



Informativo TSE

Assessoria Especial do Tribunal Superior Eleitoral (Asesp)

Brasília, 28 de setembro a 11 de outubro de 2015 – Ano XVII – nº 13

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| SESSÃO JURISDICIONAL | 2 |
| • Utilização de jornal impresso para veiculação de matérias de cunho político e não configuração do uso indevido dos meios de comunicação social. | |
| PUBLICADOS NO <i>DJE</i> | 3 |
| DESTAQUE | 3 |
| OUTRAS INFORMAÇÕES | 26 |

SOBRE O INFORMATIVO: Este informativo, elaborado pela Assessoria Especial, contém resumos não oficiais de decisões do TSE pendentes de publicação e reprodução de acórdãos publicados no *Diário da Justiça Eletrônico (DJE)*. A versão eletrônica, disponível na página principal do TSE no *link* Jurisprudência – www.tse.jus.br/internet/midia/informativo.htm –, permite ao usuário assistir ao julgamento dos processos pelo canal do TSE no YouTube. Nesse *link*, também é possível, mediante cadastro no sistema Push, o recebimento do informativo por *e-mail*.

SESSÃO JURISDICIONAL

Utilização de jornal impresso para veiculação de matérias de cunho político e não configuração do uso indevido dos meios de comunicação social.

O Plenário do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, reafirmou que os jornais e os demais veículos impressos de comunicação podem assumir posição em relação aos pleitos eleitorais, sem que isso caracterize, por si só, propaganda eleitoral ilícita. Ressaltou que, para a configuração do uso indevido dos meios de comunicação social, o conteúdo veiculado deve ocasionar desequilíbrio no pleito eleitoral.

No caso, o Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, ao reformar sentença de primeiro grau, entendeu que as matérias veiculadas em jornal impresso excederam os limites de informação e configuraram abuso, ao exaltar determinados candidatos e atacar seus adversários, caracterizando utilização indevida dos veículos de comunicação social.

A Ministra Maria Thereza de Assis Moura (relatora) assinalou que, para a configuração do ato, a lei passou a exigir a avaliação da gravidade das circunstâncias que o caracterizam, devendo ser levado em conta se, diante das circunstâncias do caso concreto, os fatos narrados poderiam ser suficientes para gerar desequilíbrio na disputa eleitoral e se haveria prejuízo potencial à lisura do pleito (alteração trazida pela LC nº 135/2010).

Acrescentou que, conforme já acordado por esta Corte, os meios de comunicação impressos possuem menor alcance que o rádio e a televisão, concluindo que, na espécie, não houve gravidade suficiente a ensejar a penalidade prevista no art. 22, inciso XIV, da Lei Complementar nº 64/1990.

O Tribunal, por unanimidade, proveu o recurso, nos termos do voto da relatora.



[Recurso Especial Eleitoral nº 316-66, Cerquilho/SP, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, em 29.9.2015.](#)

| Sessão | Ordinária | Extraordinária | Julgados |
|----------------|------------|----------------|----------|
| Jurisdicional | 29.9.2015 | | 40 |
| | | 30.9.2015 | 36 |
| | 1º.10.2015 | | 23 |
| | 6.10.2015 | | 23 |
| Administrativa | 29.9.2015 | | 3 |
| | | 30.9.2015 | 4 |
| | 1º.10.2015 | | 1 |
| | 6.10.2015 | | 1 |

PUBLICADOS NO *DJE*

Mandado de Segurança nº 219-82/BA

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. ELEIÇÃO SUPLEMENTAR PARA OS CARGOS DE PREFEITO E VICE-PREFEITO. DESIGNAÇÃO PELO TRIBUNAL REGIONAL DE ELEIÇÃO NA MODALIDADE DIRETA. LEI ORGÂNICA MUNICIPAL QUE PREVÊ ELEIÇÕES SUPLEMENTARES NA MODALIDADE INDIRETA SE A VACÂNCIA SE DER NO SEGUNDO BIÊNIO DO MANDATO. SENTENÇA DE CASSAÇÃO PROFERIDA NO PRIMEIRO BIÊNIO. AUSÊNCIA DE EFEITO SUSPENSIVO NOS RECURSOS ELEITORAIS. MANUTENÇÃO PROVISÓRIA E PRECÁRIA NO CARGO APÓS A CASSAÇÃO NÃO AFASTA A VACÂNCIA. CONSIDERADA A DATA DA SENTENÇA, A VACÂNCIA OCORREU NO PRIMEIRO BIÊNIO. CORRETA A ELEIÇÃO NA FORMA DIRETA. AUSÊNCIA DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO. ORDEM DENEGADA.

1. A vacância do cargo eletivo decorre da cassação do mandato proferida em julgamento em face do qual a lei não prevê recurso com efeito suspensivo.

2. Eventual manutenção do político no cargo, após sentença de cassação, se dá em caráter provisório e precário, e não elide a vacância.

3. Ausente o direito líquido e certo amparado em lei orgânica municipal que prevê eleições suplementares na modalidade indireta para os casos de dupla vacância ocorrida no segundo biênio do mandato, se a vacância ocorreu no primeiro biênio.

Ordem denegada.

DJE de 28.9.2015.

Acórdãos publicados no DJE: 118

DESTAQUE

(Espaço destinado ao inteiro teor de decisões que possam despertar maior interesse, já publicadas no *DJE*.)

Recurso Especial Eleitoral nº 7735688-67/GO

Relator: Ministro Dias Toffoli

RECURSO ESPECIAL. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 337 DO CÓDIGO ELEITORAL. INCOMPATIBILIDADE COM OS PRECEITOS INSCULPIDOS NOS ARTS. 5º, IV, VI e VIII, E 220 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, QUE ASSEGURAM A LIVRE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO E A LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO.

1. O art. 337 do Código Eleitoral, que descreve como crime a participação em atividades político-partidárias, inclusive comícios e atos de propaganda, daquele que estiver com os direitos políticos suspensos, não guarda sintonia com os arts. 5º, IV, VI e VIII, e 220 da Carta da República, que garantem ao indivíduo a livre expressão do pensamento e a liberdade de consciência, ainda que o exercício de tais garantias sofra limitações em razão de outras, também resguardadas pela Constituição Federal.

