

ESTUDOS **ELEITORAIS**

VOLUME 12 – NÚMERO 3
SETEMBRO/DEZEMBRO 2017
BRASÍLIA – 2018



EJE

Escola Judiciária Eleitoral
Tribunal Superior Eleitoral

O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA COMO CRITÉRIO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES ELEITORAIS – ESTUDO DE CASO DO ART. 299 DO CÓDIGO ELEITORAL¹

THE PRINCIPLE OF MINIMUM INTERVENTION AS A CRITERION FOR CONTROLLING THE CONSTITUTIONALITY OF ELECTORAL CRIMES – A CASE STUDY OF ELECTORAL CODE'S ART. 299

CASSIANA LOPES VIANA²

RESUMO

Propõe-se a aplicação do princípio da intervenção mínima – reinterpretado sob a perspectiva do Estado democrático de direito – como critério de controle de constitucionalidade dos crimes eleitorais, arrematando com o estudo de caso da conduta descrita no art. 299 do Código Eleitoral. A metodologia adotada foi a jurídico-dogmática; levantou-se, como dados primários, a Constituição da República de 1988, a legislação e a jurisprudência e, como secundários, a doutrina especializada. Conclui-se pela incompatibilidade do art. 299 do Código Eleitoral, no que se refere à corrupção ativa, com a Constituição, propondo-se ao Poder Judiciário a declaração de sua inconstitucionalidade parcial.

Palavras-chave: Princípio da intervenção mínima. Crime eleitoral. Estado democrático de direito. Captação ilícita de sufrágio.

ABSTRACT

This article proposes to apply the principle of minimum intervention – reinterpreted from the perspective of the Constitutional State – as a

¹ Artigo recebido em 16 de agosto de 2017 e aprovado para publicação em 11 de outubro de 2017.

² Assessora jurídica e chefe de gabinete de juiz do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais desde 2008, atuando como colaboradora da Presidência no período de 2014 a 2016.

criterion for controlling the constitutionality of electoral crimes, being end with the case study of the conduct described in art. 299 of the Electoral Code. The article adopted the dogmatic legal methodology. The primary data were brought from the Constitution of 1988, brazilian law and jurisprudence, and the secondary from specialized doctrine. It concludes, in the end, by the incompatibility of art. 299 of the Electoral Code, with regard to active corruption, with the Brazilian Constitution, suggesting to the Judiciary the declaration of its partial unconstitutionality.

Keywords: Principle of minimum intervention. Election crime. Constitutional State. Vote buying.

1 Introdução

O presente artigo propõe a aplicação do princípio da intervenção mínima – reinterpretado sob a perspectiva do Estado democrático de direito – como critério de controle de constitucionalidade dos crimes eleitorais, e apresenta, ao fim, estudo de caso da conduta descrita no art. 299 do Código Eleitoral:

Art. 299. Dar, oferecer, prometer, solicitar ou receber, para si ou para outrem, dinheiro, dádiva, ou qualquer outra vantagem, para obter ou dar voto e para conseguir ou prometer abstenção, ainda que a oferta não seja aceita:

Pena: reclusão até quatro anos e pagamento de 5 a 15 dias-multa.

Inicialmente, advirta-se não ser objetivo desta pesquisa problematizar a necessidade de o Estado proteger a liberdade e legitimidade do sufrágio, de forma que os pleitos eleitorais sejam realizados dentro da mais completa regularidade e lisura. A liberdade do voto é princípio que pode ser extraído do art. 14, § 9º, da Constituição da República de 1988³ e um dos seus objetivos é legitimar o mandato dos governantes, representantes do povo. Não há dúvidas de que aludido princípio é por demais caro aos cidadãos brasileiros, afirmação que pode ser extraída do fato de setores da sociedade brasileira sedentos pelo resgate da ética no processo eleitoral terem se mobilizado para incluir – por meio de projeto de iniciativa popular⁴ – norma eleitoral que garantisse ao indivíduo a liberdade de votar conforme os desígnios de sua própria consciência. Aludida norma encontra-se materializada no art. 41-A da Lei nº 9.504/1997⁵, conhecida como Lei das Eleições, que pune,

³ CF/1988, art. 14, § 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.” (BRASIL, 1988).

⁴ Cumpre esclarecer que, ante as dificuldades encontradas para fazer tramitar um projeto de iniciativa popular, a proposta de lei, ao final aprovada com o nº 9.840/1999, foi subscrita por deputados e apresentada como de iniciativa parlamentar.

⁵ Lei nº 9.504/1997, art. 41-A: “Ressalvado o disposto no art. 26 e seus incisos, constitui captação de sufrágio, vedada por esta Lei, o candidato doar, oferecer, prometer, ou entregar, ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto, bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública, desde o registro da candidatura até o dia da eleição, inclusive, sob pena de multa de mil a cinquenta mil Ufir, e cassação do registro ou

na esfera cível, a captação ilícita de sufrágio, também chamada de compra de votos.

Contudo, havendo proteção, na seara cível-eleitoral, ao bem jurídico *liberdade de consciência*, questiona-se: faz-se necessário proteger esse mesmo bem também na seara penal?

