



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

GABRIELE SILVA MIRANDA

**A “DES”LEGITIMIDADE DO DIREITO PENAL NO CRIME ELEITORAL DE BOCA
DE URNA**

Salvador

2017

GABRIELE SILVA MIRANDA

A “DES”LEGITIMIDADE DO DIREITO PENAL NO CRIME ELEITORAL DE BOCA
DE URNA

Monografia apresentada ao curso de graduação em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito
parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito

Orientadora: Prof^ª. Daniela Carvalho Portugal.

Salvador

2017

GABRIELE SILVA MIRANDA

**A “DES”LEGITIMIDADE DO DIREITO PENAL NO CRIME ELEITORAL DE BOCA
DE URNA**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e Instituição: _____

Nome: _____

Titulação e Instituição: _____

Nome: _____

Titulação e Instituição: _____

Salvador, ____/____2017

RESUMO

O presente trabalho tem como propósito apresentar a intervenção mínima do Direito Penal e do seu caráter subsidiário, os limites do poder punitivo do Estado em face de garantias e princípios constitucionais. Trata, também, da necessária reforma do código penal, que deixou de acompanhar o desenvolvimento da sociedade contemporânea e com isso abre espaço para a falta de tutela das novas condutas consideradas ilícitas e continua cuidando de condutas que não devem ser mais tuteladas pelo Direito Penal, vez que, os outros ramos do direito possuem competência para tanto. Há a necessidade de a tutela penal intervir nas condutas consideradas mais gravosas ao convívio em sociedade, deixando a cargo de outros ramos do direito os comportamentos que se mostram insignificantes na seara criminal. O Direito Penal, com sua base minimalista, retira sua legitimidade em algumas condutas, devido ao baixo grau de ofensividade da conduta, como o crime eleitoral de propaganda de boca de urna, destaque desse trabalho. Buscará, então, contribuir para a reconstrução da legitimidade dos sistemas penais, notadamente no que se refere à aceitação do Direito Penal e do Sistema Penal como instrumentos de combate a violência e de consolidação dos direitos humanos.

Palavras-chave: Direito penal mínimo. Crime de Boca de Urna. Política criminal. Princípio da intervenção mínima.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to present the minimal intervention of Criminal Law and its subsidiary character, the limits of the punitive power of the State in the face of guarantees and constitutional principles. It also deals with the necessary reform of the penal code, which has failed to keep pace with the development of contemporary society and thus opens the door to the lack of protection of new practices considered illegal and continues to take care of conduct that should not be more protected by criminal law, the other branches of law have the power to do so. There is a need for criminal protection to intervene in the behaviors considered more burdensome to society, leaving to other branches of law the behavior that is insignificant in the criminal court. Criminal Law, with its minimalist basis, withdraws its legitimacy in some conduct, due to the low degree of offensiveness of the conduct, such as the electoral crime of mouthwatering propaganda, the highlight of this work. It will seek to contribute to the reconstruction of the legitimacy of the penal systems, notably with regard to the acceptance of Criminal Law and the Penal System as instruments to combat violence and to consolidate human rights.

Keywords: Minimum criminal law. Urchin crime. Criminal policy. Principle of minimum intervention.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	Artigo
BACEN	Banco Central
CC	Código Civil
CF/88	Constituição Federal
COAF	Conselho de Controle de Atividades Financeiras
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
HC	<i>Habeas Corpus</i>
MP	Ministério Público
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
ONU	Organização das Nações Unidas
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Supremo Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 DO CRIME DE BOCA DE URNA.....	12
2.1 O DESCUMPRIMENTO DAS REGRAS E AS SANÇÕES ALTERNATIVAS.....	15
2.1.1 A dificuldade de coibir a boca de urna ostensiva.....	22
2.2 POSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO ATRAVÉS DA REGULAMENTAÇÃO DA PROPAGANDA ELEITORAL.....	25
2.3 INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA DOS ARTIGOS 36 E 39, PARÁGRAFO 5º, II E III DA LEI Nº 9.504, DE 30 DE SETEMBRO DE 1997.....	27
2.3.1 Consequências da prática do abuso de poder econômico.....	30
3 NOVO CÓDIGO PENAL, PROJETO DE LEI DO SENADO nº 236, de 2012.....	35
3.1 DA ANÁLISE ACERCA DA TEORIA DO DIREITO PENAL MÍNIMO.....	37
3.1.1 Minimalismo como “meio” e como “fim”.....	42
3.2 A BOCA DE URNA À LUZ DO DIREITO PENAL MÍNIMO.....	45
3.2.1 Do grau de lesividade da conduta tida como ilícita.....	47
4 A “DES”LEGITIMIDADE DO DIREITO PENAL NO CRIME ELEITORAL DE BOCA DE URNA.....	49
4.1 MISSÃO ÉTICO-SOCIAL DO DIREITO PENAL.....	54
4.1.1 O caráter fragmentário e a subsidiariedade do Direito Penal: (re)consideração ante a criminalidade e a sociedade contemporânea.....	56
4.2 DA CRISE DE LEGITIMIDADE DO DIREITO PENAL NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA.....	60
4.2.1 Do ilícito civil e ilícito administrativo.....	61
4.2.2 Dependência, autonomia e especificidade do Direito Penal.....	62
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	66
REFERÊNCIAS.....	70

1 INTRODUÇÃO

A sociedade brasileira há muito tempo vive em busca de um equilíbrio no cotidiano do seu povo, seja no aspecto moral, social, psicológico ou físico. Da mesma forma no universo jurídico tal equilíbrio se torna relevante no que diz respeito à aplicação das leis e à efetividade concreta destas.

Na seara penal também não é diferente, a Carta Magna impõe limites aos meios de punição utilizados pelo Estado contra os cidadãos que cometem condutas tipificadas como ilícitas. Contudo, atualmente, a sociedade vem passando por uma fase, na qual a criminalidade aumenta de maneira absurda diariamente, e os cidadãos clamam por Leis cada vez mais duras que possam, ao menos, garantir um sentimento de "justiça" contra a impunidade.

Diante desses apontamentos, o Direito Penal Mínimo, também conhecido como Direito Penal do Equilíbrio, surge fornecendo substrato teórico permitindo a estruturação das estratégias com fundamento primordial, a intervenção mínima do Direito Penal nas condutas humanas, punindo efetivamente os crimes de maior relevância jurídico-social, ou seja, exaltando os mecanismos limitadores de punição do Estado, utilizando-os somente quando estritamente necessários para a proteção dos indivíduos.

Como se constata, é inegável a importância da tutela penal mínima na prática, devido ao reflexo que tem sobre os direitos e garantias fundamentais elencados na Constituição Federal de 1988¹. Não se deve utilizar o Direito Penal como o ramo que regula todas as demandas jurídicas. Portanto, muito se discute nos dias de hoje a descriminalização de alguns tipos penais que, de fato, não afrontam concretamente bens jurídicos tutelados de forte relevância.

Um outro ponto trabalhado, além do acúmulo de ações judiciais sem solução, é o fato de a atividade policial cada vez mais se preocupar com crimes de menor importância em detrimento de infrações de maior potencial ofensivo para a sociedade, deixando pairar na sociedade o sentimento de uma justiça diferente para cada classe econômica.

¹ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988.

Nessa linha, alguns autores admitem que essas infrações, menos relevantes, devem ficar a cargo dos outros ramos do Direito, como o Direito Civil e Administrativo, defendendo, então, a subsidiariedade do Direito Penal, que somente deve atuar em *ultima ratio*.

Assim afere-se que a sociedade, em razão do aumento da criminalidade, das desigualdades econômicas, sociais e da impunidade exacerbada, vislumbra como a última saída à aplicação do caráter sancionador do Direito Penal. No entanto, é sabido que tal ramo do direito estimula a própria criminalidade, na medida em que escolhe sua "clientela" para ser punida e adentrar nos presídios, sem o mínimo de preparo para cumprir sua finalidade de ressocialização.

Assim, para fins de análise do tema o Direito Penal Mínimo consiste no fundamento de que o sistema penal deve somente coibir condutas lesivas, danosas e que atinjam aos bens de maior relevância para o bom convívio social. E, ainda, embora o bem tutelado seja importante, caso outros ramos do direito forem eficientes e capazes de o protegerem, excluindo com isso a aplicação excessiva do Direito Penal. Não é um movimento de despenalização, mas sim de adequação do sistema penal à sociedade contemporânea.

Neste diapasão, surge a proposta de reforma do código penal, justamente com a finalidade de deslegitimar o direito penal em relação a algumas condutas descritas como criminosas, mas que com o desenvolver da sociedade e do ordenamento jurídico, já é possível a tutela dessas condutas por outros ramos do direito, não sendo razoável a aplicação do Direito Penal.

Outrossim, sob o enfoque do crime eleitoral de propaganda de Boca de Urna, descrito na Lei n.º 9.504/97², visto que por se tratar de uma conduta com um baixo grau de lesividade, reconhecido pela jurisprudência atual, deve, essa conduta atualmente tipificada pelo Direito Penal, não ser discriminada, mas sim, ser punida por outros ramos do direito.

A justificativa para este trabalho consiste no fato de que, atualmente, com a crescente criminalidade, bem como novas condutas ilícitas das sociedades contemporâneas, outras propostas de prevenção e combate a esse fenômeno podem gerar uma grande eficácia vez que, o condenado tem a chance de reparar o

² BRASIL. **Lei 9.504**. Lei das Eleições. 1997.

dano causado, trabalhar e buscar sua reintegração à sociedade. É, então, uma das vertentes do direito penal mínimo e trazido no bojo do princípio da intervenção mínima do direito penal.

Tem-se, então, como objetivo geral, investigar como o Direito Penal Mínimo, bem como a sua deslegitimidade em algumas condutas, podem influenciar positivamente na prevenção da criminalidade e na efetiva punição dos crimes considerados relevantes pela sociedade. Já os objetivos específicos consistem em analisar se a implementação de outros ramos para regular a atuação dos agentes que praticam o crime de propaganda de boca de urna cumpre suas finalidades jurídico-sociais propostas, e averiguar qual a relação entre punição e criminalidade dentro da perspectiva do direito penal mínimo.

O primeiro capítulo, "DO CRIME DE BOCA DE URNA", trata sobre o conceito e seus limites estabelecidos constitucionalmente, além da dificuldade de coibir esse delito, adentra também na liberdade de expressão das propagandas eleitorais, bem como estabelece algumas diretrizes básicas sobre as consequências da prática do abuso do poder econômico.

O segundo capítulo, intitulado "NOVO CÓDIGO PENAL, PROJETO DE LEI DO SENADO nº 236, de 2012", discorre sobre o enfoque principal da pesquisa, estabelecendo uma análise acerca da tutela penal mínima e das principais correntes minimalistas. Diante da necessária reforma do Código Penal, com mais de 40 anos, o capítulo trata também das mudanças positivas que a reforma pode trazer, bem como faz uma relação do crime de propaganda de boca de urna com o Direito Penal Mínimo.

Finalmente, o quarto capítulo, "A "DES"LEGITIMIDADE DO DIREITO PENAL NO CRIME ELEITORAL DE BOCA DE URNA", foca os princípios norteadores do direito penal mínimo, como é o caso da aplicação de sanções aplicadas por outros ramos do direito.

Portanto, este trabalho analisa o contexto jurídico da tutela penal mínima, especialmente sob o enfoque nas mudanças que precisam ocorrer para que se adeque as condutas da sociedade contemporânea e do princípio da intervenção mínima do direito penal, explicando a importância da preocupação do Estado em buscar medidas para fazer valer o *ius Puniendi*.

Entretanto, ressalta-se a efetivação dos direitos fundamentais do indivíduo que sofre as sanções cruéis e degradantes aplicadas pelo Direito Penal e da concretização de medidas jurídico-sociais para conter o crescimento exagerado da criminalidade, vez que, a pena privativa de liberdade deve ser usada quando houver ataques de especial gravidade, pelo seu caráter estigmatizante e pela drasticidade com a qual é imposta.

2 DO CRIME DE BOCA DE URNA

Os crimes eleitorais, além de estarem tipificados entre os artigos 289 a 354 do Código Eleitoral³, apresentam modalidades espalhadas pelo mesmo Código e outros crimes descritos em mais quatro Leis Penais eleitorais extravagantes, a saber: Lei nº 6.091, de 15.8.1974 (Lei do Transporte e Alimentação de Eleitores)⁴ e Lei complementar nº 64 de 18.5.1990 (Lei das Inelegibilidades).⁵

O crime de Boca de Urna encontra-se na Lei nº 9.504⁶, de 30.09.1997 (Lei das Eleições), na qual se estabelecem normas para as eleições. É conhecido como propaganda de boca de urna, considerada um crime que pode levar o infrator para a cadeia conforme o artigo 39, parágrafo 5º, I e II, da referida Lei:

As carreatas e as passeatas são permitidas até as vinte e duas horas do dia que antecede (véspera) a eleição. É preciso, no entanto, que sejam comunicadas previamente, isto é, no mínimo 24 horas antes de sua realização, à autoridade policial para que haja proteção e se evitem transtornos, inclusive ao fluxo regular de veículos e de pessoas. A realização de tais atos no dia da eleição caracteriza crime eleitoral punível com detenção, de seis meses a um ano, com a alternativa de prestação de serviços à comunidade pelo mesmo período, e multa no valor de cinco mil a quinze mil UFIR (§5.º do art. 39 da Lei n.º 9.504/97)⁷.

É crime realizar comício no dia da eleição punível com detenção, de seis meses a um ano, com a alternativa de prestação de serviços à comunidade pelo mesmo período, e multa no valor de cinco mil a quinze mil UFIR (§5.º do art. 39 da Lei n.º 9.504/97)⁸.

É importante frisar que, responde pelo crime aquele que realizar propaganda eleitoral, no dia das eleições, nas proximidades das seções de votação. A norma visa resguardar a liberdade do voto. Contudo, é permitida a manifestação individual e silenciosa do eleitor, por meio de camisetas, broches, bonés ou adesivos em veículos.

³ BRASIL. **Lei Nº 4.737**, de 15 de julho de 1965. Código Eleitoral. 1965.

⁴ BRASIL. **Lei nº 6.091**, de 15.8.1974. Lei do Transporte e Alimentação de Eleitores.

⁵ BRASIL. **Lei complementar nº 64**, de 18.5.1990. Lei das Inelegibilidades.

⁶ BRASIL. **Lei 9.504**. Lei das Eleições. 1997.

⁷ Idem.

⁸ Idem.

A propaganda eleitoral mediante distribuição de volantes, santinhos, folhetos e impressos em geral; em veículos e carros de som e em caminhadas, carreatas e passeatas pode prolongar-se até as 22 horas do sábado véspera da eleição (art. 39, § 9º, da Lei n. 9.504/97, incluído pela Lei n. 12.034/2009). No domingo da eleição, entretanto, toda a propaganda eleitoral é vedada e a sua realização caracteriza o crime de “boca de urna”, previsto no art. 39, § 5º.

A legislação proíbe que servidores da Justiça Eleitoral, mesários e apuradores de utilizarem vestuário ou objetos com propaganda de partidos, de coligações ou de candidatos. Os fiscais partidários são autorizados, apenas, a usarem crachás com nome e sigla do partido ou coligação, desde que não haja padronização de vestuário. Conforme segue:

Art. 39, da Lei n. 9.504/97, incluído pela Lei n. 12.034/2009: É permitida, no dia das eleições, a manifestação individual e silenciosa da preferência do eleitor por partido político, coligação ou candidato, revelada exclusivamente pelo uso de bandeiras, broches, dísticos e adesivos.

§ 2º No recinto das seções eleitorais e juntas apuradoras, é proibido aos servidores da Justiça Eleitoral, aos mesários e aos escrutinadores o uso de vestuário ou objeto que contenha qualquer propaganda de partido político, de coligação ou de candidato.

§ 3º Aos fiscais partidários, nos trabalhos de votação, só é permitido que, em seus crachás, constem o nome e a sigla do partido político ou coligação a que sirvam, vedada a padronização do vestuário¹⁰.

Imperioso ressaltar que o crime de boca de urna é um tipo de propaganda eleitoral, cujos candidatos buscam, através de apresentação de propostas e programas eleitorais, a captação de votos, estando facultados aos partidos, coligações e candidatos. Além disso, [os candidatos] buscam, por meio das ferramentas publicitárias permitidas na legislação eleitoral, influir no processo decisório do eleitorado, com a divulgação de experiências dos candidatos, trabalhos realizados, propostas e mensagens durante a campanha eleitoral.

Diferentemente da propaganda eleitoral, a propaganda partidária, caracteriza-se pela divulgação, pelos partidos, de forma gratuita no rádio e na TV, de programas destinados a temas ligados, exclusivamente, aos interesses programáticos dos partidos políticos, em período e forma previstos em lei, preponderando a mensagem

⁹ CASTRO, Edson de Resende. **Teoria e Prática do direito eleitoral**, 5. ed. Ver, atual, Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 332.

¹⁰ BRASIL. **Lei 9.504**. Lei das Eleições. 1997.

partidária, com a finalidade de angariar simpatizantes. A propaganda partidária está prevista na Lei n.º 9.096/95.

A propaganda partidária, não vinculada a qualquer eleição específica, consiste na divulgação, gravada ou ao vivo, transmitida gratuitamente em cadeia nacional ou estadual no rádio e na TV, com o desiderato exclusivo de difundir determinadas matérias relacionadas à própria agremiação partidária (ex. gratia, a divulgação do programa o partido, dos ideais e metas ou mesmo das proposições e críticas à atuação governamental).

