

2. A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE ÀS CONDUTAS VEDADAS PREVISTAS NA LEI N. 9.504/97.

Alexandre Francisco de Azevedo⁶

A Lei 9.504/97 possui um capítulo intitulado “Das condutas vedadas aos agentes públicos em campanha eleitoral”. Neste capítulo são tratadas as mais variadas formas de mau uso dos recursos públicos para benefício de algum candidato. As sanções pelo descumprimento do artigo 73 estão previstas nos seus §§ 4º e 5º, *verbis*:

Art. 73 (...)

§ 4º O descumprimento do disposto neste artigo acarretará a suspensão imediata da conduta vedada, quando for o caso, e sujeitará os responsáveis a **multa** no valor de 5.000 (cinco mil) a 100.000 (cem mil) UFIR.

§ 5º Nos casos de descumprimento do disposto nos incisos I, II, III, IV e VI do *caput*, sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior, o candidato beneficiado, agente público ou não, ficará sujeito à **cassação do registro ou do diploma**. (sem grifo no original).

Assim, duas são as sanções previstas para o descumprimento das citadas condutas vedadas. Entretanto, a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral tem admitido a aplicação do princípio da proporcionalidade para afastar a sanção estabelecida no citado § 5º, quando a multa for suficiente para inibir a conduta praticada.

⁶Técnico Judiciário do TRE-GO – Especialista em Direito Público.

Tal possibilidade, contudo, encontra resistência em alguns Tribunais Regionais e, principalmente, nas Procuradorias Eleitorais. Os candidatos adotam a corrente que melhor lhes interesse no momento.

Desta forma, sobre o tema existem duas posições totalmente díspares.

Antes de mais nada, necessário é estudarmos o princípio da proporcionalidade e, em especial, a sua origem.

Tal princípio nasceu como modo de refrear a aplicação das sanções penais. Com efeito, as civilizações antigas estabeleciam sanções totalmente desarrazoadas em comparação com as infrações praticadas.⁷ Assim, a pena de morte era largamente aplicada, a amputação da mão do salteador e mais: as sanções, em alguns casos, estendiam-se à família do condenado. Neste contexto, o Código de Hamurabi foi, e é, visto até hoje como uma avanço e considerado uma forma de limitação do poder punitivo, uma vez que criava uma certa proporcionalidade entre o crime e a pena.⁷

Esse quadro perdurou na Idade Média. Na verdade, neste momento da história as sanções eram as mais cruéis possíveis, dada a tortura institucionalizada e friamente executada por quem tinha supostamente o dever de transmitir aos homens o amor de Deus.⁸

Realmente, a Igreja Católica tomou para si, em momento em que havia extrema confusão entre Poder Religioso e o Poder Secular, já que era o primeiro quem legitimava o segundo, a responsabilidade para aplicar sanções aos criminosos, notadamente àqueles cujas condutas ofendiam as leis da religião.

Mas essa postura não foi seguida unicamente pela Igreja de Roma como muitos parecem pensar. Também o protestantismo⁹ fez suas vítimas - muito embora também fosse vítima da Igreja Católica. Talvez o massacre mais conhecido seja o ocorrido em Salém.¹⁰

⁷O Código de Hamurabi ficou eternizado com a síntese de seu espírito: “olho por olho, dente por dente, ossos por ossos, sangue por sangue”

⁸Tal quadro começou a ser ultrapassado quando Napoleão Bonaparte ao ser coroado pelo Bispo, adianta-se a ele, toma a coroa de suas mãos e coloca-a em sua cabeça. Tal ato representava, simbolicamente, a postura independente que o monarca teria frente à Igreja Católica.

⁹Tal termo é extremamente pejorativo e não menciona o conteúdo do grupo religioso, antes tenta desqualificá-lo pela sua origem, qual seja: as 95 teses de Martin Luter.

¹⁰O episódio ficou mundialmente conhecido como “As bruxas de Salém”. Não obstante esse nome, muitos homens também morreram acusados de bruxaria. Tem-se notícia que foram assassinadas mais de 300 pessoas.