Inicialmente, parte-se da premissa de que criminalizar de forma ampla os ilícitos eleitorais era a medida que melhor se compatibilizava com a matriz constitucional e ideológica que vigia à época da elaboração do Código Eleitoral, período em que a democracia se mostrava incipiente no Brasil, não passando de

[...] um período antagônico e transitório de reconstitucionalização do país, feita em bases precárias, debaixo de uma tempestade ideológica e logo tolhida pelo golpe de Estado de 10 de novembro de 1937 (BONAVIDES, 2005, p. 366-367).

De modo diverso, considerando que a Constituição de 1988 está prestes a completar 30 anos, pode-se afirmar que se encontra positivado o enquadramento democrático que confere legitimidade ao ordenamento jurídico brasileiro. Uma vez que o Brasil constitui-se como Estado democrático de direito, que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, é necessário alertar que esse princípio é incompatível com o expansionismo penal a que se assiste contemporaneamente.

No novo contexto pós-Constituição de 1988, faz-se necessário analisar a compatibilidade da criminalização dos ilícitos eleitorais com a Constituição sob outra perspectiva teórica, cujo norte é o reconhecimento dos direitos fundamentais tanto das vítimas dos ilícitos eleitorais quanto daqueles que os cometem.

Neste trabalho, parte-se da ideia de que a principal função do Direito Penal é proteger os bens jurídicos mais importantes para uma sociedade constituída (BITENCOURT, 2016). Assim, inicia-se

do diploma, observado o procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990”.

tecendo breves considerações sobre as teorias contemporâneas, constatando-se que a teoria constitucional é a que permite ao Direito Penal, como subsistema social, manter sua função crítica, limitadora do *jus puniendi* estatal e de remodelagem estrutural em decorrência da evolução do conhecimento e da sociedade, priorizando a proteção dos direitos fundamentais tanto do criminoso quanto da vítima.

Em seguida, aborda-se brevemente a teoria dos direitos fundamentais, com ênfase no aspecto objetivo, do qual se extraem tanto proibições de intervenção desnecessária do Estado na vida do cidadão quanto mandamentos de proteção suficiente – pelo Estado – em caso de violação desses direitos.

A pesquisa avança ao tecerem-se considerações sobre o princípio da intervenção mínima, das quais propõe-se a releitura constitucional, objetivando sua utilização como critério de controle de constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais.

Ao final, partindo desse suporte teórico, é enfrentada a questão problematizada – a proteção suficiente, na esfera cível-eleitoral, à corrupção ativa – e são apresentadas as conclusões.

2 Teorias contemporâneas sobre bem jurídico

O Direito Penal é uma das formas mais graves que o Estado possui de exercer coerção sobre o indivíduo, visto que a sanção, não raramente, retira do homem um de seus mais caros direitos: a liberdade. Assim, com o fim de restringir o âmbito de aplicação do Direito Penal, diversos juristas, cada qual conectado à matriz disciplinar de sua época, buscaram delimitar o bem jurídico penal, tarefa das mais árduas⁶.

⁶ A noção de bem jurídico penal surgiu contemporaneamente ao movimento iluminista, com o objetivo de selecionar o conjunto de valores apto a legitimar a punibilidade dos comportamentos que os ofendessem. Em decorrência de sua matriz liberal, identificou-se o bem jurídico com os interesses fundamentais do indivíduo na sociedade, com destaque à vida, ao corpo, à liberdade e ao patrimônio. O Direito Penal teria legitimidade para atuar, então, com base na lesão a direitos subjetivos. Após essa etapa, seguiram diversas teorias, e, por relevância científica, ressaltam-se nomes como Birnbaum, Binding e Franz Von Liszt (PRADO, 2014; BECHARA, 2009).

Vislumbra-se também haver dificuldades, ainda hoje, quanto à classificação das teorias sobre o bem jurídico penal. Luiz Regis Prado (2014), por exemplo, divide as concepções de bem jurídico em sociológicas – funcionalistas sistêmicas e interacionistas simbólicas – e constitucionais. Juarez Tavares (2003), por sua vez, as denomina modelo funcional estrutural, modelo funcional próprio e modelo funcional impróprio.

Passa-se a explicitar a teoria constitucional do bem jurídico penal (ou funcional imprópria), advertindo ao leitor a sua adoção para, com base nela, estabelecer os critérios pelos quais se deve proceder à seleção de bens a serem protegidos juridicamente pelo Direito Penal.

A teoria constitucional surge após a Segunda Guerra Mundial. Com a descoberta das atrocidades do nazismo, concluiu-se que o Direito pode servir para justificar a barbárie praticada em nome da lei. Constatou-se que o legislador, escudado pela lei, ainda que representante da vontade da maioria, pode ser tão opressor quanto o pior dos tiranos. Assim, para evitar a utilização da lei como instrumento de opressão às minorias, fez-se necessário conectá-la ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Em razão de movimentos liderados principalmente pelo chamado (neo)constitucionalismo, uma gama de pensadores passou a utilizar a letra da lei como limitação ao *jus puniendi* do Estado, conforme dita o princípio da reserva legal ou legalidade, além do positivado na Constituição, ora como limite, ora como impulsionador (ou ambos), como fundamento de sua atuação.