Não se pode confundir, também, com a propaganda extemporânea, que, por conseguinte, é aquela veiculada, de forma e em períodos vedados, pelos diplomas normativos reguladores da matéria. Trata-se de uma espécie de propaganda irregular, já que é a praticada de forma contrária às regras jurídicas vigentes. Regras essas baseadas no Poder de Polícia da Justiça Eleitoral para que ocorra o controle das propagandas eleitorais, tendo como finalidade fixar o princípio da igualdade oportunizando a todos os candidatos de igual forma e evitando a camuflagem ao abuso do poder econômico ou até mesmo político. Conforme ensina Carvalho Filho:

Configura o poder de polícia como verdadeira prerrogativa conferida aos agentes da administração, consistente no poder de restringir e condicionar a liberdade e a propriedade, fundada no interesse público. Com base no conceito supra aduzido, verifica-se, assim, que a Justiça Eleitoral, ao coibir a prática da propaganda extemporânea, e fiscalizar a sua ocorrência, realiza verdadeira atividade de polícia administrativa-eleitoral, uma vez que atua de forma subjacente à lei e, consoante o festejado autor, esta (o poder de polícia) já preexiste quando os administradores impõem a disciplina e as restrições aos direitos¹¹.

Salienta, ainda, Ramayana, ao tratar do tema em questão que: “Esta propaganda é um exemplo de utilização indevida de recursos e arrecadação irregular dos mesmos, forma ilegal de veiculação de propaganda antes do prazo previsto no art. 36 da Lei nº 9.504/97”¹². Da mesma forma, para a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, confundem-se os conceitos de propaganda extemporânea e propaganda antecipada, já que aquela se reduz à praticada, anteriormente, ao dia 6 de julho do ano eleitoral.

[...] leva ao conhecimento geral, ainda que de forma dissimulada, a candidatura, mesmo que apenas postulada, a ação política que se pretende desenvolver ou razões que induzam a concluir que o

¹¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2016. p. 68.

¹² RAMAYANA, Marcos. **Direito Eleitoral**. 15. ed. São Paulo: Editora Impetus. 2016, p. 156.

beneficiário é o mais apto ao exercício da função pública. Sem tais características, poderá haver mera promoção pessoal – apta, em determinadas circunstâncias a configurar o abuso de poder econômico – mas não propaganda eleitoral.¹³

Dessa forma, é importante que não ocorram dúvidas, a respeito de qual tipo de propaganda se enquadra o crime eleitoral de boca de urna, a distinção entre os dois modelos de propaganda é diferente, assim como as leis que cada um está tipificado.

Observa-se que o Código, no presente Título, ainda faz referência à propaganda partidária. Em verdade parece correto que a expressão fosse propaganda eleitoral. A propaganda política é gênero, como sustenta a doutrina, da qual duas espécies decorrem, quais sejam, a propaganda partidária e a propaganda eleitoral¹⁴.

De acordo com os precedentes do Tribunal Superior Eleitoral¹⁵, o crime ora discutido, é considerado como mera conduta, logo, não comporta a ocorrência de resultados naturalísticos. Não é necessário que o eleitor seja convencido a adotar uma determinada escolha para que seja deflagrado o crime de boca de urna, vez que a norma penal prevista no art. 39, §5.º da referida Lei, visa proteger a liberdade do exercício do voto, sem que haja qualquer aperto ou interferência no dia da eleição por meio de propaganda eleitoral.

Em decorrência disso, é fácil verificar que, para que a norma em comento seja aplicada, basta a entrega ou realizações de propaganda eleitoral no dia da eleição para que seja considerada uma conduta típica visto que, o que se tem como objetivo, é impedir a influência na vontade do eleitor.

2.1 O DESCUMPRIMENTO DAS REGRAS E AS SANÇÕES ALTERNATIVAS

Considerando, especificamente, o tema ora estudado, é necessário tecer algumas considerações acerca da função das normas diretivas da propaganda eleitoral.

¹³ JUSBRASIL. **Respe nº 15.732/MA**, Rel. Min. José Eduardo Rangel de Alckmin, DJ de 7.5.1999.

¹⁴ LUCON, Paulo Henrique dos Santos; VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Código eleitoral interpretado**: normas eleitorais complementares. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 311.

¹⁵ RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS – ORDEM DENEGADA PELA INSTÂNCIA A QUO – CRIME DE BOCA DE URNA – CONDUTA PREVISTA NO ART. 39, §5º, II, DA LEI Nº 9.504/97. 1- O crime de distribuição de material de propaganda política, inclusive volantes e outros impressos, é de mera conduta, consumando-se com a simples distribuição da propaganda. 2- Inadequada é a via sumária e documental do habeas corpus para o trancamento da ação penal (Precedentes/ STE: Ag. 1.974, de 23.11.99, rel. Min. Jobim; RHC nº 20, de 5.11.98, rel. Min. Néri da Silveira e HC nº 312, 1º.4.97, rel. Min. Costa Leite) 3- Recurso a que se nega provimento.”

O conjunto de normas jurídicas que regula o processo de escolha dos ocupantes de cargos públicos eletivos como o desdobramento do princípio democrático inserido no artigo 1º, parágrafo único da Constituição Federal¹⁶ é representado pelo Direito Eleitoral que disciplina os meios necessários ao exercício da soberania popular. Para Cândido:

O Direito Eleitoral, precisamente, dedica-se ao estudo das normas e procedimentos que organizam e disciplinam o funcionamento do poder de sufrágio popular, de modo a que se estabeleça a precisa adequação entre a vontade do povo e a atividade governamental¹⁷.

Tão logo o descumprimento das regras pode levar o infrator a ser punido com detenção de seis meses a um ano, havendo a alternativa de prestação de serviço à comunidade pelo mesmo período, além de pagamento de multa. Ainda assim, mesmo com as sanções previstas, o crime de boca de urna é muito recorrente. E isso ocorre, uma vez que sua punição narrada raramente é aplicada, trazendo um sentimento de impunidade para a sociedade.

Embora se faça necessário uma consequência punitiva para quem pratica esses crimes, principalmente quando tratamos de autoridades que possuem uma forma política tão forte que inibi a prática dessas ilicitudes, é preciso uma aplicação eficaz do poder de polícia do estado.

O Artigo 61¹⁸, da Lei nº 9.099/95 Lei dos Juizados Especiais Criminais, define que infrações penais de menor potencial ofensivo são as que cominam pena máxima não superior a um ano, portanto, foram abrangidas as contravenções penais e um número considerável de crimes, excepcionando os de legislações especiais. Com a entrada em vigor da lei nº 10.259/2001¹⁹, que instituiu a figura dos juizados especiais federais, deu-se nova aplicação ao referido art. 61 da lei nº 9.099/95:

¹⁶ Art.1 parágrafo único: Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988).

¹⁷ CÂNDIDO, Joel José. **Direito eleitoral brasileiro**. 15. ed. Revista atualizada e ampliada, São Paulo: Editora EDIPRO, 2012, p. 25.

¹⁸ Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa. (Redação dada pela Lei nº 11.313, de 2006). (BRASIL. **Lei nº 11.313** - Palácio do Planalto).

¹⁹ DECISÃO: ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Criminal em Composição Integral, à unanimidade de votos, em JULGAR PROCEDENTE o conflito, para o fim de

Na verdade, acabou fixando uma nova definição, que alcança não apenas as infrações de competência dos Juizados Federal, mas também os Estaduais, provocando, por conseguinte, a derrogação do art.61 da Lei nº. 9.099/95. Com efeito, não é possível manter dois conceitos diversos dessa expressão, um para Justiça Estadual e outro para Justiça Federal. A uma, porque a legislação inferior não pode dar duas definições diferentes para o mesmo conceito previsto no art.98, I, d, do texto constitucional; a duas, porque o tratamento diferenciado importaria em ofensa ao princípio da proporcionalidade. Ora, restringir a aplicação do novo artigo às infrações penais de competência da Justiça Federal Comum é inconcebível. Admitir tal situação levaria a absurdos jurídicos como, por exemplo, aplicar os benefícios da Lei nº. 9.099/95 a indivíduo que desacatasse policial federal, e veda-los quando o desacato fosse cometido contra policial militar. Isso porque, no primeiro caso, a competência para julgamento de eventual ação penal seria da Justiça Federal, por força do art.109, IV, da Constituição Federal, e no segundo, da Justiça Estadual. Como a infração prevista no art. 331 do Código Penal tem como pena máxima cominada a de dois anos de detenção, somente seria a infração considerada de menor potencial ofensivo perante o juízo federal, o que é, obviamente, um contrassenso permitir que o autor de um delito de competência da Justiça Federal tenha tratamento privilegiado pelo juízo. Dessa maneira, em qualquer Juizado Especial Criminal, seja no âmbito comum, seja no âmbito federal, os chamados crimes de menor potencial ofensivo passam a seguir a definição do art. 2º, parágrafo único, da nova lei²⁰.

Como a Lei 10.259/01, silenciou-se quanto à restrição de sua aplicação aos crimes cuja lei estabeleça rito especial, o crime de boca de urna previsto, pois em uma lei especial, passa a ser etiquetado como crime de pequeno potencial ofensivo, o que isenta seu autor da lavratura de auto de prisão em flagrante, sendo, tão somente, cabível sua condução à presença da autoridade policial que lavrará termo circunstanciado, encaminhando-o ao Juizado competente para processar e julgar aquela prática. Porém, por se tratar de um ato ilícito e constar no rol de crimes eleitorais, como a aplicação da legislação penal, a sociedade cobra a imputação da

declarar competente o Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Maringá. EMENTA: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. CRIMES DE CORRUPÇÃO PRIVILEGIADA E DE PREVARICAÇÃO (ARTS. 317, §2º E 319, CAPUT, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). JUÍZO SUSCITANTE QUE ALEGA QUE O MONTANTE DE PENA COMINADO AOS CRIMES IMPUTADOS AO APELANTE ULTRAPASSA O LIMITE DE DOIS ANOS, PREVISTO NO ARTIGO 61 DA LEI N.º 9.099/95, DEVIDO ÀS REGRAS DE CONCURSO MATERIAL E DE CONTINUIDADE DELITIVA. ACOLHIMENTO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA PROCEDENTE, COM O ENVIO DOS AUTOS AO JUÍZO SUSCITADO. I. (TJPR - 2ª C.Criminal em Composição Integral - CC - 1440301-3 - Região Metropolitana de Maringá - Foro Central de Maringá - Rel.: José Mauricio Pinto de Almeida - Unânime - J. 08.10.2015). JUSBRASIL. **CJ 14403013** PR. 1440301-3 (Acórdão).

²⁰CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Volume 4: Legislação Penal Especial. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 211.

letra da lei, e acaba por acreditar que as punições ali descritas não são aplicadas beneficiando o agente²¹.

De fato, não há uma aplicação da pena máxima aos indiciados, entretanto a teoria do direito penal mínimo afirma que deve existir uma adequação razoável entre a conduta e a ofensa ao bem jurídico tutelado, devendo o direito penal somente ser aplicado, quando outros ramos do direito não forem passíveis de reparar.

É nítida que a conduta descrita no conceito do crime ora discutida compromete a lisura e a normalidade das eleições; logo, não há que se falar em exclusão da tipicidade o que deve ser feito é um prisma do grau de lesividade, verificando se o bem penalmente protegido por lei merece a aplicação da medida de *ultima ratio*.

A lei 12.403/2011, denominada Lei das Medidas Cautelares, já demonstra que a política criminal está em crescente evolução. A nova Lei reformula as regras sobre as cautelares no processo penal, e amplia o número de medidas possíveis.²²

A norma trata das cautelares pessoais, relacionadas com o réu e com os efeitos de seu comportamento para a ordem processual. A nova redação do Código apresenta uma gama de medidas cautelares pessoais diferentes da prisão para assegurar a ordem processual. Não são medidas originais ou estranhas ao nosso ordenamento. Parte delas já estava prevista na legislação penal pátria, seja como sanção restritiva de direitos, seja como a prisão domiciliar. Segundo Liszt: “As prisões não corrigem, não intimidam nem põe o delinquente fora do estado de prejudicar, e pelo contrário muitas vezes encaminham definitivamente para o crime o delinquente novel”²³.

Nesse sentido, no ano de 2012, no que tange à efetiva aplicação da legislação penal, com a finalidade de cumprir corretamente a função coercitiva e diminuir a impunidade, vetou-se o projeto do Novo Código Penal, Projeto de Lei do Senado nº 236²⁴, de 2012 para substituir o diploma criado a mais de 76 anos. Pela proposta

²¹ SABATOVSKI, Emílio; FONTOURA, Iara P. **Novo Código de Processo Penal**. Paraná: Ed. Juruá, 2010, p. 43.

²² BRASIL. **Lei 12.403**. 2011.

²³ LISZT, Franz Von. **Tratado de direito penal alemão**. Tomo I. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: Editora Briguiet, 1899, p. 113.

²⁴ SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado nº 236**. Portal de Notícias. Projeto de Código Penal. 2012.

contida no novo Código Penal análoga ao tema objetivo desse trabalho, passaria a existir um aumento de pena para crimes eleitorais graves, como a compra de votos, a coação de eleitores e a descriminalização de algumas condutas, como a propaganda de boca de urna.²⁵

O projeto aponta a exclusão do crime ora discutido da legislação penal, porém, nada impede que continue se tratando de um ilícito, mas agora, sendo sancionado por outro ramo do direito. O que se pretende, não é como já citado, a exclusão da tipicidade, e sim, a correta e eficaz aplicação do disposto na Lei.

O crime de boca de urna não deve ter como base de sanção o código penal. A legislação deve ser respeitada pois, em determinadas situações, a própria Lei não condiz com a justiça, deixando de respeitar a integridade e bem como a dignidade do cidadão. Atualmente, vem sendo sancionado, sempre por penas alternativas, isso favorece a aplicação de sanções por outros ramos do direito. A conduta de utilizar alto-falantes e amplificadores de som, bem como comícios, carreatas ou distribuir material de propaganda política devem continuar sendo atitudes contrárias à ordem jurídica²⁶.

É fácil perceber que o art. 37 da Lei n.º 9.504/97²⁷ que fala da propaganda ilícita, veda a propaganda eleitoral nos locais que menciona e prevê sanção para o seu descumprimento. Em seu §1º reforça a sanção aplicável ao responsável pela realização de propaganda irregular conferindo ainda mais seriedade ao conteúdo proibitivo do *caput*. No entanto, se realizada uma interpretação isolada do referido parágrafo 1º, é visível que a punição do *caput* deixará de ser aplicada, uma vez que bastará que o infrator componha o bem afetado, livrando-se assim, da sanção pecuniária. A respeito do tema segue o posicionamento doutrinário:

A sanção pecuniária deve ser tida como instrumento de maior concreção e efetividade da norma, até porque há meios de veiculação de propaganda que não se sujeitam a reparação, por não deixarem vestígios materiais. É o caso da panfletagem ou de

²⁵ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal** - Parte Geral - Vol. I - 18. ed. São Paulo: Ed. Impetus. 2016.

²⁶ SABATOVSKI, Emílio; FONTOURA, Iara P. **Novo Código de Processo Penal**. Paraná: Ed. Juruá, 2010, p. 49.

²⁷ BRASIL. **Lei 9.504**. Lei das Eleições. 1997.

discurso proferido no interior de uma repartição pública ou num templo religioso (bem particular de uso comum)²⁸.

Essa superação da insignificante dicotomia entre a prisão ou nada, vai proteger de forma mais efetiva o processo, o acusado e a própria sociedade:

- O processo, porque vai surgir um novo rol de medidas de amparo à ordem dos trabalhos;
- O acusado, porque a prisão cautelar, ato de extrema violência, será a extrema e última opção;
- A sociedade, porque a redução da prisão cautelar significa o desencarceramento de cidadãos sem condenação definitiva, que eram submetidos desde o início do processo ao contato trágico com o chamado submundo de valores criados pela cultura da prisão.

Percebe-se, então, que muitas dessas medidas se prestarão a proteger o bem jurídico em risco, sem necessidade de impor uma restrição tão severa de um direito fundamental como a liberdade. Ademais, no estado em que se encontra a maioria das prisões no Brasil, à decretação de uma prisão, anterior à sentença condenatória, é uma responsabilidade que não se pode negligenciar.

Logo, será muito mais eficaz ao juiz decretar medidas de afastamento, distanciamento, proibição de frequência a determinados lugares, comparecimento ao fórum judicial, monitoração eletrônica, etc. quando da suposta prática de crimes de pequeno ou médio potencial ofensivo.

E, ademais, é fácil constatar que o novo texto legal descortina dois tipos de prisão preventiva são elas: a já *tradicional*, que vem sendo denominada de autônoma e uma nova modalidade, destinada a garantir o cumprimento das medidas cautelares, que poderia ser denominada de *subsidiária* ou *substitutiva*. A prisão preventiva subsidiária defluiu do §4º do art. 282, do CPP:

§4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único)²⁹.

Referido dispositivo remete ao art. 312, parágrafo único, do CPP:

²⁸ CASTRO, Edson de Resende. **Teoria e Prática do direito eleitoral**, 5. ed. Ver, atual, Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 263.

²⁹ BRASIL. **Lei 12.403**. 2011.

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

Não se pode negar que a função dos parágrafos é excepcionar o *caput*. Deste modo, a interpretação do art. 312 e seu parágrafo único do Código Penal permitem concluir que há dois grupos distintos e não cumulativos de requisitos para a decretação da prisão preventiva.

Primeiramente, o *caput* do referido art. estabelece os requisitos tradicionais da prisão preventiva já denominada autônoma, enquanto o parágrafo único entroniza um requisito alternativo, que se apresenta como nova modalidade, qual seja, a prisão preventiva, como medida cautelar de eficácia coativa ao cumprimento fiel das medidas cautelares, ou prisão preventiva subsidiária.

