em outros dispositivos, exprimindo a vontade num processo decisório. *Escrutínio* é outro termo com que se confundem as palavras *sufrágio* e *voto*. É que os três se inserem no processo de participação do povo no governo, expressando: um, o direito (*sufrágio*), outro, o seu exercício (*voto*), e o outro, o modo de exercício (*escrutínio*)” (SILVA, 1999, p. 350).

captação ilícita de sufrágio é dada pelo legislador e consiste no fato de “o candidato doar, oferecer, prometer, ou entregar, ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto, bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública, desde o registro da candidatura até o dia da eleição”.

A norma protege *num primeiro plano* a liberdade para o exercício do voto por parte do eleitor, para que ele não seja, sob qualquer forma, levado a escolher um candidato, não em razão de suas propostas políticas, mas de fatores estranhos, decorrentes da corrupção eleitoral. Além disso, *num segundo plano*, procura evitar a disputa desigual com candidatos, *e.g.*, mais aquinhoados financeiramente e que, portanto, podem injetar recursos durante a campanha, “adquirindo” ilicitamente votos para si. Por isso, outro bem jurídico protegido é a igual oportunidade entre os candidatos. Mas não é só. Se, de um lado, almeja-se que o eleitor manifeste sua vontade nas urnas escorreitamente, e, de outro, que os candidatos disputem o pleito em igualdade de condições, a norma tutela também a normalidade e a legitimidade do pleito²⁹². A proteção dada ao bem jurídico procura evitar o nascedouro do *abuso de poder de maior abrangência*, que, nesse caso, é a corrupção eleitoral. Na verdade, as situações flagradas e levadas perante a Justiça Eleitoral com sancionamento dos culpados não passa da ponta do *iceberg*²⁹³ de um grandioso esquema de corrupção montado a cada eleição para a compra de votos.

As sanções previstas são a imposição de multa e a cassação do registro ou do diploma. Essas últimas sanções são alternativas; se procedente a representação eleitoral, o registro será cassado ou o diploma, a depender do momento em que ocorra o julgamento. Segundo doutrina majoritária e também de acordo com a

²⁹² Sanseverino sustenta que “O art. 41-A da Lei n.º 9.504/97 protege como bens jurídicos, de forma mais ampla, a normalidade e a legitimidade das eleições decorrentes dos Princípios Democrático e Republicano; de maneira mais específica, protege, a um só tempo, o direito de votar do eleitor, nos aspectos da sua liberdade de consciência, da liberdade de opção, bem como a igualdade de oportunidade entre candidatos, partidos e coligações” (SANSEVERINO, Francisco de Assis Vieira. *Compra de votos: análise à luz dos princípios constitucionais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007, p. 274).

²⁹³ “Temos, aqui, o que o Ministro Nelson Jobim costuma chamar de ‘pico do iceberg’. Jamais teremos, Sra. Presidente, Srs. Ministros, em feitos dessa natureza, mais do que o pico ou a ponta do *iceberg*. Exigir que se tenha todo o esquema montado, na sua integralidade, é exigir o impossível. Daí a feliz escolha da figura do *iceberg*. Basta lembrar o Titanic, que teria naufragado por conta de um *iceberg* totalmente submerso. Revelar apenas a ponta do *iceberg* já demanda um esforço imenso, mas exigir que tenhamos todo o *iceberg* exposto é exigir o impossível, é negar a aplicação da legislação eleitoral” (Trecho da manifestação da Procuradoria-Geral Eleitoral integrante do Acórdão do Recurso Especial Eleitoral n.º 21.264, Macapá/AP, Relator Ministro Carlos Velloso, j. 27 abr. 2004. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia>>. Acesso em: 12 set. 2012).

jurisprudência do TSE, as sanções não implicam inelegibilidade²⁹⁴, e os votos obtidos pelo candidato cassado pela prática de captação ilícita de sufrágio serão considerados nulos. A jurisprudência tem firmado o entendimento de que basta uma conduta simples para a caracterização do ilícito, como, por exemplo, a compra de voto de um eleitor por uma pequena quantia em dinheiro. Como o objetivo da norma é tutelar a *liberdade para o exercício do voto* como bem jurídico, o abuso de poder aqui praticado é *de menor abrangência*. Não se cogita a afetação da normalidade e da legitimidade do pleito, embora, como ressaltado, a captação ilícita de sufrágio é a *ponta do iceberg* do *abuso de poder de maior abrangência* no período da campanha, e é o *ovo da serpente*, o *germe* da improbidade administrativa, que se desenvolverá às escondidas durante a gestão do administrador corrupto, apresentando-se sob as mais diversas formas. *Toda compra de votos é prova de um abuso de poder de maior ou de menor abrangência no presente e o prenúncio de improbidade no futuro.*

4.6 CAPTAÇÃO E GASTOS ILÍCITOS DE RECURSOS PARA CAMPANHA ELEITORAL

Os custos de uma campanha eleitoral são elevados. O custo total (todos os candidatos do país) da campanha eleitoral no país nas eleições de 2010 foi, em dados declarados à Justiça Eleitoral, de R\$ 3.770.522.260,83²⁹⁵, quantia que certamente está distante dos números reais, daquilo que efetivamente foi gasto durante a campanha. Só em razão do horário eleitoral “gratuito”, a Receita Federal deixou de arrecadar, desde 2002, R\$ 4 bilhões. Em 2012, R\$ 606,1 milhões deixaram de ser arrecadados. Cada brasileiro paga a importância de R\$ 3,18 para receber informações sobre os candidatos e os partidos políticos nas rádios e nas

²⁹⁴ De fato, o artigo 41-A não determina que o órgão julgador aplique inelegibilidade ao candidato na decisão. Todavia, hoje, com a edição da Lei Complementar n.º 135, de 4 de junho de 2010, que alterou a Lei Complementar n.º 64, de 18 de maio de 1990, serão considerados inelegíveis “os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, por corrupção eleitoral, por captação ilícita de sufrágio, por doação, captação ou gastos ilícitos de recursos de campanha ou por conduta vedada aos agentes públicos em campanhas eleitorais que impliquem cassação do registro ou do diploma, pelo prazo de 8 (oito) anos a contar da eleição” (art. 1.º, I, “j”, da LC n.º 64/90). Logo no início de vigência da Lei n.º 9.840, de 28 de setembro de 1999, houve várias discussões a respeito de sua constitucionalidade, em especial, quanto ao artigo 41-A, porque, segundo parte da doutrina e também alguns julgados da própria Justiça Eleitoral, o dispositivo trataria de inelegibilidade, matéria que é reservada pela Constituição apenas à lei complementar (art. 14, § 9.º).

²⁹⁵ Dados da ONG Transparência Brasil. Disponível em: <<http://www.asclaras.org.br/>>. Acesso em: 14 set. 2012.

TV²⁹⁶. Esses são meros exemplos das quantias exorbitantes que giram em torno de uma campanha eleitoral. A arrecadação e o gasto de recursos (humanos e materiais) para a consecução do objetivo final, que é a eleição do candidato, são temas que suscitam muitas controvérsias e o constante debate nas mais diversas áreas (no âmbito da política, do direito, da economia etc.).

É possível falar em três modelos de financiamento: estritamente público, estritamente privado e misto. Todos têm, de uma forma ou de outra, os objetivos de reduzir a influência do capital privado na campanha, diminuir os índices de abuso do poder econômico, acabar, ou pelo menos minimizar o máximo possível, a contabilidade paralela (“caixa 2”); propiciar maior igualdade entre os candidatos; fortalecer os partidos políticos e instituir a possibilidade real de alternância no poder entre candidatos e partidos. Não há modelo contra o qual não sejam assacadas severas críticas. O mais indicado, ao que parece, é que cada país adote um determinado modelo de financiamento e adapte-o à sua realidade para o melhor atingimento dos fins pretendidos. O combate a práticas ilícitas na campanha eleitoral quanto aos recursos (arrecadação e gastos) passa por várias medidas, entre as quais três são fundamentais. A *primeira* é a criação de instrumentos eficientes de controle para a Justiça Eleitoral. A proibição de doações privadas não impedirá que os financiadores ocultos busquem caminhos diversos para que o dinheiro injetado na campanha eleitoral não seja detectado. A Justiça Eleitoral deve estar munida de um aparato técnico suficiente para rastrear esse dinheiro, identificar os doadores e beneficiários e puni-los adequadamente. A *segunda* consiste em dar maior publicidade às doações e aos doadores. A publicidade tem relação estreita com a igualdade entre os concorrentes e com o próprio regime democrático. Os recursos tecnológicos disponíveis no mundo moderno facilitam sobretudo a divulgação dos dados das prestações de contas referentes às campanhas eleitorais. A *terceira* medida é o incentivo às pequenas doações, no caso de adoção de modelo de financiamento privado ou misto, por meio de mecanismos, como a restituição, pelo Estado, de gastos realizados na campanha, proporcionalmente aos votos obtidos pela agremiação, ou, como no modelo alemão, a isenção fiscal em

²⁹⁶ Dados da ONG Contas Abertas. Disponível em: <<http://contasabertas.com.br/WebSite/Noticias/DetalheNoticias.aspx?Id=989&AspxAutoDetectCookieSupport=1>>. Acesso em: 14 set. 2012.

percentuais decrescentes em relação aos valores doados – quanto menor o valor, maior o percentual de isenção; quanto maior o valor, menor o percentual²⁹⁷.

O financiamento da campanha eleitoral está sempre na pauta do dia. É um dos assuntos mais polêmicos quando se fala em reforma política no Brasil. Atualmente, a legislação brasileira encampa um regime misto de financiamento da campanha eleitoral, com recursos dos próprios candidatos, de doações de pessoas físicas e jurídicas, com o horário eleitoral “gratuito” no rádio e na televisão, com recursos do Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos (Fundo Partidário). Esse fundo é formado a partir de (i) multas e penalidades pecuniárias aplicadas nos termos do Código Eleitoral e leis conexas, (ii) recursos financeiros que lhe forem destinados por lei, em caráter permanente ou eventual, (iii) doações de pessoa física ou jurídica, efetuadas por intermédio de depósitos bancários diretamente na conta do Fundo Partidário, (iv) dotações orçamentárias da União em valor nunca inferior, cada ano, ao número de eleitores inscritos em 31 de dezembro do ano anterior ao da proposta orçamentária, multiplicados por trinta e cinco centavos de real, em valores de agosto de 1995 (Lei n.º 9.096, de 19 de setembro de 1995, art. 38).

Existem diversas vedações quanto ao financiamento da campanha eleitoral e também o dever de prestar contas perante a Justiça Eleitoral. O modelo brasileiro, todavia, tem demonstrado ser extremamente vulnerável à prática de ilícitos. Não havia, até 2006, dispositivo que punisse o infrator de forma específica, atingindo seu diploma, se eleito fosse, ou cassando seu mandato, caso já tivesse assumido. Não é raro que no Brasil leis sejam produzidas por força de fatos de repercussão nacional. A mídia exerce um papel de extrema importância nesse processo e, não poucas vezes, atende a determinados interesses ou a um *clamor social*²⁹⁸. Os fatos

²⁹⁷ LIMA, Sídia Maria Porto. *Prestação de contas e financiamento de campanhas eleitorais*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 86.

²⁹⁸ Entre os melhores exemplos disso, registrados por Franco, estão as alterações na Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos. “As chacinas, principalmente, de menores de rua, tiveram repercussão muito viva no Brasil, como também em nível internacional. Se os linchamentos, as execuções sumárias e as chacinas já não bastassem, o homicídio cruel de Daniela Perez, artista em ascensão no mundo da telenovela, foi a gota d’água que mobilizou, de modo maciço, os meios de comunicação social e desencadeou uma campanha vigorosa para o aumento da repressão, com a conseqüente rotulagem do homicídio como crime hediondo. A Lei 8.930, de 6 de setembro de 1994, foi o produto final da pressão dirigida ao Congresso Nacional pelos meios de comunicação social [...]” (FRANCO, 2000, p. 102). Mais adiante, continua o autor, noticiando que a “explosiva questão da falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produtos alimentícios ou de produtos para fins terapêuticos ou medicinais, posta a nu, de modo gritante, nas televisões e nos jornais nacionais no segundo trimestre do ano de 1998, necessitava ser equacionada

ensejadores de um dispositivo específico na legislação a respeito da captação e de gastos ilícitos de recursos financeiros para campanha eleitoral decorreram dos escândalos divulgados na época sobre o “caixa 2”, que resultou naquilo que ficou conhecido como “mensalão”²⁹⁹. Considerando esses fatos, o legislador produziu a Lei n.º 11.300/06, promovendo diversas alterações na Lei n.º 9.504/97, a lei das eleições. Entre essas modificações, foi inserido o artigo 30-A, que caracteriza como ilícito (não criminal) a captação e os gastos ilícitos de recursos financeiros para campanha eleitoral.

A Lei n.º 11.300/06, foi objeto de questionamento no STF por intermédio da ADI n.º 3741. O TSE regulamentou a nova lei, atendendo ao disposto no seu artigo 2.º, conforme Resolução n.º 22.205/TSE, de 23 de maio de 2006. No julgamento daquela ADI, apenas o artigo 35-A foi tido como inconstitucional. Logo, foram mantidos o artigo 30-A e os outros dispositivos da referida lei. Segundo a parte final do *caput* do artigo 30-A da Lei n.º 9.504/97, a ação judicial a ser proposta terá como objetivo a apuração de condutas em desacordo com as normas da lei eleitoral relativas à arrecadação e aos gastos de recursos. O § 1.º acresce um elemento teleológico para a caracterização do ilícito e, portanto, para a aplicação da sanção: o fim eleitoral.

O ilícito previsto no artigo 30-A é definido por Costa da seguinte forma:

A captação ilícita de recursos para fins eleitorais é toda aquela que esteja em desacordo com a Lei n.º 9.504/97, advinda de qualquer daquelas entidades previstas no art. 24 ou, ainda que de origem em si mesma não vedada, sejam recursos que não transitem pela conta obrigatória do candidato (caixa dois) e, ao mesmo tempo, sejam aplicados indevidamente na campanha eleitoral, guardada a distinção com a hipótese de abuso de poder econômico, prevista no § 3º, do art. 22. Outrossim, reputam-se gastos ilícitos de recursos para fins eleitorais aqueles realizados sem a observância das normas da Lei n.º 9.504/97, como gastos para a confecção de brindes, bótons, bonés, outorga de prêmios, doações para eleitores ou

e, como de hábito, o Direito Penal foi chamado a exercer seus poderes mágicos” (FRANCO, 2000, p. 102-103). Daí adveio a Lei n.º 9.677, de 2 de julho de 1998 e a Lei n.º 9.695, de 20 de agosto de 1998.

²⁹⁹ A respeito desse aspecto histórico envolvendo o artigo 30-A, Gomes diz: “É fruto da minirreforma eleitoral que se seguiu ao acirrado debate desencadeado nomeadamente pelo lastimável episódio que ficou conhecido como ‘mensalão’, no qual muitos deputados federais foram acusados de ‘vender’ seus votos para apoiar o governo no Parlamento. Como é sabido, as investigações levadas a efeito pela ‘CPI do Mensalão’ expuseram à luz do meio-dia as misérias, os descaminhos, enfim, a triste sina da política praticada nos trópicos” (GOMES, J., 2009, p. 483).

peças jurídicas (associações, por exemplo), pagamento de artistas para a realização de eventos em prol de candidatura, etc.³⁰⁰.

Dois são os bens jurídicos tutelados: a *lisura da campanha eleitoral* e a *igualdade* que deve existir no certame eleitoral *entre os concorrentes*. A campanha eleitoral não deve ser conspurcada com recursos de fontes proibidas ou com recursos obtidos de modo ilícito ou, ainda, com gastos não tolerados pela legislação³⁰¹. Se isso ocorrer, não só a campanha estará contaminada, mas também o próprio mandato eletivo (*arbor ex fructu cognoscitur*, isto é, pelo fruto se conhece a árvore). Quanto à igualdade entre os candidatos, a norma objetiva diretamente afastar a influência do abuso do poder econômico (*de maior abrangência*), que, por via transversa (“caixa 2”), atinge em cheio a legitimidade do pleito³⁰². Não deixa, dessa forma, de proteger também, ainda que *indiretamente*, a vontade do eleitor. Os votos postos nas urnas não devem ser o resultado de uma campanha eleitoral que tenha como suporte financeiro um tremedal de ilicitudes.

As sanções³⁰³ previstas são a negação ou a cassação do diploma. Se ainda não obteve o diploma, o candidato ficará impedido, por força de ordem judicial, de recebê-lo. Se, ao contrário, o infrator já tiver sido diplomado, o diploma outorgado será cassado. Constata-se que a norma não atinge o registro de candidatura, que permanece intacto, mas o efeito prático é o mesmo, pois o candidato, se eleito, não poderá exercer o mandato; se já estiver exercendo o mandato, dele será afastado,

³⁰⁰ COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de direito eleitoral*. 7. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 509.

³⁰¹ Por exemplo, a Lei n.º 9.504/97 dispõe, em seu artigo 22, sobre as fontes vedadas para o financiamento da campanha eleitoral. São elas: entidade ou governo estrangeiro; órgão da Administração Pública direta e indireta ou fundação mantida com recursos provenientes do Poder Público; concessionário ou permissionário de serviço público; entidade de direito privado que receba, na condição de beneficiária, contribuição compulsória em virtude de disposição legal; entidade de utilidade pública; entidade de classe ou sindical; pessoa jurídica sem fins lucrativos que receba recursos do exterior; entidades beneficentes e religiosas; entidades esportivas; organizações não governamentais que recebam recursos públicos; organizações da sociedade civil de interesse público. No seu artigo 39, § 6.º, a Lei n.º 9.504/97 veda, na campanha eleitoral, a confecção, a utilização, a distribuição por comitê, por candidato, ou com a sua autorização, de camisetas, chaveiros, bonés, canetas, brindes, cestas básicas ou quaisquer outros bens ou materiais que possam proporcionar vantagem ao eleitor.

³⁰² GOMES, J., 2009, p. 484.

³⁰³ A arrecadação e o gasto ilícito de recursos financeiros na campanha não implicam, a princípio, inelegibilidade. Todavia, hoje, com a edição da Lei Complementar n.º 135, de 4 de junho de 2010, que alterou a Lei Complementar n.º 64, de 18 de maio de 1990, serão considerados inelegíveis “os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, por corrupção eleitoral, por captação ilícita de sufrágio, por doação, captação ou gastos ilícitos de recursos de campanha ou por conduta vedada aos agentes públicos em campanhas eleitorais que impliquem cassação do registro ou do diploma, pelo prazo de 8 (oito) anos a contar da eleição” (art. 1.º, I, “j”, da LC n.º 64/90).

ou, se não eleito, não poderá assumir eventual vaga surgida por algum motivo e que, a princípio, seria sua por força do resultado das urnas.

4.7 PROTEÇÃO E CRIMINALIZAÇÃO: A DISTINÇÃO NECESSÁRIA

Proteger não significa, necessariamente, criminalizar. O direito penal como *ultima ratio* já deixa transparecer essa ideia. No caso do direito eleitoral brasileiro, como visto, existem mecanismos não criminais de proteção dos bens jurídicos eleitorais relevantes: a lisura e a legitimidade do pleito, a igualdade entre os candidatos, o exercício livre e consciente da vontade do eleitor. O direito penal sempre deve ser visto como um limite para o poder punitivo do Estado. Se o legislador deve sofrer constrangimentos principiológicos para que não haja alargamentos desnecessários em matéria penal, quando existe, por exemplo, proteção sob outras formas de direito, o julgador está igualmente, ou muito mais, submetido às amarras do direito penal fundado em princípios constitucionais.

Por isso, exige-se muita cautela para que não se construa, mesmo partindo de princípios – o que é até mais perigoso –, uma formulação teórica que deságue em exasperação penal, evidentemente desfavorável ao cidadão, como é o caso da utilização do princípio da proporcionalidade para dizer que a norma penal protegeu de forma deficiente um determinado bem. É o chamado *garantismo positivo* posto ao lado do *garantismo negativo*, que objetiva coibir os excessos do Estado, ambos constituindo a *dupla face do princípio da proporcionalidade*, segundo a construção da doutrina alemã.

A proporcionalidade possui, nesse viés, dupla face: a de proteção positiva e a de proteção de omissões estatais. A inconstitucionalidade pode decorrer de excesso do Estado ou pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental (nas suas diversas dimensões). Essa segunda face concretiza-se quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos³⁰⁴. Na síntese de Streck, a proporcionalidade apresenta-se de duas maneiras: havendo excesso do Estado, a lei é

³⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, n. 97, p. 171-202, mar. 2005. Todas as referências feitas ao longo deste item, salvo menção diversa, foram extraídas desse artigo.

inconstitucional, “ocasião em que se estará diante da proibição de excesso (*Übermassverbot*), ou a lei poderá ser inconstitucional porque o Estado protegeu de forma insuficiente determinado direito, hipótese em que se poderá invocar a *Untermassverbot*”³⁰⁵.

A tese de Streck parte de premissas caras ao Direito, e ao direito penal em particular. Fundado na *integridade* de Dworkin, Streck sustenta que os dois sentidos da desproporção (negativo ou positivo) somente podem ser dados mediante a obediência à integridade do direito, querendo dizer com isso que não é da subjetividade do aplicador, para que sejam evitados decisionismos. Por outro lado, os bens jurídicos tutelados pelo direito penal devem ser tidos como realizações de valores constitucionais, que estão ligados, direta ou indiretamente, aos direitos e deveres fundamentais. Na esfera do Estado Democrático de Direito, à luz do garantismo positivo, determinados bens fundamentais devem ser protegidos pelo direito penal, de modo que a omissão do legislador propicia o uso da cláusula de *proibição de proteção deficiente*. Além dessas premissas, Streck admite a existência de mandados de criminalização expressos e implícitos; por isso, em razão destes últimos, as *baterias* do direito penal devem voltar-se para o combate a crimes que impedem a realização de direitos fundamentais.