Nesse momento histórico, ganha força a teoria dos princípios, elegendo a dignidade da pessoa humana como valor supremo. Acentua-se a importância de utilizar aludidos vetores na interpretação da norma, alçando-os ao topo da hierarquia normativa e colocando-os a salvo de maiorias eventuais. Destarte, pode-se afirmar, coadunando com Luís Roberto Barroso (2009), que as constituições pós-guerra centram na pessoa e nos seus direitos fundamentais a base de todo o ordenamento jurídico. O Estado, atualmente, é uma

instituição que tem como principal função a proteção da dignidade da pessoa humana e dos seus direitos fundamentais⁷. Para ilustrar:

[...] perante as experiências históricas da aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, polpotismo, genocídios étnicos) a dignidade da pessoa humana como base da República significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do *homo nourmenon*, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio da República. Nesse sentido, a República é uma organização política que serve o homem, não é o homem que serve aos aparelhos político-organizatórios (CANOTILHO, 1998, p. 221).

No contexto de reconhecimento da força normativa da Constituição e da proteção aos direitos humanos, retorna-se à preocupação de limitar o poder punitivo do Estado por meio da noção de bem jurídico. Surgem, assim, as teorias constitucionais, defendendo que a limitação ao poder punitivo do Estado deve encontrar seu fundamento de validade na Constituição e não mais na letra da lei. Nessa concepção, “a via escolhida, que refere a busca pelos limites de criminalização no próprio texto constitucional, parece a única plausível” (NEISSER, 2016, p. 125). Dentre os pensadores da teoria constitucionalista (funcionalista imprópria) destaca-se Claus Roxin, ao apontar que “[...] o caminho correto só pode ser deixar as decisões valorativas político-criminais introduzirem-se no sistema do Direito Penal” (BITENCOURT, 2016, apud ROXIN, 1972, p. 123).

⁷ A principal referência no desenvolvimento do novo Direito Constitucional na Europa foi a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã), de 1949, sobretudo após a instalação do Tribunal Constitucional Federal, ocorrida em 1951. A partir daí, teve início uma fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do Direito Constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica. A segunda referência de destaque é a Constituição da Itália, de 1947, e a subsequente instalação da Corte Constitucional, em 1956. Ao longo da década de 1970, a redemocratização e a reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978) agregaram valor e volume ao debate sobre o novo Direito Constitucional. Esse novo constitucionalismo europeu caracterizou-se por reconhecer a força normativa das normas constitucionais, rompendo com a tradição que tornava a Constituição documento antes político que jurídico, subordinado às circunstâncias do Parlamento e da administração. No caso brasileiro, o renascimento do Direito Constitucional se deu, igualmente, no ambiente de reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988 (BARROSO, 2009, p. 247).

Os defensores dessa teoria ressaltam que “[...] o conceito de bem jurídico deve ser inferido da Constituição, operando-se uma espécie de normatização das diretivas político-criminais” (PRADO, 2014, p. 64).

Roxin defende um sistema normativo dualista (teleológico-funcional), admitindo que limites materiais de fora do sistema penal influenciem na elaboração de conceitos jurídicos. Vê-se que a abertura do sistema ao influxo de valores representa o retorno “[...] da tradição metodológica do neokantismo, agora revitalizada com base nos princípios garantistas limitadores do *ius puniendi*, reconhecidos pela Constituição” (BITENCOURT, p. 124).

Essa perspectiva do sistema de Direito Penal permite sua crítica, limitação e remodelação em função da evolução do conhecimento, possibilitando a concretização dos direitos fundamentais.

Prado (2014, p. 66) destaca que Roxin parte da ideia de Constituição, mais especificamente, da noção moderna de Estado democrático e social de direito para elaborar sua tese, *atribuindo ao Direito Penal dupla função* – proteger os bens jurídicos constitutivos da sociedade e garantir prestações públicas necessárias à existência do indivíduo –, *objetivando possibilitar ao indivíduo o livre desenvolvimento da sua personalidade*, “[...] que a nossa Constituição considera como pressuposto de uma condição digna”.

Diametralmente oposto a Roxin, Günter Jakobs (2007), principal defensor da teoria funcionalista sistêmica, concebe o Direito Penal como um sistema normativo fechado, com a exclusão de valorações externas, defendendo a ideia de que o objeto da tutela penal é a proteção fática da norma jurídica e que para a sua preservação podem ser negados direitos aos que cometem delitos graves – os inimigos a serem combatidos pelo Estado⁸.