Ora, as medidas cautelares podem ser equiparadas às tutelas específicas do processo civil. Elas alinham-se ao minimalismo penal, porque evitam prisões preventivas em diversos casos, porém, é verdade que elas também encontram amparo em uma vocação intervencionista do Estado na vida privada, que também poderia ser designado como de garantia social, de proteção da vítima, de atenção ao postulado da proibição deficiente dos bens jurídicos.

Estas medidas cautelares elencadas no art. 319 do Código de Processo Penal, conforme se extrai do art. 321, não se submetem aos mesmos requisitos da prisão preventiva tradicional:

Art. 321. Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código.

Então, a prisão preventiva decretada com base nestes últimos dispositivos legais, como substitutivo das medidas cautelares, também dispensa os requisitos dos arts. 312, *caput* e 313 do CPP, especialmente os deste último.

2.1.1 A dificuldade de coibir a boca de urna ostensiva

A Justiça Eleitoral apresenta peculiaridades que a diferencia dos demais ramos do Poder Judiciário, dentre as quais se destaca a multiplicidade de suas atribuições e competências. A leitura dos artigos 12 a 44 do Código Eleitoral revela o exercício de funções normativas, administrativas e jurisdicionais pelos órgãos dessa justiça especializada. Vide, ainda sobre esse assunto:

Embora todos os ramos do Poder Judiciário, atipicamente, administrem, vez que o art. 96 da Constituição Federal garante a autonomia administrativa ao Judiciário, observa-se que a Justiça Eleitoral exerce a função administrativa de forma típica, vez que é responsável por uma série de atividades administrativas relacionadas à implementação, execução e gerenciamento das eleições. Dentre essas atividades, destacam-se os procedimentos relativos ao alistamento eleitoral, revisão do eleitorado, filiação partidária, designação dos locais de votação, nomeação, convocação e treinamento dos mesários, apuração e totalização dos votos, bem como o poder de polícia exercido pelo Juiz Eleitoral no combate à propaganda irregular³⁰

Desse modo, quando no exercício da função administrativa, a Justiça Eleitoral é considerada administração pública, estando sujeita às normas e princípios que lhe são próprios, naquilo que as normas e princípios específicos do Direito Eleitoral não dispõem em sentido contrário.

Prática ainda presente nas eleições, a propaganda de boca de urna é considerada um dos crimes mais comuns durante as eleições. Os candidatos e partidos tentam ganhar nos últimos minutos o voto do eleitor com ações como a distribuição de panfletos e o convencimento de pessoas próximas aos locais de votação, o que na prática pode ter influência na decisão de alguns eleitores.

De certo modo o exercício do delito acarreta na mudança da decisão anteriormente formada pelo eleitor. As pessoas adquirem simpatia por um partido, uma corrente, mas não têm o número de um candidato com mais visibilidade e tem alguém próximo fazendo divulgação.

³⁰ GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice; DAHER, Flávio. **Curso de Direito Penal**. V. 1. Parte Geral. (Arts. 1º a 120), 2. ed. Salvador: Juspodivm. 2015. p. 72.

Como já dito anteriormente, de acordo com a Lei das Eleições nº 9.504/97, o recrutamento de eleitores ou a propaganda de boca de urna pode resultar em seis meses a um ano de detenção, com alternativa de prestação de serviços à comunidade pelo mesmo período, e multa que pode variar de R\$ 5.320,50 a R\$ 15.961,50.

Mesmo com as penalidades previstas, os eleitores são abordados por cabos eleitorais em busca de voto próximo às zonas eleitorais. Tal abordagem pode ter influência no voto daqueles que não estejam bem informados sobre as propostas dos candidatos, sendo visível a falta de ética, na tentativa de mudar ou conquistar o voto do eleitor por meio de uma prática proibida por Lei.

No entanto, a fiscalização para os crimes eleitorais não é uma tarefa fácil. É difícil coibir, a boca de urna é um crime ostensivo na maioria dos casos; por outro lado alguns candidatos, na noite anterior, espalham panfletos perto do local de votação. Sobre o tema Meirelles expõe: “O poder de polícia no Direito Eleitoral é a faculdade de que dispõe a Administração pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade”³¹

No exercício do poder de polícia, alguns estados buscam ações para reforçarem a fiscalização contra os crimes eleitorais. No entanto, é comum não possuir recursos para melhorar o monitoramento, seja através de servidores ou de sistemas internos. Conforme o entendimento de Souza:

Entende-se que atenta contra o regime democrático a possibilidade de violação ao princípio da igualdade na propaganda eleitoral, portanto, o Ministério Público Eleitoral também detém poder de polícia com a precípua finalidade de fazer cessar de forma incontinenti práticas ilegais na propaganda eleitoral com fito de evitar a irreparabilidade do dano em face da demora na prestação jurisdicional³².

O estado do Maranhão foi um dos poucos que durante as eleições do ano de 2016 conseguiu realizar uma política para coagir os crimes eleitorais durante as eleições. Conforme entrevista publicada no site do jornal da cidade:

³¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2016. p. 321.

³² SOUZA, Marcos César Minuci de. **Direito Eleitoral Municipal**. São Paulo: Editora Edipro, 2008, p. 112.

Para assegurar a ordem pública e garantir eleições limpas, a Secretaria de Estado de Segurança Pública (SSP) do Maranhão organizou a Operação 'Eleições 2016', executada há dois meses por meio de força-tarefa entre as Polícias Civil e Militar, com apoio do Exército Brasileiro, e a serviço da Justiça Eleitoral. Para isso, foram definidas estratégias que envolvem o serviço de inteligência e o policiamento ostensivo nos municípios maranhenses. Em cumprimento à lei federal, fica a cargo da Polícia Militar o policiamento ostensivo durante o período eleitoral, visando a manutenção da ordem pública e o livre exercício do voto. Desta forma, o efetivo é orientado a impedir a manifestação de qualquer tipo de crime, dentre eles os crimes eleitorais, em apoio à Justiça Eleitoral.

Desta forma, os comandantes da Polícia Militar montaram estratégias de atuação específicas para cada município, mas que, de forma geral, consistem na presença de policiais nas proximidades das zonas eleitorais, patrulhamento de bairros e povoados, abordagem de suspeitos e investigação das denúncias de fraudes no processo eleitoral. O apoio da Polícia Civil e do Exército Brasileiro reforça as operações conduzidas pela polícia, na execução de patrulhas mistas. As patrulhas ocorrem com policiais a pé, montados e em viaturas e motocicletas. Haverá, ainda, presença de policiamento em pontos estratégicos, para abordagem de pessoas e veículos para coibir os crimes de compra de votos e 'boca de urna'.

Como já se viu, de acordo com a Lei das Eleições é permitido ao eleitor manifestar sua preferência, individual e silenciosa, por candidato, partido político e coligação, por meio de bandeiras, broches e adesivos no momento em que for votar.

A Constituição Federal de 1988, em seu Artigo 144, inciso V, determina que a segurança pública, enquanto dever do Estado e direito e responsabilidade de todos, deve ser exercida para preservar a ordem pública e a integridade das pessoas e do patrimônio, ficando a cargo da Polícia Militar o policiamento ostensivo.

No âmbito eleitoral, a Polícia Militar tem como objetivo assegurar o livre exercício do voto e apoiar a Justiça Eleitoral na realização das eleições com tranquilidade e segurança, de forma ética e democrática³³

A verificação da tendência mundial em se adotarem modelos de governança eleitorais independentes e não vinculados ao Poder Executivo ajuda a explicar a variedade de competências atribuídas à Justiça Eleitoral. Do mesmo modo, da análise criteriosa do poder de polícia do Juiz Eleitoral, verifica-se a necessidade de se combinar o estudo do Direito Eleitoral com outros ramos do saber jurídico, não

³³ MARANHÃO. **Jornal do Maranhão**. 02/10/2016. Disponível em (<http://www.ma.gov.br/agenciadenoticias/seguranca/eleicoes-2016-inteligencia-e-policiamento-ostensivo-coibem-crimes-eleitorais>). Acesso em 13 fev. 2017.

apenas para se diminuírem lacunas, mas também para compreender os fundamentos e limites dessa atribuição.

2.2 POSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO ATRAVÉS DA REGULAMENTAÇÃO DA PROPAGANDA ELEITORAL

A liberdade de manifestação do pensamento na forma da comunicação social é a garantia constitucional, prevista no art. 5º³⁴, inciso IX da Constituição Federal, a qual consagra a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação. Moraes afirma que: “O que se pretende proteger é o meio pelo qual o direito individual constitucionalmente garantido será difundido, por intermédio dos meios de comunicação de massa”³⁵.

Nessa perspectiva, a Constituição Federal assegura a igualdade³⁶ entre todas as pessoas. Deve-se considerar que a proibição da propaganda eleitoral, fora do lapso tolerado pelo sistema normativo, não ofende a liberdade de expressão constitucionalmente consagrada, uma vez que a liberdade de expressão aqui exposta é a propaganda eleitoral, a qual precisa ser harmonizada com os demais princípios basilares do texto constitucional, sobretudo a busca do equilíbrio na disputa eleitoral, através do primado da igualdade de oportunidades entre candidatos, partidos políticos e coligações. Ainda, na defesa desta linha de pensamento Moraes diz que: “Apesar da vedação constitucional da censura prévia, há necessidade de compatibilizar a comunicação social com os demais preceitos constitucionais”³⁷.

³⁴ Constituição Federal/1988, art. 5º, IX: “[...] é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” (BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988).

³⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2017. p. 246.

³⁶ Constituição Federal 1988, art. 5º, caput: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988).

³⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2017. p. 247.

Note-se que deve haver uma harmonização entre os conceitos, na busca da democracia, fundada em um pleito igualitário, justo e pautado na legalidade. Conforme ensina ainda o citado mestre:

Quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns. em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição de princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua³⁸.

Utiliza-se, para a avaliação dos valores em questão, o princípio da proporcionalidade. Trata-se na visão de Pereira (2008, p. 167): “Ferramenta metodológica no controle de validade das restrições aos direitos fundamentais. Aplicação do princípio em questão como um postulado aplicativo – ou seja, como um dever que estrutura a aplicação de outras normas jurídicas”.

Sendo feita a ponderação dos bens em conflito, o intérprete deve basear-se na capacidade de afastar a aplicação de dispositivos válidos em benefício da aplicação de outros, restringir o exercício de direitos fundamentais e até mesmo relativizar regras constitucionais. Defende desta feita:

Possibilita a solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais. A ponderação é tida como uma técnica de solução de determinados conflitos normativos, a saber, aqueles que envolvem colisões de valores ou de opções político-ideológicas e que não são superáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais³⁹.

Ponderando-se, assim, ambos os imperativos normativos, qual seja, período permissivo para propaganda eleitoral e período em que esta é vedada, desde que exercida na forma discriminada no diploma normativo.

³⁸ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33. ed. Rio de Janeiro: Editora Atlas, 2017. p. 128.

³⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Editora Renovar, 2005. p. 264.

2.3 INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA DOS ARTIGOS 36 E 39, PARÁGRAFO 5º, II E III DA LEI Nº 9.504, DE 30 DE SETEMBRO DE 1997

Em princípio cumpre entender a extensão da norma de proibição contida no artigo 39, parágrafo 5º, incisos II e III, da Lei nº 9.504/97⁴⁰, ou seja, se contém somente um ilícito penal ou se contém também, em seu bojo, caráter normativo administrativo-eleitoral.

É preciso compreender qual a natureza jurídica da regulamentação normativo-eleitoral da propaganda eleitoral. Se ela está amparada pelo princípio da legalidade geral ou pelo princípio da estrita legalidade ou reserva legal. Para tanto, é necessário apurar a análise do diploma legal que regulamenta a propaganda eleitoral. Como já exposto anteriormente, a legislação pertinente delimita um período permissivo para propaganda eleitoral⁴¹.

Tal norma não descreve as condutas contrárias ao direito, como ocorre com os tipos penais. Assim, no que reportar-se às regras regulamentadoras da propaganda eleitoral, referente à contrariedade normativa não penal, o princípio da estrita legalidade ou da reserva legal, segundo o qual só é lícita a conduta se fundada em expressa previsão legal. Conforme preconizado por Carvalho Filho: “Em caso de contrariedade ao princípio da reserva legal, havendo dissonância entre a conduta e a lei, deverá aquela ser corrigida para eliminar-se a ilicitude”⁴².

Quanto à extensão da norma de proibição contida no artigo 39, parágrafo 5º, incisos II e III da Lei nº 9.504/97⁴³, a conduta Boca de Urna, ao ser tipificada como crime e baseando-se no princípio de que o direito penal delimita ilícitos fundamentais, *ultima ratio* da proteção estatal, não estará repetidamente infringindo os responsáveis econômicos pela sua prática. Sendo eles os candidatos, partidos políticos e coligações.

O ilícito normativo administrativo caracterizado por propaganda irregular, por ausência da permissão legal necessária, à luz do princípio da reserva legal baseia-se no

⁴⁰ BRASIL. **Lei 9.504**. Lei das Eleições. 1997.

⁴¹ Artigo 36 da Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997: A propaganda eleitoral somente é permitida após o dia 5 de julho do ano da eleição. (BRASIL. **Lei 9.504**. Lei das Eleições. 1997).

⁴² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2016. p. 17.

⁴³ BRASIL. **Lei 9.504**. Lei das Eleições. 1997.

primado de que as normas jurídicas devem ser interpretadas como um todo sistemático e harmônico, bem como se utilizando da interpretação teleológica, trazida pelo artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil⁴⁴, com isso segue a doutrina:

A regra básica dos métodos teleológicos é de que sempre é possível atribuir-se um propósito às normas. No estudo do tema, continua o respeitado autor: [...] É como se o intérprete tentasse fazer com que o legislador fosse capaz de prever suas próprias previsões, pois as decisões dos conflitos parecem basear-se nas previsões de suas próprias consequências⁴⁵.

Entretanto, não é apenas a interpretação teleológica que vai induzir a tal aplicação. É preciso, porém, no estudo do conceito de norma jurídica, emanar um comando valorativo inserido no texto legal; comando este que se divide, basicamente, em civil, penal e administrativo.

Contudo, a par da consequência advinda da violação do comando valorativo inserido na norma jurídica seja ela civil, penal ou administrativa, vai estar o valor preconizado pela norma em questão. Valor este que denota um comando normativo a ser respeitado pelo destinatário da norma jurídica infringida. No que tange ao aspecto conceitual da ilicitude, ensina Mello (2014, p. 195) que:

No caso da ilicitude o elemento cerne do suporte fático consiste na contrariedade a direito. Para configurar a contrariedade a direito caracterizadora da ilicitude não importa a que ramo da Ciência Jurídica pertença à norma violada; não há uma diferença ontológica entre ilícito civil, penal, administrativo ou de qualquer outra espécie. A substância ontológica de todos eles, porém, é a mesma: a violação da ordem jurídica. Continua, ainda, sabidamente o autor que a contrariedade a direito na conduta ilícita é irrecusável, porque nela (conduta) se consubstancia a violação das normas jurídicas e, conseqüentemente, da ordem jurídica como um todo⁴⁶.

Aplicando-se o conceito em questão à problemática ora estudada e partindo-se, portanto, da conceituação do ilícito, a partir da conduta da propaganda de boca de urna realizada em afronta à ordem jurídica, resta à análise da sanção cabível, em face dos agentes envolvidos.

⁴⁴ Art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil: Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais do direito e às exigências do bem comum.

⁴⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 8. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 266.

⁴⁶ MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do Fato Jurídico - Plano da Existência**. 20. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. p. 195.

Observa-se que, em face do agente que deflagrou, pessoalmente, as condutas discriminadas nos incisos II e III do artigo 39, § 5º da Lei nº 9.504/97⁴⁷, recaem as consequências legais trazidas pelo tipo penal em questão.

Contudo, analisando-se a ilicitude do delito em si, a qual traduz propaganda irregular, na modalidade extemporânea, posto que praticada em época vedada pelo direito, é cabível a sanção administrativo-eleitoral pertinente, relacionada à prática de propaganda extemporânea.

Assim, ao tipificar como crime os atos descritos no artigo 39, §5º, incisos II e III da Lei nº 9.504/97⁴⁸, traz o texto legal um comando normativo que discrimina um ilícito jurídico, vedado pelo direito. E, se é vedado, logicamente, não é permitido. Via de consequência, partindo-se da conclusão supra de que, para ser lícita, a propaganda eleitoral tem de ser expressamente permitida pela legislação específica, por aplicação do princípio da reserva legal, esta só pode configurar propaganda irregular, na modalidade propaganda extemporânea, já que praticada em período e forma, vedados pelo sistema normativo eleitoral em vigor.

A efetividade das normas em análise também infirma a interpretação ora defendida. Sobre o tema, Batista (2011, p. 84) se posicionou no sentido de que:

[...] ante o quadro de notória impotência do Judiciário para atender à demanda multiplicada de jurisdição e, de outro, à também notória impotência do Direito Penal para atender aos que pretendem transformá-lo em mirífica, mas ilusória, solução de todos os males de vida em sociedade – tendo, cada vez mais, aplaudir a reserva à sanção e ao processo penal do papel de *ultima ratio* e, sempre que possível, a sua substituição por medidas civis ou administrativas, menos estigmatizantes e de aplicabilidade mais efetiva (BATISTA, 2011, p. 84).

E a punição mais efetiva, a ser proporcionada pelo aplicador do direito, assim, mais do que punir criminalmente o agente que praticou o crime em questão, é sim, coibir a sua prática, ou seja, alcançar o agente deflagrador da propaganda extemporânea que, salienta-se ser do conhecimento da grande maioria, é quem detém os recursos econômicos necessários para patrociná-la, ou seja, o candidato, partido político ou coligação, com o abuso do poder econômico e político.