Ainda na sua linha argumentativa sobre os direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade (dupla face), Streck reconhece que o *garantismo positivo* é uma preocupação do sistema jurídico quando o Estado não protege de maneira suficiente determinado direito fundamental. Assim, não apenas atos estatais que protejam de forma deficiente um direito fundamental, mas também suas omissões quanto a direitos fundamentais darão ensanchas à incidência do princípio da proporcionalidade expresso na cláusula de proibição de proteção deficiente. Trata-se, na verdade, de hipóteses de inconstitucionalidade, seja pelo excesso (garantismo negativo), seja pela proteção deficiente (garantismo positivo). É reconhecido, ainda, o caráter subsidiário do direito penal, pois o direito penal não é o único instrumento para a proteção de bens jurídicos.

A questão controversa aqui posta em debate não concerne às origens ou às premissas (quase todas) desenvolvidas sobre a dupla face do princípio da proporcionalidade (proibições de excesso e de proteção deficiente), mas diz respeito

³⁰⁵ Id., 2009, p. 490.

às conclusões a que chega Streck no âmbito do direito penal. A primeira delas é quanto aos crimes de menor potencial ofensivo (Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências, e Lei n.º 10.259, de 12 de julho de 2001, que dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal), pois não poderia o legislador equiparar tantos bens (crimes de menor potencial ofensivo) e tão diversos dentro dessa solução dado o “quadro de descrédito geral da população”. Caberia ao direito penal não apenas proteger bens jurídicos, mas também *gerar um sentimento de reconhecimento*. Na segunda, respondendo à pergunta sobre quais seriam, então, os crimes de menor potencial ofensivo, mesmo reconhecendo que não é tarefa fácil, Streck propõe que o direito penal deve combater: (i) crimes que impeçam a realização dos objetivos do Estado; (ii) crimes que violem direitos fundamentais; (iii) crimes que ofendam bens jurídicos inerentes ao exercício da autoridade estatal, como a desobediência e o desacato; (iv) crimes que ferem a dignidade da pessoa, como os casos de abuso de autoridade; (v) crimes contra o meio ambiente; (vi) crimes contra as relações de consumo; (vii) crimes tributários; (viii) crimes contra crianças e adolescentes; (ix) crimes nas licitações; (x) crimes previstos no Código Penal, como exposição ou abandono de recém-nascido, subtração de incapazes, violação de domicílio (se o crime for cometido durante a noite ou em lugar ermo, ou com o emprego de violência ou de arma ou por duas ou mais pessoas), atentado ao pudor mediante fraude etc. Todo esse rol exemplificativo não pode ser taxado de menor potencial ofensivo, pois são crimes tidos como *relevantes*, *não insignificantes* e não podem estar sujeitos à “institucionalização das cestas básicas”.

Dois fatores demonstram que não é bem assim. Primeiro, os mandados constitucionais (mesmo os expressos) não significam, por si sós, para o legislador, obrigações de criminalizar condutas, como visto alhures. Depois, sendo (como é) o direito penal *ultima ratio*, se o bem jurídico está protegido doutra forma, não há necessidade de criminalizar. Daí a assertiva de que proteger não significa, peremptoriamente, criminalizar. E o caso do direito eleitoral brasileiro é bastante ilustrativo. Além disso, abre-se margem para subjetivismos em prejuízo do cidadão em matéria penal, pois, se o legislador não protegeu adequadamente, o julgador poderia fazê-lo aplicando pena mais severa, utilizando-se de analogia penal em

desfavor do acusado, dar interpretação conforme³⁰⁶ para exacerbar a sanção penal etc.? Caso não possa – e é o que parece evidente –, que amarra(s) pode(m) apresentar-se? A resposta só pode residir nos *princípios* do Direito, na medida em que *fecham* sentido. Eis o itinerário de volta à longa caminhada criminal feita pela *dupla face do princípio da proporcionalidade*.

Os exemplos expostos acima – os casos de abuso de poder, as condutas vedadas aos agentes públicos em campanha eleitoral, a propaganda eleitoral, a captação ilícita de sufrágio e a captação e gastos ilícitos de recursos para campanha eleitoral –, ainda que de forma sintética, serviram para demonstrar que essas normas de natureza cível-eleitoral tutelam bens jurídicos relevantes no âmbito do direito eleitoral. Essa proteção tem-se dado de forma adequada não só pelo número de ações propostas em cada pleito – e uma simples consulta aos *sites* das Cortes Eleitorais demonstra isso –, como também pelas graves sanções impostas aos que têm sido condenados nessas ações e, por fim, pelos próprios resultados (quantitativos) desses julgamentos.

Além disso, a duração desses feitos é, em regra, muito curta. A Justiça Eleitoral, até mesmo por estar voltada para deliberações referentes ao pleito, pelo menos no primeiro (juízes e juntas eleitorais) e no segundo grau (tribunais regionais eleitorais), tem primado pela celeridade. Como se isso não fosse suficiente, esses procedimentos não são de natureza *administrativa*, mas de índole *cível-eleitoral*, portanto, com observância de todas as regras do devido processo legal, contraditório, ampla defesa etc. Existem procedimentos muito céleres, como os que envolvem direito de resposta e propaganda eleitoral. Há também procedimentos não morosos que permitem a oitiva de testemunhas, a juntada de documentos, perícias, alegações escritas, entre outros atos processuais, tudo sob o crivo do contraditório e perante o juiz natural³⁰⁷.

Por isso mesmo, não se está propondo aqui lançar para o direito administrativo punições hoje levadas a efeito pelo direito eleitoral por intermédio dos

³⁰⁶ A explicação sobre o sentido da interpretação conforme vem de Bonavides: “Método especial de interpretação, floresceu basicamente durante os últimos tempos à sombra dos arestos da Corte Constitucional de Karlsruhe, na Alemanha, que o perfilhou decididamente, sem embargo das contradições de sua jurisprudência a esse respeito. A *Verfassungskonforme Auslegung*, consoante decorre de explicitação feita por aquele Tribunal, significa na essência que nenhuma lei será declarada inconstitucional quando comportar uma interpretação ‘em harmonia com a Constituição’ e, ao ser assim interpretada, conservar seu sentido ou significado” (BONAVIDES, 2010, p. 518).

³⁰⁷ Os dois principais ritos no direito eleitoral permitem uma ampla produção de prova, conforme Lei Complementar n.º 64, de 18 de maio de 1990, artigo 3 e seguintes e artigo 22.

crimes eleitorais. Esse tipo de ideia esbarra num problema que parece ser ainda mais grave: o poder estatal agiria sem as “amarras” (ou garantias) de um processo judicial³⁰⁸. O controle dar-se-ia *a posteriori*, e não durante o desenvolvimento do próprio processo, como é de se esperar. O processo eleitoral de natureza não criminal obedece a todos os comandos constitucionais do devido processo legal e, em regra, preocupa muito mais a parte que figura no polo passivo, pois muitas sanções, a depender do ilícito praticado, podem atingir o registro de candidatura, o diploma e o mandato eletivo.

³⁰⁸ A advertência vem de Bustos Ramírez: “[...] convertir hoy toda pena criminal en un problema administrativo llevaría seguramente a un aumento de la arbitrariedad y a una absolutización del control por parte del Estado; el dejar hoy todo el problema de la pena entregado a las organizaciones sociales específicas, vecinales, sindicales, gremiales, aumentaría el control en términos invivibles para los sujetos [...]” (apud SILVA SÁNCHEZ, 1992, p. 292).

5 A (DES)CRIMINALIZAÇÃO NO DIREITO ELEITORAL

5.1 NOÇÕES GERAIS SOBRE OS TIPOS PENAIS ELEITORAIS

A legislação penal regulamentadora dos crimes eleitorais³⁰⁹ tem a sua base primordial no Código Eleitoral (Lei n.º 4.737, de 15 de julho de 1965). Porém, leis extravagantes, posteriores ao código, passaram a tipificar diversas condutas, como ressaltado por Cândido, que lista, em ordem cronológica: (i) Lei n.º 6.091, de 15 de agosto de 1974 – Lei do Transporte e Alimentação de Eleitores (Dispõe sobre o fornecimento gratuito de transporte, em dias de eleições, a eleitores residentes nas zonas rurais, e dá outras providências); (ii) Lei n.º 7.021, de 6 de setembro de 1982 (Estabelece o modelo de cédula oficial única a ser usada nas eleições de 15 de novembro de 1982 e dá outras providências); (iii) Lei Complementar n.º 64, de 18 de maio de 1990 – Lei de Inelegibilidades (Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9.º, da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências); (iv) Lei n.º 9.504, de 30 de setembro de 1997 – Lei das Eleições (Estabelece normas para as eleições)³¹⁰.

Os crimes eleitorais são crimes comuns, que, por sua vez, recebem essa designação para que não sejam confundidos com os crimes de responsabilidade. O STF³¹¹, em mais de uma ocasião, desde longa data, entende que os crimes eleitorais são comuns. Depois de fazer a análise de alguns julgados do STF, Gomes, por exemplo, sustenta que em nenhum momento desses julgamentos é negada a

³⁰⁹ São usadas aqui indistintamente as expressões “crimes eleitorais” e “tipos penais eleitorais”.

³¹⁰ CÂNDIDO, Joel. *Direito penal eleitoral & processo penal eleitoral*. Bauru, SP: EDIPRO, 2006, p. 27.

³¹¹ No julgamento do Conflito de Jurisdição n.º 00069715/110, o relator, Ministro Paulo Brossard, invoca diversos precedentes a respeito, entre os quais: “Crime eleitoral é reputado, na técnica constitucional, crime comum. O Deputado Federal, que o pratica, está sujeito a foro especial por prerrogativa de função [...]” (Reclamação n.º 10. Relator Ministro Adalício Nogueira. Acórdão de 10 de novembro de 1971. *Boletim Eleitoral*, n. 258, p. 561); “Na técnica constitucional, a expressão crime comum, ditada em oposição a crime de responsabilidade (art. 32 § 2º), compreende entre outros os crimes eleitorais” (Ações Penais n.º 216 e 217. Relator Ministro Thompson Flores. Acórdão de 22 de abril de 1976); “De muito, firmou-se a jurisprudência desta Corte no sentido de que ‘crime eleitoral é reputado, na técnica constitucional, crime comum’ [...]” (Habeas Corpus n.º 65.406. Relator Ministro Moreira Alves. Acórdão de 16 de setembro de 1987. *RTJ*, 123-122). Na ementa desse Conflito de Jurisdição ficou consignado: “A expressão crime comum, na linguagem constitucional, é usada em contraposição aos impropriamente chamados crimes de responsabilidade, cuja sanção é política, e abrange, por conseguinte, todo e qualquer delito, entre outros, os crimes eleitorais” (Conflito de Jurisdição n.º 00069715/110. Relator Ministro Paulo Brossard. Acórdão de 30 de outubro de 1991. *DJ*, 21 fev. 1992, Ementário n.º 1.650-1, Tribunal Pleno). (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=6971&classe=CJ>>. Acesso em: 12 set. 2012).

natureza *política* dos crimes eleitorais, apenas é estabelecida a oposição entre crimes eleitorais e crimes de responsabilidade. Sustenta a autora que os crimes eleitorais dizem respeito às instituições políticas do Estado e buscam proteger bens jurídicos expressos na liberdade de direito de sufrágio e na legitimidade das eleições, ou, em síntese, procuram resguardar os *direitos políticos*, por isso são espécies de *crimes políticos*³¹². Entendendo-se os crimes políticos dessa forma, a autora está com razão. No mesmo sentido, Ribeiro invoca dois motivos para considerar os crimes eleitorais como crimes políticos: primeiro (critério positivo), o legislador retirou-os do contexto do Código Penal e inseriu-os em um capítulo próprio da codificação eleitoral; segundo (teleológico), os crimes eleitorais buscam impedir que as instituições representativas, estruturas básicas da organização política democrática, sejam afetadas³¹³.

A produção doutrinária a respeito dos crimes eleitorais tem proposto classificações pautadas por critérios diversos, portanto, nem sempre pela ideia do bem jurídico protegido pela norma. Aqui serão listadas apenas quatro classificações para fins de análise e reflexão. Duas delas mais antigas – a de Nelson Hungria e a de Fávila Ribeiro – e duas mais recentes – a de Joel Cândido e a de Suzana Gomes.

Em artigo sobre os crimes eleitorais, Nelson Hungria classificou os crimes eleitorais previstos no Código Eleitoral em: (i) abusiva propaganda eleitoral (arts. 322 a 337); (ii) corrupção eleitoral (art. 299); (iii) fraude eleitoral (arts. 289 a 291, 302, 307, 309, 310, 312, 315, 317, 319, 321, 337, 339, 340, 348, 349, 352, 353, 354); (iv) coação eleitoral (arts. 300 e 301); (v) aproveitamento econômico da ocasião eleitoral (arts. 303 e 304); (vi) irregularidades no ou contra o serviço público eleitoral (os demais artigos do cap. II do Tít. IV)³¹⁴.

Para Fávila Ribeiro, por sua vez, a posição adotada influenciará decisivamente a classificação, dando prevalência ora para um determinado aspecto, ora para outro, como o sujeito do delito, os bens ofendidos ou os meios utilizados³¹⁵. Por isso, Ribeiro leva em consideração os valores ou interesses atingidos de forma predominante e sugere uma classificação de cunho teleológico e sintética: (i) crimes lesivos à autenticidade do processo eleitoral; (ii) lesivos ao funcionamento do serviço

³¹² GOMES, Suzana de Camargo. *Crimes eleitorais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 36-46.

³¹³ RIBEIRO, 1988b, p. 472.

³¹⁴ HUNGRIA, 1968 apud RIBEIRO, 1988b, p. 476.

³¹⁵ RIBEIRO, op. cit., p. 475.

eleitoral; (iii) lesivos à liberdade eleitoral; (iv) lesivos aos padrões éticos ou igualitários nas atividades eleitorais³¹⁶.

Por seu turno, Joel Cândido apresenta uma classificação que abrange todos os crimes eleitorais, embora reconheça que nenhuma apresentada pela doutrina seja satisfatória. Para ele, os crimes eleitorais podem ser reunidos em grupos: crimes contra a organização administrativa da Justiça Eleitoral (CE, arts. 305, 306, 310, 311, 318, 340); crimes contra os serviços da Justiça Eleitoral (CE, arts. 289, 290, 291, 292, 293, 296, 303, 304, 341, 342, 343, 344, 345, 346, 347; Lei n.º 6.091/1974, art. 11, I, II, III, IV, V; LE, art. 72, III); crimes contra a fé pública eleitoral (CE, arts. 313, 314, 315, 316, 348, 349, 350, 352, 353, 354; LE, arts. 68, § 2.º, 72, I, 72, II, 87, *caput*, 87, § 2.º); crimes contra a propaganda eleitoral (CE, arts. 323, 324, *caput*, 324, § 1.º, 325, 326, *caput*, 326, § 2.º, 331, 332, 334, 335, 337, *caput*, 337, parágrafo único; LE, arts. 33, § 4.º, 40); crimes contra o sigilo ou o exercício do voto (CE, arts. 295, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 307, 308, 309, 312, 317, 339; Lei n.º 7.021/1982, art. 5.º; LE, art. 39, § 5.º, I, II, III; art. 91, parágrafo único); crimes contra os partidos políticos (CE, arts. 319, 320, 321, 338; Lei Complementar n.º 64/90, art. 25; LE, art. 34, § 2.º, 34, § 3.º)³¹⁷.

Reconhecendo as dificuldades para classificar os crimes eleitorais, uma vez que não é possível ordená-los sob alguns títulos, Gomes propõe uma classificação sem um critério específico, mas de modo pragmático, a fim de possibilitar um estudo sistemático. Por isso, mescla critérios considerados relevantes, expressos nos valores protegidos pelas normas penais eleitorais em interação com as fases do processo eleitoral em que os crimes venham a ser perpetrados. A classificação é a seguinte: (i) crimes eleitorais concernentes à formação do corpo eleitoral; (ii) crimes eleitorais relativos à formação e ao funcionamento dos partidos políticos; (iii) crimes eleitorais em matéria de inelegibilidades; (iv) crimes eleitorais concernentes à propaganda eleitoral; (v) crimes eleitorais relativos à votação; (vi) crimes eleitorais pertinentes à garantia do resultado legítimo das eleições; (vii) crimes eleitorais relativos à organização e ao funcionamento dos serviços eleitorais; (viii) crimes contra a fé pública eleitoral³¹⁸.

³¹⁶ RIBEIRO, 1988b, p. 476.

³¹⁷ CÂNDIDO, 2006, p. 82-83.

³¹⁸ GOMES, 2000, p. 68.

O ponto de partida para a discussão a respeito da (des)criminalização no direito eleitoral brasileiro são os apontamentos teóricos sobre o expansionismo penal com ênfase no *direito penal do inimigo*, que se constitui no ápice do movimento maximizador. Logo no início, é feita uma abordagem sucinta da *sociedade de risco*, na forma apresentada por Ulrich Beck, a qual tem sido o fundamento para grande parte do pensamento expansionista no direito penal. Depois, o cerne deste trabalho é o desdobramento em propostas progressivas, com o objetivo de demonstrar a desnecessidade de criminalização no direito eleitoral brasileiro partindo de argumentos que abrangem um maior número de tipos penais, até aqueles que atingem o que remanescer.

5.2 A SOCIEDADE DE RISCO E O EXPANSIONISMO PENAL

5.2.1 A sociedade de risco e o direito penal

A denominação da sociedade atual como “sociedade de risco” em contraposição à sociedade industrial clássica deve-se a Ulrich Beck. Algumas teses são o ponto de partida da reflexão do sociólogo alemão. No momento em que se vive – para ele, a *modernidade tardia* –, a produção da riqueza na esfera social é sempre acompanhada da produção de *riscos* para a sociedade. A grande diferença entre esses riscos e os que existiram no passado é que agora as ameaças são globais, isto é, há riscos para toda a humanidade, que podem implicar até mesmo a “autodestruição da vida na Terra”³¹⁹. O que Ulrich Beck denominou “arquitetura social e a dinâmica política de tais potenciais de autoameaça civilizatória”³²⁰ pode ser resumido em cinco teses.

De acordo com a *primeira* tese, os riscos diferenciam-se claramente das riquezas, pois produzem *danos sistemáticos*, muitas vezes *invisíveis*, que estão fundados em *interpretações causais* e que apenas se apresentam no *conhecimento* que se tenha deles, podendo ser “alterados, diminuídos ou aumentados,

³¹⁹ Na síntese que Dias faz do pensamento de Beck, a atual sociedade é “exasperadamente tecnológica, massificada e global, onde a ação humana, as mais das vezes anônima, se revela susceptível de produzir riscos também eles globais ou tendendo para tal, susceptíveis de serem produzidos em tempo e em lugar largamente distanciados da ação que os originou ou para eles contribuiu e de poderem ter como consequência, pura e simplesmente, a extinção da vida” (DIAS, 2001, p. 44).

³²⁰ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento; São Paulo: 34, 2010, p. 27. Inclui uma entrevista inédita com o autor.

dramatizados ou minimizados no âmbito do conhecimento e [estando], assim, em certa medida, *abertos a processos sociais de definição*³²¹.

Pela *segunda* tese, em decorrência da distribuição e do aumento dos riscos, surgem *situações sociais de ameaça*. Existe um *efeito bumerangue*, que significa que há uma lógica distributiva quanto às classes sociais, pois “os riscos da modernização cedo ou tarde acabam alcançando aqueles que os produziram ou que lucram com eles”³²². Além disso, os riscos também produzem *desníveis internacionais* tanto entre o Terceiro Mundo e os países industriais quanto entre estes últimos, na medida em que a preservação de determinado aspecto da natureza em um país depende de acordos internacionais.

Segundo a *terceira* tese, a modernização produziu um tipo de risco chamado *big business*, constituindo aquilo que os economistas sempre procuraram. Beck denomina isso “canibalização econômica dos riscos”³²³, pois todas as necessidades podem ser satisfeitas, porém os riscos dos quais se fala são um *barril de necessidades sem fundo*.

Na formulação da *quarta* tese, como a produção de riquezas na modernidade implica riscos – riquezas podem ser *possuídas*, mas riscos não –, somos todos *afetados*. Agora o conhecimento – no caso, sobre os riscos – adquire uma nova relevância política, pois “o potencial político da sociedade de risco tem de se desdobrar e ser analisado numa sociologia e numa teoria do surgimento e da disseminação do *conhecimento sobre os riscos*”³²⁴.

Finalmente, de acordo com a *quinta*, os riscos mantêm relação direta com a política. O que antes era irrelevante porque não representava um risco, quando passa a ser um risco, conseqüentemente, adquire importância política. Há uma preocupação em prevenir e manejar os riscos numa típica ação de *reorganização do poder e da responsabilidade*.

Com base nessas cinco teses, aqui resumidas, Beck afirma que a “sociedade de risco é uma sociedade *catastrófica*. Nela, o estado de exceção ameaça converter-se em normalidade”³²⁵.

³²¹ BECK, 2010, p. 27.

³²² Ibid., loc. cit.

³²³ Ibid., p. 28.

³²⁴ Ibid., loc. cit.

³²⁵ Ibid., loc. cit.

Na sociedade contemporânea, observa-se uma nítida expansão do direito penal. De fato, para a tutela desses riscos que ameaçam até mesmo as *gerações futuras*, o direito penal de feições liberais não estaria suficientemente preparado³²⁶. Diversos fatores têm contribuído para isso, entre os quais o próprio risco. A *sociedade do risco* denuncia como inadequado um direito penal que tenha como missão apenas a tutela de bens jurídicos de índole individualista e liberal. O direito penal precisa, portanto, ser reformulado para assumir uma missão típica de *instrumento de governo* e uma *função promocional* no intuito de conter os riscos. Para isso, não é necessária a preexistência de bens jurídicos. A pretendida proteção pelo direito penal deve antecipar-se, e, em razão desse *direito penal do perigo ou do risco*, ocorre uma proliferação de crimes de perigo³²⁷.