⁸ Jakobs parte da teoria de Luhman e, ambicionando elaborar sua tese, separa os homens em dois grupos: o primeiro é formado por cidadãos, que são aqueles que reconhecem e cumprem as regras sociais impostas pela própria coletividade, e o segundo é composto pelos *inimigos do Estado*, ou seja, os que cometem delitos e, por não participarem da dinâmica social, a quem são negados direitos e garantias fundamentais, que seriam prerrogativas apenas daqueles que participam do Estado. Surge, assim, o direito penal do inimigo, direito penal rigoroso, objetivando combater o inimigo da sociedade. Como o delito seria uma disfunção do sistema (um fato socialmente danoso): o delinquente deve ser imediatamente expurgado do sistema (JAKOBS, 2007).

Devido a isso, de modo convergente com Sales (2013), Prado (2014), Roberti (2001) e Bitencourt (2016), conclui-se que a teoria funcionalista sistêmica se revela incompatível com o Estado democrático de direito e, em consequência, com todo o sistema jurídico penal brasileiro. Ademais, ao erigir a norma jurídica a uma categoria superior ao indivíduo, colide-se frontalmente com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Por todo o exposto, conclui-se que a teoria constitucionalista é a que melhor se compatibiliza com o Estado democrático de direito, por adotar um sistema aberto que permite influxos da sociedade para aperfeiçoá-lo, preocupando-se em estabelecer limites ao *jus puniendi* do Estado e buscando o livre desenvolvimento de todos os indivíduos e da sociedade.

2.1 Breves considerações sobre direitos fundamentais e mandados de criminalização

Adotada a teoria constitucionalista, reconhece-se a existência de um limite à liberdade de conformação do legislador: os valores de uma determinada sociedade previstos constitucionalmente. Surge, então, uma indagação: em que se constituem esses valores?

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2007), a partir da revolução burguesa, os direitos fundamentais integram, “[...] ao lado da definição de forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado constitucional [...]”. Os direitos fundamentais constituem, para além de sua função limitativa do poder, critérios de legitimação do poder estatal e da própria ordem constitucional, só se justificando o poder para a efetivação dos direitos do homem.

Para promover os aludidos direitos, não basta a simples abstenção do Estado na vida do cidadão; impõe-se um dever de proteção aos direitos fundamentais⁹. Em outras palavras, conforme explica

⁹ De acordo com Sarlet (2007), os direitos fundamentais dividem-se em duas perspectivas, a saber: subjetivas e objetivas. A faceta subjetiva refere-se à possibilidade que tem o seu titular de fazer valer judicialmente os poderes e liberdades que lhe foram consagrados.

Sarlet (2007), atualmente os direitos fundamentais não se limitam ao aspecto subjetivo; também constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, reconhecendo funções autônomas aos direitos fundamentais com grande densidade normativa e com eficácia em todo o ordenamento jurídico, bem como fornecendo diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos. O âmbito objetivo fora concebido para reforçar a juridicidade e efetividade das normas de direitos fundamentais, propiciando que elas se realizem no plano fático, notadamente porque *a efetividade de aludidos direitos é condição necessária para a própria promoção do indivíduo.*

Como desdobramentos da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, tem-se o reconhecimento de sua eficácia irradiante, significando que os direitos fundamentais são tidos como: a) o norte de todo o ordenamento jurídico, tanto no momento da elaboração da norma como no de sua interpretação e aplicação – visto que incorporam e expressam determinados valores fundamentais de uma comunidade, que esta deve respeitar e concretizar; b) o reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, significando a aplicação destes nas relações privadas; e c) *a teoria dos deveres de proteção do Estado.*

Ao Estado, como ressalta Sarlet (2007), incumbe a tarefa de ser amigo e guardião dos direitos fundamentais; para tanto, deve adotar medidas das mais diversas naturezas, entre elas estabelecer até normas restritivas de outros direitos fundamentais, se for estritamente necessário.

Em sede jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal (STF) examinou o tema na ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 418.376/MS, oportunidade em que o Ministro Gilmar Mendes apresentou voto-vista cuja tese principal se estruturava na proibição de proteção deficiente em matéria penal (BRASIL, 2006). Mendes destacou que a doutrina vinha apontando para a existência de uma espécie de garantismo positivo, como outra face da

Têm a função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público – pode-se afirmar que eles consolidam a proibição de excesso do Estado, estabelecendo limites ao *jus puniendi*.

proporcionalidade, de modo que a proibição de proteção deficiente era muito importante na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, especificamente naqueles casos em que “[...] o Estado não pode abrir mão da proteção do Direito Penal para garantir a proteção de um direito fundamental [...]”.

É necessário, após essa exposição, responder à seguinte questão: em que hipótese o Direito Penal é imprescindível ao Estado para que proteja efetivamente direitos fundamentais? A resposta perpassa necessariamente pela teoria dos mandados de criminalização e pelo princípio da não intervenção.

Cleber Masson (2010) afirma que os mandados de criminalização “[...] indicam matérias sobre as quais o legislador ordinário não tem a faculdade de legislar, mas a obrigatoriedade de tratar, protegendo determinados bens ou interesses de forma adequada e, dentro do possível, integral [...]”. Defende que os mandados de criminalização se apresentam no texto constitucional de duas formas: explícita e implícita. Os explícitos ou expressos são aqueles cuja simples leitura indica, de forma clara, a necessidade de criminalização ou de tratamento mais rígido a determinadas infrações penais; os implícitos podem ser extraídos dos valores protegidos ao longo do texto constitucional.