⁴⁷ BRASIL. **Lei 9.504**. Lei das Eleições. 1997.

⁴⁸ BRASIL. **Lei 9.504**. Lei das Eleições. 1997.

2.3.1 Consequências da prática do abuso de poder econômico

A teoria do abuso de poder nasce no Direito Privado e foi desenvolvida, a partir da ideia de abuso de direito, que vai ocorrer sempre que o titular de um direito subjetivo o maneje de maneira anormal e egoísta com o propósito de prejudicar terceiros. O uso abusivo do direito enseja responsabilização civil do agente conforme prevê o artigo 187 do vigente Código Civil.

Na esfera do abuso do poder econômico as consequências são analisadas em três esferas do direito, constitucionais/eleitorais, penais e administrativas/civis. No campo constitucional, a principal consequência é a inelegibilidade do candidato, para a mesma eleição ou futuras, para qualquer cargo que deseje concorrer, perdurando por três anos. Em decorrência do parágrafo 9º do art. 14 da Constituição Federal⁴⁹, o Congresso Nacional votou às pressas a Lei Complementar n.º 64, de 18 de maio de 1990, dispondo sobre diversos casos de inelegibilidade. Registram-se os ensinamentos do ilustre constitucionalista Silva:

Assim, a liberdade de iniciativa econômica privada, num contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social (o fim condiciona os meios), não pode significar mais do que 'liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público, e, portanto, possibilidade de gozar das facilidades e necessidade de submeter-se às limitações postas pelo mesmo'. É legítima, enquanto exercida no interesse da justiça social⁵⁰.

A Lei Complementar supracitada inovou sobre a legislação existente, que deixava o critério da definição do abuso entregue à interpretação dos Tribunais. Uma das características do texto legal é que a inelegibilidade é personalíssima⁵¹, isto é, atinge

⁴⁹ §9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 1994).

⁵⁰ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 111.

⁵¹ "[...] Existência. Vice-prefeita. Inelegibilidade reflexa. Extensão dos efeitos ao prefeito. Não ocorrência. Omissão. Deficiência das razões. Conhecimento. Impossibilidade. 1. A inelegibilidade de natureza pessoal do vice-prefeito não alcança o chefe do Poder Executivo quando arguida após o pleito [...]. 2. Não há relação de subsidiariedade do prefeito em relação ao vice-prefeito cuja inelegibilidade se arguiu somente após as eleições. [...] NE.: Trecho do voto da relatora: 'De fato, caso se admitisse que os efeitos da inelegibilidade do vice se estendessem ao prefeito, estar-se-ia chancelando a conduta daquele que poderia ter arguido a citada inelegibilidade durante a fase de registro de candidatura, possibilitando a substituição do vice na chapa, mas não o fez visando

apenas a própria pessoa do candidato. Não alcançando a agremiação político-partidária, poderá esta substituí-lo, até por um suplente, se for o caso.

A declaração de inelegibilidade exige decisão transitada em julgado, para fazer efeito no âmbito jurídico eleitoral. A exigência do trânsito em julgado, que é salutar e está de acordo com o sistema jurídico brasileiro, no entanto, parece colidir com a necessidade de rapidez da Justiça Eleitoral, especialmente na parte recursal. Ora, a interposição de qualquer recurso, mantendo a matéria ainda *sub judice*, impede o trânsito em julgado; em consequência, a decisão não poderá ser executada, até que se esgotem todas as possibilidades de recurso, o que fica ao critério da própria parte interessada. Daí a ponderação de Sá (2005, p. 104):

Não é, aliás, qualquer excesso a esses limites que confere ao exercício do respectivo direito caráter abusivo, mas somente o excesso que seja manifesto. Que haverá, no entanto, de entender-se por excesso manifesto? O adjetivo dirá respeito a um grau ou quantidade do excesso, ou, pelo contrário, como parece mais curial, a uma sua qualidade, isto é, à natural evidência desse mesmo excesso? (SÁ, 2005, p. 104).

A decisão sobre abuso do poder econômico prolatada por um Tribunal Regional Eleitoral poderia ser executada desde logo, independentemente do trânsito em julgado do acórdão. Esta fórmula está de acordo com o duplo grau de jurisdição, e segundo os princípios do Código de Processo Civil. Não se olvide que a decisão seria sobre a matéria de prova, que não enseja recurso especial, extraordinário ou assemelhado.

De outro lado, toda sentença sobre abuso do poder econômico deveria ser necessariamente sujeita ao duplo grau de jurisdição eleitoral, para aliviar às pressões locais, que todo o juiz eleitoral conhece e repele. Nesse prisma segue:

A tese da tutela coletiva no Direito Eleitoral, assegurando legitimidade ativa às organizações coletivas para movimentarem os mecanismos legais de proteção da integridade das manifestações de vontade nos ⁵²processos eleitorais contra as irregularidades decorrentes da administração e da disputa do pleito [...] (PEREIRA, 2008, p. 09).

exatamente provocar a cassação do mandato do prefeito diplomado. [...] a inelegibilidade do vice-prefeito [...] não atinge o prefeito [...] pois a inelegibilidade por parentesco possui natureza pessoal e foi arguida pela primeira vez em RCED com objetivo de atingir o prefeito diplomado, o qual não deu causa à inelegibilidade.” (Ac. de 30.8.2012 no ED-REspe. nº 935627566, rel. Min. Nancy Andrighi).

O abuso do poder econômico está descrito no Código Eleitoral, pelos arts. 222 e 237 e a norma programática do art. 237. A redação é a seguinte: "Art. 222 - É também anulável a votação, quando viciada de falsidade, fraude, coação, uso de meios de que trata o art. 237, ou emprego de processo de propaganda ou captação de sufrágio vedado por lei". (PAULO, 2011, p. 103)

Esta anulabilidade inserida no capítulo das nulidades da votação tem causado muita dificuldade aos Juízes eleitorais. Na experiência deste autor, é extremamente difícil declarar a anulação da votação em determinado caso concreto. Ainda que existam indícios veementes de que certo candidato obteve votação expressiva em razão da influência do poder econômico, geralmente não existem provas concretas, a sustentar uma decisão judicial sobre a matéria de fato pertinente.

Ademais, adaptando-se a norma do Código Eleitoral à Lei das Inelegibilidades, em interpretação coerente, a anulação seria da votação do candidato que se beneficiou do abuso, ou no local do abuso. Mas, mesmo nesta hipótese mais simples, e ainda em eleições majoritárias, dificilmente um Juiz Eleitoral teria provas suficientes nos autos para anular a votação de um candidato vencedor com todas as consequências daí resultantes que o Código pode ensejar.

Esta legislação, portanto, embora muito bem intencionada, é praticamente destituída de qualquer força coercitiva, sendo necessária uma urgente mudança em seu texto, para que haja uma adequação da lei aos tempos atuais.

Vale ressaltar que para a caracterização do abuso de poder econômico, a jurisprudência exige dois requisitos indispensáveis: a presença de provas robustas e incontroversas acerca dos atos abusivos e a demonstração da potencialidade da conduta ilícita para influenciar e alterar o resultado do pleito, a qual deve ser perquirida em cada caso concreto. Nesse contexto:

O que o ordenamento coíbe efetivamente é o abuso do poder econômico, o seu emprego em contraposição ao sistema legal, com o fim de se obter vantagens político-eleitorais, maculando o processo eleitoral e o resultado das eleições. O abuso do poder econômico, portanto, é uma cláusula aberta, vez que a lei não detalhou quais situações são aptas a configurá-lo. Assim como quando nos referimos ao poder econômico, o uso do poder político não é coibido pela legislação eleitoral. Proibido está o seu abuso⁵³.

⁵³ LULA, Carlos Eduardo de Oliveira. **Direito Eleitoral** - Comentários às Leis Nº 9.504/97, Nº 9.096/95 e Lei Nº 64/90. Editora Imperium. 4. ed., 2014. p. 125.

Assim, como é exigido nos casos de abuso do poder econômico, na hipótese de abuso do poder político, também devem ser produzidas provas indúvidas da prática ilegal e há que se aferir a potencialidade lesiva da conduta para macular a higidez e o resultado do pleito, o que deve ser analisado em cada caso submetido à apreciação da Justiça Eleitoral. Nesse diapasão:

Abuso do poder político é o uso indevido de cargo ou função pública, com a finalidade de obter votos para determinado candidato. Sua gravidade consiste na utilização do *munus* público para influenciar o eleitorado, com desvio de finalidade (COSTA, 2016, p. 109).

O Código Eleitoral não alcança todos os incidentes do processo eleitoral. A par do poder normativo e regulamentar da Justiça Eleitoral sobressai um universo legislativo, com destaque para a Lei Complementar n.º 64/90 e para a Lei n.º 9.504/1997⁵⁴, também objeto de várias alterações pela Lei n.º 9.840/1999 e, mais recentemente, pela n.º Lei 12.034/2009.

A ideia de codificação como arcabouço normativo central e estável para solução de problemas da vida humana, alcançando a generalidade dos fatos, não obteve um resguardo no âmbito eleitoral. A experiência vem demonstrando uma contínua e crescente mudança das regras eleitorais. Com isso:

Assim, o abuso do poder econômico (uma cláusula aberta), que não possui nenhuma hipótese de subsunção, depende da configuração da potencialidade da conduta, que também é um critério aberto, subjetivo, o qual pode ser usado tanto para punir a conduta abusiva quanto para descaracterizá-la. Ou seja, a punição o abuso do poder econômico continua a depender sobremaneira do subjetivismo do julgador, que, de acordo com critério pessoal, julgará se determinada conduta teve ou não potencialidade em interferir no resultado da disputa.⁵⁵ (PIRES, Márcio Rodrigo Kaio Carvalho. Manifestação do abuso do poder econômico nos pleitos eleitorais brasileiros. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2415, 10 fev. 2010. (PIRES, 2010)

Conquanto formalmente observada a regra inscrita no art. 16 da Constituição da República⁵⁶, segundo a qual a lei que altera o processo eleitoral não alcança a eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência, vem sendo violada a estabilidade da

⁵⁴ BRASIL. **Lei 9.504**. Lei das Eleições. 1997.

⁵⁵ PIRES, Márcio Rodrigo Kaio Carvalho. Manifestação do abuso do poder econômico nos pleitos eleitorais brasileiros. **Revista Jus Navigandi**. ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2415, 10 fev. 2010.

⁵⁶ Art. 16. A lei que alterar o processo eleitoral só entrará em vigor um ano após sua promulgação (BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988).

ordem jurídica, surpreendendo eleitores e candidatos e proporcionando uma indesejável sensação de instabilidade e casuísmos. Vivências e uma onda de reformas da reforma, em vez de uma adequação e atualização do Código Eleitoral.

A busca por um processo eleitoral mais justo e consentâneo com a vontade popular demanda aprimoramento da ordem jurídica, ampliando-se, sobretudo, o rol dos legitimados das ações e os mecanismos de controle e fiscalização.

3 NOVO CÓDIGO PENAL, PROJETO DE LEI DO SENADO nº 236, de 2012

O homem para que possa viver em uma sociedade, é fundamental a existência de leis, normas, para ajustar a convivência entre os cidadãos, tendo como finalidade a preservação de seus direitos pelo bem da coletividade, formulando-as conforme necessidades da própria sociedade.

O Código Penal brasileiro é um conjunto de normas, que determinam as condutas descritas como crimes e infrações. No entanto, existem leis esparsas que também trazem conceitos de crimes, infrações, contravenções penais de menor potencial ofensivo, bem como outras condutas humanas tipificadas.

A primeira codificação no direito brasileiro ocorreu com o Código Criminal do Império (1830), para revogar a “carnífica tortura” das do Livro V das Ordenações Filipinas impostas pelo reino de Portugal. A Constituição Imperial (24.03.1824) ordenou que se organizasse “o quanto antes um código civil e criminal fundado nas sólidas bases de justiça e equidade” (art. 179, § 18). Surgiu, então, o Código Criminal, promulgado em 16 de dezembro de 1830.⁵⁷

No ano de 1940, vale ressaltar, há 76 anos atrás, o Código Penal vigente entrou em vigor. Código este, feito com a formulação de conceitos históricos, culturais, e também pelas características da sociedade, avaliadas conforme suas necessidades. Como diz o ilustríssimo autor Norberto Bobbio:

Os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem – [...] – ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para as suas indigências [...]⁵⁸.

Ocorre que as necessidades da sociedade de hoje mudou muito em relação a década de 40; logo, foi necessário que o Código Penal ao longo dos anos, sofresse modificações com o propósito de modernizá-lo e torná-lo mais coerente com as características sociais.

⁵⁷ Para um levantamento acerca da legislação dos períodos colonial e imperial, vide: DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**- Parte Geral, 4. ed., rev. atual.e ampl. com a colaboração de Alexandre Knopfholz e Gustavo Britta Scandelari. São Paulo: RT, 2012. p. 264-275.

⁵⁸ BOBBIO, Norberto Bobbio. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho – Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 25.

O ordenamento jurídico tem o dever de manter uma consonância com a sociedade, devendo se atualizar, mudar, conforme o desenvolvimento de seu povo, mas ainda há muitas deficiências. Essa é a lúcida conclusão de Lorenzetti, ao afirmar que:

A ideia de ordenar a sociedade ficou sem efeito a partir da perda do prestígio das visões totalizadoras; o Direito Civil se apresenta antes como estrutura defensiva do cidadão e de coletividades do que como 'ordem social'. [...] A explosão do Código produziu um fracionamento da ordem jurídica, semelhante ao sistema planetário. Criaram-se microssistemas jurídicos que, da mesma forma como os planetas, giram com autonomia própria, sua vida é independente; o Código é como o sol, ilumina-os, colabora com suas vidas, mas já não pode incidir diretamente sobre eles. Pode-se também referir a famosa imagem empregada por Wittgenstein aplicada ao Direito, segundo a qual, o Código é o centro antigo da cidade, a que se acrescentaram novos subúrbios, com seus próprios centros e características de bairro. Poucos são os que se visitam uns aos outros; vai-se ao centro de quando em quando para contemplar as relíquias históricas⁵⁹.

Essas adequações são de extrema importância, a exemplo disso constam, no Código Penal, crimes descritos que praticamente não ocorrem mais, ou até mesmo ocorrem, porém de forma diferente. Ainda por outro lado, existem condutas que prejudicam terceiros que deveriam ser tipificadas como crimes e que ainda não são. Conforme assegurou Dalmo de Abreu Dallari: "O primeiro passo para se chegar à plena proteção dos direitos é informar e conscientizar as pessoas sobre a existência de seus direitos e a necessidade e possibilidade de defendê-los"⁶⁰.

Dessa forma, é vista como positiva e necessária a reforma no Código Penal Brasileiro, em função das novas condutas que a sociedade brasileira vem acompanhando ultimamente e que somente com o tempo o ordenamento jurídico passa a conhecer.

Temos sérias e importantes mudanças sociais, a exemplo das novas tecnologias e outras condutas sociais aceitas ao longo do tempo, e para que haja harmonia e confiança no Poder Judiciário é imprescindível que as leis de uma sociedade atendam seus anseios da melhor forma possível. A respeito disso temos a posição de Luís Greco: "Formulo, assim, um apelo à comissão de juristas que cuida da

⁵⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Arte de Fazer Justiça**, A: A Intimidade dos Casos Mais Difíceis da Corte Suprema da Argentina. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.:

⁶⁰ Dalmo de Abreu Dallari, Direito humanos e cidadania, p. 69.

reforma de nosso Código. Incluam uma redução drástica das penas cominadas entre as finalidades mais urgentes a serem alcançadas por uma reforma⁶¹.

Observa-se que existe um caráter nitidamente repressivo expresso no Código Penal. Ele descreve quais as condutas humanas que são consideradas crimes, bem como as sanções a serem aplicadas a cada uma delas. Sabe-se que determinadas condutas são crimes e cometendo-as pode haver punições. Ademais o Código Penal tem o intuito de reprimir práticas criminosas assim, esse fator repressivo chega a ser indispensável para que se possa manter a ordem. Mas, também para que isso ocorra, o ordenamento jurídico precisa estar em conformidade com as novas condutas puníveis⁶².

Com isso, buscando um Sistema Penal melhor e de atualização do Código Penal, uma comissão de juristas trabalhou na formulação da Reforma do Código Penal que está em tramitação desde julho de 2012 no Senado. O Projeto do Novo Código Penal, conhecido por PLS 236/2012, na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania aguardando a designação do relator.

3.1 DA ANÁLISE ACERCA DA TEORIA DO DIREITO PENAL MÍNIMO

A vida em sociedade exige um complexo de normas disciplinadoras para que se estabeleçam regras vistas como indispensáveis ao convívio entre os indivíduos que a compõem. A esse conjunto de regras surge o direito positivo, devendo ser seguido por todos os indivíduos do grupo social.

A expressão *Direito Penal*, porém, designa também o sistema de interpretação da legislação penal, ou seja, a Ciência do Direito Penal, conjunto de conhecimentos e princípios ordenados metodicamente, de modo que torne possível a elucidação do

⁶¹ GRECO, Luís. **Quanto vale a vida de um brasileiro?** Um apelo à comissão de reforma do Código Penal. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

⁶² HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la Criminología y al Derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989. p. 226.

conteúdo das normas e dos institutos em que eles se agrupam, com vistas em sua aplicação aos casos ocorrentes, segundo critérios rigorosos de justiça.⁶³

Durante a evolução das normas penais é possível verificar um crescimento significativo. Um deles diz respeito à aplicação das penas e até mesmo à retirada de algumas do ordenamento jurídico. Nota-se que no decorrer do desenvolvimento da sociedade humana houve uma redução dos meios punitivos, bem como da intervenção estatal em determinados casos, apesar de ocorrer o crescimento claramente veloz de leis que tipificam novos tipos penais incriminadores.