2. O disposto na referida norma penal implica a restrição de um direito fundamental garantido pela Constituição, sem que haja, em contraposição, bem ou valor jurídico atingido pela conduta supostamente delituosa.

3. O comportamento descrito na aludida norma de natureza penal não consiste na prática de um direito político passível de suspensão, mas sim no exercício de um direito fundamental que se

insere na órbita da liberdade individual albergada pela Lei Maior.
Recurso especial a que se nega provimento.

Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, em desprover o recurso e reconhecer a incompatibilidade do artigo 337 do Código Eleitoral com a Constituição Federal de 1988, nos termos do voto do relator.

Brasília, 14 de outubro de 2014.

MINISTRO DIAS TOFFOLI – RELATOR

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Senhor Presidente, o Tribunal Regional Eleitoral de Goiás (TRE/GO), reconhecendo a inconstitucionalidade do art. 337 do Código Eleitoral, deu provimento a recurso criminal promovido por Francisco Agra Alencar Filho, para absolver o acusado dos fatos a ele imputados como crime.

O acórdão foi assim ementado (fl. 453):

RECURSO CRIMINAL. RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 337 DO CÓDIGO ELEITORAL. RECURSO PROVIDO.

1. Os casos de perda e suspensão dos direitos políticos estão restritos aos direitos políticos enumerados no artigo 14 da Carta Federal, isto é, o direito de votar e ser votado, não fazendo parte desse rol os casos de participação em atividades partidárias, comícios e atos de propaganda.
2. A nova ordem Constitucional prima pela liberdade de expressão como direito fundamental do cidadão, sendo vedado a uma legislação ordinária construir tipo penal que restrinja a liberdade de manifestação, inclusive política.
3. O artigo 337 do Código Eleitoral não foi recepcionado pela Constituição de 1988, motivo pelo qual impõe-se o reconhecimento de sua inconstitucionalidade.
4. Recurso criminal provido, para reformar a sentença *[sic]* de primeiro grau e absolver o acusado, vez que a conduta por ele praticada não pode ser considerada crime.

O Ministério Público Eleitoral interpõe o presente recurso especial, no qual aponta divergência jurisprudencial e alega, em síntese:

- a) afronta aos arts. 14 e 15 da Constituição Federal, pois, “[...] embora a norma constitucional do art. 14 faça expressa referência ao sufrágio universal e ao voto direto e secreto, os direitos políticos derivam da soberania popular, e, por isso, não estão meramente limitados às capacidades eleitorais ativa e passiva” (fl. 465);
- b) violação ao art. 337 do Código Eleitoral, uma vez que “[...] as regras constitucionais que disciplinam os direitos políticos e sua perda ou suspensão (art. 14 e 15 da Constituição de 1988) e demais normas infraconstitucionais que as complementam não permitem que aquele que teve os seus direitos políticos suspensos pratique atividades de natureza político-partidárias” (fl. 465);
- c) o direito de votar e de ser votado compreende apenas o núcleo dos direitos políticos. “[...] o conceito do termo ‘direitos políticos’, no entanto, por se fundar na soberania popular, é mais abrangente, possui maior amplitude, permitindo aos seus destinatários não só a possibilidade de votar e ser votado, mas confere-lhe ainda os seguintes direitos: a) alistamento eleitoral; b) organizar e participar das atividades dos partidos políticos; c) filiar-se a um partido político; d) prover determinados cargos públicos não eletivos; e) iniciar projeto de lei pela via da iniciativa popular; f) ter legitimação ativa para propositura da ação popular” (fl. 465);

d) o ora recorrido estava proibido de se manter filiado, por força do disposto no art. 16 da Lei nº 9.096/95, "[...] a qual dispõe expressamente que : "Só pode filiar-se a partido político o eleitor que estiver em pleno gozo de seus direitos políticos" (fl. 466).

Contrarrazões às fls. 477-496.

Em seu parecer de fls. 501-503, a Procuradoria-Geral Eleitoral manifesta-se pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (relator): Senhor Presidente, o ora recorrido foi condenado em primeiro grau às penas de cinco meses de reclusão, no regime aberto, e de pagamento de cem dias-multa, no valor de um terço do salário mínimo vigente à época dos fatos, em razão da suposta prática do crime descrito no art. 337 do Código Eleitoral, que assim dispõe:

Ar. 337. Participar, o estrangeiro ou brasileiro que não estiver no gozo dos seus direitos políticos, de atividades partidárias inclusive comícios e atos de propaganda em recintos fechados ou abertos:

Pena - detenção até seis meses e pagamento de 90 a 120 dias-multa.

Imputou-se ao recorrido o exercício de atividade político-partidária, uma vez que figurava como presidente do Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), mesmo estando com seus direitos políticos suspensos em razão de condenação por decisão transitada em julgado, em sede de ação civil pública por improbidade administrativa.

O TRE/GO reformou a sentença, absolvendo o acusado nos termos do art. 386, III, do CPP, por considerar o art. 337 do Código Eleitoral não recepcionado pela Constituição Federal.

Reproduzo os seguintes trechos do aresto recorrido (fls. 445-452):

O apelante argui uma prejudicial de mérito, qual seja, a inconstitucionalidade do artigo 337 do Código Eleitoral, pelo qual fora condenado, assim positivado:

Art. 337. Participar, o estrangeiro ou brasileiro que não estiver no gozo dos seus direitos políticos, de atividades partidárias, inclusive comícios e atos de propaganda em recintos fechados ou abertos:

Pena - detenção ate seis meses e pagamento de 90 a 120 dias-multa.

[...]

Trata-se de tipo penal que proíbe aquele que não esteja no gozo de seus direitos políticos de exercer atividades partidárias, participar de comícios e de atos de propaganda em recintos fechados ou abertos.

Por sua vez, os direitos políticos foram enumerados na Carta Federal de 1988:

CAPÍTULO IV - DOS DIREITOS POLÍTICOS

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

I - plebiscito;

II - referendo;

III - iniciativa popular.

(...)

Art. 15. E vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

I - cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado;

II - incapacidade civil absoluta;

III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;

IV - recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII;

V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.