Inserindo-se no paradigma pós-Segunda Guerra, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 rompeu com o Direito Penal até então vigente ao retirar do legislador infraconstitucional o poder de conformação e determinar expressamente a criminalização de algumas condutas.

O STF, quando julgou o *HC* nº 102.087/MG, admitiu expressamente a existência de mandados de criminalização. Naquela oportunidade, o Ministro Gilmar Mendes assim se manifestou:

[...] Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbote*), como também

podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente [...] (BRASIL, 2012).

Portanto, o STF entende que o princípio da proporcionalidade deve servir de norte ao legislador, com o fim de evitar excessos e garantir a proteção suficiente.

Com base no exposto, depreende-se que os bens selecionados pela Constituição para serem protegidos são aqueles que expressam os valores fundamentais da sociedade por ela normatizada, o que corresponderia aos direitos fundamentais. Assim, estes vinculam o legislador infraconstitucional ao indicar quais os bens merecem a proteção do Estado e, ao mesmo tempo, lhe impõem o dever de proteção efetiva do cidadão.

Poder-se-ia concluir que o legislador tem ampla liberdade de conformação para criar normas penais, desde que respeitado o conteúdo valorativo a ele indicado pelos direitos fundamentais. Argumentar-se-ia que, por esse viés, estaria, inclusive, efetivando seu dever de proteção.

Contudo, a aludida conclusão revela-se precipitada, uma vez que, ao cumprir tal dever de proteção, o Estado não pode afetar de forma desproporcional o direito fundamental à liberdade daquele que está sendo acusado da violação ao direito fundamental de terceiro. Não se pode perder de vista, assim, que, ao lado do garantismo positivo, encontra-se o garantismo negativo, devendo ambos ser considerados tanto pelo legislador, ao criar a norma penal, quanto pelo magistrado, ao julgar o processo criminal.

A fim de solucionar esta difícil equação – de um lado, os deveres de proteção do Estado a direitos fundamentais (mandamento de criminalização), selecionados pela Constituição, e, de outro, a proteção a direitos fundamentais como limite ao poder punitivo do Estado (proibição de excesso) – recorre-se ao princípio da

intervenção mínima, propondo sua releitura com as matrizes do Estado democrático de direito, para que o aludido princípio possa atuar como critério de controle de constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais.

3 Princípio da intervenção mínima com o colorido constitucional

Em razão da vergonhosa história das penas surge, ao lado do Estado moderno, um movimento que objetiva proteger a liberdade dos homens contra a intervenção punitiva do Estado¹⁰. Sobre esse aspecto, “[...] coube a Beccaria o título de precursor da defesa e do respeito aos direitos humanos” (ROBERTI, 2001, p. 66). Segundo a autora, “[...] Beccaria, revolucionando o pensamento jurídico, desencadeou um novo Direito Penal; a partir de então, voltou-se para uma efetiva defesa social, com olhos nos direitos humanos e respeito à dignidade individual da pessoa” (ROBERTI, 2001, p. 66).

Passou-se a defender que o Direito Penal não deve atuar para proteger todos os bens jurídicos: deve ser reservado para que o Estado possa dele se utilizar somente para coibir ações não toleradas pela sociedade, em razão das graves consequências advindas da simples instauração de um processo criminal na vida do cidadão.

Surge, nesse contexto, o princípio penal da intervenção mínima, que, segundo Roberti (2001), tem como principal objetivo limitar o poder punitivo do Estado, que só se legitima quando constitui meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. O princípio da intervenção mínima informa que, se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou

¹⁰ Ferrajoli ressalta que a “[...] história das penas é, sem dúvida, mais horrenda e infamante para a humanidade do que a própria história dos delitos: porque mais cruéis e talvez mais numerosas do que as violências produzidas pelos delitos têm sido as produzidas pelas penas e porque, enquanto o delito costuma ser uma violência ocasional e às vezes impulsiva e necessária, a violência imposta por meio da pena é sempre programada, consciente, organizada por muitos contra um. Frente à artificial função de defesa social, não é arriscado afirmar que o conjunto das penas cominadas na história tem produzido ao gênero humano um custo de sangue, de vidas e de padecimentos incomparavelmente superior ao produzido pela soma de todos os delitos” (FERRAJOLI, 2002, p. 310).

administrativas – ou qualquer outra que não a penal –, são essas as medidas que devem ser utilizadas para reprimir o ilícito.

Sales (2013) adota parcialmente o modelo garantista de Luigi Ferrajoli, conectando o princípio da intervenção mínima ao terceiro axioma daquele modelo: *Nulla Lex (poenalis) sine necessitate*. Explica que “Ferrajoli trabalha com a ideia de que o direito Penal somente está justificado diante de sua absoluta necessidade e apenas pode estabelecer proibições mínimas necessárias” (SALES, 2013, p. 145).