Partindo dessa visão, o conhecido princípio da intervenção mínima chamado por Rogério Greco de "coração do Direito Penal"⁶⁴, trata de proteger os bens jurídicos mais importantes que encontram-se na sociedade e deixando a cargo dos outros ramos situações que possuem um menor relevo.

Ademais o princípio da intervenção mínima do Estado é missão fundamental do direito penal. Visa pontuar que o Estado só deve criar tipos penais e instituir penas efetivamente necessárias à proteção dos bens ou interesses jurídicos relevantes, destinando-se tanto ao legislador, quanto ao aplicador da Lei. Enrique Cury sabiamente diz que:

O Direito Penal é secundário ou subsidiário, porque a pena somente deve ser aplicada quando o ataque ao bem jurídico não pode sancionar-se de maneira apropriada através dos meios de protegê-los de que dispõem os outros ramos do ordenamento jurídico. A pena é, pois, um recurso de ultima ratio. O mesmo se deve dizer das medidas de segurança e correção. Este caráter secundário ou subsidiário do Direito Penal é uma consequência das tendências político-criminais do presente, inspiradas no princípio da humanidade.⁶⁵

Mesmo nos dias atuais, não é possível encontrar no ordenamento jurídico vigente uma previsão legal a respeito da teoria do direito penal mínimo, ela vem se expandindo graças aos juristas que defendem sua adequação entre a conduta e a ofensa ao bem jurídico tutelado.

⁶³ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 1-2; GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 1980. p. 9.

⁶⁴ GRECO, Luís. **Quanto vale a vida de um brasileiro?** Um apelo à comissão de reforma do Código Penal. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 25.

⁶⁵ URZUA, Enrique Cury. **Derecho penal: parte general**. Imprenta: Santiago de Chile, Ed. Juridica de Chile, Descripción Física: 2v. 1982. p. 54-55.

Deve haver a intervenção do Direito Penal somente quando a lesão ao bem jurídico assim recomendar e os demais ramos do direito não possam reparar. Ademais, o minimalismo penal busca evitar excesso na aplicação do Direito Penal, fazendo uma reflexão na expressão “não se abatem pardais disparando canhões”.

Merece destaque a posição do doutrinador Paulo Queiroz, que faz a seguinte afirmação:

Dizer que a intervenção do Direito Penal é mínima significa dizer que o Direito Penal deve ser a 'ultima ratio, limitando e orientando o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta somente se justifica se constituir um meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. O Direito Penal somente deve atuar quando os demais ramos do Direito forem insuficientes para proteger os bens jurídicos em conflito.⁶⁶

Dessa forma, os doutrinadores apoiam este entendimento em diversas garantias constitucionais e princípios básicos do direito. Pois eles são a base de um estado democrático de direito. Muitos doutrinadores apontam a Magna Carta Inglesa de 1215 como fonte do princípio da legalidade. Seu art. 39 dizia:

Nenhum homem livre será detido, nem preso, nem despojado de sua propriedade, de suas liberdades ou livre usos, nem posto fora da lei, nem exilado, nem perturbado de maneira alguma; e, não poderemos, nem faremos pôr a mão sobre ele, a não ser em virtude de mii júizo legal de seus pares e segundo as leis do País.

Nesse contexto é que se deve trabalhar a política criminal, buscando reduzir a aplicabilidade do direito penal, bem como enaltecer sua base principiológica impondo suas normas, garantindo a aplicação dos princípios constitucionais. Sobre o tema, o aresto emanado do Pretório Excelso:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL E PENAL. CRIME MILITAR. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. RECONHECIMENTO NA INSTÂNCIA CASTRENSE. POSSIBILIDADE. DIREITO PENAL. ULTIMA RATIO. CONDUTA MANIFESTAMENTE ATÍPICA. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. ORDEM CONCEDIDA. CRIME MILITAR

1. A existência de um Estado Democrático de Direito passa, necessariamente, por uma busca constante de um direito penal mínimo, fragmentário, subsidiário, capaz de intervir apenas e tão-somente naquelas situações em que outros ramos do direito não foram aptos a propiciar a pacificação social.

⁶⁶ QUEIROZ, Paulo. **Sobre a Função do Juiz Criminal na Vigência de um Direito Penal Simbólico**. IBCcrim, n. 74, 1999.

2. O fato típico, primeiro elemento estruturador do crime, não se aperfeiçoa com uma tipicidade meramente formal, consubstanciada na perfeita correspondência entre o fato e a norma, sendo imprescindível a constatação de que ocorrera lesão significativa ao bem jurídico penalmente protegido. [...] (HC 107638 PE , Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 13/09/2011, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-187 DIVULG 28-09-2011 PUBLIC 29-09-2011).

Vale ressaltar que não se trata de defender a exclusão da tipicidade nos casos em que outros ramos devam legislar, vez que tal exclusão ocorre quando a aplicação de um outro princípio, o da insignificância. O direito penal continua em evolução, para acompanhar as constantes mudanças da sociedade e esse crescimento que deve aplicar uma política criminal proclama a necessidade de ponderações que torne a persecução mais razoável.

Ora, temos como um dos princípios do direito penal o princípio da intervenção mínima logo, o ordenamento penal não gira em torno somente do princípio da intervenção mínima, existem vários outros postulados que trabalham o mesmo pensamento. Como por exemplo o princípio da proporcionalidade, quem tem como finalidade, sempre que possível, orientar a punição estatal, estabelecendo limites na atuação estatal⁶⁷.

Também cabe ressaltar a importância da adoção do direito penal mínimo no combate à criminalidade, tendo em vista a atual criação de meios ressocializadores mais efetivos aos agentes que ingressam na prisão, como a aplicação de penas alternativas, dentre tantos outros exemplos⁶⁸.

A título de exemplo, podemos citar a Lei 12.403/11 (denominada Lei das Medidas Cautelares), cuja legislação penal é a que busca claramente um direito penal minimalista, trazendo para a sociedade moderna inovações significativas que ajudam a seara processual penal, corroborando com a excepcionalidade da prisão provisória, que antes era tão banalizada. As palavras de Alberto Silva Franco (1996, p. 185) ilustram sabiamente:

O Direito penal Mínimo é, sem nenhuma margem de dúvida, a correta representação do Direito Penal de um Estado Democrático de Direito, laico, pluralista, respeitador do direito à diferença, em suma, de um modelo político social que tenha o ser humano - e sua dignidade - como centro fulcral da organização estatal.

⁶⁷ NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva. 2002. p. 80.

⁶⁸ NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva. 2002.p. 85.

A Constituição Federal de 1988 em seu art. art. 5º, XLVII, “e” proíbe penas cruéis, no entanto é sabido por todos que atual realidade do sistema prisional Brasileiro se resume em falta de infraestrutura e o total descaso dos nossos governantes, contribuindo de forma significativa para a transformação das penitenciárias brasileiras em verdadeiras "escolas do crime". Logo, não há concordância com o descrito na Carta magna e a teoria do direito penal mínimo observa isso⁶⁹.

Decisivamente é visível que o atual sistema deixa de lado uma das mais importantes finalidades das penas aplicadas pelo direito penal, não existe um meio de ressocialização. O que existe é uma verdadeira “instigação ao crime” dentro dessas prisões. Com isso, a teoria vai realçar que, para que haja aplicação dessas medidas ao infrator, deve ser feita uma análise com muita prudência. Devendo-se avaliar a real necessidade de tal censura. Nessa diapasão temos a lição de Callegari:

Haja vista que o Direito Penal lida com o bem jurídico liberdade, um dos mais importantes dentre todos, nada mais lógico do que esse ramo do Direito obrigar-se a dispor das máximas garantias individuais. E mais, conhecendo o nosso sistema carcerário, fica claro que só formalmente a atuação do Direito Penal restringe-se à privação da liberdade. Na prática, a sua ação vai mais além, afetando, muitíssimas vezes, outros

bens jurídicos de extrema importância, como a vida, a integridade física e a liberdade sexual, verbi gratia; uma vez que no atual sistema prisional são freqüentes as ocorrências de homicídios, atentados violentos ao pudor, agressões e diversos outros crimes entre os que ali convivem.⁷⁰

Pelo que se depreende, a finalidade da regulação por outros ramos do direito quando há condutas com grau de insignificância é justamente para evitar que o Poder Judiciário fique abarrotado de processo e não consiga, em tempo hábil, tratar de situações em que seria indispensável a sua tipificação, abrindo possibilidade para que ocorram prescrições em crimes, com um maior grau de lesividade, gerando mais insegurança jurídica na sociedade.

Calharia, nesse contexto, menção às palavras de Eduardo Novoa Monreal, a qual parece bem se assentar às situações discutidas acima:

⁶⁹ PRADO, Luiz Régis. Responsabilidade Penal da pessoa jurídica: o modelo francês. **Boletim do IBCCrim** 46.

⁷⁰ CALLEGARI, André Luiz. O Princípio da Intervenção Mínima no Direito Penal. **IBCCrim** nº 70, 1998, p. 478.).

É o Direito Penal o ramo jurídico em que, de modo ostensivo, se pode advertir uma aplicação classista da lei. Para verifica-lo, basta indagar a que classe pertence aos réus condenados, em particular aqueles aos quais foram aplicadas penas mais graves, e examinar o grande número de atentados, de grande envergadura, que perpetraram banqueiros, empresários, especuladores e agiotas e membros das máfias de prostituição, das drogas e do jogo de azar, que não estão tipificados penalmente ou que são seguidos de sentença penal condenatória.⁷¹

Desta feita, o ordenamento jurídico, como um todo, tem a função de proteger os bens jurídicos. De outra banda, é papel do Direito Penal se responsabilizar apenas por uma porcentagem dessa proteção o que ainda assim, deve ser feito em *ultima ratio*. Ora, se assim o é, somente poderá punir condutas que transcendam a pessoa do agente e que atinja efetivamente o direito de um terceiro.

Para Rogério Greco, "[...] a tarefa de selecionar os bens parte, primeiramente, da sua valoração de acordo com uma concepção minimalista, na qual somente aqueles realmente importantes poderão merecer a proteção do Direito Penal."

Diante disso, fica fundamentado o motivo pelo qual os defensores de um direito penal mínimo deixaram de invocar o mesmo, diante de condutas comprovadamente danosas e que não seja possível a sua reparação pelos outros ramos do ordenamento jurídico, devendo obedecer a ordem constitucional vigente.

3.1.1 Minimalismo como “meio” e como “fim”

Em linhas anteriores, houve diversas discussões a respeito da forte relação que o Direito Penal Mínimo exerce sobre o combate à criminalidade. Em virtude dos princípios constitucionais que se tem como base, combatendo o crime e efetivando a punição daqueles considerados relevantes à paz em sociedade.

Os modelos minimalistas estão às voltas com a limitação da violência punitiva e com a máxima contração do sistema penal, mas também com a construção alternativa dos problemas sociais (ANDRADE, 2006).

⁷¹ MONREAL, Eduardo Nova. **O Direito como Obstáculo à Transformação social**. Porto Alegre: Fabris, 1988. p.121.

O minimalismo-meio afirma ainda mais a questão da deslegitimidade do sistema penal, destacando os contextos dos modelos trazidos pelos autores Alessandro Baratta e Raul Zaffaroni:

- O modelo de Baratta é contextual e aberto e se estrutura sobre a razão abolicionista e o minimalismo como tática a médio e curto prazo. Esclarece o próprio Baratta, já na passagem da década de 1970 para a década de 1980, sua posição substantivamente abolicionista: “O princípio cardeal do modelo de uma política criminal alternativa não é a criminalização alternativa, mas a descriminalização, a mais rigorosa redução possível do sistema penal.”⁷²
- É importante ressaltar que o abolicionismo não se volta apenas contra a prisão, mas sim, contra o sistema penal como um todo, entendido como o conjunto de saberes que legitimam o uso da repressão estatal nos moldes hoje positivados na maioria dos países ocidentais. Conforme bem explica Zaffaroni (2014, p. 89):

O abolicionismo nega a legitimidade do sistema penal tal como atua na realidade social contemporânea e, como princípio geral, nega a legitimação de qualquer outro sistema penal que se possa imaginar no futuro como alternativa a modelos formais e abstratos de solução de conflitos, postulando a abolição radical dos sistemas penais e a solução dos conflitos por instâncias ou mecanismos informais.

O modelo de Zaffaroni, denominado “Realismo Marginal Latino-americano” foi inclusive, enunciado de seu clássico “Em Busca das Penas Perdidas” em resposta e em homenagem latino-americana ao clássico “Penas Perdidas”, de Louk Hulsman. O autor ainda afirma:

Em nossa opinião, o direito penal mínimo é, de maneira inquestionável, uma proposta a ser apoiada por todos os que deslegitimam o sistema penal, não como meta insuperável e, sim, como passagem ou trânsito para o abolicionismo, por mais inalcançável que este hoje pareça; ou seja, como um momento do ‘unfinished’ de Mathiesen e não como um objetivo ‘fechado’ ou ‘aberto’. O sistema penal parece estar deslegitimado, tanto em termos empíricos, quanto preceptivos, uma vez que não vemos obstáculos à concepção de uma estrutura social na qual seja desnecessário o sistema punitivo abstrato e formal, tal como o demonstra a experiência histórica e antropológica.⁷³

⁷² BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Editora Revan, 2002.

⁷³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Tradução por Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

Noutro giro, o garantismo, conhecido também como minimalismo-fim, tem o autor Luigi Ferrajoli como referência dessa corrente, diante do exposto no seu clássico “Direito e Razão”. Ele vai dizer que há uma deslegitimação do sistema penal, mas acredita que ele possa ser relegitimado, ou seja, um direito penal mínimo para uma sociedade futura⁷⁴.

Dessa forma, o minimalismo-fim trata de maneira incontestável a ideologia penal, não oferecendo legitimidade aos sistemas penais contemporâneos e propondo uma alternativa mínima que considera como “mal necessário”.

Ademais, opondo-se ao abolicionismo penal, Ferrajoli ainda aduz que a supressão do sistema punitivo conduziria a uma espécie de anarquia punitiva regida pela “lei do mais forte”, bem como ensejaria a emergência de mecanismos de controle social das condutas humanas extremamente lesivos às liberdades individuais. Ao invés de ressaltar tão somente os custos do sistema punitivo, o autor destaca também os custos relacionados aos problemas decorrentes da sua abolição.⁷⁵

Ainda no que concerne a sua referenciabilidade, o defensor do minimalismo-fim, entende que a pena, além da prevenção de delitos, também tem por função evitar os castigos excessivos e/ou arbitrários que seriam impostos ao réu na sua ausência. Nesse sentido, a prevenção de novos delitos corresponde à tutela da maioria não desviada, ao passo que a prevenção de penas excessivas corresponde à tutela da minoria desviada em face do arbítrio punitivo que contra ela se manifestaria – a partir da vingança do ofendido ou de forças sociais ou institucionais a ele solidárias.

Dessa forma, Ferrajoli recorre a um segundo parâmetro utilitário da pena, que, além de proporcionar o máximo de bem-estar possível aos não desviados, também tem por função proporcionar o mínimo mal-estar necessário aos desviados ou seja, para além dos interesses da sociedade, também se volta a pena à defesa dos interesses do réu, uma vez que ela não se presta somente para prevenir a prática de delitos, mas também para evitar punições arbitrárias e/ou injustas.⁷⁶

⁷⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale*. Roma: Laterza. 1989.

⁷⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Vários Tradutores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

⁷⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Vários Tradutores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

O Direito Penal mínimo de Ferrajoli centra-se nos custos potenciais de uma anarquia punitiva, sustentando que o Direito penal mínimo estaria legitimado pela necessidade de proteger, a um só tempo, as garantias dos “desviantes” e “não desviantes” (ANDRADE, 2006).

No campo da prática, no entanto, abolicionismos e minimalismos oferecem ferramentas de trabalho preciosíssimas para ser apropriadas cotidianamente, na prática do sistema, em todos os níveis, e na militância societária, para conter violência e proteger direitos humanos, aqui e agora, relativamente a todas as ações e decisões do sistema, mas também para avançar (ANDRADE, 2006).

A evidência das circunstâncias apontadas, deixa claro que devem ser privilegiadas as intervenções da ciência que estuda as causas das coisas: a base, causa, origem, motivo, razão, fundamento e não somente sintomatológicas do delito, através de políticas sociais que, vão gerar condições para que se promova uma integração social e conseqüentemente desenvolvendo condições para cessar os processos de degradação e de marginalização do ser humano. Criando assim, um programa de justiça social.

3.2 A BOCA DE URNA À LUZ DO DIREITO PENAL MÍNIMO

Seguindo a ideia de minimalismo penal, o direito penal deve ser utilizado apenas em *ultima ratio* para proteger os bens jurídicos mais importantes. Com isso, surge a indagação se deveria a conduta denominada boca de urna ser, de fato, tutelada pelo direito penal, ou outros ramos do direito seriam, por si só, capazes de coibir e de punir aos que infringirem a regra do sistema eleitoral sem a intervenção do direito penal que é denominado soldado de reserva dos ramos jurídicos, o último recurso a ser utilizado, apenas se deficiente os demais ramos.

Em recente julgamento no TRE/SC, discutiu-se a necessidade de intervenção do direito penal à conduta de boca de urna. Preliminarmente, registre-se que a incidência do delito do artigo 39, § 5º, II, da Lei n. 9.504/97 pressupõe o aliciamento, a coação ou a manifestação com o objetivo de influir na vontade do eleitor – arregimentação, a liberdade de voto. Um breve pedido de voto não deve ser considerado como uma conduta que, de fato, ofenda o bem jurídico tutelado.