Da leitura do artigo 14, é possível concluir que os direitos políticos são compostos por um conjunto de prerrogativas, atributos e garantias que possibilitam aos cidadãos intervir no governo de seu país, seja de forma direta ou indireta, com base na soberania popular. E direito do cidadão participar da vida política de seu país. Os casos de suspensão e perda dos direitos políticos estão, conforme se denota no artigo 15, adstritos aos direitos políticos enumerados do artigo 14 da Constituição Federal, isto é, o direito de votar e ser votado.

Não abrangeria, portanto, os casos de participação em atividades partidárias, comícios e atos de propaganda em recintos fechados e abertos, uma vez que esses direitos políticos não estão descritos na Carta Federal. Até mesmo porque os direitos políticos se constituem em normas de direitos fundamentais, constituem cláusula pétrea, e é sabido que toda restrição a direito fundamental deve ser interpretada restritivamente.

Ademais, é de se mencionar que a nossa Constituição prevê também como direito fundamental (artigo 5º, inciso IV) a liberdade de expressão.

Com a nova ordem constitucional em 1988, é vedado a legislação ordinária, no caso o Código Eleitoral, construir tipo penal, que restrinja a liberdade de manifestação, inclusive política, a não ser para proteger outro direito do mesmo status constitucional, objetivando dirimir a colisão entre direitos. Nesse mesmo sentido, cito trecho de parecer da Procuradoria Regional Eleitoral do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais, o qual foi adotado no voto condutor do Acórdão no Habeas Corpus nº 863-04.2011.6.13.0000:

[...]

Assim, a jurisprudência dominante e a atual sobre o assunto vem solidificando o entendimento de que o artigo 337 do Código Eleitoral não foi recepcionado pela nova ordem constitucional, vez que incompatível com a Constituição Federal. Veja-se:

“Recurso criminal. Ação penal. Crime Eleitoral. Art. 337 do Código Eleitoral. Participação em ato de propaganda eleitoral. Suspensão de direitos políticos. Improcedência da denúncia.

(...)

Mérito.

Questão que se restringe à recepção ou não pela vigente ordem constitucional do art. 337, do Código Eleitoral. Código Eleitoral datado de 1965. Ditadura militar. Superveniência da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB). Direito fundamental à livre manifestação do pensamento assegurado no art. 5º, IV, da CRFB. Cláusula pétrea.

Incompatibilidade entre o art. 337 do Código Eleitoral e a atual ordem constitucional. Inexistência de bem jurídico da atual sociedade brasileira a ser tutelado pelo tipo penal.

Não recepção do art. 337, do Código Eleitoral pela Constituição da República Federativa do Brasil.

Reforma da decisão. Absolvção do recorrente, com base no art. 386,111, do Código de Processo Penal.

[...]

Não recepção do art. 337, do Código Eleitoral pela atual Constituição da República. Recurso prejudicado.

(Acórdão TRE-MG no RECURSO CRIMINAL nº 14166 - São Lourenço/MG, de 07/12/2011, Relator MAURICIO TORRES SOARES, publicado no DJEMG - Diário de Justiça Eletrônico - TRE/MG, Data 14/12/2011).

RECURSO CRIMINAL - ART. 337 DO CÓDIGO ELEITORAL - DIREITOS POLÍTICOS COM STATUS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS (ART. 14, CF) – AUTOAPLICABILIDADE DOS ARTS. 14, 15 E 16 DA

CONSTITUIÇÃO FEDERAL - NÃO RECEPÇÃO DO ART. 337 DO CÓDIGO ELEITORAL PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 (LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO E DE COMUNICAÇÃO - ART. 5º, CF) - CONDUTA DELITUOSA NÃO MAIS CONSIDERADA COMO CRIME – RECURSO PROVIDO.

1. As normas constitucionais relativas aos direitos políticos (arts. 14, 15 e 16) são de eficácia plena.

Portanto, produzem de imediato todos os efeitos relativos às situações que foram reguladas pelo constituinte originário.

2. O art. 337 do Código Eleitoral, ao punir como conduta delituosa a participação, em atividades partidárias, de cidadão que não esteja em pleno gozo de seus direitos políticos, conflita diretamente com os direitos e garantias Fundamentais elencadas no art. 5º da Constituição Federal de 1988, motivo pelo qual deve ser declarada sua inconstitucionalidade. (Acórdão TRE-PR no 37.220, de 30/07/2009, Relatora REGINA HELENA AFONSO DE OLIVEIRA PORTES, publicado no DJ - Diário de justiça, Data 6/8/2009)

Esclarecedor é o voto dado no Recurso Criminal nº 113, da lavra do Dr. Auracyr Azevedo de Moura Cordeiro, Juiz do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, o qual é, inclusive, citado na obra *Legislação Eleitoral Interpretada — Doutrina e Jurisprudência*, de Rui Stoco e Leandro de Oliveira Stoco (2004), às pags. 736/738, já que se tratou do *leading case* responsável por classificar esse artigo como inconstitucional:

“...Parece-me claro que os direitos cujo exercício ficam suspensos durante o cumprimento da pena são os elencados no art. 14 e seus parágrafos da Lei Maior: basicamente, o direito de votar (direito político ativo) e o direito de ser votado (direito político passivo), além de ocupar cargos públicos, juiz de paz e semelhantes. Não se olvide que, em se tratando de norma restritiva de direitos, a interpretação do preceito transcrito haverá de ser *stricto sensu*. E como bem aponta a acatada Rosah Russomano: ‘Os direitos políticos, visualizados em sua acepção restrita, encarnam o poder de que dispõe o indivíduo para interferir na estrutura governamental, através do voto. Portanto, no setor dos direitos políticos focalizados *stricto sensu*, notamos uma nova distinção: há o direito de eleger os representantes do governo (‘direito de sufrágio político’) e o direito de ser eleito para as funções políticas (‘elegibilidade’)’ (Curso de Direito Constitucional. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997, p. 73-74). NO. () é por outra razão que tanto o citado art. 14 (que indica quais sac) os aludidos direitos) como o art. 15 (que trata de sua respectiva suspensão ou perda) estão congregados, no corpo da Constituição, no mesmo Capítulo: o Capítulo IV do Título II, denominado ‘Dos Direitos Políticos’. Assim, o condenado não pode votar, não pode ser votado ou ocupar cargos públicos. Nem menos do que isso, porém nem mais do que isso. Em nenhuma passagem o texto constitucional declara que quem estiver com os seus direitos políticos suspensos fica proibido de participar de atos políticos, inclusive comícios, propaganda em recintos fechados e abertos etc. Isto era próprio da época em que o Código Eleitoral foi promulgado, quando, por penada castrense, era possível cassar os direitos políticos dos ‘inconvenientes’ sem qualquer possibilidade de revisão ou contestação. A vedação, portanto, não está e nem decorre da Constituição, mas fica inteiramente por conta do art. 337 do Código Eleitoral. Tal preceito, a seu turno, erigiu a não titularidade dos direitos políticos em pressuposto para a vedação, com consequências penais próprias, da prática de uma série de atos que, a rigor, não se confundem com esses direitos: exercer atividades partidárias, participar de comícios e de atos de propaganda em recintos abertos e fechados não significa votar, nem ser votado. Então, como estes comportamentos devem ser entendidos? Tenho para mim que eles são exteriorizações de um bem jurídico que, na Constituição, não está encartado entre os ‘direitos políticos’ do art. 14, mas apresenta-se assegurado no rol dos ‘direitos individuais’, especificamente o art. 5º, inciso IV: ‘é livre a manifestação do pensamento...’ filosófico, religioso e, por Óbvio, político. (...) Assim participar de comícios, de atos de propaganda e dos demais mencionados no art. 337 do Código Eleitoral constitui comportamento que expressa não ao exercício de direito político passível de suspensão (matéria, repita-se, tratada no art. 14 da CF), mas a prática de direito individual que assegura a livre manifestação do pensamento (‘expressão pública’) de pensamento inclusive político (art. 5º, inciso IV). E, a propósito deste direito, definitivamente a Lei Maior proíbe seja cassado, perdido, suspenso ou, de qualquer forma, tolhido por lei.”

No caso em exame, o próprio acusado assume que foi presidente do diretório municipal do PMDB, discursou em alguns comícios e participou indiretamente na administração municipal na condição de conselheiro. Essas seriam as atividades partidárias exercidas pelo apelante, as quais, para o magistrado de primeira instância, seriam vedadas a ele.

Ocorre que, diante de todas as razões acima expendidas, concluo que não há mais bem jurídico tutelado pela Constituição Federal que justifique a validação nem a vigência do tipo penal contido no artigo 337 do Código Eleitoral, pelo qual o ora apelante fora condenado, motivo pelo qual declaro sua inconstitucionalidade, incidentalmente, para DAR PROVIMENTO ao recurso de apelação, reformar a sentença de primeiro grau e absolver o acusado, nos termos do artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal, vez que a conduta delituosa a ele atribuída não pode mais ser considerada crime.

Sem reparos o posicionamento da Corte Regional.

Entendo que o disposto no art. 337 do Código Eleitoral é incompatível com os postulados constitucionais da liberdade de manifestação do pensamento e de consciência, que constituem direitos fundamentais do indivíduo assegurados pela Constituição Federal, inserindo-se entre os valores mais preciosos do regime democrático.

Por pertinente, transcrevo a referida norma:

Art. 337. Participar, o estrangeiro ou brasileiro que não estiver no gozo dos seus direitos políticos, de atividades partidárias inclusive comícios e atos de propaganda em recintos fechados ou abertos: Pena - detenção até seis meses e pagamento de 90 a 120 dias-multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorrerá o responsável pelas emissoras de rádio ou televisão que autorizar transmissões de que participem os mencionados neste artigo, bem como o diretor de jornal que lhes divulgar os pronunciamentos.

O aludido dispositivo penal, que descreve como crime a participação daquele que estiver com os direitos políticos suspensos em atividades político-partidárias, inclusive comícios e atos de propaganda, não guarda sintonia com os arts. 5º, IV, VI e VIII, e 220 da Carta da República, que garantem ao indivíduo a livre expressão do pensamento e a liberdade de consciência, ainda que o exercício de tais garantias sofra limitações em razão de outras, também resguardadas pela Constituição Federal.

Reproduzo os dispositivos constitucionais:

Art. 5º 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:

[...]

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

[...]

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

[...]

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

Ressalte-se que os direitos concernentes à manifestação do pensamento são de eficácia plena e não admitem relativização imposta por lei ordinária, mas somente pela própria Constituição,

como ocorre com o direito à intimidade, à honra, à vida privada e à imagem, assegurados no inciso X do art. 5º, *in verbis*:

Art. 5º 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:

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Dentro dessa ótica, não se afasta a possibilidade de se impor limites ao exercício da liberdade de expressão em relação a outros bens jurídicos também resguardados pela Carta da República, além daqueles descritos no inciso X do art. 5º, como ocorre com as manifestações que impliquem violação a normas de natureza eleitoral, como forma de proteger a lisura do processo eleitoral que, nas palavras do eminente Ministro Carlos Ayres Britto, “[...] outra coisa não é senão a própria depuração do regime representativo e da moralidade que se põe como inafastável condição de investidura em cargo político-eletivo” (RP nº 1201/DF, Relator designado Min. Carlos Ayres Britto, PSESS de 2.10.2006).

Não é outro o entendimento do jurista Paulo Gustavo Gonet Branco que, na obra intitulada Curso de Direito Constitucional, editado em coautoria com o também jurista e Ministro Gilmar Ferreira Mendes, acentuou que:

[...] não são apenas aqueles bens jurídicos mencionados expressamente pelo constituinte (como a vida privada, a intimidade, a honra e a imagem) que operam como limites à liberdade de expressão. Qualquer outro valor abrigado pela Constituição pode entrar em conflito com essa liberdade, reclamando sopesamento, para que, atendendo ao critério da proporcionalidade, descubra-se, em cada grupo de casos, qual princípio deve sobrelevar.¹

No entanto, não se pode restringir o exercício de uma garantia assegurada constitucionalmente, sem que haja a violação de um bem jurídico também tutelado pela Lei Maior, apto a atingir direitos de terceiros ou da coletividade ou qualquer garantia concernente à ordem pública, segundo previsão constitucional.