Uma das primeiras vozes contra essas inominadas atrocidades foi o italiano Cesare Bonessana, marquês de Beccaria, que em sua obra “Dos Delitos e Das Penas” prega, num primeiro momento, a moderação das penas. Veja-se:

Os castigos têm por finalidade única obstar o culpado de tornar-se futuramente prejudicial à sociedade e afastar os seus concidadãos do caminho do crime.

Entre as penalidades e no modo de aplicá-las proporcionalmente aos delitos, é necessário, portanto, escolher os meios que devem provocar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável e, igualmente, menos cruel no corpo do culpado.

Quem não estremece de horror ao ver na história tantos tormentos atrozes e vãos, criados e empregados com frieza por monstros que se davam o nome de sábios? Quem não tremeria até o âmago da alma, vendo milhares de desgraçados que o desespero obriga a retomar a vida errática, para fugir a males superiores às suas forças, provocados ou tolerados por essas leis injustas que sempre acorrentaram e ultrajaram a multidão, para servir tão-somente a um reduzido número de homens privilegiados? (...)

Quanto mais terríveis forem os castigos, tanto mais cheio de audácia será o culpado em evitá-los. Praticará novos crimes, para subtrair-se à pena que mereceu pelo primeiro (...)

A fim de que o castigo surta o efeito que se deve esperar dele, basta que o mal causado vá além do bem que o culpado retirou do crime. Devem ser contados ainda como parte do castigo os terrores que antecedem a execução e a perda das vantagens que o delito devia produzir. Qualquer excesso de severidade torna-a supérflua e, portanto, tirânica (...).

Em primeiro lugar, é muito difícil estabelecer uma proporção entre os delitos e as penas; porque, ainda que uma crueldade industriosa tenha aumentado as espécies de tormentos, nenhum tormento pode ir além do último grau da força humana, limitada pela sensibilidade e a organização do corpo do homem. Ultrapassando esses limites, se aparecem crimes mais hediondos, onde se encontrarão penas bastantes cruéis?

Em segundo lugar, os tormentos mais terríveis podem provocar às vezes a impunidade. A energia da natureza humana é circunscrita no mal como no bem. Espetáculos muito bárbaros só podem ser o resultado dos furores passageiros de um tirano, e não ser sustentados por um sistema constante de leis. Se as leis são cruéis, ou serão modificadas logo ou não poderão mais vigir e deixarão o crime sem punição.¹¹

Mais adiante o autor italiano vaticinou que as penas devem guardar proporção com os delitos praticados. Confira-se:

O interesse geral não é apenas que se cometam poucos crimes, mas ainda que os crimes mais prejudiciais à sociedade sejam os menos comuns. Os meios de que se utiliza a legislação para impedir os crimes devem, portanto, ser mais fortes à proporção que o crime é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais freqüente. Deve-se, portanto, haver uma proporção entre os crimes e as penas. Se o prazer e o sofrimento são os dois grandes motores dos seres sensíveis: se, entre as razões que guiam os homens em todas as suas atitudes, o supremo Legislador pôs como os mais poderosos as recompensas e os castigos; se dois crimes que afetam desigualmente a sociedade recebem idêntico castigo, o homem inclinado ao crime, não tendo eu recear uma pena maior para o crime mais hediondo, resolver-se-á com mais facilidade pelo crime que lhe traga mais vantagens; e a distribuição desigual das penas fará nascer a contradição, tanto notória quanto freqüente, de que as leis terão de castigar os delitos que fizeram nascer.¹²

A partir de tais ensinamentos começa-se a difundir a idéia de que as penas devem guardar proporção entre os delitos praticados.

Hodiernamente, as legislações penais são formadas por dois preceitos: um primário – descritivo da conduta – e outro secundário – em que é fixada a pena. A pena é estabelecida, abstratamente, entre um quantitativo mínimo e um máximo. Caberá ao magistrado, no caso concreto, e após ter-se concluído pela condenação, fixar a pena concreta.

¹¹ BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e Das Penas*. Ed. Martin Claret: São Paulo, 2004. P. 49 a 51.

¹²Idem.p.68/69.

Dessarte, o princípio é destinado tanto ao legislador quanto ao julgador.

Cabe ao legislador criar leis e impor sanções que sirvam para inibir determinadas condutas praticadas pela sociedade (prevenção geral), bem como sirvam para dissuadir o agente a não mais praticar a conduta (prevenção especial).