A fossilização dos postulados do chamado direito penal liberal-individualista impede que outros bens advindos do avanço da sociedade, hoje ligados aos problemas da *sociedade de risco* (globalizada), sejam contemplados. A *reformulação* desse direito é necessária. Mas o que significa reformular o direito penal liberal? Com toda certeza, a partir da proposta aqui sustentada, *reformular* o direito penal não é transformá-lo em instrumento de governo para a contenção de riscos, e muito menos usá-lo, antecipadamente, como *direito penal de risco*. Entender a intervenção mínima albergada no Estado Democrático de Direito – que está assentado numa Constituição (compromissária), com o princípio (instituidor) que *fecha* sentido e que impõe a todos (legislador e julgador) uma prática argumentativa coerente com o que até aqui se construiu em termos de direito penal e a perspectiva de ir além, inclusive na construção do conceito de bem jurídico-penal – é o caminho mais seguro, pois não prevalece a *fossilização* (as relações sociais são *dinâmicas*), nem a *desconstrução* do direito penal feita sob os subterfúgios de uma *reformulação*.

Apesar disso – e ainda que as concepções do Estado moderno com feições democráticas e garantias dos direitos individuais tenham-se alargado, não só no plano científico como também no âmbito político, na medida em que não poucos regimes ditatoriais estão sucumbindo –, as leis penais têm proliferado como nunca. Esse fenômeno não é exclusivo de países pobres, como a maioria dos que integram a América Latina, a África e a Ásia. Quintero Olivares reconhece que “seria, não obstante, fechar os olhos à realidade olvidar que nestes tempos, em toda a Europa

³²⁶ DIAS, 2001, p. 44.

³²⁷ DIAS, 1999, p. 71.

Ocidental, está-se [...] produzindo um significativo aumento de normas repressivas dirigidas em essência a tudo o que pode ser reunido sob o conceito de segurança nas ruas”³²⁸. Esse movimento expansionista produz graves consequências jurídicas e sociais, segundo o pensamento de Quintero Olivares:

Frente (ou paralelamente) a todas as explicações das causas ou dados que expressam a mudança, situam-se os protestos dos que denunciam que essa velocidade de crescimento do direito penal vem acompanhada de uma progressiva liquidação do conjunto de garantias do direito penal (taxatividade, ofensividade, intervenção mínima etc.), e que a “modernização necessária” está transformando-se na grande desculpa para aumentar a repressão sem limites, criando ademais delitos não necessários, porque não se justifica o interesse tutelado, nem tampouco que se recorra à proteção penal³²⁹.

Movimentos como os da “lei e ordem”, leis resultantes de formulações teóricas como *three strikes and you're out* e *broken windows theory*, todos resultados de uma política criminal conhecida como “tolerância zero”³³⁰, produzem um direito penal hipertrofiado que, sem embargo, revelam sua índole discriminatória e seletiva e, por isso mesmo, simbólica. Como dito alhures, esse não é um movimento exclusivo dos EUA ou de países da América Latina. Carvalho reconhece que “o processo de desregulamentação penal e de deformação inquisitiva do processo,

³²⁸ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Adonde va el derecho penal: reflexiones sobre las leyes penales y los penalistas españoles*. Madrid: Civitas, 2004, p. 52. “[...] sería, no obstante, cerrar los ojos ante la realidad olvidar que en estos tiempos, en toda Europa Occidental, se está [...] produciendo un significativo aumento de normas represivas dirigidas en esencia a todo lo que puede reunirse bajo el concepto de seguridad en las calles” (tradução nossa).

³²⁹ *Ibid.*, p. 51. “Frente (o paralelamente) a todas explicaciones de las causas o datos que expresan el cambio se sitúan las protestas de los que denuncian que esa velocidad de crecimiento del derecho penal va acompañada de una progresiva liquidación del conjunto de garantías del derecho penal (taxatividad, ofensividad, intervención mínima, etc.), y que la ‘modernización necesaria’ está transformándose en la gran excusa para aumentar la represión sin ataduras, creando además delitos innecesarios porque no se justifica el interés tutelado ni tampoco que se haya de recurrir a la protección penal” (tradução nossa).

³³⁰ Muñoz Conde e Busato consignam que, no início dos anos 90, houve certa redução da criminalidade, principalmente nos EUA. Esse fato teve diversas causas, entre as quais a ideia de que o recrudescimento do combate da criminalidade na cidade Nova Iorque, fundada na concepção *broken windows*, com a pretensão de que somente combatendo os pequenos ilícitos do cotidiano é que haveria o recuo dos grandes crimes (MUÑOZ CONDE, Francisco; BUSATO, Paulo César. *Crítica ao direito penal do inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 164). Essa ideia é semelhante à da fórmula, também americana, *three strikes and you're out*. Explicam ainda Muñoz Conde e Busato: “Esta fórmula, cuja expressão deriva da eliminação dos batedores no baseball quando não acertam a bola em três arremessos válidos, é aplicada em termos criminais da seguinte forma: a pessoa acumula histórico delitivo, sendo que quando comete o terceiro ilícito contra o patrimônio recebe pena privativa de liberdade de longa duração. A rigor, trata-se de uma medida que gera uma pena oriunda não do fato, mas do histórico de vida do autor do fato. Contrariamente à moderna tendência de crítica ao incremento de pena para a reincidência, por reconhecer nela um fator social, a medida consiste em um verdadeiro Direito penal do autor” (*Ibid.*, p. 170, nota de rodapé n.º 35).

realidade perceptível em quase todos os países ocidentais devido à nova ‘guerra santa’ contra a criminalidade, gerou total ruptura com a estrutura clássica do direito e do processo penal”³³¹.

Transformar o direito penal em instrumento estatal de contenção de riscos sociais para transmitir à sociedade uma *sensação* de segurança é uma concepção que deve ser repudiada. Dias faz uma crítica pontual à dita *sociedade de risco*, vista como oposta à sociedade anterior, que seria uma *sociedade de segurança*, pois a sociedade sempre foi, e mui dificilmente deixará de ser, uma sociedade de riscos³³². Ainda que os riscos tenham aumentado ou, dito de outra e talvez melhor forma, ainda que se apresentem de maneira diferenciada em tipos e dimensões, não é justificativa, por si só, para que o direito penal tome as feições pretendidas por aqueles que se fundam nessa ideia. Se isso ocorrer, o próprio direito penal – e é o que está ocorrendo – será apenas mais um risco entre tantos.

5.2.2 O direito penal de *terceira velocidade* e o direito penal do *inimigo*

A partição que Sánchez realiza a partir de uma análise da história do direito penal e, sobretudo, a relação que ele estabelece entre o suposto direito penal de *terceira velocidade*, fundado na sociedade de risco, e a tese de Jakobs (*direito penal do inimigo*) são duramente criticadas. Entre os críticos estão Muñoz Conde e Busato, para quem a proposta do autor espanhol é construída sobre “base movediça”³³³ e se constitui num “bloco de falsas impressões”³³⁴. Muñoz Conde e Busato comparam a proposta de Sánchez com a de Hassemer³³⁵: o primeiro, com sua concepção de um fracionamento do direito penal em duas (ou três) velocidades,

³³¹ CARVALHO, 2001, p. 83.

³³² DIAS, 1999, p. 72. Beck não nega que não havia riscos na sociedade anterior à moderna. As distinções entre os riscos atuais e os daquela época residem na *globalidade* e nas causas *modernas* dos riscos da modernidade. Diz Beck: “Os riscos não são uma invenção moderna. Quem – como Colombo – saiu em busca de novas terras e continentes por descobrir assumiu riscos. Estes eram, porém, riscos *pessoais*, e não situações de ameaça global, como as que surgem para toda a humanidade com a fissão nuclear ou com o acúmulo de lixo nuclear. A palavra ‘risco’ tinha, no contexto daquela época, um tom de ousadia e aventura, e não o da possível autodestruição da vida na Terra” (BECK, 2010, p. 25). Mais adiante, continua dizendo que, “Naquela época, elas [as ameaças] podiam ser atribuídas a uma *subprovisão* de tecnologia higiênica. Hoje, elas têm sua causa numa *superprodução* industrial. Os riscos e ameaças atuais diferenciam-se, portanto, de seus equivalentes medievais, com frequência semelhantes por fora, fundamentalmente por conta da *globalidade* de seu alcance (ser humano, fauna, flora) e de suas causas *modernas*” (BECK, 2010, p. 26).

³³³ MUÑOZ CONDE; BUSATO, 2011, p. 179.

³³⁴ *Ibid.*, p. 180.

³³⁵ *Ibid.*, p. 181-182.

prega a possibilidade de flexibilização de garantias; o segundo defende um *Interventions Recht* (direito de intervenção), que consistiria num “sistema jurídico, que tivesse elementos absolutamente penais (*poenale*), mas que estivesse orientado em termos estritamente preventivos e, em todo caso, renunciasse à reprovação pessoal e à imposição de penas privativas de liberdade”³³⁶. Enquanto Hassemer sugere a expulsão do direito penal desse tipo de modelo, Sánchez defende sua inserção³³⁷. Com esse *direito penal de segunda velocidade*, corre-se o risco de ter, ao final, apenas ele e sua flexibilização de garantias.

A *terceira velocidade* do direito penal identifica-se, assim, com o *direito penal do inimigo*, cuja formatação é devida ao penalista alemão Jakobs³³⁸, que, apoiando-se em suas reflexões altamente questionáveis e criticadas por penalistas do mundo inteiro, desenvolveu os conceitos de *direito penal do cidadão* e *direito penal do inimigo*. O primeiro é o direito de todas as pessoas. O segundo é constituído “contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra”³³⁹, em que o indivíduo é tratado como uma não pessoa. De acordo com sua pretensão teórica, fundada nos riscos sociais, a tutela penal deve antecipar-se para evitar que a própria lesão do bem jurídico tenha início, na “medida em que a paz ‘pública’ ou ‘interior’ ou adjetivada de outro modo não seja um sinônimo dessa paz jurídica, do fato, deprecia-se o âmbito privado do autor e lhe castiga por uma conduta que será externa somente no futuro, isto é, se se define o autor como inimigo”³⁴⁰ [sic].

Esse tipo de direito penal é caracterizado, na síntese de Cancio Meliá, por ter em mira um fato futuro, numa nítida antecipação da punibilidade, por desrespeitar a proporcionalidade entre delitos e penas, uma vez que elas são extremamente altas,

³³⁶ SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 140-141.

³³⁷ HASSEMER, 1999 apud MUÑOZ CONDE; BUSATO, 2011, p. 182.

³³⁸ Jakobs apresentou sua concepção teórica em palestra proferida em Frankfurt, em maio de 1985, no Congresso dos penalistas alemães. O título da palestra em alemão é *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*. O texto foi originalmente publicado em: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (ZStW), Berlin, v. 97, issue 4 (Jan. 1985), pp. 751-785. A versão em português, sob o título “Incriminação no estado prévio à lesão de um bem jurídico”, está no capítulo IV (p. 108-144) de JAKOBS, Günther. *Fundamentos do direito penal*. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. A respeito dessa palestra, D’Avila esclarece, reportando-se a Prittitz, que essa primeira abordagem do direito penal do inimigo ocorrida em 1985 foi de forma crítica. No entanto, em dezembro de 1999, na Conferência do Milênio em Berlim, “Jakobs voltou a falar sobre o assunto, só que, desta vez, não mais para censurá-lo, e sim na defesa veemente de um direito penal parcial: aquele que se comporta como inimigo deve ser tratado como inimigo, como ‘não pessoa’ (*Unperson*)” (D’AVILA, Fabio Roberto, 299, p. 41).

³³⁹ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 4. ed. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 28.

³⁴⁰ JAKOBS, op. cit., p. 137.

e, por fim, por relativizar e até suprimir determinadas garantias processuais³⁴¹. De forma mais exaustiva, Gomes identifica o *direito penal do inimigo* pela mitigação da legalidade penal mediante tipos penais vagos e imprecisos, pela rejeição de princípios restritivos do poder punitivo, pela criação de novos delitos sem uma definição clara do bem jurídico tutelado, pela antecipação da tutela penal, punindo-se atos preparatórios, pela inobservância do princípio da proporcionalidade, com penas sobretudo elevadas, pela banalização das prisões provisórias, pela minimização das garantias processuais e de direitos individuais, como a intimidade, a privacidade etc., e, por fim, pelo recrudescimento da execução penal³⁴².

O *direito penal do inimigo* é identificado por vários autores, como Cancio Meliá, com o direito penal do autor, em oposição ao direito penal do fato³⁴³. Essa interseção de modelos (inimigo e autor) enseja um risco que foi muito bem descrito por Gomes ao perguntar: “como identificar o inimigo, com segurança, num universo de cidadãos, se aqueles não constituem um grupo de indivíduos com características físicas, étnicas ou culturais desde logo reconhecíveis, e que podem, portanto, ser confundidos com o resto da população?”³⁴⁴ Em nome dessa meta de identificar e antecipar a punição do *inimigo*, diversas garantias são violadas, e os cidadãos – mesmo na concepção do *direito penal do inimigo* – são atingidos, têm sua intimidade constantemente violada, até que se identifique quem é ou não o *inimigo* (se é que ele existe).

Falar em *direito penal do cidadão* é *contradictio in terminis*, pois, na atual quadra do Estado Democrático de Direito, todo direito produzido pelo Estado concretizado numa norma jurídica deve necessariamente condizer com os princípios inerentes a esse modelo de Estado, entre os quais a dignidade da pessoa humana. Isso se aplica, e com mais razão, ao direito penal. O cidadão é punido pela prática da infração, e nada mais além disso. Todos os seus outros direitos não atingidos pela sanção devem ser preservados e protegidos pelo Estado.

³⁴¹ JAKOBS; CANCIO MELIÁ, op. cit., p. 90.

³⁴² GOMES, Marcus Alan de Melo. Hobbes, direito penal do inimigo e Estado democrático de direito: a indevida associação de extremos. In: BUSATO, Paulo César (Org.). *Thomas Hobbes penalista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 79-81.

³⁴³ Cancio Meliá diz expressamente: “o Direito Penal do inimigo não é um Direito Penal do fato, mas do autor” (JAKOBS; CANCIO MELIÁ, 2009, p. 101).

³⁴⁴ GOMES, op. cit., p. 73.

É absolutamente contrário à natureza humana esse processo de *coisificação* da pessoa típico dos Estados de polícia³⁴⁵, que contrariam o Estado Democrático de Direito, onde os indivíduos não são considerados como tais, mas são tidos como objetos da intervenção estatal. Essa incompatibilidade evidencia-se de maneira muito mais nítida nessa relação com o *direito penal do inimigo*.

Não é difícil chegar à conclusão de que esse processo de *maximização*³⁴⁶ do direito penal constitui uma agressão aos direitos humanos por diversas razões. Se penas são cominadas para pequenas e pouco relevantes infrações, ainda que essas infrações pudessem ser combatidas por outros meios mais eficientes, há uma violência *desnecessária* contra um dos mais relevantes direitos do ser humano, a sua liberdade. Não custa lembrar que a declaração francesa de 1789 já proclamara, no seu artigo 8.º, que, por ser a liberdade um direito humano básico, o uso da pena só se legitima quando evidente e estritamente necessário. Esse tipo de criminalização *desnecessária* representa uma das formas graves que atentam contra os direitos humanos. Além disso, a execução das penas em presídios primitivos é feita com total desrespeito à dignidade da pessoa humana³⁴⁷.

A frase de Beck – “A sociedade de risco é uma sociedade *catastrófica*. Nela, o estado de exceção ameaça converter-se em normalidade”³⁴⁸ – pode ser aplicada à expansão do direito penal. Diríamos: *o expansionismo do direito penal é catastrófico; nele, o risco de exceção (como o direito penal do inimigo) ameaça converter-se em normalidade*. As palavras de Jakobs – “o direito penal de inimigo também tem que ser separado do direito penal de cidadãos de um modo tão claro que não exista perigo algum de que possa se infiltrar por meio de uma interpretação sistemática, ou

³⁴⁵ Zaffaroni elabora uma crítica ao “processo de criminalização”, dando-lhe ênfase, para dizer que outro processo não menos importante, mas do qual pouco se tem falado, é o “processo de policização”, que é, igualmente, deteriorante e que age sobre os mesmos segmentos carentes da população. Diz ele: “O pessoal policizado, além de ser selecionado na mesma faixa etária masculina dos criminalizados, de acordo também com um estereótipo, é introduzido em uma prática corrupta, em razão do poder incontrolado da agência da qual passa a fazer parte e é treinado em um *discurso externo moralizante* e com uma *prática interna corrupta*” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Almir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 138).

³⁴⁶ Para se ter ideia do ponto a que se pode chegar com esse processo maximizante, o exemplo do Canadá, em 1974, é muito representativo. Um levantamento feito naquele ano chegou ao número de 41.582 tipos de infrações criminais na legislação canadense (LUISI, 2003, p. 43).

³⁴⁷ LUISI, 2003, p. 109.

³⁴⁸ BECK, 2010, p. 28.

por analogia ou por qualquer outra forma no direito penal de cidadãos”³⁴⁹ – não são críveis.

Nesse processo expansivo do direito penal³⁵⁰, que, como “profetizou” Roxin, tende a crescer, é essencial apontar limites para a atuação do legislador penal³⁵¹.

5.3 MINIMALISMO PENAL: PERSPECTIVAS PARA O DIREITO ELEITORAL BRASILEIRO

Se, de um lado, está o expansionismo penal, de outro, está o minimalismo penal. Qual o modelo para o direito eleitoral brasileiro? Se o alargamento da zona de abrangência do direito penal é incompatível com o Estado Democrático de Direito, agredindo frontalmente a dignidade humana e os direitos humanos, essa forma de intervenção violenta na vida dos cidadãos somente deve ter lugar quando absolutamente necessária. Isso significa que o direito penal não é apenas a *ultima ratio*, mas é a *extrema ratio* de uma política criminal, que é modalidade das políticas públicas, orientada pelos princípios constitucionais. Logo, somente quando imprescindível em relação a outras instâncias sociais (família, escola, trabalho etc.), é que o direito penal poderá intervir. Esse modelo é, conforme Queiroz,

³⁴⁹ JAKOBS, 2003, p. 143.

³⁵⁰ Sánchez sustenta que essa expansão deve obedecer à aparição de novos bens jurídicos. As causas prováveis da existência de novos bens jurídico-penais são distintas. O autor espanhol aponta as seguintes: “Por um lado, cabe considerar a conformação ou generalização de *novas realidades* que antes não existiam – ou não com a mesma incidência –, e em cujo contexto há de viver o indivíduo, que se vê influenciado por uma alteração daquelas; assim, a mero título de exemplo, as instituições econômicas de crédito ou de inversão. Por ou lado, deve aludir-se à deterioração de *realidades tradicionalmente abundantes* que em nossos dias começam a manifestar-se como ‘bens escassos’, ao menos de modo expresso; por exemplo, o meio ambiente. Em terceiro lugar, há que contemplar o incremento essencial de valor que experimentam, como consequência da evolução social e cultural, certas realidades que sempre estiveram ali, sem que se reparasse nas mesmas, por exemplo, o patrimônio histórico-artístico” (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 27).

³⁵¹ Nas palavras do próprio Roxin: “Apesar das expostas possibilidades de uma limitada descriminalização, pode-se profetizar, como saldo geral, um aumento dos dispositivos penais. E isto decorre não somente das regras que a União Européia trará consigo, mas principalmente do fato de estarem as estruturas sociais tornando-se cada vez mais complicadas. Sociedades simples podem arranjar-se com os dez mandamentos ou análogas normais básicas. Mas a moderna sociedade de massas só se deixa controlar através de abrangentes regulamentações. Também os novos desenvolvimentos trazem consigo imediatamente uma enxurrada de novos dispositivos jurídicos. Isto é válido não só para decisões políticas, tais como medidas de boicote no direito do comércio exterior, mas também para as crescentes ameaças ambientais e para a tecnologia moderna, em especial na forma do processamento de dados” (ROXIN, 2008, p. 15).

“radicalmente descriminalizador” e “parece o mais condizente com a Constituição, sobretudo em virtude de sua declarada vocação libertária”³⁵².

Como consequência natural da leitura dos ilícitos penais eleitorais aqui proposta (natureza subsidiária e fragmentária do direito penal) em sua relação com os bens jurídicos protegidos, tem-se a ofensividade, cuja observância conduz à minimalização das proibições penais. Daí resulta a seguinte proposição político-criminal: o Estado deve intervir *o menos possível* e, mesmo quando isso ocorrer, só na precisa medida *necessária* para o asseguramento da vida em sociedade. Esse pensamento, que Dias chama “princípio da não intervenção moderada”, é a *trave mestra* de todo um programa político-criminal, do qual o autor português destaca duas implicações:

A primeira é a de que do âmbito deste conceito têm de ser expurgados todos os comportamentos que *não acarretem lesão (ou perigo de lesão) para bens jurídicos* claramente definidos; ou que, ainda quando a acarretem, possam razoavelmente ser *contidos ou controlados por meios não penais* de política jurídica ou mesmo de política social não jurídica. Esta implicação está na base do movimento da **descriminalização** [...]. A segunda, na outra vertente, é a de que processos novos de criminalização (chamados processos de **neocriminalização**) só devem ser aceites como legítimos onde novos fenómenos sociais, anteriormente inexistentes, muito raros ou socialmente pouco significativos, revelem agora a emergência de novos bens jurídicos para cuja proteção se torna indispensável fazer intervir a tutela penal em detrimento de um paulatino desenvolvimento de estratégias não criminais de controlo social [...]³⁵³.

Quando aqui é invocado o *minimalismo* penal, não se está trazendo a reboque o *modelo garantista* apresentado por Ferrajoli na sua totalidade. O minimalismo penal, que não se confunde com o garantismo, é por este abrangido. É uma relação de continência. Ferrajoli trabalha com a ideia de que o direito penal somente está justificado diante de sua *absoluta necessidade* e apenas pode estabelecer *proibições mínimas necessárias*. Esse pensamento *minimalista* corresponde ao garantismo ferrajoliano, segundo o qual o direito penal deve tutelar os cidadãos e minimizar a violência. Dessa forma, nesse item (*minimalismo*), a relação é direta com o pensamento de Ferrajoli, mas sem endossar tudo o que é

³⁵² QUEIROZ, Paulo. *Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 116.

³⁵³ DIAS, 2007, p. 131, destaques do autor.

proposto pelo *maestro* italiano³⁵⁴. Outros autores, como Roxin, também serão invocados para dar suporte à elaboração teórica minimalista.