Nessa linha de entendimento, o tipo descrito no art. 337 do Código Eleitoral, que proíbe a participação em atividades partidárias daquele que estiver com seus direitos políticos suspensos, implica a restrição de um direito garantido pela Constituição, sem que haja, em contraposição, bem ou valor jurídico atingido pela conduta supostamente delituosa.

Até porque o comportamento descrito na aludida norma de natureza penal não consiste na prática de um direito político passível de suspensão, mas sim no exercício de um direito fundamental que se insere na órbita da liberdade individual albergada pela Lei Maior.

Dessa forma, ao contrário do que afirma o recorrente, a interpretação quanto ao conceito de direitos políticos – os quais, segundo afirma, não estariam relacionados apenas ao exercício da capacidade eleitoral ativa e passiva – não pode ser alargada a ponto de inserir na norma penal preceito não contido no teor do dispositivo.

Com efeito, o mencionado dispositivo descreve como crime a participação do cidadão que estiver com os direitos políticos suspensos em atividades partidárias, inclusive comícios e atos de

¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gunet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 307.

propaganda, comportamentos que dizem respeito à liberdade individual e não à prática de atos que se inserem no âmbito dos direitos políticos, propriamente ditos.

Frise-se que a aludida norma não prevê como crime a filiação do cidadão nos quadros da agremiação, o que constituiria, em tese, o exercício de um direito político albergado constitucionalmente, que poderia sofrer restrição diante de um bem jurídico maior. Mas, ao contrário, priva o cidadão de manifestar-se quanto às suas crenças e convicções políticas, o que implica, a meu ver, restrição à liberdade de manifestação do pensamento e de consciência.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso do Ministério Público para manter o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Eleitoral de Goiás, que declarou a inconstitucionalidade do art. 337 do Código Eleitoral.

É como voto.

PEDIDO DE VISTA

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Senhor Presidente, o caso é interessante, o dispositivo trata não só de brasileiros que tiveram direitos suspensos, mas também de estrangeiros. E o texto tem outras disciplinas em relação a direitos fundamentais, direito de propriedade de estrangeiros, a questão da propriedade de empresa jornalística por estrangeiros. Isso tem uma série de ações, de modo que peço vista dos autos.

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Senhor Presidente, a questão controvertida neste recurso é a recepção ou não do art. 337 do Código Eleitoral pela Constituição Federal de 1988.

Vossa Excelência negou provimento ao recurso, interposto pelo Ministério Público Eleitoral, sob o fundamento principal de que o disposto no art. 337 do Código Eleitoral contraria as garantias de livre expressão do pensamento e de liberdade de consciência, previstas na Carta da República.

Passo a votar.

Para averiguação da conformidade do tipo penal previsto no art. 337 do Código Eleitoral com a Constituição Federal de 1988, importante, inicialmente, é o estabelecimento de parâmetros para o controle de constitucionalidade das leis penais. Após, necessária mostra-se a reflexão sobre o momento histórico em que o tipo surgiu no ordenamento e sobre a previsão do direito à livre manifestação do pensamento na Carta Magna e, por fim, a análise da desproporcionalidade da criminalização das condutas previstas nesse dispositivo.

1. Controle de Constitucionalidade das Leis Penais

1.1. Mandatos Constitucionais de Criminalização: as margens de ação conferidas constitucionalmente ao legislador em matéria penal e sua limitação pelo princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (*Übermassverbot*) e proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*)

A Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas.

Mencionem-se, a propósito, as seguintes disposições constantes do art. 5º:

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

Também o art. 7º, inciso X, contempla norma clara a propósito:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa.

Em sentido idêntico dispõe o art. 227, § 4º, da Constituição:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

[...]

§ 4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

O art. 225, § 3º, dispõe de forma semelhante:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para presentes e futuras gerações.

[...]

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Em todas essas normas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos².

Em verdade, tais disposições traduzem outra dimensão dos direitos fundamentais, decorrente de sua feição objetiva na ordem constitucional.

Tal concepção legitima a ideia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público (*direito fundamental enquanto direito de proteção ou de defesa Abwehrrecht*), mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros (*Schutzpflicht des Staats*)³.

² FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 80 e seg.

³ HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 16. ed. Heidelberg, 1988, p. 155-156.

A forma como esse dever será satisfeito constitui, muitas vezes, tarefa dos órgãos estatais, que dispõem de alguma liberdade de conformação⁴. Não raras vezes, a ordem constitucional identifica o dever de proteção e define a forma de sua realização.

A jurisprudência da Corte Constitucional alemã acabou por consolidar entendimento de que do significado objetivo dos direitos fundamentais resulta o dever do Estado não apenas de se abster de intervir no âmbito de proteção desses direitos, mas também de protegê-los contra a agressão ensejada por atos de terceiros⁵.

Essa interpretação da Corte Constitucional empresta, sem dúvida, uma nova dimensão aos direitos fundamentais, fazendo com que o Estado evolua da posição de “adversário” para uma função de guardião desses direitos⁶.

É fácil ver que a ideia de um dever genérico de proteção fundado nos direitos fundamentais relativiza sobremaneira a separação entre a ordem constitucional e a ordem legal, permitindo que se reconheça uma irradiação dos efeitos desses direitos sobre toda a ordem jurídica⁷.

Assim, ainda que não se reconheça, em todos os casos, uma pretensão subjetiva contra o Estado, tem-se, inequivocamente, a identificação de um dever deste de tomar todas as providências necessárias para a realização ou concretização dos direitos fundamentais⁸.

Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Utilizando-se da expressão de Canaris, 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*)⁹.

Nos termos da doutrina e com base na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, pode-se estabelecer a seguinte classificação do dever de proteção¹⁰:

- a) dever de proibição (*Verbotspflicht*), consistente no dever de se proibir uma determinada conduta;
- b) dever de segurança (*Sicherheitspflicht*), que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante a adoção de medidas diversas;
- c) dever de evitar riscos (*Risikopflicht*), que autoriza o Estado a atuar com o objetivo de evitar riscos para o cidadão em geral mediante a adoção de medidas de proteção ou de prevenção especialmente em relação ao desenvolvimento técnico ou tecnológico.