Ao julgador cabe analisar o caso concreto e estabelecer a pena conforme for a situação.

Mas o trabalho do magistrado não se limita a isso. Na hipótese de o legislador não observar o princípio da proporcionalidade caberá ao magistrado, utilizando das regras de hermenêutica, aplicar o princípio em estudo.

Um bom exemplo disso é o instituto do crime continuado. Trata-se de uma ficção jurídica em que o agente, embora tenha praticado várias condutas típicas, é condenado em apenas uma delas, cuja pena será acrescida de um determinado percentual.

Assim, o agente rouba várias casas lotéricas, em determinado lapso temporal, e dentro de certo espaço territorial, mesmo *modus operandi*, e com o mesmo desígnio inicial, considera-se que apenas efetuou um único roubo, aplicando, desta forma, a pena de uma conduta somente, acrescida de percentual da mesma.

Tal regra é justa? Qual a sua justiça?

Hodiernamente, no Brasil especificamente, tal regra é por demais injusta, servindo de estímulo ao criminoso. Mas, na sua gênese, foi uma criação que visava combater a severidade das punições. Veja-se:

Narram os penalistas que o crime continuado teve sua origem entre os anos de 1500 e 1600, em teoria elaborada pelos práticos italianos, dos quais ressaltam-se os trabalhos de Prospero Farinacio e Julio Claro. Naquela época, a lei era por demais severa, impondo a aplicação da pena de morte quando houvesse a prática do terceiro furto pelo agente ... O tratamento era, sem dúvida, cruel, mormente numa época de tanta fome e desolação na Europa.¹³

¹³NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 3 ed. rev. atual. e ampl. 2. tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 485.

No Direito, existem casos que, de um ponto de vista lógico, aparentemente, são conclusões irrelevantes. A lógica é instrumento, é meio. A justiça com equidade e paz judiciária, para as ciências jurídicas, são fins. Para a lógica é a prova que determina a verdade da inferência. No direito, no entanto, a própria lei pode simplesmente dispensar a prova, ou torná-la irrelevante (...)

É o caso do instrumento legal da ficção jurídica, que substitui a realidade dos fatos, quando está em jogo a aplicação de uma justiça equitativa. A ficção jurídica se opõe à realidade jurídica.

Para que haja ficção é preciso que haja uma deformação consciente da realidade jurídica, pois se houver uma norma *ad hoc*, estamos no campo da presunção *iuris et de iure* ou em situações legais de um argumento de analogia, que aponta identidade de *ratio legis* em situações diferentes. A ficção é uma *falsa qualificação dos fatos*.

Alguns exemplos:

(...) - Foi recorrendo à ficção jurídica que os juízes ingleses do final do século XVIII, diante da lei que condenava à pena capital todos os culpados de *grand larceny* (roubo de valor igual ou superior a duas libras), avaliaram durante décadas qualquer roubo em 39 xelins (menor de duas libras). Era uma forma de aplicar a justiça com equidade, até o dia em que, em 1808, um roubo de 10 libras, avaliado como de praxe em 39 xelins, suscitou escândalo, obrigando o legislador à mudança da lei.

Diante da impossibilidade de o juiz mudar a lei, a ‘inverdade lógico-formal’, a ‘irrealidade histórica’, tornava-se a mais razoável forma de *dizer* o Direito.¹⁴

Vê-se, portanto, que o instituto foi forma de aplicar a equidade para encontrar a justiça. Era, sim, forma de aplicação do princípio da proporcionalidade.

Contudo, frise-se, que tal instituto no Brasil atual não pode mais ser aplicado sob pena de servir de estímulo à criminalidade. Mas, como está previsto no

¹⁴CAPPI, Antonio; CAPPI, Carlos Crispim Baiocchi. *Lógica Jurídica – A Construção do Discurso Jurídico*. 2. ed. Goiânia: Ed. Da UCG, 2003, p.152/153.

Código Penal, somente uma norma revogadora pode retirá-lo do sistema penal.