Especificamente no que se refere ao ordenamento jurídico brasileiro, embora não conste expressamente do texto da Constituição da República, o princípio da intervenção mínima encontra-se nele implícito logo em seu art. 1º, inciso III, ao consagrar a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado democrático de direito.

No contexto da Constituição de 1988, Roberti (2001) alerta que, uma vez que se reconheça como intangível o postulado da dignidade da pessoa humana, uma certeza deverá advir: a de que as disposições que restringem a liberdade humana não podem ultrapassar o limite do necessário.

Sales (2013) ressalta que o princípio da intervenção mínima se conecta ao Estado democrático de direito na medida em que é característica nuclear desse modelo de Estado tutelar de forma máxima os direitos fundamentais, bem como interferir de forma mínima na vida dos cidadãos. Assim, liga-se o Direito Penal à política criminal, destacando que aquele deve ser a *extrema ratio*: “o Estado deve intervir o mínimo possível e, mesmo quando isso ocorrer, só na precisa medida necessária para o asseguramento da vida em sociedade” (SALES, 2013, p. 73).

O autor (2013) defende o minimalismo penal também na seara criminal eleitoral, sustentando que o alargamento da zona de abrangência do Direito Penal se revela incompatível com o Estado democrático de direito, por violar a dignidade da pessoa humana. Propõe a esfera não penal como um novo caminho para o Direito

Eleitoral em matéria de proteção de bens jurídicos relevantes, destacando que

[...] a existência na legislação não penal eleitoral de dispositivos que protegem de forma adequada – muitos deles vindos de iniciativa da própria sociedade – demonstra não só a *suficiente* proteção como também a *legitimidade* dela. O uso do direito penal, nesse quadro, é *inadequado* (SALES, 2013, p. 157. Grifos do original).

Vive-se, ou pretende-se viver, no Estado democrático de direito, conforme preceitua a Constituição de 1988¹¹. Nesse contexto, não se pode admitir que existam condutas a serem obrigatoriamente protegidas pelo Direito Penal, pois a liberdade do cidadão – ainda que infrator da norma – é também um direito fundamental. Havendo outras formas de proteger bens jurídicos, o Direito Penal não deve ser aplicado. Sales (2013, p. 122) defende ainda que “[...] proteger não significa, necessariamente, criminalizar”. De acordo com o autor, revela-se incompatível com o princípio da dignidade da pessoa humana o incremento no número de crimes, havendo proteção ao bem a ser tutelado na esfera não penal.

Portanto, a regra é criminalizar somente em casos estritamente necessários. Por essa razão, defende-se ser ônus do Poder Legislativo demonstrar – aplicando o princípio da intervenção mínima, como manifestação do princípio da proporcionalidade aplicado ao Direito Penal constitucional – que as medidas adotadas por outros ramos do Direito não foram suficientes para coibir o ilícito e proteger o bem jurídico.

Caso o legislador não aplique o princípio da intervenção mínima e, por razões diversas, criminalize as condutas suficientemente protegidas por outros ramos do Direito, ou seja omissa quanto à sua descriminalização, caberá, então, ao Poder Judiciário, por meio do controle de constitucionalidade difuso, aplicar imediatamente o aludido princípio, porque este consagra o direito fundamental e porque o processo é também forma de realização do Estado democrático de direito. Isso porque

¹¹ Considerando que a norma é imputação e objetiva conformar a realidade.

[...] o magistrado, necessariamente, deve dar à norma geral e abstrata aplicável ao caso concreto uma interpretação conforme a Constituição, sobre ela exercendo o controle de constitucionalidade se for necessário [...] (DIDIER, 2015, p. 158).

Por todo o exposto, conclui-se que a intervenção estatal por meio do Direito Penal, como o último recurso democrático, deve ser norteadada pelo princípio da intervenção mínima com colorido constitucional. O fato de um bem encontrar-se positivado na Constituição não significa que mereça necessariamente a tutela penal; uma vez que há diversas outras formas de se tutelarem bens jurídicos, e o Direito Penal deve ser a última escolha, utilizado somente quando não existirem outras formas de o Estado coibir, por meio de sanções menos invasivas, a conduta indesejada. Portanto, somente aplicando o princípio da intervenção mínima – para selecionar os bens jurídicos constitucionais a serem protegidos penalmente –, o legislador infraconstitucional estará observando tanto a proibição do excesso quanto a proteção eficiente no que se refere aos direitos fundamentais. E, caso proceda de forma contrária, cabe ao Poder Judiciário aplicar imediatamente o princípio, utilizando-o como critério de controle de constitucionalidade das medidas restritivas de direito fundamental.

4 Estudo de caso: art. 299 do Código Eleitoral *versus* art. 41-A da Lei nº 9.504/1997 – legitimidade de criminalização da violação à liberdade de sufrágio?