Discutiu-se intensamente se haveria um direito subjetivo à observância do dever de proteção ou, em outros termos, se haveria um direito fundamental à proteção. A Corte Constitucional acabou por reconhecer esse direito, enfatizando que a não observância de um dever de proteção corresponde a uma lesão do direito fundamental previsto no art. 2, II, da Lei Fundamental¹¹.

⁴ HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, cit. p.156.

⁵ Cf., a propósito, *BVerfGE*, 39, 1 e s.; 46, 160 (164); 49, 89 (140 e s.); 53, 50 (57 e s.); 56, 54 (78); 66; 39 (61); 77 170 (229 s.); 77, 381 (402 e s.); ver, também, DIETLEIN, Johannes. *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*. Berlin, 1991, p. 18.

⁶ Cf., a propósito, DIETLEIN, Johannes. *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, cit. p. 17 e s.

⁷ von MÜNCH, Ingo. *Grundgesetz-Kommentar, Kommentar zu Vorbemerkung Art 1-19*, Nº 22.

⁸ von MÜNCH, Ingo. *Grundgesetz-Kommentar*, cit.

⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts. JuS*, 1989, p. 161 (163).

¹⁰ RICHTER, Ingo; SCHUPPERT, Gunnar Folke. *Casebook Verfassungsrecht*. 3. ed. München, 1996, p. 35-36.

¹¹ Cf. *BVerfGE* 77, 170 (214); ver também RICHTER, Ingo; SCHUPPERT, Gunnar Folke. *Casebook Verfassungsrecht*, p. 36-37.

Assim, as normas constitucionais brasileiras referidas explicitam o dever de proteção identificado pelo constituinte e traduzido em mandatos de criminalização expressos dirigidos ao legislador.

Como bem anota Luciano Feldens¹², os mandatos constitucionais de criminalização atuam como limitações à liberdade de configuração do legislador penal e impõem a instituição de um sistema de proteção por meio de normas penais.

Registre-se que os mandatos de criminalização expressos não são uma singularidade da Constituição brasileira. Outras Constituições adotam orientações assemelhadas (Cf. Constituição espanhola, art. 45, 1, 2 e 3; art. 46, c, e art. 55; Constituição italiana, art. 13; Constituição da França, art. 68; Lei Fundamental da Alemanha, art. 26, I).

É inequívoco, porém, que a Constituição brasileira de 1988 adotou, muito provavelmente, um dos mais amplos, senão o mais amplo “catálogo” de mandatos de criminalização expressos de que se tem notícia.

Ao lado dessa ideia de mandatos de criminalização expressos, convém observar que configura prática corriqueira na ordem jurídica a concretização de deveres de proteção mediante a criminalização de condutas.

Outras vezes cogita-se mesmo de mandatos de criminalização implícitos, tendo em vista uma ordem de valores estabelecida pela Constituição. Assim, levando-se em conta o dever de proteção e a proibição de uma proteção deficiente ou insuficiente (*Untermassverbot*), cumpriria ao legislador estatuir o sistema de proteção constitucional-penal adequado.

Em muitos casos, a eleição da norma penal pode conter-se no âmbito daquilo que se costuma chamar de discricionariedade legislativa, tendo em vista desenvolvimentos históricos, circunstâncias específicas ou opções ligadas a certo experimentalismo institucional. A ordem constitucional confere ao legislador margens de ação¹³ para decidir quais medidas devem ser adotadas para a proteção penal eficiente dos bens jurídicos fundamentais. É certo, por outro lado, que a atuação do legislador sempre estará limitada pelo princípio da proporcionalidade.

Assim, na dogmática alemã, é conhecida a diferenciação entre o princípio da proporcionalidade como *proibição de excesso* (*Übermassverbot*) e como *proibição de proteção deficiente* (*Untermassverbot*). No primeiro caso, o princípio da proporcionalidade funciona como parâmetro de aferição da constitucionalidade das intervenções nos direitos fundamentais como *proibições de intervenção*. No segundo, a consideração dos direitos fundamentais como *imperativos de tutela* (Canaris) imprime ao princípio da proporcionalidade uma estrutura diferenciada¹⁴. O ato não será *adequado* caso não proteja o direito fundamental de maneira ótima; não será *necessário* na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da *proporcionalidade em sentido estrito* se o grau de satisfação do fim legislativo for inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção¹⁵.

¹² FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; 2005.

¹³ Cfr.: ALEXY, Robert. Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios políticos y Constitucionales, nº 66, ano 22, p. 13-64, sep.-dic./2002.

¹⁴ “Uma transposição, sem modificações, do estrito princípio da proporcionalidade, como foi desenvolvido no contexto da proibição de excesso, para a concretização da proibição de insuficiência, não é, pois, aceitável, ainda que, evidentemente, também aqui considerações de proporcionalidade desempenhem um papel, tal como em todas as soluções de ponderação”. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina; 2003.

¹⁵ Cf. BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2003, p. 798 e segs.

Na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, a utilização do princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente pode ser observada na segunda decisão sobre o aborto (*BVerfGE 88, 203, 1993*). O *Bundesverfassungsgericht* assim se pronunciou:

O Estado, para cumprir com seu dever de proteção, deve empregar medidas suficientes de caráter normativo e material, que levem a alcançar atendendo à contraposição de bens jurídicos a uma proteção adequada, e como tal, efetiva (proibição de insuficiência).

[...]

É tarefa do legislador determinar, detalhadamente, o tipo e a extensão da proteção. A Constituição fixa a proteção como meta, não detalhando, porém, sua configuração. No entanto, o legislador deve observar a proibição de insuficiência [...]. Considerando-se bens jurídicos contrapostos, necessária se faz uma proteção adequada. Decisivo é que a proteção seja eficiente como tal. As medidas tomadas pelo legislador devem ser suficientes para uma proteção adequada e eficiente e, além disso, basear-se em cuidadosas averiguações de fatos e avaliações racionalmente sustentáveis [...].

Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. A ideia é a de que a intervenção estatal por meio do Direito Penal, como *ultima ratio*, deve ser sempre guiada pelo princípio da proporcionalidade.