5.3.1 Contravenções e crimes de menor potencial ofensivo: o mínimo de proibições necessárias

Relacionando bens jurídicos fundamentais e o direito penal mínimo (ou *mínimo de proibições necessárias*), Ferrajoli é favorável à descriminalização de “toda a categoria de contravenções³⁵⁵ e, junto com ela, à dos delitos puníveis exclusivamente com pena pecuniária ou, alternativamente, com outra privativa de liberdade³⁵⁶. O pressuposto dessa conclusão é que a eleição pelo legislador desse tipo de ilícito (contravenção) e dessa espécie de sanção demonstra que as condutas eleitas não são lesivas de bens fundamentais.

Há quem possa sustentar que muitas contravenções poderiam ser crimes e vice-versa. Roxin, por exemplo, reconhece que delimitar os fatos puníveis (crimes e contravenções) por meio de um conceito de bem jurídico preconcebido é dificilmente praticável. Os motivos são os seguintes, nessa relação entre crimes e contravenções:

[...] de um lado, existem contravenções, como provocar ruído perturbador para a saúde (§ 117 OWiG), que atingem claramente bens jurídicos preexistentes dos indivíduos; e, de outro, existem inúmeros fatos no campo dos delitos econômicos, tributários e ambientais, cujos objetos são criados somente por regulamentações estatais, porém cuja necessidade de punição, no entanto, não se pode pôr seriamente em dúvida. E em geral, à vista da importância vital das missões de prestar serviços por parte do Estado, não se compreende por que não se poderia considerar como bem jurídico,

³⁵⁴ Em seu sistema garantista, Ferrajoli defende, por exemplo, que a duração máxima da pena privativa de liberdade, independentemente da natureza do delito, poderia ser reduzida a dez anos e até mesmo, a médio prazo, a um tempo menor. Com essa redução, entende Ferrajoli que “perdem todo sentido os argumentos humanitários com os quais hoje se defende a flexibilidade das penas e a incerteza de sua duração máxima” (FERRAJOLI, 2010, p. 382). Fixando-se a pena dessa forma, os direitos hoje implementados na fase da execução penal não teriam sentido.

³⁵⁵ Roxin registra que, a partir do pós-guerra, o legislador, na Alemanha, começou a cumprir a exigência de criar um *Direito contravenucional* separado do *Direito penal criminal*. Exemplifica com a “Ley penal económica de 1949, después en la OWiG de 1952 y finalmente en la amplia y totalmente renovada OWiG de 1968. Desde el 1-1-1975 todas las antiguas faltas, que antes se castigaban con penas de multa de hasta 500 marcos o de arresto de hasta seis semanas, han sido suprimidas del StGB (§§ 360 ss. v. a.) y en su mayor parte transformadas en contravenciones (administrativas). Y por lo demás también ha aumentado constantemente el número de las contravenciones sancionadas sólo con multa administrativa” (ROXIN, 1999, p. 53).

³⁵⁶ FERRAJOLI, 2010, p. 438.

por exemplo, o “funcionamento sem perturbações da Administração”³⁵⁷.

Uma das teses sustentadas por Roxin é a de que as contravenções lesionam bens jurídicos, pois causam dano ao indivíduo como, por exemplo, um ruído perturbador da tranquilidade ou do descanso³⁵⁸. Sobre a possibilidade de muitas contravenções serem crimes, Ferrajoli sustenta que, ou existe um defeito de punição (caso o bem protegido seja fundamental), ou há, na situação inversa – o que na maioria dos casos ocorre –, um excesso de proibição. Duas consequências saltam logo à primeira vista: haveria uma *simplificação* e uma *racionalização* do sistema penal, além de uma redução da esfera de hipóteses de erro de proibição³⁵⁹.

No Brasil, as contravenções penais³⁶⁰ integram as *infrações de menor potencial ofensivo* e estão sujeitas ao mesmo procedimento aplicado aos *crimes* a que a lei cominar pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa (art. 61, Lei n.º 9.099/95). Não cabe aqui discorrer criticamente sobre os institutos trazidos por essa legislação, nem questionar se há ou não afronta a princípios do direito penal. Um ponto, todavia, que interessa é a relação que se dá, num outro viés, entre esse tipo de produção legislativa e o engodo (*aspecto simbólico*) dele decorrente. Hassemer, sob esse aspecto, entende que “é uma arbitrariedade do sistema e [...] uma ilusão para a opinião pública que se preconize publicamente a criminalização (eventualmente de delitos de menor potencial ofensivo) nas leis penais e, então, eliminá-los secretamente do processo penal [...]”³⁶¹. Como ressaltado, sem discutir quaisquer fundamentos principiológicos, esse comportamento do legislador produz uma iniciativa policial e uma movimentação do

³⁵⁷ ROXIN, 1999, p. 54. “[...] por una parte existen contravenciones, como provocar ruido perturbador para la salud (§ 117 OWiG), que menoscaban claramente bienes jurídicos preexistentes de los individuos; y por otra parte existen numerosos hechos en el campo de los delitos económicos, tributarios y ambientales, cuyos objetos son creados sólo por reglamentaciones estatales, pero cuya necesidad de pena pese a ello no se puede poner seriamente en duda. Y en general, a la vista de la importancia vital de las misiones de prestación de servicios por parte del Estado no se comprende por qué no se podría considerar como bien jurídico p.ej. el ‘funcionamiento sin perturbaciones de la Administración’” (tradução nossa).

³⁵⁸ Ibid., p. 57.

³⁵⁹ FERRAJOLI, 2010, p. 438. A respeito do erro de proibição, não custa lembrar que o autor sabe o que faz, mas acredita que o que está fazendo é lícito. É distinto do erro de tipo, em que o autor não sabe o que faz e, se soubesse, não o faria. No primeiro caso, o autor porta pequena quantidade de maconha para uso pessoal, imaginando que é permitido pela legislação; no outro, o autor porta maconha supondo ser tabaco (QUEIROZ, 2010, p. 63).

³⁶⁰ As contravenções penais no Brasil estão previstas no Decreto-Lei n.º 3.688, de 3 de outubro de 1941 (arts. 18 a 70).

³⁶¹ HASSEMER, Winfried. *Direito penal libertário*. Tradução de Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 61.

aparato judicial (Judiciário e Ministério Público) que, *concretamente* considerado, quando não produz resultados altamente discutíveis sob a ótica constitucional, gera um *nada* (atipicidades, decadências, prescrições etc.). É preciso repensar até que ponto o direito penal deve intervir nessas questões. O único prejudicado é o cidadão, que sofre a *pena* de ter seu nome envolvido num feito criminal.

No direito eleitoral brasileiro, se aplicada essa proposta, que é absolutamente viável e compatível com o princípio (instituidor) da intervenção mínima e seus desdobramentos, em especial a exclusiva proteção de bens jurídicos relevantes, haveria uma redução drástica do número de tipos penais. Não há contravenções eleitorais no direito brasileiro³⁶². De qualquer forma, é possível elaborar uma classificação dos crimes eleitorais com o fito de fazer a comparação entre aquilo que Ferrajoli chama “defeito de punição” e “excesso de punição”.

Para tanto, considerando a inexistência de contravenções eleitorais, como já ressaltado, o critério que norteará a classificação aqui proposta será a incidência de dois dos benefícios da Lei n.º 9.099/95: a transação penal (tp) e a suspensão condicional do processo (scp). Isso só será possível se utilizado apenas o critério objetivo, entre os existentes na legislação, isto é, o *quantum* da pena em abstrato. O quadro abaixo apresentado é dividido em três partes. A primeira parte – TCO(tp) – lista os crimes eleitorais sujeitos à Lei n.º 9.099/95, isto é, a termo circunstanciado de ocorrência (TCO) e passíveis de transação penal (tp), isto é, são os de menor potencial ofensivo na legislação eleitoral (pena máxima não superior a 2 (dois) anos). Dada a importância de uma subdivisão nesse item, são apresentados os crimes sujeitos a pena de multa (m), os que têm pena privativa de liberdade e multa alternativa (ma) e os que são apenadas com multa cumulada (mc) ou apenas com pena privativa de liberdade (ppl) de no máximo 2 (dois) anos. A segunda coluna – IP(scp)³⁶³ – é dedicada ao crimes eleitorais cuja prática é apurada mediante inquérito policial (IP) e que podem ser alcançados pela suspensão condicional do

³⁶² Apesar disso, se fosse considerado o critério adotado pelo Decreto-Lei n.º 3.914, de 9 de dezembro de 1941 (Lei de Introdução do Código Penal e da Lei de Contravenções Penais), parte considerável dos hoje chamados crimes eleitorais seriam contravenções. Reza o artigo 1.º: “Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente”.

³⁶³ É necessário lembrar que o Código Eleitoral, em seu artigo 284, estabelece uma regra geral para a pena mínima dos tipos penais lá previstos: “Sempre que este Código não indicar o grau mínimo, entende-se que será ele de 15 (quinze) dias para a pena de detenção e de 1 (um) ano para a de reclusão”.

processo (scp) a que se refere o artigo 89 da Lei n.º 9.099/95, ou seja, aqueles apenados com pena mínima de 1 (um) ano. A terceira coluna – IP(sb) – cuida dos tipos penais que ficam sem esses dois benefícios (sb):

Quadro demonstrativo dos crimes eleitorais sujeitos a TCO e a IP.

TCO(tp)				IP(scp)	IP(sb)
(m)	(ma)	(mc)	(ppl)		
9	15	25	1	14	9
50					

Os números³⁶⁴ são o resultado da somatória dos seguintes dispositivos³⁶⁵:

a) TCO(tp):

(m): CE, 292, 303, 304, 306, 313, 320, 338, 345; Lei n.º 6.091/74, art. 11, II.

(ma): CE, 293, 295, 310, 311, 314, 318, 319, 321, 323, 326, 331, 341, 342, 343, 344.

(mc): CE, 290, 296, 297, 300, 305, 324, 325, 326, § 2.º, 332, 335, 337, 346, 347; Lei n.º 6.091/74, art. 11, I, parágrafo único; Lei n.º 7.021/82, art. 5.º; LC n.º 64/90, art. 25; Lei n.º 9.504/97, art. 33, § 4.º, art. 34, § 2.º, § 3.º, art. 39, § 5.º, art. 40, art. 68, § 2.º, art. 87, § 4.º, art. 91.

(ppl): CE, 312.

b) IP(scp): CE, 289, 291, 298, 299, 301, 307, 308, 309, 315, 316, 340, 349, 350, 352.

c) IP(sb): CE, 302, 317, 334³⁶⁶, 339, 348, Lei n.º 6.091/74, art. 11, III, IV, V; Lei n.º 9.504/97, art. 72.

³⁶⁴ Além desses dispositivos, encontram-se revogados: CE, 294, 322, 328, 329 e 333.

³⁶⁵ Embora, às vezes, haja mais de uma conduta criminalizada no mesmo dispositivo, esse fato não foi considerado, salvo quando expressamente referido, o que significa dizer que cada dispositivo foi considerado com um só crime, já que o critério utilizado não é a descrição da conduta, mas o *quantum* da pena. Foram omitidos, por sua vez, o artigo 353 do CE (“Fazer uso de qualquer dos documentos falsificados ou alterados, a que se referem os arts. 348 a 352: Pena – a cominada à falsificação ou à alteração.”) e o artigo 354 do CE (“Obter, para uso próprio ou de outrem, documento público ou particular, material ou ideologicamente falso para fins eleitorais: Pena – a cominada à falsificação ou à alteração.”), porque os respectivos tipos penais referentes à falsificação ou à alteração de documento público ou particular foram mencionados segundos os critérios aqui adotados.

³⁶⁶ O tipo penal previsto no artigo 334 do CE tem como sanção a pena de detenção de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e cassação do registro, se o responsável for candidato. Ele foi inserido IP(sb) em razão dessa última sanção, seguindo entendimento do TSE: “[...] As Leis n.º 9.099/95 e 10.259/2001, no que versam o processo relativo a infrações penais de menor potencial ofensivo, são, de início, aplicáveis ao processo penal eleitoral. A exceção corre à conta de tipos penais que extravasem, sob o ângulo da apenação, a perda da liberdade e a imposição de multa para alcançarem, relativamente a candidatos, a cassação do registro, conforme é exemplo o crime do artigo 334 do Código Eleitoral”

Esses números levaram em consideração a pena *em abstracto* cominada. Seria possível apontar, ainda, tipos penais eleitorais, entre aqueles listados no IP(sb), que têm a possibilidade (leia-se *obrigatoriedade*, quando preenchidos os requisitos) de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, nos termos preconizados pelo artigo 44 do Código Penal³⁶⁷. Essa classificação poderia ser indicada como IP(sprd), onde *sprd* significa substituição por pena restritiva de direito. Contudo, para esse benefício, a pena é a *efetivamente* aplicada, a pena *em concreto*. O resultado final da somatória TCO(tp)(m)(ma)(mc/ppl) + IP(scp) é 64 (sessenta e quatro). Um último cálculo poderia ser feito: IP(sb) – IP(sprd)³⁶⁸ = 8. Esse é o número total dos tipos penais eleitorais que, com mais probabilidade³⁶⁹, podem levar alguém ao cárcere.

Toda essa classificação e sua apresentação aritmética foram feitas *propositadamente*. Os maximalistas, certamente, não aceitarão uma proposta de completa descriminalização dos tipos penais eleitorais. Na esfera do direito eleitoral, contudo, ninguém ousaria dizer que não há muitos crimes. Resta uma alternativa aos maximalistas: reformar a legislação eleitoral para exasperar as penas. Esse é o melhor caminho? Na verdade, discutiu-se aqui um critério (o da pena) apenas para esse fim. O objetivo do trabalho é caminhar pelo itinerário do bem jurídico no intuito de apontar, além do que já foi dito, outras razões, como as que adiante seguirão. Por exemplo, entre aqueles oito, está o tipo penal (Lei n.º 9.504/97, art. 72) com pena mais grave no direito eleitoral brasileiro (reclusão de 5 a 10 anos) e, entre suas condutas típicas, está a de causar dolosamente *dano* à urna eletrônica, enquanto o

(TSE/PR. REspE n.º 25137. Relator Ministro Marco Aurélio. j. 7 jun. 2005, unânime. DJ, 16 set. 2005. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia>>. Acesso em: 25 mar. 2012).

³⁶⁷ “Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; II – o réu não for reincidente em crime doloso; III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente”.

³⁶⁸ A única maneira de fazer isso é tomando os tipos penais com pena máxima de 4 (quatro) anos, entre os IP(sb), pois não há como, *objetivamente* falando, não atender a exigência do artigo 44, I, do CP, uma vez que não há caso concreto em análise. O tipo penal eleitoral com pena máxima igual a 4 (quatro) anos é o previsto na Lei n.º 6.091/74, no artigo 11, IV. Apesar disso, todos os demais IP(sb), salvo o artigo 72 da Lei n.º 9.504/97, possuem pena mínima que possibilita essa substituição.

³⁶⁹ E assim é porque outros benefícios previstos na legislação podem ser aplicados. Com o preenchimento de requisitos favoráveis ao acusado (art. 59 do CP), em regra, a pena aplicada será a *mínima* ou perto disso. Além disso, o recolhimento ao cárcere (leia-se, regime fechado) dependerá de outros requisitos previstos na legislação, já que o condenado poderá cumprir sua pena também em regime aberto e semiaberto.

dano (qualificado) ao patrimônio público em geral previsto na legislação comum (CP, art. 163, parágrafo único, III) possui pena de detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

Vistos os crimes eleitorais dessa forma, embora a proposta aqui lançada seja a de considerar a intervenção mínima a partir da *proteção* do bem jurídico, é possível discutir a questão sob a ótica ferrajoliana. Quer-se dizer com isso: ou o legislador está a punir *defeituosamente* agressões a determinados bens jurídicos, ou, o que é mais condizente, há um *excesso* de punição nesses tipos penais eleitorais. Esse é apenas um dos aspectos a partir dos quais dá para discutir a (des)criminalização no direito eleitoral. Essa mesma linha de raciocínio é aplicada a diversos tipos penais da legislação comum e também, e principalmente, às contravenções penais.

5.3.2 Tipos penais eleitorais e ilícitos cíveis-eleitorais

Não há dados estatísticos produzidos pela Justiça Eleitoral ou por outra fonte oficial que demonstrem os resultados atuais de processos judiciais com trânsito em julgado que tenham como objeto ilícitos cíveis-eleitorais e as condenações impostas (multa, inelegibilidade, cassação de registro de candidatura, de diploma ou de mandato eletivo). Todavia, foi divulgado no *site* do TSE, por intermédio de notícia de 28 de setembro de 2007, que foram cassados, por decisão daquela Corte Superior, 215 políticos por compra de votos, em um universo de mais de duas mil ações julgadas, desde a introdução do artigo 41-A no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei n.º 9.840/99. Nos oito anos da referida lei, o cargo que sofreu o maior número de cassações foi o de prefeito, com 101 afastados, seguido do cargo de vice-prefeito (53 cassados) e de vereador (51 cassados)³⁷⁰.

Doutra banda, dados não oficiais³⁷¹ divulgados pelo Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE) indicam que 623 políticos foram cassados, distribuídos da seguinte forma: governador e vice (4), senador e suplentes (6), deputado federal (08), deputado estadual/distrital (13), prefeitos e vices (508) e vereadores (84). Os

³⁷⁰ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *TSE cassou 215 políticos por compra de votos em oito anos*. 28 set. 2007. Disponível em: <<http://agencia.tse.jus.br/sadAdmAgencia/noticiaSearch.do?acao=get&id=941203>>. Acesso em: 21 mar. 2012.

³⁷¹ Os números são resultado de levantamento do Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE). Disponível em: <<http://www.mcce.org.br>>. Acesso em: 21 mar. 2012.

dados foram obtidos, segundo informa o *site*, com base nos dados processuais de cada caso, tomando-se como fonte as informações disponíveis nos *sites* dos Tribunais Regionais Eleitorais (TRE) e do TSE. Algumas informações foram obtidas diretamente, mediante consulta aos tribunais e zonas eleitorais. Muitas vezes, notícias veiculadas na imprensa permitiram a descoberta da cassação. Nos casos em comento, a informação foi checada à luz dos dados da Justiça Eleitoral. Vários dos processos mencionados ainda se encontravam em andamento na época da pesquisa. Alguma decisão, dessa forma, pode ter sido revertida. E, quanto às eleições de 2006, a Corregedoria Regional Eleitoral remeteu consulta a todos os tribunais regionais eleitorais por solicitação do MCCE, fazendo constar, na época, que tramitavam na Justiça Eleitoral 1.100 processos relativos à eleição daquele ano, muitos dos quais poderiam levar à cassação de candidatos³⁷².

Tomando como referência os ilícitos cíveis-eleitorais antes indicados – *abuso de poder de maior abrangência* (abuso do poder econômico, abuso do poder político e de autoridade, uso indevido dos meios de comunicação social) e *abuso de poder de menor abrangência* (condutas vedadas aos agentes públicos em campanha, propaganda eleitoral em desacordo com a legislação, captação ilícita de sufrágio e captação e gastos ilícitos de recursos para campanha eleitoral), existem diversos tipos penais que mantêm com eles estreita relação. É evidente, como já explicitado alhures, que uma determinada conduta pode configurar ilícitos cíveis-eleitorais distintos, ora como um abuso de maior abrangência, ora como abuso de menor abrangência, ora como simples violação de regras de propaganda eleitoral. Isso dependerá sempre das circunstâncias do caso. Sendo assim, a partir dessas premissas e exemplificativamente, alguns tipos penais eleitorais podem caracterizar abuso de poder de maior abrangência (CE, arts. 304, 334; Lei n.º 6.091/74, art. 11, III), outros, abuso de poder de menor abrangência (CE, arts. 299, 300, 301, 302; Lei n.º 6.091/74, art. 11, V) e outros, propaganda eleitoral (CE, arts. 323, 324, 325, 326, 331, 332, 335, 337; Lei n.º 9.504/97, arts. 33, § 4.º, 39, § 5.º, 40).

Além disso, com base nos argumentos antes expostos sobre as semelhanças dos tipos penais eleitorais com contravenções penais, e levando em consideração os crimes eleitorais de menor potencial ofensivo e aqueles sujeitos a outros benefícios decorrentes da Lei n.º 9.099/95, restaram apenas aqueles 8 (oito) listados

³⁷² Disponível em: <<http://www.mcce.org.br/node/27>>. Acesso em: 21 mar. 2012.

em IP(sb), a saber: CE, 302, 317, 334, 339, 348; Lei n.º 6.091/74, art. 11, III, IV, V; Lei n.º 9.504/97, art. 72. Sobre alguns deles (a outra parte será analisada no item seguinte), cabem algumas considerações concernentes à relação entre ilícitos cíveis-eleitorais e penais-eleitorais.

Desses dispositivos, o artigo 302 do CE, embora procure tutelar o livre exercício do voto, exige que isso se dê mediante a concentração de eleitores no dia da eleição, o que, implicitamente, imprime um sentido negativo à prática de ato de propaganda eleitoral, pois o grupo que se aglomera, evidentemente, procurará impedir o exercício do voto de eleitor do candidato adversário. A última parte do dispositivo foi regulada pela Lei n.º 6.091/74, artigo 11, III.

Já o artigo 334 do CE tipifica a utilização de organização comercial de vendas, a distribuição de mercadorias, prêmios e sorteios para propaganda ou aliciamento de eleitores. Alternativamente, portanto, a ação descrita pode voltar-se para a propaganda eleitoral ou para o aliciamento de eleitores, o que não deixa de ser propaganda eleitoral. Esse tipo penal foi inserido nesse pequeno rol por conta da sanção, que, além da detenção de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, também possibilita a cassação do registro se o responsável for candidato. Ora, esta última é uma sanção típica do âmbito não penal, que pode ser aplicada se caracterizada alguma modalidade de abuso (de maior ou de menor abrangência).