Pode-se, concluir, então, que o princípio da proporcionalidade deve sempre ser visto e revisto, para evitar situações constrangedoras, isto é, para determinado momento histórico a sua aplicação será garantidora de justiça, e em outro contexto representará extrema injustiça. Um exemplo irá ilustrar bem:

Chacina de Vigário Geral: um grupo de extermínio executa 21 pessoas e deixa 4 feridos. Total da pena aplicada inicialmente: 449 anos de prisão. *Habeas Corpus*¹⁵ no Supremo Tribunal Federal, Relator Min. Marco Aurélio, fulmina a sentença na parte que não reconhece a continuidade delitiva. Resultado: teve-se que aplicar a pena de um crime de homicídio, acrescido até o triplo.

Onde está a justiça nisso? Em lugar algum. Foi injustiça qualificada 21 vezes. Em outros países esse lastimável episódio teria provocado a mudança da lei, mas aqui, o julgamento nem ocupou tanto espaço na mídia. Pena, pena mesmo!

Assim, para saber se é aplicável ou não o princípio da proporcionalidade nas chamadas condutas vedadas aos agentes públicos, necessário é observar a sanção a elas aplicada, bem como compará-las com as sanções aplicáveis a outras condutas.

Prevê o artigo 73, §§ 4º e 5º, da Lei 9.504/97, a multa de 5.000 a 100.000 UFIR's e a cassação do registro de candidatura ou do diploma (esta última somente para as condutas consideradas mais graves).

A multa mínima parece ser muito pequena. Observe que o agente, após ser condenado por **uso da estrutura da máquina pública em seu próprio interesse ou no de terceiro**,¹⁶ ficará sujeito a pagar pouco mais de R\$ 5.000,00. Já a multa máxima parece ser um pouco razoável. Não é demais elevada. É razoável.

Agora veja-se a pena aplicável para aquele que realiza propaganda eleitoral extemporânea: multa de **20.000 a 50.000 UFIR** ou o **equivalente ao custo da publicidade se este for maior**. Desta forma, se a publicidade custar, *verbi gratia*, R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), seu custo será superior à multa máxima, e, por

¹⁵ Trata-se do Habeas Corpus nº 77.786-9 do Rio de Janeiro, julgado em 27/10/1998.

¹⁶ Com a prática de alguma das condutas vedadas os princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade são todos desrespeitados. Por isso a punição deveria ser, a nosso ver, um pouco mais severa.

isso, será aplicado como multa.

Imagine que o agente desejoso de concorrer às eleições vindouras, de maneira extemporânea, faz pintura no muro informando sua pretensão de ser eleito, sua plataforma política e os seus méritos e, de quebra, pede o voto do eleitor.

Ora, configurada estará a propaganda eleitoral extemporânea. Pena, multa de 20.000 UFIR. No exemplo dado parece ser muito, mas muito severa, ainda mais se compararmos com a pena aplicável às condutas vedadas.

Agora tem-se o seguinte problema: a multa por propaganda eleitoral extemporânea é muito severa ou a multa pela prática de condutas vedadas é muito flexível. Na verdade, a pena pela propaganda eleitoral extemporânea poderia, sim, ser reduzida nos limites mínimos e máximos, fazendo constar, tal como se encontra, o valor equivalente ao custo da publicidade se fosse maior. Ilustrando: multa de 5.000 a 30.000 UFIR ou o valor da publicidade se for maior.

E como resolver o problema da sanção aplicável no caso de condutas vedadas? Aplicar a lei, só isso. A própria lei prevê a aplicação, a nosso ver, da multa cumulativamente com a cassação do registro ou do diploma. Fazendo isso, a sanção será proporcional ao ilícito praticado.

Ao estatuir a cassação do registro ou do diploma quis o legislador afastar do cargo público aqueles que utilizaram-se dele para obter vantagem no pleito eleitoral. Ora, se no decorrer da disputa o candidato lançou mão da estrutura administrativa, com certeza lançará mão quando tiver alcançado o resultado pretendido nas urnas.

Dessarte, o princípio da proporcionalidade, tendo a importância que tem, deve ser aplicável exatamente para trazer a punição ao mesmo nível da conduta ilícita, não podendo servir, jamais, para trazê-la a um nível inferior ao delito praticado, sob pena de privilegiar o desonesto em malefício da coletividade. Não deve ser ele utilizado num modismo exacerbado, mas com comedimento, sem vulgarização do instituto.