A reserva de lei penal configura-se como reserva legal proporcional (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*): a proibição de excesso (*Übermassverbot*) funciona como limite máximo, e a proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*), como limite mínimo da intervenção legislativa penal.

Abre-se, com isso, a possibilidade do controle da constitucionalidade da atividade legislativa em matéria penal.

Se é certo, por um lado, que a Constituição confere ao legislador uma margem discricionária de avaliação, valoração e conformação quanto às medidas eficazes e suficientes para a proteção do bem jurídico penal e, por outro, que a mesma Constituição também impõe ao legislador os limites do dever de respeito ao princípio da proporcionalidade, é possível concluir pela viabilidade da fiscalização judicial da constitucionalidade dessa atividade legislativa. O Tribunal está incumbido de examinar se o legislador considerou suficientemente os fatos e as prognoses e se utilizou de sua margem de ação de forma adequada para a proteção suficiente dos bens jurídicos fundamentais¹⁶.

Esses argumentos serão analisados no tópico seguinte.

1.2. Modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal, baseado em níveis de intensidade

O Direito Penal é certamente o instrumento mais contundente de que se vale o Estado para disciplinar a conduta dos indivíduos.

Na medida em que a pena constitui a forma de intervenção estatal mais severa no âmbito de liberdade individual e que, portanto, o Direito Penal e o Processual Penal devem revestir-se de maiores garantias materiais e processuais, o controle de constitucionalidade em matéria penal deve ser realizado de forma ainda mais rigorosa do que aquele destinado a averiguar a legitimidade constitucional de outros tipos de intervenção legislativa em direitos fundamentais dotados de menor potencial ofensivo.

¹⁶ *BVerfGE 88, 203, 1993*.

Em outros termos, se a atividade legislativa de definição de tipos e cominação de penas constitui, *prima facie*, uma intervenção de alta intensidade em direitos fundamentais, a fiscalização jurisdicional da adequação constitucional dessa atividade deve ser tanto mais exigente e rigorosa por parte do órgão que tem em seu encargo o controle da constitucionalidade das leis.

Esse entendimento pode ser traduzido segundo o *postulado do princípio da proporcionalidade em sentido estrito*, o qual, como ensina Alexy, “pode ser formulado como uma lei de ponderação cuja fórmula mais simples voltada para os direitos fundamentais diz: *quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção*”¹⁷.

A tarefa do Tribunal Constitucional é, portanto, a de fiscalizar a legitimidade constitucional da atividade legislativa em matéria penal, lastreado pelo princípio da proporcionalidade, seguindo, dessa forma, a máxima: *quanto mais intensa seja a intervenção legislativa penal em um direito fundamental, mais intenso deve ser o controle de sua constitucionalidade realizado pelo Tribunal Constitucional*.

Essas são as premissas para a construção de um *modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal*, baseado em *níveis de intensidade*¹⁸.

Podem ser distinguidos três níveis ou graus de intensidade do controle de constitucionalidade de leis penais, consoante as diretrizes elaboradas pela doutrina e jurisprudência constitucional alemã.

Na famosa decisão (*Urteil*) *Mitbestimmungsgesetz*, do Primeiro Senado, de 1º de março de 1979, prolatada na audiência de 28, 29 e 30 de novembro e 1º de dezembro de 1978 – *BVerfGE* 50, 290 –, o Tribunal Constitucional alemão distinguiu os seguintes graus de intensidade do controle de constitucionalidade das leis: a) controle de evidência (*Evidenzkontrolle*); b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade (*Vertretbarkeitskontrolle*); c) controle material de intensidade (*intensivierten inhaltlichen Kontrolle*).

No primeiro nível, o controle de constitucionalidade realizado pelo Tribunal deve reconhecer ao legislador uma ampla margem de avaliação, valoração e conformação quanto às medidas eficazes e suficientes para a proteção do bem jurídico. A norma somente poderá ser declarada inconstitucional quando as medidas adotadas pelo legislador são visivelmente inidôneas para a efetiva proteção desse bem jurídico.

Não obstante, o Tribunal ressalta:

[...] a observância da margem de configuração do legislador não pode levar a uma redução do que, a despeito de quaisquer transformações, a Constituição pretende garantir de maneira imutável, ou seja, ela não pode levar a uma redução das liberdades individuais que são garantidas nos direitos fundamentais individuais, sem as quais uma vida com dignidade humana não é possível, segundo a concepção da “Grundgesetz”. (*BVerfGE* 50, 290)

Assim, conclui o Tribunal que “a tarefa (do controle de constitucionalidade) consiste, portanto, em unir a liberdade fundamental própria da configuração político-econômica e político-social” – ou político-criminal, se quisermos contextualizar essa afirmação – “que devem permanecer reservadas ao legislador, com a proteção da liberdade, à qual o indivíduo tem direito justamente também em face do legislador” (*BVerfGE* 50, 290).

¹⁷ ALEXY, Robert. *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 10.12.1998. Tradução informal de Gilmar Ferreira Mendes.

¹⁸ Cfr.: LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de leyes penales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2006.

Esse controle de evidência foi delineado também na decisão *BVerfGE 77, 170 (Lagerung Chemischer Waffen)*, na qual o Tribunal deixou assentado o seguinte entendimento:

Para o cumprimento dos deveres de tutela (*Schutzpflichten*) derivados do Art. 2, II, 1 GG, cabe ao Legislativo, assim como ao Executivo, uma ampla margem de avaliação, valoração e conformação (poder discricionário), que também deixa espaço para, por exemplo, dar atenção a interesses públicos e privados concorrentes.

Essa ampla liberdade de conformação pode ser controlada pelos tribunais tão somente de maneira restrita, dependendo da peculiaridade da matéria em questão, das possibilidades de formação de um juízo suficientemente seguro e do significado dos bens jurídicos em jogo.

Assim, o Tribunal fixou o entendimento de que a admissão de uma reclamação constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) pressupõe a demonstração, “de maneira concludente, que o Poder Público não adotou quaisquer medidas preventivas de proteção, ou que evidentemente as regulamentações e medidas adotadas são totalmente inadequadas ou completamente insuficientes para o alcance do objetivo de proteção”.