Por outro lado, utilizar em campanha eleitoral, no decurso dos 90 (noventa) dias que antecedem o pleito, veículos e embarcações pertencentes à União, aos Estados, Territórios, Municípios e às respectivas autarquias e sociedades de economia mista é a conduta punida pelo inciso V do artigo 11 da Lei n.º 6.091/74 com o cancelamento do registro do candidato ou de seu diploma, se já houver sido proclamado eleito. Hoje a proibição decorrente do rol de condutas vedadas é muito mais severa, pois, além de não estar limitada a prazo (90 dias), determina a suspensão da conduta, a aplicação de multa, a cassação do registro de candidatura ou do diploma do candidato, se já expedido, além de implicar inelegibilidade, por força das modificações introduzidas pela Lei Complementar n.º 135/10, por 8 (oito) anos, caso uma das duas últimas sanções tenham sido aplicadas ou reconhecidas como possíveis³⁷³.

³⁷³ É a hipótese, por exemplo, daquele que não era candidato, ou daquele que já concluiu o mandato, e restou apenas o efeito da decisão quanto à inelegibilidade. A questão é controversa, mas parece ser a solução mais adequada.

O inciso IV do artigo 11 da Lei n.º 6.091/74 procura proteger o eleitor de influências por meio do fornecimento de transporte e de alimentação. Duas condutas que podem, a depender das circunstâncias, caracterizar uma das modalidades de abuso de poder (*de maior* ou *de menor abrangência*): abuso de poder econômico e captação ilícita de sufrágio.

Essa via (a dos ilícitos não criminais) não tem sido a única de que se tem valido a Justiça Eleitoral para combater práticas ilícitas não conformes com o direito eleitoral. Uma providência, recentemente adotada, está na assinatura, no dia 12 de janeiro de 2012, de convênio entre o TSE, por seu então presidente, o Ministro Ricardo Lewandowski, e pela Advocacia-Geral da União (AGU), na pessoa do advogado-geral da União, Luís Inácio Adams, com o objetivo de recuperar, pela via judicial, os recursos financeiros gastos pelo erário com a realização de novas eleições em razão de ato ilícito de candidato. O TSE efetuou um levantamento e constatou que, desde 2004, a União já gastou cerca de R\$ 6 milhões com esse tipo de eleição. Para se ter ideia da quantidade de pleitos realizados nessas condições, de dezembro de 2008 a janeiro de 2012, após as eleições municipais daquele ano, foram realizados 176 pleitos e outros quatro estavam marcados para os meses de janeiro, fevereiro e março de 2012. O convênio tem prazo de cinco anos, a Justiça Eleitoral repassará à Advocacia-Geral da União as informações necessárias e caberá à AGU avaliar se deve responsabilizar ou não judicialmente determinado candidato³⁷⁴.

Em se tratando dos crimes eleitorais, a experiência brasileira tem demonstrado o contrário daquilo que Sánchez chama “opções insuficientes” ou “desprestigiadas”, referindo-se àquelas da ética social, do direito civil, do direito administrativo, utilizadas como mecanismos de proteção dos bens jurídicos³⁷⁵. A existência na legislação não penal eleitoral de dispositivos que protegem de forma adequada – muitos deles vindos de iniciativa da própria sociedade – demonstra não só a *suficiente* proteção como também a *legitimidade* dela. O uso do direito penal, diante desse quadro, é *inadequado*.

³⁷⁴ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Convênio entre TSE e AGU pode recuperar prejuízo de R\$ 6 milhões gastos com eleições anuladas*. 12 janeiro 2012. Disponível em: <<http://agencia.tse.jus.br/sadAdmAgencia/noticiaSearch.do?acao=get&id=1448540>>. Acesso em: 21 ago. 2012.

³⁷⁵ SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 58.

5.3.3 Tipos penais eleitorais e tipos penais não eleitorais

Os tipos penais eleitorais não passam de crimes comuns. No atual regramento constitucional e na legislação infraconstitucional, a Justiça Eleitoral brasileira detém competência também em matéria criminal. É uma justiça especializada da União. Apesar disso, alguns tipos penais previstos na legislação eleitoral têm correlação com outros existentes na legislação não eleitoral. Existe uma longa lista de tipos penais eleitorais que têm correspondência com a legislação penal não eleitoral, alguns até com a mesma descrição (mesmos verbos) e com pena idêntica. Dentre eles, podem ser referidos: o constrangimento ilegal (CP, art. 146; CE, art. 301), os crimes contra a honra (CP, arts. 138, 139 e 140) – que em seguida receberão destaque à parte –, a desobediência (CP, art. 330; CE, art. 347) e os crimes de falsidade e o uso desses documentos (CP, arts. 297, 298, 299 e 304; CE, arts. 348, 349, 350, 353 e 354).

Talvez os exemplos mais inusitados nesta abordagem sejam os tipos penais previstos no Código Eleitoral que tratam dos crimes contra a honra (CE, arts. 324, 325 e 326). São todos de ação pública incondicionada, como, aliás, são todos os crimes eleitorais. A natureza da ação nasce do interesse protegido pela norma, como resultado da política criminal adotada. Nesses casos, tem-se dito que o interesse em matéria eleitoral é sempre público; por isso, essas condutas não podem ser manejadas pelo particular ofendido. Não há distinção concreta entre o bem tutelado por cada um desses tipos penais na esfera eleitoral e a tutela penal fora do direito eleitoral. Na calúnia e na difamação, é a honra objetiva; na injúria, é a honra subjetiva. Decorre daqui outro problema, além do tipo de ação penal, que é a dupla criminalização, uma no direito eleitoral e outra no direito não eleitoral, para proteger os mesmos bens jurídicos, especificamente considerados. Além disso, o direito eleitoral oferece um tratamento não penal às ofensas assacadas contra alguém na propaganda eleitoral, que é o exercício do direito de resposta. Nos casos, por exemplo, de direito de resposta decorrente de propaganda ofensiva no rádio e na televisão, o ofensor é obrigado a abrir espaço para o ofendido e perderá do seu próprio tempo de propaganda aquele a ser utilizado para a resposta.

Com relação ao artigo 317 do CE, que tipifica a violação ou a tentativa de violação do sigilo da urna ou dos invólucros, dificilmente a conduta ocorrerá nos moldes em que o texto foi elaborado, quando nem sequer havia a urna eletrônica. É

uma conduta, segundo Decomain e Prade, “voltada essencialmente para o sistema de votação com emprego de cédulas, hoje tornado excepcional”³⁷⁶. O tipo penal mais pertinente ao caso é o do artigo 72 da Lei n.º 9.504/97. Não faz qualquer sentido manter tipos penais que procurem *proteger* bens jurídicos que, hoje, por conta da votação eletrônica, somente poderão ser atingidos raramente.

Por sua vez, o artigo 339 do CE pune, com reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos e pagamento de 5 (cinco) a 15 (quinze) dias-multa, a conduta de destruir, suprimir ou ocultar urna contendo votos, ou documentos relativos à eleição. Os verbos desse tipo penal podem ser compatibilizados com aqueles do artigo 72 da Lei n.º 9.504/97³⁷⁷. A pretensão dos dois dispositivos é idêntica em alguns aspectos, e fica a desproporcionalidade das penas (o artigo 72 prevê pena de reclusão de cinco a dez anos).

Cuida da falsificação de documento público ou alteração sendo ele verdadeiro para fins eleitorais o artigo 348 do CE, com pena de reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos e pagamento de 15 (quinze) a 30 (trinta) dias-multa. O Código Penal (art. 297) traz pena de reclusão idêntica, com o mesmo objetivo de proteção de bem jurídico (fé pública).

A Lei n.º 9.504/97 traz, em seu artigo 72, condutas específicas relativas à urna eletrônica: obter acesso a sistema de tratamento automático de dados usado pelo serviço eleitoral, a fim de alterar a apuração ou a contagem de votos; desenvolver ou introduzir comando, instrução ou programa de computador capaz de destruir, apagar, eliminar, alterar, gravar ou transmitir dado, instrução ou programa ou provocar qualquer outro resultado diverso do esperado em sistema de tratamento automático de dados usados pelo serviço eleitoral; causar, propositadamente, dano físico ao equipamento usado na votação ou na totalização de votos ou a suas partes. É um caso de criminalização típica dos tempos modernos relacionada à informatização. Talvez o melhor caminho aqui seria uma figura típica na legislação comum (não eleitoral) que abrangesse não apenas essas hipóteses ligadas aos programas e equipamentos informatizados das eleições, mas também a outros que também são relevantes, como os da Receita Federal.

³⁷⁶ DECOMAIN, Pedro Roberto; PRADE, Péricles. *Comentários ao Código Eleitoral*. São Paulo: Dialética, 2004, p. 403.

³⁷⁷ Para Ramayana, esse tipo penal está revogado parcialmente pelo artigo 72, III, da Lei n.º 9.504/97 (RAMAYANA, Marcos. *Código Eleitoral comentado*. Rio de Janeiro: Roma Victor, 2004, p. 512).

Além desses casos, existem outros tipos penais eleitorais (CE, arts. 291, 292, 313, 314, 342, 343 e 345) que expressam tipificação característica da esfera administrativa, como aqueles alusivos à conduta do juiz eleitoral e do membro do Ministério Público com funções eleitorais, todos passíveis de punições próprias na esfera não penal por intermédio dos órgãos correccionais e de orientação ou fiscalização (Corregedorias, Conselho Nacional de Justiça e Conselho Nacional do Ministério Público). A própria legislação eleitoral traz dispositivos prescrevendo a investigação e a punição não penal daquelas condutas do juiz e do membro do Ministério Público que não observem as determinações da legislação eleitoral³⁷⁸. De modo semelhante, o tipo penal previsto no artigo 25 da Lei Complementar n.º 64/90 – que pune a arguição de inelegibilidade, ou a impugnação de registro de candidato feito por interferência do poder econômico, desvio ou abuso do poder de autoridade, quando deduzida de forma temerária ou de manifesta má-fé – já possui no direito processual toda uma construção teórica não penal para punir essas condutas³⁷⁹.

Embora se queira considerar que esses tipos penais eleitorais protegem bens jurídicos diferentes daqueles da legislação não eleitoral, essa tese parece apenas esconder, atrás de um engenho teórico, um fato importante: a existência de tipos penais que protegem bens jurídicos idênticos, cuja manutenção tem sido *tolerada* ou *sustentada* por conta, não da natureza da norma penal, mas do órgão competente do Poder Judiciário encarregado de proferir o julgamento. É possível que o melhor exemplo disso esteja na relação entre a Justiça do Trabalho e o direito penal. A Justiça do Trabalho não possui competência criminal³⁸⁰. Os crimes identificados por seus órgãos ou ocorridos na sua intimidade (serviços ou servidores) são processados e julgados por outros órgãos do Poder Judiciário.

³⁷⁸ Ver artigos 16, § 2.º, 97 e 97-A, § 2.º, da Lei n.º 9.504/97.

³⁷⁹ Ver, e.g., os artigos 17 e 18 do Código de Processo Civil (CPC) (FONSECA, João Francisco N. da et al. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 44. ed. São Paulo: Saraiva, 2012)

³⁸⁰ Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal (STF): “[...] O disposto no art. 114, incs. I, IV e IX, da Constituição da República, acrescidos pela Emenda Constitucional n.º 45, não atribui à Justiça do Trabalho competência para processar e julgar ações penais” (STF. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3684. Relator Cezar Peluso. j. 1 fev. 2007, unânime. DJe, 3 ago. 2007, n.º. 72). Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=474628>>. Acesso em: 25 mar. 2012.

Aliás, o projeto do novo Código Penal (Projeto de Lei n.º 236/2012)³⁸¹, ao listar os crimes eleitorais no seu Título XI³⁸² (Dos Crimes Eleitorais), aponta como um dos fundamentos para a proposta descriminalizadora e também para a inserção dos crimes eleitorais no próprio texto do Código Penal o fato de que atualmente o Código Eleitoral tipifica diversas condutas, como as vistas acima, que já encontram correspondência na legislação não eleitoral; por isso, os crimes eleitorais “não precisam ser distintos daqueles previstos para a proteção de outros bens jurídicos”. O relatório do projeto invoca, com acerto, que existe “um mito de que as sanções eleitorais seriam diferentes daquelas próprias do Código Penal”³⁸³. De fato, não há justificativa para dispensar um tratamento diferenciado aos crimes eleitorais sob essa perspectiva, que não passa de *mito*.

A análise que tem sido esboçada neste trabalho desde o início, apontando a função crítica da teoria do bem jurídico-penal, que se agasalha no modelo de Estado Democrático de Direito, a partir de um desdobramento do princípio (instituidor) da intervenção mínima, culminou na crítica (severa) ao modelo expansionista do direito penal e numa proposta de *intervenção mínima* do direito penal no que diz respeito a ilícitos eleitorais. Essa proposta adotou uma base progressiva, partindo de critérios de que atingissem o maior número de tipos penais eleitorais até o que alcançasse menor número, suscita três pontos de discussão: (i) os tipos penais eleitorais e a aproximação deles com as contravenções penais, com os crimes de menor potencial ofensivo e com hipóteses de benefícios da legislação penal (como suspensão condicional do processo e penas alternativas); (ii) os tipos penais eleitorais e ilícitos cíveis-eleitorais (abusos de poder de maior e de menor abrangência, e também a propaganda eleitoral); (iii) a relação entre os tipos penais eleitorais e os não eleitorais.

Constata-se, assim, que o modelo condizente com a realidade do Estado brasileiro é o da *intervenção mínima*. Especificamente quanto ao direito eleitoral, não há, à primeira vista, necessidade de um regramento específico sobre tipos penais eleitorais e, por consequência, não há por que manter a competência criminal da Justiça Eleitoral brasileira. Aquela *barreira infranqueável* levantada pelo princípio da

³⁸¹ BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei n.º 236, de 9 de julho de 2012*. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/anteprojeto-codigo-penal.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2012.

³⁸² Na exposição de motivos, os crimes eleitorais constam no Título IX, mas, no texto do projeto, eles estão no Título XI.

³⁸³ Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/anteprojeto-codigo-penal.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2012.

intervenção mínima e seus *desdobramentos* (entre os quais, a exclusiva proteção de bens jurídicos dignos contra ataques intoleráveis, *criticamente* considerada) anuncia, se não a desnecessidade, pelo menos uma disciplina mais reduzida do que aquela hoje em discussão no Projeto de Código Penal.

5.4 DIREITO PENAL SIMBÓLICO E OS TIPOS PENAIS ELEITORAIS

O Estado Democrático de Direito é caracterizado primordialmente pelo reconhecimento e pela implementação dos direitos fundamentais. Nesse tipo de Estado, conforme Gomes, “não há inimigos”, pois o respeito da dignidade da pessoa humana “é a essência do Estado democrático de direito, em que o poder é exercido *pelo* homem e *para* o homem, e que se esvazia de sentido se for empregado para negar a condição de dignidade do ser humano”³⁸⁴. O direito penal não é incompatível com o Estado Democrático de Direito. Incompatíveis são *modelos* (ou concepções) de direito penal que afrontam a própria razão de ser do Estado Democrático.

O movimento expansionista³⁸⁵ do direito penal – o pêndulo que se move na direção para a qual não deveria oscilar³⁸⁶ – apenas revela um processo de *inflação legislativa*, produzindo um direito penal simbólico, pois está demonstrado que esse não é o caminho para combater de forma eficiente as práticas ilícitas. A função simbólica do direito penal, na forma aqui considerada³⁸⁷, é a mera produção de efeito psicológico na opinião pública: o legislador dá a impressão, por meio de leis

³⁸⁴ GOMES, 2008, p. 90.

³⁸⁵ Zaffaroni diz que esse avanço repressivo é “provocado por uma cascata de leis punitivas com que os órgãos políticos respondem ao bombardeio dos meios de comunicação de massa e à crescente incapacidade para dar soluções reais aos conflitos sociais” (ZAFFARONI, 2001, p. 82).

³⁸⁶ “É que a história do Direito penal é a história progressiva de sua desapareção, de sua saída de cena. Só que esta história não se processa de modo linear, mas sim pendular, em marchas e contra-marchas e uma destas contra-marchas é justamente o que vivemos agora” (MUÑOZ CONDE; BUSATO, 2011, p. 177).

³⁸⁷ É necessária a advertência de García-Pablos de Molina de que em uma sociedade de signos e símbolos, o direito penal também tem uma certa função simbólica. Isto significa dizer que o direito penal terá sempre uma função simbólica, mas o chamado “direito penal simbólico” é a perversão do próprio direito penal na medida em que é utilizado de maneira deliberadamente simbólica para impressionar a opinião pública sem atingir os fins a que se propõe. Esclarece o autor: “Que en una sociedad de signos y símbolos también el Derecho Penal cumpla una cierta función simbólica, no puede extrañar. En buena medida, el Derecho Penal tiene también una simbología *sui generis*! El problema se plantea cuando se utiliza deliberadamente el Derecho Penal para producir un mero efecto simbólico en la opinión pública, un impacto psicosocial, tranquilizador en el ciudadano, y no para proteger con eficacia los bienes jurídicos fundamentales para la convivencia. Porque entonces se pervierte la función genuina del Derecho Penal, que, es siempre una función ‘instrumental’” (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2000, p. 98).

criminalizadoras de condutas e exasperadoras de penas, de que está atento, embora, efetivamente, tais leis não alcancem os objetivos a que se propõem. Essa função é, para García-Pablos de Molina, *patológica, perversa, carecedora de legitimidade, contraditória* entre os fins que o legislador diz perseguir e aqueles que efetivamente alcança, além do que, “a médio prazo, desacredita o próprio ordenamento, minando o poder intimidatório de suas proibições”³⁸⁸.

A tentativa de reafirmação do direito penal por meio desse tipo de produção legislativa revela cada vez mais o constante processo de deslegitimação que lhe é intrínseco na atualidade. Um dos fatores determinantes da deslegitimação é a seletividade do direito penal e do sistema penal. A esse respeito, Zaffaroni destaca que até agora, em relação a certos crimes (crimes de poluição, *white collar* e crimes econômicos – crimes de poder), “existe uma inoperância geral de nossos sistemas penais que, nos poucos casos em que atua, é instrumentalizado como meio de eliminação competitiva, deixando vulneráveis os menos poderosos”³⁸⁹.

Os limites de um discurso penalista simbólico³⁹⁰, que produz um direito penal da eficiência, devem ficar nítidos à luz dos princípios regentes do Estado Democrático de Direito, cujo escopo é a efetivação dos direitos e garantias individuais. Para Zaffaroni e Pierangeli, “o direito penal efetivo será aquele que tenha capacidade para mostrar-se como um direito penal ‘liberador’, enquanto o não efetivo será um direito penal ‘repressivo’”³⁹¹. Ainda para tais autores, os “Estados de direito não são nada além da contenção dos Estados de polícia, penosamente conseguida como resultado da experiência acumulada ao longo das lutas contra o poder absoluto”³⁹².

Não há espaço – embora isso ocorra amiúde num modelo de Estado como é o Democrático de Direito, que agasalha em seu ordenamento jurídico o

³⁸⁸ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2000, p. 98-99. “[...] a medio plazo, desacredita al propio ordenamiento, minando el poder intimidatorio de sus prohibiciones” (tradução nossa).

³⁸⁹ ZAFFARONI, 2001, p. 108.

³⁹⁰ Sánchez fala na *função simbólica* da pena, cujo objetivo é deixar de fora o autor do crime e reintegrar a vítima. Nesse sentido, a pena toma um sentido para a vítima, pois manifesta a solidariedade do grupo social em seu favor. A sociedade não teve capacidade de evitar que a vítima fosse violentada pelo delito, mas pode, como uma forma de compensação, castigar o autor. Esse tipo de proposta transforma a pena em mera e simples punição para o autor do delito (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 53).

³⁹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 1, parte geral, p. 319.

³⁹² *Ibid.*, p. 169.

reconhecimento dos direitos humanos³⁹³ – para formas de maximização penal engendrando um direito penal autoritário. Ao contrário, o caráter fragmentário e subsidiário do direito penal deve desaguar naquilo que Mir Puig sintetiza em forma de princípios – princípio da máxima utilidade possível (eficácia da prevenção) e princípio do mínimo sofrimento necessário (limitar o máximo possível os custos dessa prevenção –, “de forma que resulte menos grave a proteção que oferece o direito penal do Estado social e democrático de Direito do que poderia ser exercida por outros meios de controle social ilimitados”, ou “desprovidos de garantias”, “ou ainda outras formas de direito penal autoritário”³⁹⁴.

Portanto, todo o direito positivo produzido a partir do modelo de Estado Democrático de Direito deve seguir os ditames constitucionais, que, no caso brasileiro, preocupa-se, nitidamente, em proteger o ser humano, na medida em que positivou direitos (fundamentais) reconhecidos no plano internacional como sendo direitos humanos. E essa leitura não pode ser feita pura e simplesmente tomando-se como referência a letra do texto maior, mas, como adverte Pinho, “pela análise do sistema de valores latente no texto fundamental”, pois o ser humano “é o centro de toda concepção de direitos e garantias”³⁹⁵.

No caso dos crimes eleitorais, há uma peculiaridade muito latente: em tese, os *seleccionados* para sofrerem a punição estatal seriam, em grande parte, os candidatos a cargos eletivos que, com raras exceções, ocupam altas posições sociais e políticas no país. Os dados empíricos (inquéritos instaurados, ações penais propostas, prisões, condenações etc.) comprovam que esse é mais um simbolismo do direito penal nessa seara. As pessoas ditas comuns – muitos cabos eleitorais, por exemplo – acabam sofrendo a reprimenda estatal. E, mesmo nesses casos, a

³⁹³ Pérez Luño faz a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, esclarecendo que estes são o reconhecimento pelo ordenamento jurídico daqueles. “Los *derechos humanos* poseen una insoslayable dimensión deontológica. Se trata de aquellas facultades inherentes a la persona que deben ser reconocidas por el derecho positivo. Cuando se produce ese reconocimiento aparecen los *derechos fundamentales*, cuyo nombre evoca su función fundadora del orden jurídico de los Estados de Derecho” (PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La tercera generación de derechos humanos*. Navarra, España: Aranzadi, 2006, p. 235-236). Em posição semelhante, Sarlet confirma que as expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais” não são sinônimas. *Direitos fundamentais* estão relacionados com os direitos positivados e reconhecidos na esfera do direito constitucional; já os *derechos humanos* estão na órbita internacional. Os “direitos humanos guardam relação com uma concepção jusnaturalista (jusracionalista) dos direitos, ao passo que os direitos fundamentais dizem respeito a uma perspectiva positivista” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 32).