No mesmo sentido, a mera conduta de distribuir folhetos não ofende o bem jurídico protegido pela lei, devendo ser considerada uma conduta atípica para fins penais. Quanto à aplicação do princípio da intervenção mínima às condutas de “arregimentação de eleitor”, segue trecho do referido julgado:

[...] Por força dos princípios da fragmentariedade e da intervenção mínima (subsidiariedade) do Direito Penal, as condutas do art. 39, § 5º, II, da Lei 9.504/97 devem, preferencialmente, ser objeto de outras esferas do Direito, mais adequadas ao seu tratamento, o que não inibe a atuação da Justiça Eleitoral, dos órgãos de segurança pública e do próprio eleitor. [...] TRE-SC, Acórdão n. 32.449, petição n. 433-19.2016.6.24.0017 – notícia-crime – 17ª Zona eleitoral, Jaraguá do Sul, Rel. Min. SANTOS, Helio David Vieira Figueira dos, julgado em 26-04-2017.

E mais, a fragmentariedade do Direito Penal é corolário do princípio da intervenção mínima e da reserva legal, como destaca Eduardo Medeiros Cavalcanti:

O significado do princípio constitucional da intervenção mínima ressalta o caráter fragmentário do Direito Penal. Ora, este ramo da ciência jurídica protege tão somente valores imprescindíveis para a sociedade. Não pode utilizar o Direito Penal como instrumento de tutela de todos os bens jurídicos. E nesse âmbito, surge a necessidade de se encontrar limites ao legislador penal.⁷⁷

O caráter fragmentário do Direito Penal segundo Munoz Conde deve ser observado em três aspectos:

Em primeiro lugar, defendendo o bem jurídico somente contra ataques de especial gravidade, exigindo determinadas intenções e tendências, excluindo a punibilidade da prática imprudente de alguns casos; em segundo lugar tipificando somente parte das condutas que outros ramos do direito consideram antijurídicas e, finalmente, deixando em princípio, sem punir ações meramente imorais, como a homossexualidade ou a mentira.

Nesse contexto nem todas as lesões ao bem jurídico são protegidas pelo Direito Penal, há uma limitação para que ocorra o castigo somente nas ações mais graves, praticadas contra os bens jurídicos com maior relevância, fazendo uma tutela seletiva ao bem jurídico.

⁷⁷ CAVALCANTI, Eduardo Medeiros. **Crime e sociedade complexa**. Campinas: Ed. LZN, 2005, p. 302.

3.2.1 Do grau de lesividade da conduta tida como ilícita

O princípio da legalidade trata de impor limites ao ordenamento jurídico, no entanto não há impedimento para que o Estado, observando a reserva legal, desenvolva e aplique tipos penais perversos e sanções degradantes. Por isso deve haver limitação ao arbítrio que o sistema oferece ao legislador.

Efetivamente, um dos princípios que vem ganhando força não apenas na doutrina, como também na jurisprudência, é o princípio da insignificância ou princípio da bagatela. Nele, o Direito Penal não deve se preocupar com condutas incapazes de lesar o bem jurídico. Nessa linha segue o autor, Arruda Júnior:

Sendo crime uma ofensa a um interesse dirigido a um bem jurídico relevante preocupa-se a doutrina em estabelecer um princípio para excluir do direito penal certas lesões insignificantes. Claus Roxin propôs o chamado princípio da insignificância, que permite na maioria dos tipos excluir, em princípio, os danos de pouca importância.

Este princípio, certamente, encontra-se fundamento jurídico no conceito de tipicidade, a qual, por certo, devem ser analisados sob dois aspectos: a tipicidade formal e a tipicidade material. Conforme expõe o autor Julio Mirabete:

A excludente de tipicidade (do injusto) pelo princípio da insignificância (ou da bagatela), que a doutrina e a jurisprudência vêm admitindo, não está inserida na lei brasileira mas é aceita por analogia, ou interpretação interativa, desde que não *contra legem*. Não há como confundir por exemplo, pequeno valor da coisa subtraída com valor insignificante ou ínfimo; no primeiro caso há somente um abrandamento da pena, no segundo há exclusão de tipicidade. Somente uma quantidade de maconha totalmente inexpressiva, incapaz inclusive de permitir "o prazer de fumar", poderá ter o condão de tornar atípica a ação de seu portador.

Ademais, o TSE já assentou que

Nem toda manifestação político-eleitoral, na data da eleição, é vedada pelo art. 39, § 5º, da Lei nº 9.504/97, o qual, por tratar de crime, deve ser interpretado estritamente" e que "a simples declaração indireta de voto, desprovida de qualquer forma de convencimento, de pressão ou de tentativa de persuasão, não constitui crime eleitoral", pois "o bem jurídico tutelado pela norma é o livre exercício do voto.

Nesse diapasão, no que concerne ao grau de lesividade aos crimes eleitorais, não demonstrando a conduta de arregimentar eleitores necessariamente ilícita, uma vez que não é qualquer conduta que possa ofender o bem jurídico tutelado pela norma, forçoso reconhecer a incidência do princípio da lesividade. Segundo a doutrina de Luiz Flávio Gomes:

De modo geral, distingue-se a criminalidade de bagatela, dentre outras com as seguintes características: escassa reprovabilidade, ofensa a bem jurídico de menor relevância, habitualidade, maior incidência nos crimes contra o patrimônio e no trânsito, além de uma característica de natureza político-criminal, qual seja, a da dispensabilidade da pena do ponto de vista da prevenção geral, se não mesmo sua inconveniência do ponto de vista da prevenção especial.

De sorte, galgando para o direito eleitoral, mesmo que seja um crime de mera conduta, pressupõe efetiva tentativa de sugestão eleitoral, com abordagem e argumentação. Dessa forma, embora o fato seja típico e antijurídico a conduta pode deixar de ser considerada criminosa, vez que o mero pedido de voto não se reveste de gravidade, não lesionando o ordenamento jurídico.

Necessário se faz, a análise do reconhecimento do princípio da insignificância. Devendo ser feito unicamente pelo nível ínfimo da lesão sofrida, ou seja, pelo desvalor do resultado. Consequentemente devem ser analisadas se as circunstâncias judiciais, como a culpabilidade do agente, antecedentes, conduta social, personalidade, motivos do crime, consequências, circunstâncias, são favoráveis.

4 A “DES”LEGITIMIDADE DO DIREITO PENAL NO CRIME ELEITORAL DE BOCA DE URNA

Como se viu ao longo do presente trabalho, o ordenamento jurídico como um todo, passa por diversas mudanças, em especial o direito penal. Diante da evolução moderna houve o surgimento de diversas condutas antes não tipificada e outras que deixaram de ser tipificada pelo sistema penal.

Na senda evolutiva dos fatos sociais, o sistema jurídico – referimo-nos, à vista desta terminologia, ao direito positivo, acompanhado da doutrina e da jurisprudência – vem paulatinamente acolhendo novas ordens de direito, afastando-se, assim, de uma concepção obsoleta a qual, denotando uma espécie de monocultura jurídica, reconhecia como tais apenas àqueles bens ou interesses suscetíveis de apropriação ou invocação individual (LUCIANO FELDENS, 2002, p.27).

O fato que contraria a norma de Direito ofendendo ou pondo em perigo um bem alheio ou a própria existência da sociedade é como já visto um ilícito jurídico, que pode ter consequências meramente civis ou possibilitar a aplicação de sanções penais.

Nessa perspectiva, quando essas sanções civis se mostrem insuficientes para coibir a prática de ilícitos jurídicos graves, que atingem não apenas interesses individuais, mas também bem jurídico relevante, em condutas profundamente lesivas à vida social. Arma-se o Estado, então, contra os respectivos autores desses fatos, cominando e aplicando sanções severas por meio de um conjunto de normas jurídicas que constituem o Direito Penal. (LUCIANO FELDENS, 2002, p.2). Seguindo essa linha de raciocínio, prossegue Luciano Feldens, em tom conclusivo:

Ainda que por um lado se repila veementemente a ideia de um Direito Penal a funcionar como instrumento, mesmo que auxiliar, na realização (perspectiva positiva) de políticas públicas sociais, ao veraz argumento de que os outros instrumentos mais apropriados e menos invasivos, se protejam a tal finalidade, por outro lado, deposita-se nessa disciplina jurídica, hialina e inegavelmente, a missão de coibir (perspectiva negativa) aquelas condutas que revelem hipótese de dano – ou mesmo ameaça a sua ocorrência – a bens ou interesses que se mostram vitais a sociedade como tal.

Pode-se dizer, assim, que o fim do Direito Penal é a proteção da sociedade e, mais precisamente a defesa dos bens jurídicos fundamentais. Observando-se, contudo

que alguns desses bens jurídicos não são tutelados penalmente quando, a critério do legislador, não é relevantemente antissocial à ação que o lesou, ou seja, não é acentuado o desvalor da conduta do autor da lesão.⁷⁸

Apesar da inegável evolução nos últimos anos, a impunidade, infelizmente, ainda é a regra nos crimes que envolvem o setor público. A sociedade brasileira há muito vive conformada com a prática desses crimes.

Ademais, acredita-se na inevitabilidade da impunidade produzida por um sistema de sancionamento hoje, enferrujado e, cada vez menos, de acordo com a complexibilidade das relações sociais e de seus desvios.

Alguns juristas, especialmente o alemão Winfrid Hassemer e o brasileiro Miguel Reale Júnior, mostram que esta criminalidade, tão moderna quanto difusa, exige de todos os estudiosos do direito penal profunda reflexão, visto que os instrumentos clássicos desta disciplina do direito dão sinais de esgotamento e impotência para inibir práticas criminosas lesivas a bens jurídicos titularizados por imensos agrupamentos sociais.

Hoje, apesar de todas as evoluções, quase sempre a mera preocupação é definir crime e identificar o agente. Com isso, a consciência jurídica se tranquiliza, e em nível meramente formal se faz a adequação crime/pena.

Desconsiderando portanto que a sanção criminal diferente da sanção civil, não é meramente reparatória. Não se confunde também com a sanção administrativa, de cunho e explicação disciplinar. Veja que, a sanção penal conjuga-se ao interesse da sociedade.

Nessa perspectiva, Dyrceu Aguiar Dias Cintra Júnior assume posição crítica em relação ao discurso jurídico que procura erigir o Direito Penal como instrumento para que se trave uma verdadeira guerra contra os criminosos, reforçando a intervenção estatal sobre as classes pobres, a partir de um viés exclusivamente repressivo, em que não têm lugar medidas de promoção da dignidade humana. Assevera o autor que:

[...] as leis de natureza penal, hoje em dia, parecem veicular uma perigosa assertiva que tomou conta dos ensandecidos que, equivocadamente, vêem no Direito Penal a solução de todas as mazelas, ou quase todas: é preciso passar por cima das garantias

⁷⁸ NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. V. 1.

constitucionais, ignorar a ética e os ditames da consciência jurídica democrática no combate sem trégua ao crime, que atormenta a sociedade. Captando equivocada legitimidade através da dramatização da violência – cujo conceito é reduzido ideologicamente a não parecer mais que a criminalidade comum – os grupos interessados em mais repressão se organizam em torno da idéia de que a paz e a segurança do cidadão dependem de desprezar os direitos fundamentais garantidos, como se eles não fossem de todos os homens, mas, apenas dos 'bandidos'.⁷⁹

Assim, pretende-se salientar que a infração penal e a respectiva pena têm, como pressuposto, respectivamente, a necessidade e realizar o interesse público; de um lado, que não haja delitos; de outro, a sanção corresponder também ao interesse social.

Considerando especificamente o tema ora estudado, o Direito Eleitoral tenha vários tipos criminais, não conta com uma teoria própria de crime, tampouco detém um arcabouço de regras gerais e princípios que permitam dar concretude a tais tipos. Por isso, o próprio Código Eleitoral prescreve em seu art. 287: “Aplicam-se aos fatos incriminados nesta lei as regras gerais do Código Penal.”⁸⁰

Na verdade, o Direito Penal doa ao Eleitoral toda a teoria do crime, além dos institutos versados na Parte Geral do Código Penal, tais como lugar e tempo do delito, consumação e tentativa, pena e sua aplicação, concurso de pessoas, concurso de crimes, concurso de normas penais, sursis e extinção da pretensão punitiva estatal.

É relevante notar que, a propaganda mediante panfletagem da qual destaca-se nesse presente trabalho, conforme o disposto no art. 39, § 5, inciso II, da LE, veda a distribuição de propaganda eleitoral mediante panfletos, durante o dia em que ocorre a eleição. Caso ocorra a propaganda de boca de urna pode resultar em seis meses a um ano de detenção, com alternativa de prestação de serviços à comunidade pelo mesmo período, e multa que pode variar de R\$ 5.320,50 a R\$ 15.961,50.

Como bem expõe o autor Tavares, que o Direito Penal não tem como único e exclusivo objetivo a proteção de bens jurídicos, devendo, também, traçar

⁷⁹ CINTRA JÚNIOR, Dyrceu Aguiar. Justiça e Democracia. In: **Revista da Associação de Juízes para a Democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais n. 2. jul./dez. 2006, p. 26.

⁸⁰ GOMES, Luiz Flávio (Org.). **Código Penal**, Código Processo Penal, Legislação Penal e Processual Penal, Constituição Federal. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

nitidamente: “[...] os contornos das zonas do lícito e do ilícito, do proibido e do permitido, no sentido de só justificar a intervenção do Estado sobre a liberdade da pessoa humana, em casos de extrema e demonstrada necessidade [...].”

Sob esse foco de análise, e como premissa do raciocínio a ser desenvolvido, alguns crimes que hoje são descritos no rol de crimes eleitorais, o direito penal não deve possuir legitimidade, vez que diante do seu baixo grau de lesividade outros ramos do direito têm total competência para aplicar sanções que lhe convém.

Ademais, efetivamente a sistematização do direito penal seria mais célere, resultando em uma maior eficácia na sanção e aplicação de medidas cabíveis em crimes que realmente merecem ser tutelados por esse ramo sancionador do ordenamento jurídico.

Ressalta-se aqui, mais uma vez, o direito penal mínimo, trazendo nas palavras do renomado Francisco de Assis Toledo:

De acordo com a concepção gradualista do delito, o ilícito penal é uma estrutura quantificável. É justamente essa possibilidade de graduação do injusto (especialmente da ofensividade ao bem jurídico) a que permite distinguir o ataque penalmente relevante (merecedor e necessitado de sanção) do que não chega a assumir essa magnitude em razão da escassa ofensividade, é dizer, de se trata de um “ataque mínimo”, nímio, que determina a atipicidade da conduta, na virtude do critério de insignificância.⁸¹

Há que se reconhecer, destarte, que é justamente a graduação qualitativa e quantitativa do injusto penal que permite que o fato penalmente insignificante seja excluído do âmbito de incidência do tipo legal. Mas isso não significa que esse fato seja um indiferente, senão que merece tratamento na esfera do Direito Civil ou administrativo. (ASSIS, 1991, p.134)

Outro aspecto fundamental, trata o autor Cintra Júnior:

Diante da análise do fenômeno criminal, é comum que as autoridades públicas, com o ímpeto de combater a violência urbana, atribuam ao Direito Penal posição protagonista para a resolução do crime. Desatendem, dessa forma, a violência como elemento produtor e reproduzidor da própria violência, cuja discussão a respeito seria infértil se delegasse ao Direito Penal a disposição para a

pacificação social, quando, na verdade, essa seara do conhecimento jurídico não pode contribuir senão acessoriamente.⁸²

Ainda que muito brevemente, saliente-se a falta de uma clara definição politico-criminal em relação às condutas com um grau baixo de potencial ofensivo, as decisões legislativas nos últimos anos, continuam ambíguas: conta com momentos despenalizadores, mas também, com medidas exclusivamente processuais.⁸³

Reconhecida essa ampla discussão, foi inclusive, objeto tratado na criação da reforma em busca de um novo Código Penal, com a finalidade cumprir corretamente a função coercitiva e diminuir a impunidade, Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012 para substituir o diploma criado a mais de 76 anos.

O projeto aponta a exclusão do crime eleitoral ora discutido da legislação penal, porém, nada impede que continue se tratando de um ilícito, mas agora, sendo sancionado por outro ramo do direito. O que se pretende, não é como já citado, a exclusão da tipicidade, e sim, a correta e eficaz aplicação do disposto na lei. (Greco, Rogério, p. 76)

O crime de boca de urna não deve ter como base de sanção o código penal. A legislação deve ser respeitada, pois em determinadas situações a própria lei não condiz com a justiça, deixando de respeitar a integridade e bem como a dignidade do cidadão.

No Estado Democrático de Direito, a incorporação dos valores conhecidos como direitos fundamentais, são as garantias formais dos limites da intervenção do Estado na vida do cidadão.

Daí a importância da análise da relação do Direito Penal com outros ramos das ciências jurídicas. O sistema jurídico é formado de elementos que se completam, sem contradições, o Direito Penal, como uma das partes desse todo, tem íntima correlação com os demais ramos das ciências jurídicas.

⁸² CINTRA Júnior, Dyrceu Aguiar. Justiça e Democracia. **Revista da Associação de Juizes para a Democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais. n. 2. jul./dez. 2006. p. 26

⁸³ GRINOVER, Ada Pellegrini et alii, **Juizados especiais criminais**, 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 1999.