Defende José Jairo Gomes (2015) que o crime eleitoral, dadas suas nuances, poderia inaugurar uma categoria própria. Contudo, predominantemente se insere na categoria geral dos crimes, sendo crime comum. Adverte Gomes (2015) que, embora o crime eleitoral tenha um colorido político – porque objetiva garantir direitos que são essencialmente políticos, como o direito do sufrágio, por exemplo –, o aludido fato não o qualifica como crime político. Essa afirmação encontra-se pacífica, havendo julgados – tanto no STF quanto no Tribunal Superior Eleitoral (TSE) – ratificando-a. Cite-se como exemplo, no STF, a Rcl nº 511/PB, julgada pelo Pleno, relator Ministro

Celso de Mello; e, no TSE, REspe nº 16048/SP, relator Ministro José Eduardo Rangel de Alckmin.

Dessa forma, a construção teórica desenvolvida neste artigo pode ser aplicada aos crimes eleitorais.

Tecidas essas considerações e fixadas as premissas mestras, seleciona-se uma das manifestações dos direitos fundamentais políticos – o livre exercício do voto –, a fim de verificar a legitimidade, pós-Constituição de 1988, do art. 299 do Código Eleitoral, ressaltando que os direitos políticos se encontram inseridos no catálogo dos direitos fundamentais de primeira dimensão (BONAVIDES, 2005).

Ao analisar-se o art. 14, § 9º, da Constituição da República, verifica-se a determinação de proteção aos direitos políticos, dirigida ao legislador. Contudo, como defendido, o dever de proteção não se confunde com o dever de criminalização, pois, havendo outro meio igualmente eficaz e menos gravoso para o cidadão, deverá ser adotado.

Cumpra, então, utilizando o princípio da intervenção mínima, proceder ao último teste, com o objetivo de verificar se há proteção suficiente – na seara eleitoral – à liberdade da vontade do eleitor quanto ao seu voto, a fim de concluir se o art. 299 do Código Eleitoral (CE) é compatível com a Constituição de 1988¹².

Extraí-se, de pronto, que esse dispositivo reúne as duas modalidades de corrupção: a ativa e a passiva. Faz-se necessário, assim, esclarecer que, nesta pesquisa, se buscou averiguar se há proteção suficiente, fora do Direito Penal, no que se refere à corrupção eleitoral ativa, relacionada às condutas de dar, oferecer, prometer dinheiro, dádiva ou qualquer outra vantagem para obter votos ou conseguir abstenção, ainda que a oferta não seja aceita pelo destinatário.

¹² Neisser defende a ampla liberdade de troca de ideias e informações durante o período pré-eleitoral e eleitoral, contudo alerta que essa liberdade deve ser analisada conjuntamente com a ideia de voto livre e, para tanto, defende também que deve ser coibida a divulgação de informações falsas (NEISSER, 2016, p. 48 e 50).

Na sequência, ao se analisar o art. 41-A da Lei nº 9.504/1997, conclui-se que as condutas configuradoras de captação ilícita de sufrágio (doar, fornecer, prometer ou entregar) são idênticas às descritas no crime de corrupção eleitoral ativa.

Defende Gomes (2015) que, em ambos os casos, o objetivo é proteger o livre exercício do voto. Assim,

[...] o candidato (ou terceiro que o represente) se lança ao eleitor com vistas a obter-lhe o voto mediante a vinculação psicológica cimentada pela dação, oferta, promessa ou entrega de bem ou vantagem de qualquer natureza (GOMES, 2015, p. 58).

Chega-se ao momento de responder à seguinte indagação: a coincidência de condutas típicas implica que *o art. 41-A da Lei das Eleições tenha suplantado ou de algum modo alterado o crime de corrupção eleitoral erigido no art. 299 do CE?*

Gomes (2015, p. 58) argumenta que as duas figuras legais convivem no sistema, porque se situam “em ambientes distintos” e porque o tipo do art. 299 do CE é mais amplo que o art. 41-A da Lei das Eleições, abarcando a corrupção eleitoral passiva, da qual não trata o último artigo. Para confirmar a tese, o autor cita o RHC nº 81/SP, julgado pelo TSE (BRASIL, 2005).

Embora reconheça os efeitos deletérios que a corrupção produz na democracia, Sales (2013) afirma que se valer do Direito Penal para combatê-la é um grande equívoco. Critica o movimento expansionista do Direito Penal ao ressaltar que a inflação legislativa que dele advém produz um Direito Penal simbólico, ineficiente no combate às práticas ilícitas, inclusive no que se refere à corrupção eleitoral.

Convergentemente, embora no contexto da corrupção em sentido amplo, Zaffaroni (2007) adverte que a corrupção surge no espaço do poder arbitrário e o único modo eficaz de preveni-la é fechando tais espaços, mediante engenharia institucional renovada.

Por outro lado, o art. 41-A da Lei das Eleições comina como sanção ao seu infrator a cassação do registro de candidatura e multa e,

após as alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 135/2010 na Lei Complementar nº 64/1990, aquele que for condenado por essa ilicitude ficará inelegível pelo prazo de oito anos.

Vê-se, assim, que a liberdade de exercício de sufrágio se encontra tutelada por norma de natureza não penal – dentro do próprio sistema do Direito Eleitoral –, impondo ao seu infrator gravíssimas consequências em sua capacidade eleitoral passiva, o que resulta, diversas vezes, na perda do mandato eletivo.