³⁹⁴ MIR PUIG, 2007, p. 80.

³⁹⁵ PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Direito penal e estado democrático de direito: uma abordagem a partir do garantismo de Luigi Ferrajoli*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 55.

maioria resolve-se num termo circunstanciado de ocorrência (TCO) pela via de medidas despenalizadoras, sem falar nos *espetáculos* que ocorrem a cada eleição, quando dezenas e, às vezes, centenas de infratores são postos em ginásios por ordem judicial aguardando a lavratura do procedimento policial ou, simplesmente, para que se encerre o horário da votação. É o *espetáculo* real de um direito eleitoral simbólico.

Parece que os crimes eleitorais foram *inventados*, não para ser combatidos – o inverso da expressão afirmativa de Batista³⁹⁶ –, mas simplesmente para dar a impressão de que os políticos mandatários podem ser punidos tanto quanto o cidadão comum das classes baixas da sociedade. Isso é típico discurso simbolista, que é desmascarado com incursões doutrinárias e análises empíricas, isto é, com estudos científicos sérios.

Se nos crimes eleitorais é assim, nos não eleitorais não é muito diferente. Esse é um fator de ordem histórica segundo Streck, que lembra os anos de escravidão que marcaram o sentido de classe no direito e ainda mais no direito penal, o que resulta numa *ausência histórica* de condenações efetivas em crimes relacionados com o erário público, a corrupção etc. O direito penal chamado “liberal-individual-patrimonialista” sempre esteve a serviço da proteção de bens como o patrimônio e seus titulares. Reportando-se a uma pesquisa realizada pela Procuradora da República Ela Castilho, Streck fala em *criminalização da pobreza*, pois, de 1986 a 1995, somente 9 dos 682 supostos crimes financeiros apurados pelo Banco Central resultaram em condenações nos tribunais. E consigna que “nenhum dos 19 réus condenados por crime do colarinho branco foi para a cadeia!”³⁹⁷. A questão é muito bem analisada pelo professor: não é estender ou não a pena de prisão a crimes do colarinho branco, mas olhar “sobre o modo como as Instituições olham para os crimes do ‘andar de baixo’ e do ‘andar de cima’”³⁹⁸. O direito penal não pode ser (ou continuar sendo) um *direito penal de classe*, isto é, “discriminatório, seletivo, estigmatizador e ‘protetor dos interesses das camadas dominantes’”³⁹⁹. Esse aspecto histórico está tão impregnado na mentalidade das pessoas, e até

³⁹⁶ Batista chama “fascinante questão” o fato de o Estado primeiro *inventar* para depois *combater* o crime. E arremata com a instigante pergunta: “esse combate não será algo miseravelmente reduzido ao *crime acontecido e registrado?*” (BATISTA, 2002, p. 21, grifo do autor).

³⁹⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Crime e estamento*: notas sobre a política criminal e o direito penal em *terrae brasilis*. In: PINHO, Ana Cláudia Bastos de; GOMES, Marcus Alan de Melo (Org.). *Direito penal e democracia*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010a, p. 294.

³⁹⁸ *Ibid.*, p. 295.

³⁹⁹ *Ibid.*, loc. cit.

mesmo em muitos operadores do direito (juízes, membros do Ministério Público, advogados, delegados etc.), que, em não poucas ocasiões, é praticamente impossível discuti-lo. É um direito penal de classe que se transforma num *direito-penal-de-discurso-coletivo-midiático*, não sujeito a críticas acadêmicas, que escamoteia interesses históricos em detrimento da maioria da população.

Toda a discussão lançada neste trabalho anteriormente aponta um novo caminho para o direito eleitoral em matéria de proteção de bens jurídicos relevantes: a esfera não penal, com previsão de ilícitos não penais e com sanções também não penais, como multa, cassação de registro ou de diploma, inelegibilidade. Os efeitos dessas sanções são graves para a vida política do candidato-infrator ou beneficiado. Por outro lado, as garantias processuais plenas, como o devido processo legal, o direito de defesa, o contraditório, o juiz natural etc., são todas observadas. Apesar disso, cabe uma última advertência: não se pode correr o risco de querer substituir o direito penal eleitoral simbólico por um direito eleitoral não penal com mitigação de garantias e/ou com eleição de “inimigos do regime democrático”.

5.5 OS RISCOS DE UMA HIPERTROFIA PUNITIVA DO DIREITO ELEITORAL BRASILEIRO

Foi Reinhart Franck quem, pela primeira vez, em artigo publicado em 1898, usou a expressão “hipertrofia penal”⁴⁰⁰. Naquela ocasião, a expressão aplicava-se ao uso indevido e exagerado de leis penais. O que se pretende aqui é ir além da esfera penal, pois, ao contrário do direito penal, que pode ser não eleitoral, o direito eleitoral brasileiro tem tido um alargamento do seu alcance na esfera não criminal. Apesar desse destaque, também, pelo menos em termos de tentativa de propostas legislativas penais, o direito eleitoral brasileiro não está alheio a essa maximização.

A aqui nominada “hipertrofia punitiva” do direito eleitoral pode ocorrer, pelo menos de uma forma geral, de duas maneiras: (i) no âmbito penal, com a majoração de penas ou com a criação de novos tipos penais; (ii) no âmbito cível, com construções legislativas, principalmente pelo Tribunal Superior Eleitoral com o seu “poder normativo”⁴⁰¹ (e nem tanto pelo legislador) e elaborações doutrinárias

⁴⁰⁰ REINHART, 1898 apud LUISI, 2003, p. 43.

⁴⁰¹ Embora não previsto na Constituição Federal de 1988, o poder normativo do TSE encontra fundamento apenas na legislação infraconstitucional, o que tem levado autores, como Salgado, a

desconcertantes, isto é, dissociadas de uma longa formulação teórica do direito eleitoral de bases sólidas.

A criação de novos tipos penais pode incorrer (e isso não é improvável, ao contrário) naquilo que os penalistas têm, há algum tempo, denominado “administrativização” do direito penal, quando as normas penais que criam novos tipos tendem a se parecer com normas do Direito Administrativo, permitindo que a Administração Pública intervenha na vida das pessoas sem as correspondentes limitações impostas pelo direito penal⁴⁰². Além da criação de novos tipos, a hipertrofia punitiva pode ocorrer, por exemplo, com a majoração de penas.

Exemplo disso está no resultado dos trabalhos de uma comissão criada pelo TSE, que procurou reformular a legislação eleitoral, alcançando também os crimes eleitorais. Em 2005, o então presidente do TSE, Ministro Carlos Velloso, encaminhou ao Presidente do Senado Federal diversas sugestões produzidas pela comissão instituída por iniciativa do TSE para que fossem apreciadas pelo Congresso Nacional. Fez a exposição de motivos René Ariel Dotti. Anexada a ela, está a proposta de reforma de aspectos da legislação eleitoral, incluindo os crimes eleitorais. Os trabalhos da comissão não resultaram até agora em lei. Duas são as grandes marcas dessa proposta: a exasperação de penas e a criação de novos tipos penais. Os crimes estão nos artigos 300 a 341, entre os quais existem mais de 10 (dez) novos tipos, mais de 20 (vinte) exasperações de penas (existe menos de meia dúzia de penas reduzidas)⁴⁰³.

sustentarem sua inconstitucionalidade. A referida autora aponta os dispositivos legais que dão fundamento a esse poder normativo (CE, art. 1.º, parágrafo único, art. 23, IX; Lei n.º 9.096/95, art. 61; Lei n.º 9.504/97, art. 105) e sustenta que a “Justiça Eleitoral exerce funções regulamentares sem autorização constitucional ou legal” (SALGADO, Eneida Desirée. *Princípios constitucionais eleitorais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 234). Por isso, a “atuação do Tribunal Superior Eleitoral em matéria de resoluções, se admitida (inobstante sua inconstitucionalidade), deve se subordinar à noção de função regulamentar de maneira estrita: aquela em que não há espaço para discricionariedade qualquer, mas apenas se deve desdobrar, especificar o que a lei determina de modo genérico. Dessa forma, as resoluções eleitorais devem se restringir e esclarecer datas, competências e procedimentos para a eleição específica que será disputada, facilitando a compreensão da legislação eleitoral. Apenas isso” (SALGADO, 2010, p. 237).

⁴⁰² Essas normas penais, resultado dessa “administrativização”, são instrumentalizadas e acabam servindo para a “administração de situações particulares, de riscos excepcionais: em outras palavras, um instrumento de resposta contingente a situações de ‘emergências’ concretas. Ao mesmo tempo, tal como destacam Stortoni e outros, expande-se a esfera de competência e discricionariedade da magistratura; as decisões judiciais tendem a assumir um caráter programático e ‘político’ semelhante às leis” (BARATTA, 1994, p. 505).

⁴⁰³ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Reforma eleitoral: delitos eleitorais, prestação de contas (partidos e candidatos), propostas do TSE*. Brasília, DF: SDI, 2005. Além da aludida comissão, outra foi constituída para uma reforma da legislação eleitoral. Seus integrantes foram nomeados pelo Presidente do Senado Federal, Senador José Sarney, por meio do Ato do Presidente n.º 192, de 8 de

Isso tem ocorrido na esfera criminal. Na cível-eleitoral, que é o caminho aqui defendido para a proteção dos bens jurídicos no direito eleitoral, tem havido muitas inovações legislativas importantes. Alguns posicionamentos vindos da jurisprudência⁴⁰⁴, todavia, são altamente questionáveis. O exemplo mais recente está na Lei Complementar n.º 135/10, que modificou a Lei Complementar n.º 64/90, a lei das inelegibilidades. No dia 16 de fevereiro de 2012, o STF concluiu o julgamento das ADC n.º 29 e n.º 30 e da ADI n.º 4578, que tratam da Lei Complementar n.º 135/10, decidindo pela sua constitucionalidade e pela sua aplicabilidade às eleições de 2012. A decisão foi por maioria, e uma das

junho de 2010. A comissão, instalada em 7 de julho desse mesmo ano, é presidida pelo Ministro do STF José Antonio Dias Toffoli e constituída de vários juristas. Até agora, não foi apresentado o relatório final dos trabalhos, por isso, não é possível analisar comparativamente com o que foi feito na época do Ministro Carlos Velloso.

⁴⁰⁴ Em um julgamento realizado pelo STF em que foi reconhecida a incidência da prescrição em favor de um acusado ocupante de cargo eletivo, cogitou-se, por incrível que pareça, discutir se aqueles que tiveram penas prescritas seriam ou não alcançados pela inelegibilidade prevista na LC n.º 135/10. A notícia foi assim veiculada: “A prescrição da condenação aplicada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) ao deputado federal Abelardo Camarinha (PSB-SP) suscitou um debate inédito sobre a Lei da Ficha Limpa. Logo após o julgamento, os ministros sinalizaram que o Tribunal ainda terá que decidir se os políticos condenados, porém com penas prescritas devido à demora do julgamento, devem ou não ser submetidos às regras mais rígidas impostas pela lei. A prescrição é a impossibilidade de punir alguém considerado culpado em uma ação criminal devido à lentidão excessiva no julgamento do caso. O Código Penal dá prazo de prescrição maior ou menor a depender da gravidade do caso. Penas de até um ano prescrevem três anos depois que a ação penal começou a tramitar, enquanto as penas de mais de 12 anos prescrevem em 20 anos. Apesar de os efeitos da condenação serem suspensos com a prescrição, a possibilidade de o político nessa situação ficar inelegível começou a ser cogitada por uma ala conectada com o efeito moralizante da lei. Esse grupo acredita que a prescrição não anula o entendimento judicial de que houve delito, e que, portanto, o político não tem o passado limpo exigido para concorrer a um cargo eletivo. Perguntado se Camarinha seria atingido pela Lei da Ficha Limpa, o procurador-geral da República, Roberto Gurgel, disse que essa seria ‘uma excelente ideia’. ‘É muito razoável que ele fique impedido, já que é um dos nossos clientes mais frequentes e tem muitos outros casos aqui. A questão será analisada no momento de registro de candidatura’, disse. Outro argumento usado pelos defensores da aplicação da lei é que os critérios da Ficha Limpa não são punição, e sim pré-requisitos que devem ser seguidos por quem quer ser candidato. ‘A Lei da Ficha Limpa não é punição, é critério de elegibilidade. O que interessa é a vida pregressa do candidato, e a Ficha Limpa trouxe essa ideia’, afirma o presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Ophir Cavalcante. Já o ministro do STF Marco Aurélio Mello defende que a prescrição da pena anula a condenação por completo. ‘Não podemos dizer que o político em questão está condenado. O Tribunal esboçou um pronunciamento condenatório, para depois dizer que tudo estava prescrito’. A opinião é compartilhada pelo advogado José Eduardo Alckmin, ex-ministro do Tribunal Superior Eleitoral (TSE). ‘Quando há prescrição, na verdade é como se nada tivesse ocorrido para aquele réu. Equivale a quase uma absolvição’. O ministro do STF Ricardo Lewandowski, presidente do TSE e um dos defensores da Lei da Ficha Limpa, admite que o assunto abre brecha para interpretações, mas preferiu não se posicionar. ‘Do ponto de vista teórico doutrinário, a discussão é interessante e temos que examinar’” (ZAMPIER, Débora. *Aplicação de Lei da Ficha Limpa a candidatos com pena prescrita divide opiniões*. 11 mar. 2012. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2012-03-11/aplicacao-de-lei-da-ficha-limpa-candidatos-com-pena-prescrita-divide-opinioes>>. Acesso em: 12 mar. 2012).

divergências – a lei abrange diversas questões controvertidas⁴⁰⁵ – foi quanto à inelegibilidade daqueles que forem condenados criminalmente por órgão colegiado, ainda que não transitada em julgado a sentença. Embora a chamada “Lei da Ficha Limpa” não seja penal, *vale-se de institutos do direito penal para fins de inelegibilidade*, como é o caso da condenação criminal.

Apenas dois aspectos sobre esse julgamento serão aqui considerados. O primeiro é aquele referente ao princípio da presunção de inocência (ou presunção de não culpabilidade⁴⁰⁶). Não se entra aqui na discussão sobre o teor da novel lei, nem se questiona se o texto normativo poderia ou não eleger como hipótese de inelegibilidade uma condenação não transitada em julgado. O grande questionamento está no pensamento exposto pelo Ministro Luiz Fux, que, em seu voto, chega a dizer que tal princípio é uma “regra”⁴⁰⁷ e que nele (no princípio) “não se vislumbra a existência de um conteúdo principiológico”. Além desse aporte de teor “jurídico”, há outro não jurídico, segundo o qual “a aplicação da presunção constitucional de inocência no âmbito eleitoral não obteve suficiente sedimentação no sentimento jurídico coletivo”⁴⁰⁸. Construiu-se uma interpretação da *presunção de inocência para fins eleitorais*.

De forma pontual e incisiva, Streck criticou esse pensamento – princípio ser tido como regra. Esse tipo de proposição é uma espécie de *uso hipossuficiente* do conceito de princípio. Por isso, sustenta que não sabe o que é mais grave: se o “panprincipialismo”⁴⁰⁹ ou a *hipossuficiência principiológica*. A *ponderação* é uma

⁴⁰⁵ A discussão aqui lançada é de cunho eminentemente acadêmico. É importante ressaltar isso, porque tal lei é resultado de uma grande mobilização social e tem pretensões extremamente benéficas para a democracia brasileira. No entanto, nem por isso está isenta de análises críticas.

⁴⁰⁶ Expressões tomadas aqui como sinônimas.

⁴⁰⁷ “A presunção de inocência consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição Federal deve ser reconhecida, segundo a lição de Humberto Ávila (*Teoria dos Princípios*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005), como uma *regra*, ou seja, como uma norma de previsão de conduta, em especial a de proibir a imposição de penalidade ou de efeitos da condenação criminal até que transitada em julgado a decisão penal condenatória. *Concessa venia*, não se vislumbra a existência de um conteúdo principiológico no indigitado enunciado normativo” (trecho do voto proferido pelo Ministro Luiz Fux quando do julgamento da constitucionalidade da LC n.º 135/10. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243342>>. Acesso em: 20 set. 2012.

⁴⁰⁸ Na ementa do acórdão constou: “[...] 3. A presunção de inocência consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição Federal deve ser reconhecida como uma regra e interpretada com o recurso da metodologia análoga a uma redução teleológica, que reaproxime o enunciado normativo da sua própria literalidade, de modo a reconduzi-la aos efeitos próprios da condenação criminal (que podem incluir a perda ou a suspensão de direitos políticos, mas não a inelegibilidade), sob pena de frustrar o propósito moralizante do art. 14, § 9º, da Constituição Federal [...]” (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=2243342>>. Acesso em: 12 set. 2012).

⁴⁰⁹ A respeito desse “fenômeno”, Lenio Streck, em outro texto, esclarece: “Percebe-se, assim, uma

ficção que tem sido utilizada para esconder a subjetividade do julgador. Com efeito, Alexy⁴¹⁰ sustenta que os princípios estão em colisão e os critérios de proporcionalidade derivados da ponderação resolveriam essa aparente contradição. Todavia, aí reside o espaço para a discricionariedade solipsista. Nem mesmo Alexy admite que um princípio aplicado a um caso específico não volte a ser aplicado a outros futuros. Diferentemente das regras, que valem ou não valem – excluída uma vez –, assim estarão para o futuro. Valendo-se de Dworkin, Streck diz que os princípios representam “uma comunidade política”, que “se articula a partir de um conjunto coerente de princípios que justifica e legitima sua ação política”⁴¹¹. Por isso, os princípios possuem uma “dimensão de peso”, pois, em determinados casos, um princípio terá incidência mais que outros. Mas isso não quer dizer que, em outro caso, o contrário não possa ocorrer (e, de fato, ocorre)⁴¹².

Não custa lembrar, sem maiores aprofundamentos, que esse princípio (e não regra), conforme preleciona Ferrajoli, remonta ao direito romano e foi ofuscado apenas durante a Baixa Idade Média em razão das práticas inquisitoriais, tendo sido restaurado no início da Idade Moderna, elevado por Francesco Carrara “a ‘postulado’ fundamental da ciência processual e a pressuposto de todas as outras garantias do processo”⁴¹³. Outro ataque veio de Raffaele Garofalo, Enrico Ferri e Vincenzo Manzini, no Código Rocco de 1930, o que, assim como no período medieval, tem fortes explicações históricas, desfavoráveis aos direitos e garantias individuais⁴¹⁴.

proliferação de princípios, circunstância que pode acarretar o enfraquecimento da autonomia do direito (e da força normativa da Constituição), na medida em que parcela considerável (desses ‘princípios’) é transformada em discursos com pretensões de correção e, no limite, como no exemplo da ‘afetividade’, um alibi para decisões que ultrapassam os próprios limites semânticos do texto constitucional. Assim, está-se diante de um fenômeno que pode ser chamado de ‘panprincipiologismo’, caminho perigoso para um retorno à ‘completude’ que caracterizou o velho positivismo novecentista, mas que adentrou ao século XX: na ‘ausência’ de ‘leis apropriadas’ (a aferição desse nível de adequação é feita, evidentemente, pelo protagonismo judicial), o intérprete ‘deve’ lançar mão dessa ampla principiologia, sendo que, na falta de um ‘princípio’ aplicável, o próprio intérprete pode criá-lo” (STRECK, 2009, p. 493).

⁴¹⁰ Robert Alexy apresenta seu pensamento invocado por Streck no seu clássico *Teoria dos direitos fundamentais* (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008).

⁴¹¹ STRECK, Lenio Luiz. Regra ou princípio: Ministro equivocou-se ao definir presunção da inocência. *Consultor Jurídico*, 17 nov. 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-nov-17/ministro-fux-presuncao-inocencia-regra-nao-principio>>. Acesso em: 19 mar. 2012.

⁴¹² STRECK, loc. cit.

⁴¹³ FERRAJOLI, 2010, p. 506.

⁴¹⁴ Ibid., p. 507.

O segundo é quanto à natureza jurídica das inelegibilidades. Na verdade, essa questão decorreu da discussão naquele mesmo julgamento sobre a constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa quanto à sua retroatividade ou não. O argumento de que a inelegibilidade seria apenas um critério serviu para sustentar a retroatividade, pois, sendo apenas um critério, a lei poderia retroagir. O Ministro Joaquim Barbosa, em seu voto, disse expressamente que, não sendo as hipóteses de inelegibilidade penas, a elas não se aplica o princípio da irretroatividade da lei e, de maneira mais específica, o princípio da presunção de inocência. E, mais adiante, sob outro viés, entendeu que a dita lei, de fato, não retroage, mas “apenas concede efeitos futuros a um ato ocorrido no passado”⁴¹⁵.

O posicionamento anterior da jurisprudência não era destoante da compreensão acerca dos ilícitos eleitorais, os quais podem apresentar-se como ilícitos criminais (os tipos penais eleitorais) ou como ilícitos cíveis-eleitorais. A prática de qualquer um desses ilícitos implica uma determinada sanção ou penalidade. Basta a leitura de qualquer dispositivo dessa natureza para que esse fato seja facilmente percebido. Para ilícitos penais, há sanções de natureza penal (multa e prisão, por exemplo); para os ilícitos não penais, sanções de natureza não penal (multa, cassação do registro de candidatura, cassação do diploma e inelegibilidade, conforme o caso). As hipóteses a que se referem os artigos 19 e 22 da Lei Complementar n.º 64/90 implicam inelegibilidade. E assim é porque são atos ilícitos (abuso do poder político, do poder de autoridade, do poder econômico e uso indevido dos meios de comunicação social) para os quais a lei expressamente prevê a sanção de inelegibilidade. Existem, portanto, três tipos de sanções de inelegibilidade: (i) *sanções ou penas primárias* pela prática de atos ilícitos, que devem ser reconhecidas e impostas em sentença; (b) *sanções ou penas secundárias* decorrentes de ilícitos, que não precisam vir expressas na sentença que reconheceu o ilícito praticado; (c) *critérios* listados pelo legislador não decorrentes de ilícitos, para os quais nem há processo, pois de ilícito não se trata. Estas últimas inelegibilidades são *critérios puros*. As duas primeiras não deixam de ser critérios, mas *critérios fundados em ilícitos*, logo, são penas ou sanções.