4.1 MISSÃO ÉTICO-SOCIAL DO DIREITO PENAL

Há uma abordagem que se pretende idealizar acerca da missão do Direito Penal: dois elementos figuram como essenciais, presentes à estrutura preventivo-retributiva que caracteriza essa disciplina jurídica. São eles: a ação (humana) e o resultado. (LUCIANO FELDENS, 2002, 39). Seguindo essa linha de raciocínio, já anunciava Hans Welzel:

Que toda ação humana, direcionada que esteja para o bem ou para o mal, estará por essa razão mesma, sujeita a dois aspectos valorativos distintos, a saber: pode ser considerada a luz do resultado que venha a produzir (valor de resultado ou valor material), bem como, independentemente do alcance desse resultado, pela própria ação em si (valor da ação).

À guisa de exemplo, o autor alemão discorre sobre o que aponta como um dos valores humanos mais elementares: o trabalho. De fato, sua significação pode ser apreciada, de um lado, pelo produto material que gera (valor do resultado); de outro lado cabe considerar que o trabalho possui, independentemente de ter sido a obra concluída, uma significação positiva na experiência humana (valor da ação). O mesmo poder-se-ia dizer em relação ao que é negativo: uma ação dirigida a um resultado reprovável também é valorativamente reprovável, independentemente da consecção desse resultado (desvalor da ação). (HANS Welzel, p. 1-2, 1993)

Toda lesão aos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal acarreta um resultado indesejado, que é valorado negativamente, afinal foi ofendido um interesse relevante para a coletividade. Isso não significa, porém, que a ação causadora da ofensa seja, necessariamente, em si mesma sempre censurável. Sobre o tema, o ilustríssimo Capez Fernando afirma em sua doutrina:

Ao ressaltar a visão puramente pragmática, privilegiadora do resultado, despreocupada em buscar a justa reprovação da conduta, o Direito Penal assume o papel de mero difusor do medo e da coerção, deixando de preservar os valores básicos necessários à coexistência pacífica entre os integrantes da sociedade política. A visão pretensamente utilitária do direito rompe os compromissos éticos assumidos com os cidadãos, tomando-os rivais e acarretando,

com isso, ao contrário do que possa parecer, ineficácia no combate ao crime.⁸⁴

Por essa razão, o desvalor material do resultado só pode ser coibido na medida em que evidenciado o desvalor da ação. Estabelece-se um compromisso de lealdade entre o Estado e o cidadão, pelo qual as regras são cumpridas não apenas por coerção, mas pelo compromisso ético-social que se estabelece, mediante a vigência de valores como o respeito à vida alheia, à saúde, à liberdade, à propriedade etc.(Eduardo Friker, 1951, p. 12).

Percebe-se que, é a partir da definição de bem jurídico – em torno da qual não há unanimidade – que é possível estabelecer quais são os instrumentos jurídico-penais idôneos e qual o seu espaço de atuação e intervenção.

Ademais, somente de se exigir a obediência dos cidadãos aos ditames do Direito, mas sim, de colocar a natureza instrumental do Direito Penal a serviço da convivência humana, através da proteção de valores fundamentais da ordem social, ou seja, a proteção de bens jurídicos. Bens jurídicos são bens vitais, fundamentais, para o indivíduo e para a comunidade, que ao serem tutelados pelo Direito Penal adquirem a condição de bens jurídicos. (CEREZO, 2004, p. 14)

Segundo essa perspectiva, a função do Direito Penal – como instrumento de controle formalizado – encontra legitimidade na medida em que sua atuação visa a referida proteção, através de um conjunto normativo seguro, prévio, previsível e controlável, que sempre deve objetivar a redução de danos em relação a inocentes.(LUIZ Regis, 2008, p. 59)

Como aponta Silva Sánchez, a atribuição dessa função ao Direito Penal prejudica, inclusive, o surgimento de uma ética civil. Como se isso não bastasse, os processos de descriminalização poderiam conduzir a equívocos, onde o que não tem relevância penal poderia ser considerado ética e moralmente aceitável, só porque não é punido com uma pena.

Para Garcia-Pablos, a função ético-social não é nada além do que uma manifestação da função promocional, que alguns autores atribuem, sem fundamento algum, ao Direito Penal. Sem fundamento porque o Direito Penal não é responsável

⁸⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Volume 4: Legislação Penal Especial. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

pelo desenvolvimento social e nem tampouco o baluarte moral da sociedade. Ainda que uma melhora nos níveis éticos da sociedade seja necessária e que ela possa conduzir a uma redução significativa nas taxas de criminalidade, não corresponde ao Direito Penal tal missão. (PABLO Garcia, 1995, p. 54).

Dessa feita, a missão central do Direito Penal residiria, na visão de Hans Welzel, proteger valores elementares da vida em comunidade. E em assumindo essa postura protetiva, lança-se o Direito Penal a compatibilizar seus fins ao desejado dever constitucional de valores fundamentais, no que se coloca, essa disciplina jurídica, a selar o seu compromisso com o Estado Democrático de Direito.

4.1.10 caráter fragmentário e a subsidiariedade do Direito Penal: (re)consideração ante a criminalidade e a sociedade contemporânea

Com base no raciocínio desenvolvido nesse trabalho, o Direito Penal contemporâneo, respeitando seu caráter assumidamente fragmentário, preocupa-se em positivas aqueles bens jurídicos que realmente merecem proteção, salvaguardando-os frente a determinados ataques, teoricamente os mais graves, que lhe venham a ser praticados. (JUAREZ, p. 15)

Há que se reconhecer que essas considerações vão envolver outra característica peculiar ao Direito Penal liberal, identificado com a sua relação de subsidiariedade em face de outras esferas da ciência jurídica, a traduzir a necessidade de lançarmos mão do instrumental jurídico-penal como a *ultima ratio*, afastando a sua incidência quando aludida proteção social revele-se passível de ser competentemente conquistada por outros meios que lhe sejam menos lesivos.⁸⁵

Observa-se que princípios da fragmentariedade e subsidiariedade são complementares e por muitas vezes até se confundem ou se somam aos preceitos do princípio da intervenção mínima, no entanto ambos tem a finalidade de frisar a importância do Direito Penal atuar somente com seu poder sancionador, quando o bem lesado for extremamente relevante para a sociedade e não for capaz outro

⁸⁵ ROXIN, Claus. **Derecho penal** – Parte Geral, 2 ed. Alemã. Madrid: Civitas, 1997.

ramo do direito de prestar a devida tutela jurídica a fim de defendê-lo. Sobre o tema faz jus a termos a lição de Claus Roxin, o qual menciona que:

[...] o direito penal é de natureza subsidiária. Ou seja: somente se podem punir as lesões de bens jurídicos e as contravenções contra fins de assistência social, se tal for indispensável para uma vida em comum ordenada. Onde bastem os meios do direito civil ou direito público, o direito penal deve retirar-se.⁸⁶

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Vico Mañas complementa que “[...] a subsidiariedade do direito penal, por seu turno, resulta de sua consideração como “remédio sancionador extremo”, que, portanto, só deve ser ministrado quando outros se revelem insuficientes”. (MAÑAS, 1994, p. 57 – 58).

A título de mera explicitação, vale um adendo sobre o princípio da secularização do direito, ver entre os autores nacionais, Salo de Carvalho:

O princípio da secularização foi incorporado em nossa realidade na Constituição Federal de 1988 sob o signo dos princípios da inviolabilidade e do respeito a vida privada; do resguardo da liberdade de manifestação de pensamento; da liberdade da consciência de crença religiosa; da liberdade da convicção filosófica ou política; e da garantia de livre manifestação do pensar.

Conforme é demonstrado, o princípio da subsidiariedade do direito penal está atrelado ao fato de ser o sancionamento criminal a medida extrema, o último recurso a ser utilizado a fim de garantir os direitos das pessoas frente às agressões significativas que as mesmas possam vir a sofrer, isso desde que não seja evidenciada a competência de outro meio no ordenamento jurídico capaz de satisfazer tal anseio social de proteção, o que na sociedade atual, é bem difícil.

Desta forma, não basta haver uma conduta ilícita para que incida a reprimenda estatal, vez que a conduta ilícita pode ser regulada por outro ramo da ciência jurídica. Essa conduta, para ser regulada, deve ofender de forma significativa o bem jurídico tutelado, sendo que neste ponto a subsidiariedade dá ensejo à aplicação do princípio da insignificância. Tal observação é trazida novamente por Mañas, o qual menciona que:

⁸⁶ ROXIN, Claus. **Derecho penal** – Parte Geral, 2 ed. Alemã. Madrid: Civitas, 1986, p. 28.

A tendência é hoje reduzir ao máximo a área de incidência do direito penal, reconhecendo-se o seu caráter subsidiário. Com efeito, não mais se questiona que os autores de lesões a bens jurídicos só podem ser submetidos à pena quando isto seja absolutamente necessário para a ordenada vida em sociedade. A incriminação só se justifica quando estiver em jogo um bem ou um valor social importante, não podendo alcançar fatos que se situem exclusivamente na ordem moral, nem situações que, embora ilícitas, não atinjam significativamente a ordem externa. (1994, p. 23).

Por essa razão a punição de uma infração insignificante poderia ser considerada nula, por vulnerar a cláusula de proibição do excesso. Na lição de Maria da Conceição Ferreira da Cunha, para que se estabeleça uma relação de proporcionalidade:

Dever-se-á tomar em consideração não só o grau de importância do valor a tutela, como as consequências sociais da sua lesão – para o que terá relevância a forma de lesão – e ainda a culpa do agente e particulares circunstâncias do caso. Todos estes factores deverão influir quer no grau de antecipação da tutela, quer nas formas de lesão a penalizar, quer na escolha e medida da pena.⁸⁷

Seguindo o raciocínio da autora, vale ressaltar o princípio da proporcionalidade, vez que deve existir uma proporcionalidade ente o bem jurídico que foi atingido pela imposição da pena e pelo bem juridicamente tutelado. Ora, deve ser afastada qualquer desproporcionalidade. Segue nesse sentido a jurista Suzana Toledo de Barros:

Deve afastar qualquer desproporcionalidade em quaisquer de suas manifestações: quer quando verificado o excesso na imposição de uma sanção, quer quando diagnosticada a – eventual – ineficácia de sua incidência, situação esta passível de verificação, em tempos atuais, quando da eleição de determinadas modalidades de sanção penal cominadas a criminalidade econômica, haja vista não cumprirem coma finalidade protetiva requerida pela norma, edificada no desiderato de estabelecer uma proteção a direitos fundamentais, especialmente aqueles relacionáveis á dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito. Em situações que tais, onde verifica a carência de tutela penal, poderíamos estar diante daquilo que Hassemer cognominou – em contraponto à proibição do excesso – a exigir do legislador – como também do juiz – uma mais efetiva proteção penal de bens jurídicos fundamentais, o principio da proporcionalidade decorre do Estado de Direito, ou do Estado Democrático de Direito, ou da ideia mesma de direitos fundamentais.

⁸⁷ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e Crime: Uma perspectiva da Criminalização e da Descriminalização**. Porto: Universidade Catolica Portuguesa, 1995.

Em que pese o entendimento abordado, feita uma análise sobre o tema ora discutido, é inegável a importância de realizar uma (re)análise devido as transformações sociais que a sociedade contemporânea tem vivenciado. Como trata Jeffrey Robinson:

Enquanto vivermos num mundo onde uma filosofia de soberania do século XVII é reforçada por um modelo judiciário do século XVIII, defendido por um conceito de combate ao crime do século XIX que ainda está tentando chegar a um acordo com a tecnologia do século XX, o século XXI pertencerá aos criminosos transnacionais.

Observa-se que o que se pretende não é a eliminação da tutela penal, e sim o seu desenvolvimento, sua adequação devido ao fenômeno da globalização, bem como a alta complexidade da sociedade contemporânea.

Nessa perspectiva podemos trazer um adendo sobre os sujeitos da globalização; que se configuram como sujeitos com capacidade de dominação, determinada pela força econômica da nova ordem mundial. Essa configuração dos sujeitos com capacidade de resistência caracteriza a etapa atual do direito, pois sua crise simboliza a impotência total do direito e a carência de Justiça como características da atual ordem mundial. (PATRICIA, 2008, P.21)

De fato, há hoje um abuso do poder econômico, muitos ilícitos cometidos por essa classe não são punidos pelo Estado. Mas o foco da intervenção mínima não engloba esses delitos. O que se pretende é justamente, folgar o judiciário atualmente abarrotado com crimes de menor grau de lesividade, para que ele se torne mais célere e possa dar mais atenção aos crimes com alto grau de complexidade.

4.2 DA CRISE DE LEGITIMIDADE DO DIREITO PENAL NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

A crise do direito penal não é um problema recente e há uma busca para encontrar meios para uma re-legitimação do direito penal ou até mesmo outros meios de controle social que possam ser mais eficazes. Isso porque o direito penal e a pena não conseguem oferecer determinadas respostas ao fenômeno da criminalidade⁸⁸.

O direito penal, como um todo, sofre alguns questionamentos e tem gerado incertezas, convencendo a chamar isso de “crise do direito penal”. Essa crise ocorreu por diversos fatores e esse não é um problema recente, pois, há muito tempo, discutem-se questões voltadas à legitimidade e à eficácia do sistema penal, fazendo surgir uma busca por medidas mais eficazes.

Hodiernamente, o direito penal baseado na criminologia do ato é questionado quanto a sua legitimidade e muitas são as correntes que questionam e que buscam a deslegitimação desse direito, tendo, todas elas, o fundamento de que o direito penal é ineficaz no combate e na prevenção da criminalidade.⁸⁹ Muitas vezes o que existe é a criminalização seletiva, tendo o sistema penal selecionado e punido os indivíduos que pertencem a determinadas classes.⁹⁰

A crise da legitimidade do direito penal juntamente com a seletividade do sistema penal, que somente aponta para as classes menos favorecidas, faz surgir em toda sociedade um sentimento de impunidade e de descrença na Justiça Penal.⁹¹ Sendo assim, a sensação é de que o Direito Penal não tem sua eficácia consolidada, tendo em vista que, grande parte da sociedade entende que não há punição para determinados crimes e para determinadas pessoas.

⁸⁸ SOUZA, Fábio Rogério França. A crise do Direito Penal – Análise crítica à luz da corrente abolicionista. **Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA**. Ano II, vol. II, 1997.

⁸⁹ REIS, Sérgio Liberato de Matos. **A crise da legitimidade do direito penal e a perspectiva definatorial do delito**. Salvador: 2009.

⁹⁰ REIS, Sérgio Liberato de Matos. **A crise da legitimidade do direito penal e a perspectiva definatorial do delito**. Salvador: 2009.

⁹¹ SOUZA, Fábio Rogério França. A crise do Direito Penal – Análise crítica à luz da corrente abolicionista. **Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA**. Ano II, vol. II, 1997.

Esse questionamento quanto a legitimidade do direito penal na sociedade contemporânea e a seletividade penal, também gera reflexos no crime de boca de urna, tendo em vista que esse é um crime tipificado no Código Penal, mas que não possui uma eficácia quanto a sua punição, sendo questionado, portanto, sua legitimidade.

Há o posicionamento do abolicionismo que defende o fim do sistema penal, por considerar o direito penal como prejudicial, mas há o posicionamento do minimalismo, que busca pela redução do direito penal, sendo usando, apenas, quando for necessário e como sendo, sempre, a última solução dos conflitos⁹².

Ocorre que, não é dessa forma que haverá uma mudança no sistema penal, mas o que deve ocorrer é uma mudança lenta, buscando uma solução mais razoável de acordo com casos concretos.

4.2.1 Do ilícito civil e ilícito administrativo

Por ilícito se considera a conduta humana que contraria uma determinada norma, sendo destarte, passível de sanção, implicada pelo mesmo sistema normativo. Ministra Hans Kelsen que:

A ação ou omissão determinada pela ordem jurídica, que forma a condição ou o pressuposto de um ato de coerção estatuído pela mesma ordem jurídica, representa o fato designado como ilícito ou delito, e o ato de coação estatuído como sua consequência representa a consequência do ilícito ou sanção. Somente pelo fato de uma ação ou omissão determinada pela ordem jurídica ser feita pressuposto de um ato de coerção estatuído pela mesma ordem jurídica, é que ela é qualificada como ilícito ou delito.

O ilícito não é uma figura peculiar de uma determinada categoria jurídica, pertencendo seu conceito genérico à teoria geral do direito, podendo, esse conceito, ser relacionado ao direito penal, ao direito administrativo, ao direito civil, bem como a outros direitos. O que há, sempre, de comum nos ilícitos é que existe um fato que ocasiona um dano gerando responsabilidades e sanções (JÚNIOR, 1973, p.17).

⁹² REIS, Sérgio Liberato de Matos. **A crise da legitimidade do direito penal e a perspectiva definitorial do delito**. Salvador: 2009

Nota-se, portanto, que a figura do ilícito não é específico de uma área, mas pode ser relacionado à diversas áreas, sendo que em cada ramo do direito vai gerar determinadas consequências e sanções.

O ilícito civil configura-se como o fato antijurídico, danoso, imputável, cometido com intenção de atingir um terceiro e que gera uma responsabilidade civil ou patrimonial, ou seja, é qualquer ato feito pelo ser humano que causa dano a outrem e que gera a obrigação de indenizar (JÚNIOR, 1973, p. 18).

Por outro lado, o ilícito administrativo configura-se como uma infração a um dispositivo estatutário que empenha uma responsabilidade administrativa que tem como principal objeto a aplicação de penas, mas não penas relacionadas ao direito penal, tendo em vista que não são aplicadas pelo Estado com a intenção de obter justiça, mas sim aplicadas como uma forma de exercer o poder administrativo. Sendo assim, o ilícito administrativo consiste no ato imputado ao agente administrativo em virtude de uma infração que estava expressa em algum dispositivo estatutário (JÚNIOR, 1973, p. 19).