Ademais, considerando a celeridade imposta por meio da Lei nº 9.504/1997¹³ aos feitos de natureza eleitoral que possam acarretar a perda do mandato eletivo, não é difícil concluir que, na prática, essas ações serão processadas e julgadas de forma mais rápida que as criminais. Nestas, em decorrência de manobras processuais, não raras vezes ocorre prescrição da pretensão punitiva do Estado.

Dessa forma, demonstrado que o Direito Eleitoral – por meio de seus instrumentos próprios – consegue proteger efetivamente os bens jurídicos por ele tutelados, coaduna-se com Sales (2013) para concluir pela desnecessidade de o Direito Penal atuar em se tratando de corrupção eleitoral ativa.

Propõe-se ao Poder Judiciário – ao proferir julgamento em que analisa casos concretos tendo como causa de pedir jurídica a corrupção eleitoral ativa – que declare incidentalmente a inconstitucionalidade parcial do art. 299 do Código Eleitoral.

5 Conclusão

Iniciou-se este artigo com a premissa de que as normas penais existem para proteger os bens que foram eleitos como os de maior importância em determinada sociedade, para viabilizar a convivência humana e proteger as liberdades individuais.

¹³ Art. 97-A. Nos termos do inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal, considera-se duração razoável do processo que possa resultar em perda de mandato eletivo o período máximo de 1 (um) ano, contado da sua apresentação à Justiça Eleitoral.

Ao se ressaltar que a noção de bem jurídico penal é importante para limitar a atuação do *jus puniendi* estatal e selecionar quais os bens devem ser protegidos, passou-se a abordar as teorias contemporâneas para verificar qual delas se compatibilizaria com o Estado democrático de direito, concluindo-se que essa seleção deve encontrar seu fundamento de validade na Constituição da República, que tem como princípio nuclear a dignidade da pessoa humana.

Na sequência, destacou-se que tanto a proibição de excesso quanto o imperativo de tutela a direitos fundamentais são consectários do princípio da dignidade da pessoa humana.

Recorreu-se ao princípio da intervenção mínima, propondo sua releitura com as matizes do Estado democrático de direito, para que atuasse como critério de controle de constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais.

Com base nesse suporte teórico, o artigo enfrenta a questão problematizada, verificando que há proteção suficiente na esfera eleitoral à corrupção ativa e sugerindo ao Poder Judiciário, no que se refere à corrupção ativa, a declaração incidental de sua inconstitucionalidade.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual*. São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=3>. Acesso em: 31 out. 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

BRASIL. *Código eleitoral*. Lei 4737 de 15 de julho de 1965.

_____. *Código penal*. Decreto-lei n. 2848 de 7 de dezembro de 1940.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 5 de outubro de 1988.

_____. Superior Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 102.087 MG. Relator: Ministro Celso de Mello, Brasília, DF, *DJE*, n. 159, 13.8.2012.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Salvador: Jus Podivm, 2015.

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

GOMES, José Jairo. *Crimes e processo penal eleitorais*. São Paulo: Atlas. 2015.

GOMES, Suzana de Camargo. *Crimes eleitorais*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MASSON, Cleber. *Teoria constitucional do direito penal e os mandados de criminalização*. São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/teoria-constitucional-do-direito-penal-e-os-mandados-de-criminalizacao/5222>>. Acesso em: 3 nov. 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NEISSER, Fernando Gaspar. *Crime e mentira na política*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ROBERTI, Maura. *A intervenção mínima como princípio no direito penal brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 2001.

SALES, José Edvaldo Pereira. *A proteção do bem jurídico e a (des) criminalização no direito eleitoral*. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na constituição federal*. 1. ed., 2. imp. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1992.

SOUZA, José. *O combate à corrupção eleitoral no Brasil: mobilização social e eficácia da Lei 9840/99*. Belo Horizonte, 2010. Disponível em: <<http://www.secretariadegoverno.gov.br/arquivos/monografias/Jose%20Magalhaes%20de%20Souza.pdf>>. Acesso em: 7 fev. 2017

STRECK, Lênio Luiz. *A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico*. 2013. Disponível em: <<https://ensaiosjuridicos.wordpress.com/2013/04/19/a-dupla-face-do-principio-da-proporcionalidade-e-o-cabimento-de-mandado-de-seguranca-em-materia-criminal-superando-o-ideario-liberal-individualista-classico-lenio-streck/>>. Acesso em: 7 fev. 2017.

TAVARES, André Ramos; Agra, Walber de Moura; Pereira, Luiz Fernando (Coord.). *O direito eleitoral e o novo código de processo civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TÚLIO, Denise Vinci. *Crimes eleitorais*. Paraná, 1998. Disponível em: <<http://www.justicaeeleitoral.jus.br/arquivos/tre-pr-revista-parana-eleitoral-n030-1998-denise-vinci-tulio>>. Acesso em 7 fev. 17.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1989.

_____. *O inimigo no direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.