Deve-se ter o cuidado de não pretender transportar para o direito eleitoral uma carga de eficácia e de combate da impunidade que os outros ramos do Direito

⁴¹⁵ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243342>>. Acesso em: 20 set. 2012.

não conseguiram (e ainda não conseguem) concretizar de forma satisfatória, como é o caso da área penal, da improbidade etc. Sem abordar os bons aspectos da Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar n.º 135/10), como a sua iniciativa popular e sua finalidade ética, constata-se que ela tem por trás de si (ou revela por si mesma) algo extremamente negativo, pois “joga para debaixo do tapete” o que não deve ser visto ou percebido: *o simbolismo da legislação penal e de improbidade administrativa*.

Isso parece querer transformar o direito eleitoral num *Superdireito* que banirá os corruptos do país e promoverá uma *limpeza ética* antes nunca vista. Os riscos são muitos. Dois, porém, saltam de forma alternada: ou o direito eleitoral fracassará nessa missão e cairá no descrédito, ou o direito eleitoral transformar-se-á num mecanismo de inibição de práticas democráticas e, à maneira de Sánchez ou de Jakobs, será um direito de *custo-benefício* com a restrição de garantias históricas e a *eleição de inimigos*. Certamente, não é o que se quer. O importante no Estado Democrático de Direito não é a chegada, mesmo porque ela nunca ocorre, mas o *caminhar principiológico-democrático*. Nesse modelo de Estado, os fins nunca justificam os meios. O “Estado não é mais, para cidadãos e cidadãs”, aquele monstro [Leviatã hobbesiano] “ameaçador da liberdade”⁴¹⁶. Esse Estado não possui “igualdade de armas” com a criminalidade, inclusive a eleitoral; ao contrário, o Estado “precisa, também em face da população, possuir uma superioridade moral sobre o crime”⁴¹⁷.

Se, de fato, existe a necessidade de manutenção de uma legislação penal na esfera do direito eleitoral, então que se comece, desde logo, um processo de deflação legislativa, a partir dos critérios acima apontados. Não só pela incidência de uma série de ilícitos aqui ditos cíveis-eleitorais com grande alcance e efeitos não pequenos na esfera do cidadão, como também, e principalmente, por força do princípio (instituidor) da intervenção mínima e seus *componentes de garantia*. Luisi faz menção a medidas despenalizadoras adotadas na Itália, a partir de 1967, sugeridas ao legislador por Francesco Palazzo e Emilio Dolcini, que foram formalizadas pelo Conselho de Ministros. Os critérios foram, basicamente, dois: o da proporção e o da necessidade⁴¹⁸.

⁴¹⁶ HASSEMER, 2007, p. 170.

⁴¹⁷ Ibid., p. 145.

⁴¹⁸ “Em primeiro lugar [...] é necessário que o fato que se pretende criminalizar atinja a valores fundamentais, valores básicos do convívio social, e que a ofensa a esses valores, a esses bens jurídicos, seja de efetiva e real gravidade. E por outro lado, é indispensável que não haja outro meio,

No caso brasileiro, em princípio, há várias razões para a implementação da *abolitio criminis* de diversos tipos penais eleitorais, como, por exemplo: (i) tipos penais ultrapassados pelo tempo e pela adoção de novas tecnologias; (ii) tipos penais que já possuem regramento no Código Penal e que protegem bens jurídicos muito semelhantes, se não idênticos; (iii) tipos com penas irrisórias (multa isolada ou alternada com outra sanção), muitos deles constituindo verdadeiras contravenções no direito eleitoral; (iv) tipos penais que refletem verdadeira *administrativização* do direito penal no âmbito eleitoral.

A proposta defendida neste trabalho coincide em parte com o projeto do novo Código Penal (Projeto de Lei n.º 236/2012), cujo relatório reconhece que a legislação eleitoral é um *conjunto desarmonioso* e que a conduta, por mais pífia que seja, encontrou espaço para ser criminalizada [no Código Eleitoral], embora estivesse mais adequadamente sujeita a sanções cíveis ou administrativas. Os tipos penais hoje existentes na legislação eleitoral refletem, ainda segundo o relatório do projeto, a *ordem autoritária* de 1965, ano do Código Eleitoral. O projeto traz uma proposta descriminalizadora e lista especificamente apenas 15 (quinze) tipos penais⁴¹⁹ no Título XI, destinado aos crimes eleitorais, embora o artigo 325⁴²⁰ possibilite um

no ordenamento jurídico capaz de prevenir e reprimir tais fatos com a mesma eficácia da sanção penal. Ou seja: é preciso que haja a necessidade inquestionável e inalterável de tutela penal” (LUIZI, 2003, p. 45). Em decorrência desse processo de deflação, Luisi consigna que foram publicadas as Leis n.º 317, de 3 de maio de 1967, n.º 950, de 9 de outubro de 1967, n.º 706, de 24 de dezembro de 1965, culminando com a Lei n.º 689, de 1981, que revogou as leis anteriores. “Esta lei – a de n.º. 689 – determinou a transformação dos pequenos delitos em infrações administrativas. Despenalizou praticamente todos os ilícitos penais em que se previa a aplicação de pena pecuniária. E também descriminalizou uma série de tipos previstos no Código Rocco, como o artigo 687, que previa como delito o consumo de bebidas alcoólicas em tempo de venda não consentido, e o do artigo 683, que tipificava o não recebimento de moedas que tinham curso legal. Também foram objeto de descriminalização uma série de figuras contravencionais relativas à circulação estradal bem como normas incriminadoras relativas à segurança pública” (LUIZI, 2003, p. 44).

⁴¹⁹ Embora o relatório reporte-se a 16 (dezesseis) tipos, na verdade, são 15 (quinze): inscrição fraudulenta de eleitor (art. 326); induzimento ou colaboração ao eleitor que se inscreve fraudulentamente (art. 326, parágrafo único); retenção indevida de título eleitoral (art. 327); divulgação de fatos inverídicos (art. 328); inutilização de propaganda legal (art. 329); falsa identidade eleitoral (art. 330); violação do sigilo do voto ou da urna (art. 331); destruição de urna eleitoral (art. 332); interferência na urna eletrônica ou no sistema de dados (art. 333); utilização dos dados referidos no art. 333 (art. 333, parágrafo único); falsificação de resultado (art. 334); corrupção eleitoral ativa (art. 335); corrupção eleitoral passiva (art. 336); coação eleitoral (art. 337); uso eleitoral de recursos administrativos (art. 338). Existem dois casos de aumento de pena (art. 328, parágrafo único, e art. 338, parágrafo único). Além desses 15 (quinze), o artigo 325 possibilita um aumento do número de tipos penais eleitorais (BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei n.º 236, de 9 de julho de 2012*. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/anteprojecto-codigo-penal.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2012).

⁴²⁰ “Art. 325. São considerados crimes eleitorais específicos os que seguem, bem como os crimes contra a honra, a fé pública, a Administração Pública e a administração da Justiça, quando praticados em detrimento da Justiça Eleitoral, de candidatos ou do processo eleitoral” (BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei n.º 236, de 9 de julho de 2012*. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/anteprojecto-codigo-penal.pdf>>. Acesso em: 12 set.2012).

aumento significativo desse número. O artigo 543 do projeto encarrega-se de revogar a Lei n.º 4.737/65 (Código Eleitoral), o artigo 11 da Lei n.º 6.091/74 e os artigos 33, § 4.º, 34, §§ 2.º e 3.º, 39, § 5.º, 40, 68, § 2.º, 72, 87, § 4.º, 90 e 91 da Lei n.º 9.504/97. Não se reporta, portanto, à Lei n.º 7.021/82, e à Lei Complementar n.º 64/90, que também trazem tipos penais em seus respectivos textos.

Não há dúvida de que o projeto é um *avanço* diante do que hoje se tem na legislação eleitoral brasileira. Contudo, poderia ter ido além. Condutas como divulgar fatos inverídicos na propaganda podem possibilitar outras sanções não penais como a suspensão da propaganda, o direito de resposta e multa, conforme o caso. Os crimes de falsidade em geral, trazidos pelo projeto, poderiam ser punidos pela legislação que trata da falsidade não eleitoral. A corrupção eleitoral já é sancionada severamente com multa e cassação do registro de candidatura ou do diploma, além de atrair inelegibilidade por 8 (oito) anos. Dessa forma, se feita uma análise crítica de todos os dispositivos, possivelmente não restará algum que, efetivamente, sem afronta ao princípio (instituidor) da intervenção mínima e seus *componentes de garantia*, mereça agasalho nessa nova legislação penal.

Se se quer punir criminalmente o político – isto é, o ocupante de cargo eletivo que disputa a eleição ou o cidadão que almeja pela primeira vez o exercício do mandato –, é de duvidosa, para não dizer irreal, a pretensão de *ressocializar* esse *criminoso*. Apenas para fazer uma breve digressão no âmbito da teoria da pena, esse tipo de pretensão – punir por punir ou punir para prevenir, sem ressocializar – propicia um debate que, se aceito, lança por terra décadas de produção doutrinária⁴²¹. Gomes, após analisar as teorias da pena – retribuição e prevenção (e desdobramentos) –, chega à conclusão de que não há como renunciar à prevenção especial no seu aspecto ressocializador, que, aliás, também não é abandonado pelas teorias ecléticas. Embora tenha havido contundentes críticas à prevenção especial, o reconhecimento da intervenção penal, ao que parece, não pode prescindir de seu aspecto ressocializador. As objeções opostas à prevenção especial discutem-na enquanto fim único da pena. Sobre esse aspecto, também são combatidas as demais concepções monistas da sanção penal (retribuição e

⁴²¹ É pertinente a observação crítica de Dias: “Daí também que a pena não mais possa se fundar em exigências de retribuição ou expiação da culpabilidade, mas apenas em propósitos de prevenção (nomeadamente de *integração positiva*), geral e especial. O que por sua vez conduz a uma direta ligação desta via de legitimação à questão da função do direito penal, que agora não pode ser vista na defesa, promoção ou realização de uma qualquer ordem moral, mas na tutela da ordem legal dos bens jurídicos, necessariamente referida à ordem axiológica constitucional” (DIAS, 1999, p. 38).

prevenção geral). Na atualidade, a tendência é conferir à pena diversos fins, com a pretensão de eleger *critérios garantistas e constitucionais* para que a resposta penal, além de limitada, seja humana⁴²².

Com relação aos crimes eleitorais, a situação seria diferente? Tais ilícitos não serviriam apenas para *eliminar* a concorrência (o fenômeno da *instrumentalização*)? Ou, sob a ótica da pena, seria possível ressocializar, pelo encarceramento decorrente da majoração de penas, o político-candidato? Ou, ainda, acredita-se que as *agências judiciais*⁴²³ não estão sujeitas a esse tipo de penalização? No caso dessa espécie de *crime*, a punição deve ser puramente retributiva? Esses são questionamentos que revelam o enorme espaço que existe para discussão, agora sob o prisma da teoria da pena, quanto à (des)criminalização no direito eleitoral⁴²⁴.

⁴²² GOMES, 2008, p. 119.

⁴²³ Zaffaroni não fugiu dessa delicada temática. Segundo ele, “A seleção recrutadora dos agentes e operadores das agências judiciais verifica-se, de maneira geral, entre os setores médios e médios-baixos da população, embora, eventualmente, possa operar-se alguma excepcional seleção entre pessoas da classe média alta. O processo de treinamento a que é submetido é igualmente deteriorante da identidade e realiza-se mediante uma paciente internalização de sinais de falso poder: solenidades, tratamentos monárquicos, placas especiais ou automóveis com insígnias, saudações militarizadas do pessoal de tropa e outras agências, etc.” (ZAFFARONI, 2001, p. 141). Zaffaroni explica como isso se reflete nos integrantes dessas agências, que possuem, de fato, limitadíssimos poderes dentro do sistema penal, sujeitando-se a um processo de deterioração de sua personalidade (o “narcisismo treinado”). A preocupação maior não é sua estabilidade funcional, mas sua própria identidade com o seu lado “paternalista”. Esse quadro burocrático traduz-se não só na repulsa, por meio de figuras como o “desacato”, como também até mesmo em determinadas teorias, que “não passam de racionalização ou mecanismos de fuga” (ZAFFARONI, 2001, p. 143). A consequência última de tudo isso é que direitos humanos são violados sem que isso seja sequer percebido! (ZAFFARONI, 2001, p. 141-143).

⁴²⁴ Como consigna D’Avila, existem duas formas de pensar o direito penal: ou se parte do objeto da norma (o ilícito) ou das consequências da norma (a pena). (D’AVILA, Fabio Roberto, 2009, p. 45). Essas últimas indagações a respeito da pena e seus fundamentos ou finalidades no direito eleitoral pretendem remeter à reflexão para outra perspectiva diferente daquela aqui adota, que foi o bem jurídico.

6 CONCLUSÃO

No modelo do Estado Democrático de Direito, como é o adotado pelo Brasil, o direito penal está sujeito ao princípio (instituidor) da intervenção mínima, o que significa dizer, em suma, que a sua função é proteger bens jurídicos relevantes diante de ataques intoleráveis. Se outros aspectos do Direito dão conta dessa proteção, não há necessidade do uso da ingerência penal. O pressuposto fundamental adotado é o de que a *missão* do direito penal é a exclusiva proteção de bens jurídicos relevantes numa perspectiva político-criminal (função crítica do bem jurídico) e principiológica (princípios constitucionais). Partindo dessa síntese, esta pesquisa busca dar uma resposta à questão da (des)necessidade da criminalização no âmbito do direito eleitoral brasileiro; ou, em outras palavras, discutir se a proteção não penal de bens jurídicos atualmente existente no direito eleitoral brasileiro é suficiente a ponto de não justificar a existência de tipos penais eleitorais.

O início da discussão não poderia ser outro senão o tratamento dispensado pela doutrina nos últimos duzentos anos ao bem jurídico-penal. Deve-se ao período da Ilustração a elaboração teórica objetivando impor limites materiais e formais ao *ius puniendi* do Estado. Foi uma resposta ao Estado Absoluto. Distinguir esse bem jurídico-penal do bem jurídico em sentido amplo foi, e ainda é, objeto de uma das discussões latentes na doutrina. A concepção aqui adotada é a de que bem jurídico-penal será aquele considerado como tal pelo direito penal com base em uma compreensão propiciada pelo Estado Democrático de Direito e por uma Constituição comprometida com os direitos fundamentais (e com os direitos humanos) – logo, em uma perspectiva crítica da teoria do bem jurídico, que só é possível à luz de princípios como o da intervenção mínima.

Foi Feuerbach quem desenvolveu a concepção de que o objeto do delito tinha sua única fonte no direito subjetivo da pessoa. O objetivo seria tutelar esse direito, isto é, a vida e tudo aquilo que fosse considerado como meios necessários para sua preservação – a liberdade, a saúde, a integridade física ou os bens. A crítica a essa formulação coube a Birnbaum. Muitos consideram que Birnbaum assinalou o início da história do conceito de bem jurídico em 1834. Birnbaum criticou a posição dita individualista do bem jurídico adotada por Feuerbach e lançou uma perspectiva axiológica, na medida em que a lesão do bem jurídico, para ele, aponta para o

mundo exterior, de forma objetiva, revelando as *coisas valoradas* como *bens jurídicos*.

Posteriormente a esse momento, dois autores ocuparam o cenário da discussão sobre o bem jurídico. Um deles, Binding, outorgou ao legislador a tarefa de escolher os valores que deveriam ser criminalizados; ou, ao reverso, não cabe ao jurista tal escolha. O outro, Liszt, de forma oposta e partindo da perspectiva da sociedade, concebeu que não compete ao Direito criar o bem, uma vez que é tarefa da própria vida. É essa proteção jurídica do interesse que o transforma em bem jurídico.

Já na segunda metade do século XIX, houve o que pode ser chamado “crise teórica” em torno do bem jurídico, na medida em que relevantes eram, não mais os interesses individuais atingidos, mas os do próprio Estado. As influências do pensamento hegeliano contribuíram para esse quadro. Esse momento pode ser associado às feições normativas dadas pelos juristas do nazismo. Depois da Segunda Guerra, foi retomada a discussão sobre o conceito do bem jurídico por intermédio das contribuições de autores como Welzel, embora numa outra perspectiva, pois, para ele, a proteção de bens jurídicos ocorria num segundo plano, já que num primeiro plano estaria a tutela de valores ético-sociais.

Essa retomada propiciou depois o desenvolvimento de uma corrente teórica que ficou conhecida como sociológico-funcionalista. A inspiração veio do funcionalismo sistêmico-social a partir de autores como Parsons e Luhmann. Três autores são destacados durante o trabalho: Amelung, para quem o delito é um comportamento socialmente danoso; Jakobs, que concebe o direito penal como um sistema específico e tem por escopo restabelecer a confiança na vigência das normas – logo, para ele, bens jurídico-penais são as normas; Hassemer, para quem o direito penal está voltado para o tratamento de conflitos sociais e a decisão de incriminar decorre, não apenas do legislador, mas de um contexto histórico-cultural concreto.

Por fim, a pesquisa aborda as concepções constitucionalistas do bem jurídico. A importância dos autores vinculados a essas correntes constitucionalistas está na busca de critérios limitadores para o legislador ordinário – e esse limite é a Constituição. Duas correntes são destacadas: a de caráter geral, para a qual o texto constitucional é tomado de modo genérico e amplo, bem como seus princípios inspiradores; as teorias estritas, que adotam o texto constitucional, em relação às

prescrições específicas. Atualmente, têm prevalecido as teorias constitucionalistas do bem jurídico. Um dos autores importantes, ligado ao funcionalismo, é o penalista alemão Roxin, que desenvolve o que chama “teses concretas” para impor limites ao legislador infraconstitucional.

Apesar de toda essa formulação teórica, a discussão sobre o bem jurídico ainda está muito presente nos dias de hoje. E isso não só pela relevância dessa concepção para o direito penal, mas também pelas várias dificuldades envolvendo aspectos da teoria do bem jurídico. O trabalho indica somente três dessas controvérsias: a definição de bem jurídico-penal, a relação entre valores constitucionais e bem jurídico-penal, e a tutela penal de bens transindividuais. Quanto à definição de bem jurídico-penal, a crítica de Greco parece acertada em reconhecer que várias expressões têm sido utilizadas para tal fim; todavia, elas não passariam de um debate terminológico, pois parece que todas querem dizer a mesma coisa com palavras diferentes⁴²⁵. Por outro lado, dizer que todos os valores constitucionais podem (ou devem) ser elevados à condição de bem jurídico-penal é um desacerto. É preciso levar em consideração limites impostos pela própria Constituição, como é o caso do princípio (instituidor) da intervenção mínima. Por derradeiro, a tutela de bens transindividuais, apesar da existência de correntes opostas, deve ser submetida às mesmas considerações antes feitas sobre os valores constitucionais.

Diante disso, a pesquisa amarra-se a um fundamento, que é a função crítica da teoria do bem jurídico, ou seja, o conceito de bem jurídico deve ser desenvolvido de modo a seguir, não apenas uma perspectiva dogmática ou formal, mas também uma perspectiva político-criminal capaz de dotar o bem jurídico de alguma eficácia limitadora do poder punitivo estatal. Mas esse não é o único critério, é apenas um deles. É necessário adotar um padrão crítico que esteja acima ou atrás, mas sempre de forma externa, em relação ao direito penal posto. Só assim haverá constrangimentos para o legislador e o intérprete.

Esse quadro de limitações impostas ao poder estatal na forma aqui desenvolvida é típico do Estado Democrático de Direito. O Antigo Regime ruiu e cedeu lugar a um modelo de Estado dito Liberal, no qual prevaleceu o gerenciamento da burguesia, cujas ações em nome do povo eram meramente

⁴²⁵ GRECO, 2004, p. 102.

formais. Assim como as revoluções de 1776 e de 1789 foram importantes para a bancarrota do *Ancien Régime*, fatores diversos como a Revolução Industrial e a Primeira Guerra Mundial deram ensejo a um outro modelo de Estado – o Estado Social, que também não se mostrou satisfatório. Basta lembrar que regimes totalitários mais recentes, como o fascismo e o nazismo, surgiram nesse modelo.

O Estado Democrático de Direito tem sido uma tentativa constante de, efetivamente, incorporar o povo àquilo que Silva chama *controle das decisões* e também propiciar sua *real participação nos rendimentos da produção*⁴²⁶. A característica desse modelo de Estado aqui destacada é a garantia dos direitos fundamentais; ou, usando o pensamento de Canotilho, no Estado Democrático de Direito, as liberdades possuem natureza *positiva*, pois são vistas como exercício democrático do poder⁴²⁷. Não se conseguiu desenvolver um modelo de Estado mais propício à contemplação do povo nas mais diversas etapas do exercício do poder. As idas e vindas, os altos e baixos, os momentos de crise nada mais expressam que o salutar embate de forças que deve servir de incentivo para a luta constante em prol do aperfeiçoamento das feições democráticas desse modelo.

A relação entre Estado Democrático de Direito e Constituição é inevitável. Nesta pesquisa, defende-se uma Constituição que nasce democraticamente dos anseios sociais e que está preocupada com os direitos fundamentais. Sendo assim, o direito penal, como a ingerência mais violenta do Estado na esfera da liberdade do indivíduo, somente deve ocorrer dentro de certos limites. Os princípios constitucionais procuram, acima de tudo, proteger a pessoa humana ou a dignidade da pessoa humana contra a ação estatal. O Estado – e o direito penal como uma de suas expressões – está sujeito à Constituição e aos seus princípios. Esses princípios exercem, a um só tempo, duas funções: limitar a política criminal do Estado e nortear a interpretação e a aplicação do direito. Esses princípios, nascidos da moralidade política da comunidade (Dworkin), não se confundem com os velhos princípios gerais do direito, utilizados para socorrer as deficiências do ordenamento, nem com os princípios epistemológicos, que objetivam viabilizar o conhecimento de certa disciplina, e muito menos com os “princípios” criados a todo instante pela “genialidade” de parte da doutrina e da jurisprudência.