4.2.2 Dependência, autonomia e especificidade do Direito Penal

Inexoravelmente quando se faz uma contextualização do sistema jurídico, o Direito Penal esboça perante os demais ramos do Direito, um quadro plurifacetado. Relativamente ao Direito Constitucional, assume inegável caráter de dependência, análoga, aliás, ao de qualquer outro ramo do Direito ordinário. (JORGE, 1992, P.1003-104)

No âmbito dessa autonomia, assume o Direito Penal as características mesmas que lhe são desenhadas pela ordem jurídica global, as quais, ladeadas, lhe propiciam um clarividente grau de especificidade.

Ora, o direito penal, de caráter fragmentário, impõe-se de forma independente e autônoma, quando as sanções impostas pelas regras do direito administrativo ou civil não são suficientes para se alcançarem os fins sociais colimados. Nesse sentido, Sánchez assevera que:

Do mesmo modo que os outros ramos do ordenamento jurídico, este apresenta atualmente algumas mudanças por causa do fenômeno da globalização que conduz a uma expansão. E esta é mais evidente no âmbito punitivo nos últimos anos. Isso porque esse direito penal é abertamente punitivista e muitas vezes puramente simbólico.

Nesse tom, reporta a vista de uma estrutura formal da norma incriminadora aos preceitos primários e secundários da lei penal, os quais, atribuindo-lhe vida põem-se a retratar, respectivamente, os ora denominados planos da conduta e da sanção penal. (LUCIANO, 2002, P.48)

Logo, tratando de Direito Penal sancionador, vê-se operada em dois momentos sucessivos: primeiramente nas eleições das categorias jurídicas merecedoras de sua proteção, a formar o preceito primário de norma penal mediante a descrição da conduta incriminada; ao depois, e a consubstanciar o preceito secundário da norma penal, na eleição das penas, as quais funcionaram como corolário impositivo da prática dessas condutas atentatórias aquele núcleo essencial. (LUCIANO, 2002, P.49)

O que se pretende é definir o bem da vida será tutelado pela norma penal e em segundo lugar a resposta estatal a ser oferecida em face da sanção, quando houver um ataque delituoso.

Dessa sorte, bem jurídico e sanção estruturam o germe que atribui a existência a essa categoria normativa à lei penal incriminadora. Como tais, não se imunizam a uma rediscussão em torno de seus conteúdos e sentidos, notadamente em face da nova ordem constitucional, instituidora do Estado Democrático de Direito.

De fato, constatada a intrínseca relação que abarca o Direito Penal, o homem e a sociedade, bem jurídico e sanção penal são temas que inegavelmente se qualificam a um debate que se revela imperioso. Tudo a fim de que se lhes possa agregar um componente material, de matriz democrático, que se faça ditado por uma ordem de valores sociais constitucionalmente albergados, conferindo-se, assim, maior legitimidade a essa disciplina jurídica. (MÁCIA, 1992, P. 103)

Seja como for, esse enfoque sob certo aspecto eletivo, fragmentário, que se destaca o Direito Penal em relação a outros ramos da ciência jurídica – no sentido da eleição das condutas que se habilitam a conformá-lo, remetendo-se ao direito com noção de bem jurídico, observando sob a perspectiva do Direito Penal, a construção teórica

desse instituto e seu relevante papel na diagramação dos valores a serem penalmente albergados mediante a construção de tipos penais incriminadores.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através da pesquisa desenvolvida, observou-se que a sociedade contemporânea vem se desenvolvendo com extrema velocidade, conseqüentemente o ordenamento jurídico precisa de alguma forma tentar, pelo menos, a sequênciã desse desenvolvimento para que possa [ele mesmo] gerir de forma justa.

O Código Penal de 1940, ainda em utilização, demanda reforma, porém sistemática e global. As reformas devem ser bem elaboradas, com o compromisso de construir uma estrutura coerente e eficiente, de modo a atender os reclamos da sociedade tanto pela segurança pública quanto pela correta e adequada aplicação de penas, inclusive as alternativas.

Dessa forma, restou claro a real necessidade de mudanças no Código Penal vigente, vez que ele não sobre alterações a mais de 40 anos, sendo assim, há condutas inovadoras, consideradas ilícitas que não estão sendo tuteladas pelo Direito Penal, bem como com o desenvolvimento dos demais ramos do ordenamento jurídico.

O bem jurídico é elemento essencial para a identificação e composição da necessidade da intervenção do Direito Penal nos conflitos sociais pelo qual se destacaram no desenvolvimento desse trabalho funções instrumentais e simbólicas do Direito Penal ao princípio da insignificância e do relacionamento entre o bem jurídico e política criminal.

Nesse cenário, foi demonstrado que devido a evolução positiva dos demais ramos do ordenamento jurídico, é possível que diante disso, haja uma deslegitimação do Direito Penal em alguns casos, para que essa conduta, ilícita, seja tratada por outro ramo da ciência jurídica.

Ademais, o presente trabalho tratou também do Direito Penal Mínimo é uma vertente que propugna pela redução ao máximo da esfera de atuação do controle penal institucionalizado. Por isso importante a necessidade de limitar ou, se possível, eliminar o arbítrio do legislador.

Deixando claro, que o que se busca não é com a tutela penal mínima não é a impunidade mas sim, evitar a aplicação desnecessária e degradante do direito penal, considerado o mais repressivo contido no ordenamento jurídico. Constatou-se que o Direito Penal não constitui um sistema exaustivo de proteção de bens jurídicos.

As mudanças dos valores sociais e políticos no Brasil, associadas ao ciclo de mudança bienal na composição do Tribunais eleitorais, tornam o Direito Eleitoral brasileiro o ramo da ciência jurídica de maior instabilidade quanto a previsão das decisões judiciais, a certeza e à segurança jurídica.

Acrescenta-se, ainda, que o poder judiciário eleitoral avança exatamente a proporção que o legislativo se mantém omissivo, definindo situações que consolidam a democracia brasileira e aumentando sua responsabilidade na concretização da evolução da aplicação constitucional, cujo objetivo é conferir ao sistema uma mínima estabilidade institucional.

Assim, o objetivo desse trabalho foi buscar uma explicação para demonstrar que diante dessa intensa linha de lacunas, que o Direito Penal, por se tratar de um direito sancionador, seja mais direcionado para as questões que realmente exijam sua atuação.

O trabalho explicou também que diante das inúmeras situações criadas no decorrer dos processos eleitorais, com foco no crime eleitoral de propaganda de boca de urna, compreendem peculiaridades menos complexas que os demais, devendo ser sancionadas por outro ramo do direito a fim de se alcançar soluções efetivas.

É possível reconhecer "boca de urna" em ações como propaganda eleitoral que envolva uso de alto-falantes e amplificadores de som, bem como comícios, carreatas ou distribuir material de propaganda política.

O descumprimento das regras pode levar o infrator a ser punido com detenção de seis meses a um ano, havendo a alternativa de prestação de serviços à comunidade pelo mesmo período, além de pagamento de multa.

Observou-se que o Estado assume uma posição lenta nas respostas às ofensas à Constituição, não concorre para a plena efetivação dos valores e princípios constitucionais, visto que a ele, enquanto o Direito Penal assumir o valor central de todos os atos que conflitam o disposto no ordenamento, é a posição correta.

Tem-se, assim, que diante de um levantamento realizado através de pesquisas de decisões judiciais a respeito da penalização do crime eleitoral de propaganda de boca de urna, a aplicação de sanções que atualmente já são aplicadas por outros ramos do ordenamento, bem como não atua de maneira a ressocializar o agente.

Restou claro, a importância da investigação e o estudo dos crimes eleitorais, em especial, o crime de boca de urna, tendo em vista que, consistindo a democracia na expressão maior da liberdade de um povo, as infrações penais cometidas nessa seara, é considerado um atentado aos ideais mais sagrados de representatividade popular.

Dessa forma, diante da relevância da preservação da democracia e considerando as especificidades próprias da Justiça Eleitoral, deve o Direito Penal, continuar sancionando as condutas que confrontem tais normas, desde que haja uma lesão ao bem jurídico com um grau de expressividade tamanha, que os outros ramos não sejam capazes de sancionar a altura.

A identificação do bem jurídico tutelado, em se tratando de crimes eleitorais, bem como a classificação desses delitos, é uma incumbência árdua mas muito importante.

Percebeu-se que os crimes eleitorais compreendem todas as violações as normas que disciplinam as diversas fases e operações eleitorais, resguardando valores ínsitos à liberdade do exercício do direito de sufrágio e autenticidade do processo eleitoral em relação aos quais a lei prevê sanções de natureza penal. Sanções estas, que devem ser valoradas para que sua aplicação de maneira agressiva, como as do direito penal, não passem por cima dos direitos fundamentais, por isso a importância da avaliação do grau de lesividade da conduta.

O alto grau de imprevisibilidade das decisões judiciais que atendem crimes eleitorais contribuíram para estimular o objetivo desse trabalho, a ausência de previsibilidade

das decisões judiciais é o escudo protetor contra as constantes mutações de práticas ilícitas que desafiam o fortalecimento do Estado.

Não obstante isso, um outro ponto pesquisado foi que ao tratar o Direito Penal como um sistema exaustivo, gera um enorme acúmulo de ações judiciais sem solução, pelo fato de a atividade policial cada vez mais se preocupar com crimes de menor importância, em detrimento de infrações de maior potencial ofensivo. Desenvolvendo na sociedade um sentimento de uma justiça diferente para cada classe econômica.

É notório e sabido por todos, que os crimes que possuem o maior grau de lesividade, são praticados por agentes com um alto poder aquisitivo, e são os mais difíceis de serem punidos. O fato do Direito Penal não seguir o seu *ultima ratio*, vai aumentar cada vez mais isso. Enquanto os outros ramos atuam sancionando os ilícitos com um grau de lesividade baixo, o Direito Penal vai passar a ser mais célere e poder punir os crimes mais complexos que possuem alto grau de lesividade.

Os princípios constitucionais penais tem como função, orientar o legislador ordinário para adoção de um sistema de controle penal voltado para os direitos humanos, individuais e fundamentais embasado em um Direito Penal mínimo e garantista.

A pena e o Estado estão intimamente ligados, para uma melhor compreensão da sanção penal, o presente trabalho, então, trouxe uma análise, levando em consideração o modelo socioeconômico e a forma de Estado em que se desenvolve esse sistema sancionador.

Convém registrar que a uma concepção de Estado corresponde uma de pena, e a esta, uma de culpabilidade. A utilização que o Estado faz do Direito Penal, utilizando a pena para proteger determinados bens jurídicos considerando uma organização socioeconômica específica.

É extremamente importante nessa orientação teórica, que se perceba que o Direito Penal deve ser visto como um meio a mais de controle social. O Direito Penal, ao contrário dos outros ramos do ordenamento jurídico, é caracterizado pela sua formalização.

A pena, como afirma o autor Hassemer, como forma de castigar ou sancionar formalmente, submete-se a determinados pressupostos e limitações, aos quais não se subordinam às demais sanções.

A pena deve manter-se dentro dos limites do Direito Penal do fato e da proporcionalidade, e somente pode ser imposta, através de um procedimento, cercada de todas as garantias jurídico-constitucionais.

Para que ocorra uma mudança na sociedade contemporânea, o Estado deve investir com força total em políticas criminais que possuam o objetivo de prevenção da criminalidade. Foram apontadas algumas propostas para tentar solucionar o problema da criminalidade crescente como a deslegitimidade do Direito Penal em algumas situações e a tutela de sanções por outros ramos do direito, bem como a modificação da forma em que os operadores analisam os processos, bem como, aumentando-se e controlando-se os investimentos públicos a serem feitos nas unidades prisionais, para que de fato ocorra uma ressocialização.

Em síntese, a proposta é a de dar uma visão global a respeito da aplicação do Direito Penal, com ênfase no crime eleitoral de boca de urna, com digressão de ordem teórica e prática, envolvendo, especialmente, os temas que mais causam questionamento nessa seara, bem como aqueles que necessitam de alterações legislativas.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Editora Revan, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Editora Renovar, 2005. p. 264.

BOBBIO, Norberto Bobbio. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho – Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 25.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988.

_____. **Lei 12.403**. 2011.

_____. **9.504**. Lei das Eleições. 1997.

_____. **Lei complementar nº 64**, de 18.5.1990. Lei das Inelegibilidades.

_____. **Lei nº 11.313** - Palácio do Planalto.

_____. **Lei Nº 4.737**, de 15 de julho de 1965. Código Eleitoral. 1965.

_____. **Lei nº 6.091**, de 15.8.1974. Lei do Transporte e Alimentação de Eleitores.

CALLEGARI, André Luiz. O Princípio da Intervenção Mínima no Direito Penal. **IBCcrim** nº 70, 1998, p. 478.).

CÂNDIDO, Joel José. **Direito eleitoral brasileiro**. 15. ed. Revista atualizada e ampliada, São Paulo: Editora EDIPRO, 2012, p. 25.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Volume 4: Legislação Penal Especial. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2016.

CASTRO, Edson de Resende. **Teoria e Prática do direito eleitoral**, 5. ed. Ver, atual, Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CAVALCANTI, Eduardo Medeiros. **Crime e sociedade complexa**. Campinas: Ed. LZN, 2005, p. 302.

CINTRA JÚNIOR, Dyrceu Aguiar. Justiça e Democracia. In: **Revista da Associação de Juízes para a Democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais n. 2. jul./dez. 2006.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e Crime: Uma perspectiva da Criminalização e da Descriminalização**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal- Parte Geral**, 4. ed., rev. atual.e ampl. com a colaboração de Alexandre Knopfholz e Gustavo Britta Scandelari. São Paulo: RT, 2012. p. 264-275.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Vários Tradutores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. Diritto e Ragione. **Teoria del garantismo penale**. Roma: Laterza. 1989.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 8. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 266.

GOMES, Luiz Flávio (Org.). **Código Penal**, Código Processo Penal, Legislação Penal e Processual Penal, Constituição Federal. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice; DAHER, Flávio. **Curso de Direito Penal**. V. 1. Parte Geral. (Arts. 1º a 120), 2. ed. Salvador: Juspodivm. 2015. p. 72.

GRECO, Luís. **Quanto vale a vida de um brasileiro? Um apelo à comissão de reforma do Código Penal**. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal - Parte Geral - Vol. I** - 18. ed. São Paulo: Ed. Impetus. 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini et alii, **Juizados especiais criminais**, 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 1999.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la Criminología y al Derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989. p. 226.

JUSBRASIL. **CJ 14403013 PR**. 1440301-3 (Acórdão).

_____. **Respe nº 15.732/MA**, Rel. Min. José Eduardo Rangel de Alckmin, DJ de 7.5.1999.

LISZT, Franz Von. **Tratado de direito penal alemão**. Tomo I. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: Editora Briguiet, 1899.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Arte de Fazer Justiça**, A: A Intimidade dos Casos Mais Difíceis da Corte Suprema da Argentina. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.:

LUCON, Paulo Henrique dos Santos; VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Código eleitoral interpretado**: normas eleitorais complementares. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

LULA, Carlos Eduardo de Oliveira. **Direito Eleitoral** - Comentários às Leis Nº 9.504/97, Nº 9.096/95 e Lei Nº 64/90. Editora Imperium. 4. ed., 2014.

MARANHÃO. **Jornal do Maranhão**. 02/10/2016. Disponível em (<http://www.ma.gov.br/agenciadenoticias/seguranca/eleicoes-2016-inteligencia-e-policiamento-ostensivo-coibem-crimes-eleitorais>). Acesso em 13 fev. 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2016. p. 321.

MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do Fato Jurídico** - Plano da Existência. 20. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. p. 195.

MONREAL, Eduardo Novoa. **O Direito como Obstáculo à Transformação social**. Porto Alegre: Fabris, 1988. p.121.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33. ed. Rio de Janeiro: Editora Atlas, 2017.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

PIRES, Márcio Rodrigo Kaio Carvalho. Manifestação do abuso do poder econômico nos pleitos eleitorais brasileiros. **Revista Jus Navigandi**. ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2415, 10 fev. 2010.

PRADO, Luiz Régis. Responsabilidade Penal da pessoa jurídica: o modelo francês. **Boletim do IBCCrim** 46.

QUEIROZ, Paulo. **Sobre a Função do Juiz Criminal na Vigência de um Direito Penal Simbólico**. IBCCrim, n. 74, 1999.

RAMAYANA, Marcos. **Direito Eleitoral**. 15. ed. São Paulo: Editora Impetus. 2016.

REIS, Sérgio Liberato de Matos. **A crise da legitimidade do direito penal e a perspectiva definitorial do delito**. Salvador: 2009.

ROXIN, Claus. **Derecho penal** – Parte Geral, 2 ed. Alemã. Madrid: Civitas, 1997.

SABATOVSKI, Emílio; FONTOURA, Iara P. **Novo Código de Processo Penal**. Paraná: Ed. Juruá, 2010.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado nº 236**. Portal de Notícias. Projeto de Código Penal. 2012.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 111.

SOUZA, Fábio Rogério França. A crise do Direito Penal – Análise crítica à luz da corrente abolicionista. **Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA**. Ano II, vol. II, 1997.

SOUZA, Marcos César Minuci de. **Direito Eleitoral Municipal**. São Paulo: Editora Edipro, 2008, p. 112.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 1-2; GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 1980. p. 9.

URZUA, Enrique Cury. **Derecho penal**: parte general. Imprenta: Santiago de Chile, Ed. Jurídica de Chile, Descripción Física: 2v. 1982. p. 54-55.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. Tradução por Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.