⁴²⁶ SILVA, 1999, p. 122.

⁴²⁷ CANOTILHO, 2003, p. 99-100.

Esses princípios constitucionais *fecham* sentido e impedem a discricionariedade (ou arbítrio) judicial. O direito – e, logo, o direito penal – e sua interpretação não podem ser fruto de uma escolha (arbitrária) ou de um mero ato de vontade ou de livre convencimento. O *fechamento* de sentido próprio dos princípios constitucionais constrange (hermeneuticamente) o legislador e o intérprete. No caso do direito penal, isso tem muita relevância. Partindo da *integridade* sustentada por Dworkin, o relativismo e o solipsismo são combatidos. No caso do princípio (instituidor) da intervenção mínima, não há margem para outra concepção do direito penal no Estado Democrático de Direito.

Embora diversos princípios constitucionais, que estão vinculados mais diretamente ao direito penal, sejam encontrados na produção doutrinária existente, este trabalho sustenta que o princípio da intervenção mínima é, de fato, o princípio (instituidor) do direito penal no Estado Democrático de Direito. Defende-se aqui que os princípios do direito penal possuem relações interconexas, estão imbricados uns aos outros, uns decorrem dos outros, de modo que a análise correta só é possível se feita no seu conjunto a partir de todos eles. Dessa forma, os chamados “princípios” da proteção exclusiva de bens jurídicos relevantes – fragmentariedade, subsidiariedade, materialidade do fato e lesividade ou ofensividade – são analisados como *desdobramentos, manifestações, aspectos, feições ou componentes de garantia* do princípio (instituidor) da intervenção mínima. Daí sua natureza de *instituidor* como o fundamento principiológico (constitucional) de regras, que emanam de sua *fenomenologia* (manifestações no mundo prático).

Feita essa abordagem do bem jurídico e do princípio (instituidor) da intervenção mínima, a pesquisa avança para definir bem jurídico-penal com base nesses fundamentos. O fundamento teórico para a definição repousa na *integridade* do Direito proposta por Dworkin, na medida em que o Direito exige uma postura argumentativa. É, portanto, uma atitude de fé em relação ao passado, sem deixar de conceber o itinerário (o *melhor*) a percorrer no futuro. O bem jurídico-penal será *tudo* aquilo que resultar *argumentativamente* do *princípio (instituidor) da intervenção mínima* e seus *componentes de garantia*. Entender isso de forma diversa é, além de aproximar-se de movimentos expansionistas do direito penal, enveredar pelo caminho (comum) de tentar definir bem jurídico-penal de forma a contemplar previamente o que pode ou poderá ser tido como bem jurídico. A tentativa desse tipo

de definição em impor limites acaba tendo efeito contrário, pois *os fatos não podem ser aprisionados pelas palavras*.

Como a pesquisa parte da concepção crítica do bem jurídico e das limitações impostas ao direito penal decorrentes do Estado Democrático de Direito e da Constituição – portanto, do princípio (instituidor) da intervenção mínima e de seus componentes de garantia –, é importante analisar como se dá a proteção não penal de bens jurídicos no direito eleitoral. Se os bens jurídicos relevantes no direito eleitoral estão protegidos adequadamente sem a intervenção penal, não há necessidade de que essa ingerência ocorra.

Por conseguinte, a pesquisa aponta um tripé para indicar os bens jurídicos relevantes que devem ser protegidos pelo direito eleitoral, a saber: a lisura ou legitimidade do pleito eleitoral, o livre exercício do voto e a igualdade na disputa eleitoral entre os candidatos. Por conta disso, são abordados o abuso de poder e suas modalidades (abuso do poder econômico, abuso do poder político ou de autoridade e uso indevido dos meios de comunicação social), as condutas vedadas aos agentes públicos em campanha eleitoral, a propaganda eleitoral, a captação ilícita de sufrágio, a captação e os gastos ilícitos de recursos financeiros para a campanha eleitoral. O objetivo da abordagem desses tópicos é demonstrar que existe uma vasta proteção de bens jurídicos na seara do direito eleitoral não penal.

Os casos envolvendo abuso de poder, classificados neste trabalho como *abuso de poder de maior abrangência*, consistem, segundo a dicção do artigo 14, § 9.º, da Constituição e do artigo 19 da Lei Complementar n.º 64/90, em práticas contrárias à *liberdade* do exercício do voto, e sua punição almeja *proteger a normalidade e a legitimidade das eleições*. Essas condutas tidas como ilícitas são graves porque atingem bens jurídicos *dignos* de tutela. A sanção nesses casos é a inelegibilidade por 8 (oito) anos, o que implica o afastamento do infrator da possibilidade de disputa por cargo eletivo durante um longo período, além da cassação do registro de candidatura e/ou do diploma do infrator, caso tenha sido eleito e diplomado.

Doutra banda, outras normas eleitorais, que punem as práticas abusivas, tidas aqui como de *menor abrangência*, como as condutas vedadas aos agentes públicos em campanha eleitoral, a captação ilícita de sufrágio e a captação e o gasto ilícito de recursos financeiros para a campanha eleitoral, também tutelam bens *relevantes* para o direito eleitoral, como a liberdade do exercício do voto e a

igualdade na disputa eleitoral entre os candidatos. Quando reconhecida a prática desses ilícitos (não penais), o infrator pode sofrer multa, cassação do registro de candidatura e/ou do diploma, caso eleito e diplomado, a depender do tipo de ilícito. Com o advento da Lei Complementar n.º 135/10, também haverá, conforme o caso, inelegibilidade por 8 (oito) anos. São, portanto, consequências extremamente gravosas para a vida do infrator.

Feitas essas digressões, o trabalho avança para reafirmar a premissa de que *proteger* não significa sempre *criminalizar*. A proposta lançada no Brasil por Streck⁴²⁸, a partir da doutrina alemã sobre a dupla face do princípio da proporcionalidade, implica um expansionismo penal – perigoso, porque fundado em princípio. Essa dupla face quer dizer que os excessos do Estado devem ser coibidos (garantismo negativo) e também que a proteção deficiente por parte do Estado deve ser corrigida (garantismo positivo). Existe, assim, uma verdadeira cláusula de *proibição de proteção deficiente*. Há discordância, não quanto às premissas, mas quanto às conclusões que gera um expansionismo penal numa exasperação de tratamento de diversos tipos penais em vigor. A divergência – logo, a crítica – está centrada em dois pressupostos: os mandados constitucionais (mesmo os expressos) não impõem, por si sós, obrigações ao legislador para criminalizar condutas; se o bem jurídico está protegido doutra forma, não há necessidade para criminalizar. A proteção não penal dada a bens jurídicos relevantes pelo direito eleitoral é emblemática para sustentar que *proteger* não quer dizer *criminalizar*.

O último capítulo do trabalho ocupa-se de discutir, enfim, duas teses opostas – o expansionismo e o minimalismo penal – para propor a completa expulsão da intervenção penal do direito eleitoral brasileiro.

O expansionismo penal procura, em parte, respaldo na tese da *sociedade de risco* apresentada por Beck. De fato, os riscos existentes na sociedade são tais que ameaçam até mesmo as gerações futuras. E o direito penal de índole liberal não estaria preparado para possibilitar uma efetiva proteção de bens jurídicos (muitos novos) no atual contexto. É apregoada, assim, uma reformulação do direito penal para ser *instrumento de governo* e exercer uma *função promocional* no intuito de conter os riscos. É o direito penal do perigo ou do risco, antecipando-se à violação do bem jurídico.

⁴²⁸ STRECK, 2005.

Dois movimentos expansionistas muito semelhantes e destacados na pesquisa são o direito penal de *terceira velocidade* e o *direito penal do inimigo*. Ambas as teses, a primeira engendrada por Sánchez e a segunda, por Jakobs, sustentam a antecipação da tutela penal para evitar a lesão do bem jurídico. Jakobs, de forma mais específica, chega a falar num pretense direito penal do cidadão e num direito penal do inimigo. O último – direito penal do inimigo – é marcado pelo desrespeito a princípios como o da legalidade, pela vasta criminalização de condutas, pela antecipação da tutela penal, pela exasperação de penas, entre outras características. Essas teses são incompatíveis com o Estado Democrático de Direito, que concebe um direito penal de *ultima ratio*.

Ora, rechaçadas essas teses, o minimalismo penal é a via proposta e seguida para os casos envolvendo ilícitos eleitorais. Para tanto, foi dito alhures que existe uma vasta proteção não penal de bens jurídicos no direito eleitoral. Subsidiariamente, a intervenção penal já seria incabível. Além disso, este trabalho aponta três suportes para suas últimas conclusões.

Em primeiro lugar, existe uma significativa quantidade de crimes eleitorais que se assemelham a contravenções penais e que são tidos atualmente pela legislação brasileira como delitos de menor potencial ofensivo. O pensamento de Ferrajoli a respeito desses tipos de infrações penais é preciso quanto ao bem jurídico. Para Ferrajoli, há duas alternativas: ou existe um defeito de punição (caso o bem protegido seja fundamental), ou há, na situação inversa, o que na maioria dos casos ocorre, um excesso de proibição⁴²⁹. Para tal fim, foi elaborada uma classificação dos tipos penais eleitorais que demonstra a existência, segundo os critérios lá especificados, de 73 (setenta e três) tipos, 50 (cinquenta) dos quais se encaixam nessa aproximação com as contravenções penais e/ou simplesmente com crimes de menor potencial ofensivo. É uma quantidade expressiva.

Em segundo lugar, bens jurídicos relevantes para o direito eleitoral são tutelados no âmbito não penal. As sanções são, para os infratores, muito mais graves politicamente, pois geram inelegibilidade, multa, cassação do registro de candidaturas e cassação do diploma, conforme cada caso. Dados publicados pelo

⁴²⁹ FERRAJOLI, 2010, p. 438.

Tribunal Superior Eleitoral demonstram, por exemplo, que, nos 8 (oito) primeiros anos após a entrada em vigor do artigo 41-A da Lei n.º 9.504/97 (a lei que introduziu tal dispositivo data de 1999), que pune, na esfera não penal, a prática da corrupção eleitoral, 215 (duzentos e quinze) políticos foram cassados.

Em terceiro lugar, existem tipos penais eleitorais que correspondem a tipos penais previstos na legislação não eleitoral. Embora parte da doutrina eleitoralista tenha procurado sustentar que os tipos penais eleitorais tutelariam bens jurídicos diversos daqueles da legislação comum, verdade é que há casos em que os verbos utilizados e a pena aplicada são idênticos em ambas as searas. Não há razão que justifique a existência de dupla regulamentação, ainda mais na esfera penal, para tutelar os mesmos bens jurídicos. Se há tais tipos fora do direito eleitoral, não há nada que autorize a permanência deles nesse ramo especializado. A propósito, o projeto do novo Código Penal (Projeto de Lei n.º 236/2012) aponta, como um dos fundamentos para sua proposta descriminalizadora, o fato de o Código Eleitoral tipificar diversas condutas que já encontram correspondência na legislação não eleitoral. O projeto é um avanço, mas a pesquisa vai muito além.

Ainda que reste algum bem jurídico merecedor de tutela penal e que tenha relação com o direito eleitoral, tal proteção pode dar-se por tipo penal próprio – simples ou qualificado – ou, ainda, por aumento de pena, agravantes etc., com previsão fora do direito eleitoral. Isso afastaria a competência criminal da Justiça Eleitoral, o que não é estranho ao direito brasileiro. Basta ver a competência da Justiça Federal comum para julgar e processar crimes praticados a partir de relações estabelecidas pelos indivíduos com a Justiça do Trabalho. Na verdade, tipos penais eleitorais não podem ser *tolerados* ou *sustentados* por conta, não da natureza da norma penal, mas do órgão competente do Poder Judiciário encarregado de proferir o julgamento. Isso seria (como, de fato, é) uma anomalia jurídica.

O quadro existente hoje na legislação brasileira apenas revela aquilo que já tem sido denunciado com frequência por parte da doutrina: o caráter simbólico do direito penal. E com o direito eleitoral não é diferente. Essa função simbólica quer dizer que o direito penal produz meros efeitos psicológicos na opinião pública, na medida em que o legislador dá a impressão, por meio de leis criminalizadoras de condutas e exasperadoras de penas, de que está atento, embora, efetivamente, tais

leis não alcancem os objetivos a que se propõem. A intervenção penal no direito eleitoral também tem feições de seletividade. É um aspecto do direito que se presta a alcançar, na maioria das vezes, cabos eleitorais, que são desempregados à procura de um ganho pecuniário pelo dia de trabalho na eleição.

Se a intervenção penal deve ser expurgada do direito eleitoral, a proteção de bens jurídicos relevantes nessa esfera deve ocorrer pela via não criminal, como, aliás, já vem acontecendo. É preciso um melhor desenvolvimento legislativo, doutrinário e jurisprudencial desse aspecto do direito eleitoral. A ausência desse cuidado pode levar a uma hipertrofia punitiva (não penal) do direito eleitoral, com a desconsideração de toda uma construção elaborada ao longo dos últimos séculos, reconhecida como conquistas e garantias dos indivíduos no Estado Democrático de Direito. O direito eleitoral não pode ser transformado num “Superdireito”, pois, como dito neste trabalho, os riscos são muitos: ou o direito eleitoral fracassará (certamente) nessa missão e cairá no descrédito, ou o direito eleitoral transformar-se-á num mecanismo de inibição de práticas democráticas e, à Sánchez ou à Jakobs, será um direito de *custo-benefício* com a restrição de garantias históricas e *eleição de inimigos*. Certamente, não é o que se quer.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 5. ed. Tradução da 1.^a edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bossi; revisão da tradução e tradução dos novos textos por Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*. Coimbra: Coimbra, 2004.

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Tradução e nota prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa. São Paulo: Almedina, 2009.

BAIGENT, Michael; LEIGH, Richard. *A Inquisição*. Tradução de Marcos Santarrita. Rio de Janeiro: Imago, 2001.

BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). *Direito penal: parte geral I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 2 (Coleção Doutrinas Essenciais). cap. II, art. 23, p. 495-522.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 8. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Torrieri Guimarães. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2009.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: 34, 2010.

BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BIANCHINI, Alice; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: introdução e princípios fundamentais*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6. ed. Tradução de Maria Celeste C. L. dos Santos. Brasília: UnB, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996.

BOTELHO, Ana Cristina Melo de Pontes. *Corrupção política: uma patologia social*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei n.º 236, de 9 de julho de 2012*. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/anteprojeto-codigo-penal.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2012.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Reforma eleitoral: delitos eleitorais, prestação de contas (partidos e candidatos), propostas do TSE*. Brasília, DF: SDI, 2005.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *TSE cassou 215 políticos por compra de votos em oito anos*. 28 set. 2007. Disponível em: <<http://agencia.tse.jus.br/sadAdmAgencia/noticiaSearch.do?acao=get&id=941203>>. Acesso em: 21 mar. 2012.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Convênio entre TSE e AGU pode recuperar prejuízo de R\$ 6 milhões gastos com eleições anuladas*. 12 janeiro 2012. Disponível em: <<http://agencia.tse.jus.br/sadAdmAgencia/noticiaSearch.do?acao=get&id=1448540>>. Acesso em: 21 ago. 2012.

CÂNDIDO, Joel. *Direito penal eleitoral & processo penal eleitoral*. Bauru, SP: EDIPRO, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de direito eleitoral*. 7. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: _____ (Coord.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 3-55.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. 2. ed. reform. São Paulo: Moderna, 2004.

D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DECOMAIN, Pedro Roberto; PRADE, Péricles. *Comentários ao Código Eleitoral*. São Paulo: Dialética, 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 33, p. 39-65, jan./mar. 2001.

_____. *Direito penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2007.

_____. O “direito penal do bem jurídico” como princípio jurídico-constitucional: da doutrina penal, da jurisprudência constitucional portuguesa e das suas relações. In: PINHO, Ana Cláudia Bastos de; GOMES, Marcus Alan de Melo (Org.). *Direito penal e democracia*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010. p. 239-257.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*. Traducción al castellano de la 14ª ed. alemana por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, v. 1.

FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. *Crimes ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade*. São Paulo: IBCCRIM, 2008.

FONSECA, João Francisco N. da et al. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 44. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 9. ed. Tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal: introducción*. Madrid: Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2000.

GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

GOMES, Luiz Flávio. *O princípio da ofensividade no direito penal: não há crime sem lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico (nullum crimen sine iniuria), funções político-criminal e dogmático-interpretativa, o princípio da ofensividade como*

limite do *ius puniendi*, o princípio da ofensividade como limite do *ius poenale*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GOMES, Marcus Alan de Melo. *Princípio da proporcionalidade e extinção antecipada da pena*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. Hobbes, direito penal do inimigo e Estado democrático de direito: a indevida associação de extremos. In: BUSATO, Paulo César (Org.). *Thomas Hobbes penalista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 67-98.

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

GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, n. 49, p. 89-147, jul./ago. 2004.

GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Tradução de Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HASSEMER, Winfried. A preservação do ambiente através do Direito Penal. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). *Direito Penal: leis penais especiais II*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 8 (Coleção Doutrinas Essenciais). cap. I, art, 8, p. 213-224.

_____. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Tradução de Pablo Rodrigo Alfien da Silva. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2005.

_____. *Direito penal libertário*. Tradução de Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultura, 2000.

HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho: el objeto protegido por la norma penal*. Barcelona: PPU, 1991.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. 9.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. 2. ed., corregida. Madrid: Marcial Pons; Jurídicas, 1997.

_____. *Fundamentos do direito penal*. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. O que protege o direito penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma? Tradução de André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli e Lúcia Kalil. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Coord.). *Direito penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 31-52.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 4. ed. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: 70, 1948.

LIMA, Sídia Maria Porto. *Prestação de contas e financiamento de campanhas eleitorais*. Curitiba: Juruá, 2006.

LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão: tomo I*. Tradução de José Higino Duarte Pereira. Campinas, SP: Russel, 2003.

LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. rev. aum. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2003.

MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona, Espanha: Ariel, 1994.

_____. *Direito penal: fundamentos e teoria do delito*. Tradução de Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Rio de Janeiro: Nova Cultural, 1997.

MOTTA, Ivan Martins. *Erro de proibição e bem jurídico-penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MUÑOZ CONDE, Francisco; BUSATO, Paulo César. *Crítica ao direito penal do inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NIESS, Pedro Henrique Távora. *Condutas vedadas aos agentes públicos em campanhas eleitorais (arts. 73 a 78 da Lei n.º 9.504/97): reeleição (Emenda Constitucional n.º 16/97)*. Bauru, SP: EDIPRO, 1998.

NOVA Enciclopédia Barsa. São Paulo: Barsa, 2001, v. 5.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PELARIN, Evandro. *Bem jurídico-penal: um debate sobre a descriminalização*. São Paulo: IBCCRIM, 2002.

PEREIRA, Claudio José Langroiva. *Proteção jurídico-penal e direitos universais: tipo, tipicidade e bem jurídico universal*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La tercera generación de derechos humanos*. Navarra, España: Aranzadi, 2006.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Direito penal e Estado democrático de direito: uma abordagem a partir do garantismo de Luigi Ferrajoli*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. *Para além do garantismo: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

QUEIROZ, Paulo de Souza. Sobre a função do juiz criminal na vigência de um direito penal simbólico. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 6, n. 74, p. 9, jan. 1999.

_____. *Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Adonde va el derecho penal: reflexiones sobre las leyes penales y los penalistas españoles*. Madrid: Civitas, 2004.

RAMAYANA, Marcos. *Código Eleitoral comentado*. Rio de Janeiro: Roma Victor, 2004.

RIBEIRO, Fávila. *Abuso de poder no direito eleitoral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988a.

_____. *Direito eleitoral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988b.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general: tomo I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid, España: Civitas, 1999.

_____. *Estudos de direito penal*. 2. ed. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SALGADO, Eneida Desirée. *Princípios constitucionais eleitorais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SANSEVERINO, Francisco de Assis Vieira. *Compra de votos: análise à luz dos princípios constitucionais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: J. M. Bosch, 1992.

_____. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVEIRA, José Néri da. *Aspectos do processo eleitoral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, n. 97, p. 171-202, mar. 2005.

_____. Os vinte anos da Constituição do Brasil e as possibilidades de realização dos direitos fundamentais diante dos obstáculos do positivismo jurídico. *Entrelinhas: Revista Jurídica do Ministério Público de Mato Grosso, Cuiabá*, v. 3, n. 4, p. 81-103, jan./jun.2008.

_____. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. Crime e estamento: notas sobre a política criminal e o direito penal em *terrae brasilis*. In: PINHO, Ana Cláudia Bastos de; GOMES, Marcus Alan de Melo (Org.). *Direito penal e democracia*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010a. p. 275-307.

_____. Decisão jurídica em tempos pós-positivistas. *Direitos Fundamentais e Justiça*, Porto Alegre, v. 4, n. 12, p. 247-271, jul./set. 2010b.

_____. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010c.

_____. Regra ou princípio: Ministro equivocou-se ao definir presunção da inocência. *Consultor Jurídico*, 17 nov. 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-nov-17/ministro-fux-presuncao-inocencia-regra-nao-principio>>. Acesso em: 19 mar. 2012.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *O que é isto – as garantias processuais penais?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). *Direito Penal: parte geral II*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 3 (Coleção Doutrinas Essenciais). cap. I, art. 28, p. 711-728.

WELZEL, Hans. *Direito penal*. Tradução de Afonso Celso Rezende. Campinas, SP: Romana, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Almir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____. *O inimigo no direito penal*. 2. ed. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 1, parte geral.

ZAMPIER, Débora. *Aplicação de Lei da Ficha Limpa a candidatos com pena prescrita divide opiniões*. 11 mar. 2012. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2012-03-11/aplicacao-de-lei-da-ficha-limpa-candidatos-com-pena-prescrita-divide-opinioes>>. Acesso em: 12 mar. 2012.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Política criminal*. Madrid: Colex, 2001.