Desse modo, um controle de evidência em matéria penal será exercido pelo Tribunal com observância da ampla margem de avaliação, valoração e conformação conferida constitucionalmente ao legislador quanto à adoção das medidas mais adequadas para a proteção do bem jurídico penal. Uma eventual declaração de inconstitucionalidade deve basear-se na patente inidoneidade das medidas escolhidas pelo legislador para os objetivos perseguidos pela política criminal.

No segundo nível, o controle de sustentabilidade ou de justificabilidade (*Vertretbarkeitskontrolle*) está orientado a verificar se a decisão legislativa foi tomada após uma apreciação objetiva e justificável de todas as fontes de conhecimento disponíveis no momento da promulgação da lei (*BVerfGE 50, 290*).

Também na decisão *Mühlenstrukturgesetz (BVerfGE 39, 210)*, o Tribunal Constitucional alemão fixou esse entendimento, nos seguintes termos:

O exame de constitucionalidade compreende primeiramente a verificação de se o legislador buscou inteirar-se, correta e suficientemente, da situação fática existente à época da promulgação da lei. O legislador tem uma ampla margem de avaliação (discricionariedade) na avaliação dos perigos que ameaçam a coletividade. Mesmo quando, no momento da atividade legislativa, parece remota a possibilidade da ocorrência de perigos para um bem coletivo, não é defeso ao legislador que tome medidas preventivas tempestivamente, contanto que suas concepções sobre o possível desenvolvimento perigoso no caso de sua omissão, não se choquem de tal sorte com as leis da ciência econômica ou da experiência prática, que elas não possam mais representar uma base racional para as medidas legislativas [*BVerfGE 25, 1 (17); 38, 61 (87)*]. Nesse caso, deve-se partir fundamentalmente de uma avaliação de relações (dados da realidade social) possível ao legislador quando da elaboração da lei [*BVerfGE 25, 1 (12 s.)*]. Contanto que ele tenha usado os meios de estudo que lhe estavam à disposição, os (eventuais) erros (que vierem a ser revelar no futuro, n. org) sobre o desenvolvimento econômico devem ser tolerados.

Nesse segundo nível, portanto, o controle de constitucionalidade estende-se à questão de se o legislador levantou e considerou diligente e suficientemente todas as informações disponíveis e se realizou prognósticos sobre as consequências da aplicação da norma, enfim, se o legislador se valeu de sua margem de ação de “maneira sustentável”¹⁹.

¹⁹ *BVerfGE 88, 203, 1993*.

Nesse sentido, uma das decisões mais importantes da Corte alemã pode ser encontrada no famoso caso *Cannabis* (BVerfGE 90, 145), em que o Tribunal confirmou a constitucionalidade da tipificação penal da aquisição e porte para consumo de produtos derivados da planta *canabis sativa*. Ao analisar o caso sob o ângulo do princípio da proporcionalidade, que incide com maior rigor no exame de um dispositivo penal, a Corte enfatizou que cabe ao legislador uma ampla margem de avaliação quanto à adequação e à necessidade de certa medida para o alcance do fim almejado, o que pressupõe também a discricionariedade para a realização de prognósticos quanto às consequências da medida adotada. Os argumentos utilizados estão bem representados no seguinte trecho da decisão:

Sob o ponto de vista material, ressalvadas as garantias constitucionais especiais, o princípio da proporcionalidade oferece o parâmetro geral constitucional, segundo o qual a liberdade de ação pode ser restringida [cf. BVerfGE 75, 108 (154 s.); 80, 137 (153)]. Esse princípio tem um significado mais intenso no exame de um dispositivo penal, que, enquanto sanção mais forte à disposição do Estado, expressa um juízo de valor ético-social negativo sobre uma determinada ação do cidadão [cf. BVerfGE 25, 269 (286); 88, 203 (258)].

Se há previsão de pena privativa de liberdade, isso possibilita uma intervenção no direito fundamental da liberdade da pessoa, protegido pelo Art. 2 II 2 GG. A liberdade da pessoa, que a Grundgesetz caracteriza como “inviolável”, é um bem jurídico tão elevado que nele somente se pode intervir com base na reserva legal do Art. 2 II 3 GG, por motivos especialmente graves. Independentemente do fato de que tais intervenções também podem ser cogitadas sob determinados pressupostos, quando servirem para impedir que o atingido promova contra si próprio um dano pessoal maior [BVerfGE 22, 180 (219); 58, 208 (224 et seq.); 59, 275 (278); 60, 123 (132)], elas, em geral, somente são permitidas se a proteção de outros ou da comunidade assim o exigir, observando-se o princípio da proporcionalidade.

Segundo esse princípio, uma lei que restringe o direito fundamental deve ser adequada e necessária para o alcance almejado. Uma lei é adequada se o propósito almejado puder ser promovido com o seu auxílio; é necessária se o legislador não puder selecionar um outro meio de igual eficácia, mas que não restrinja, ou que restrinja menos, o direito fundamental [cf. BVerfGE 30, 292 (316); 63, 88 (115); 67, 157 (173, 176)].

Na avaliação da adequação e da necessidade do meio escolhido para o alcance dos objetivos buscados, como na avaliação e prognóstico a serem feitos, neste contexto, dos perigos que ameaçam o indivíduo ou a comunidade, cabe ao legislador uma margem (discricionária) de avaliação, a qual o Tribunal Constitucional Federal dependendo da particularidade do assunto em questão, das possibilidades de formar um julgamento suficientemente seguro e dos bens jurídicos que estão em jogo poderá revisar somente em extensão limitada [cf. BVerfGE 77, 170 (215); 88, 203 (262)].

Além disso, numa ponderação geral entre a gravidade da intervenção e o peso, bem como da urgência dos motivos justificadores, deve ser respeitado o limite da exigibilidade para os destinatários da proibição [cf. BVerfGE 30, 292 (316); 67, 157 (178); 81, 70 (92)]. A medida não deve, portanto, onerá-lo excessivamente (proibição de excesso ou proporcionalidade em sentido estrito: cf. BVerfGE 48, 396 (402); 83, 1 (19). No âmbito da punibilidade estatal, deriva do princípio da culpa, que tem a sua base no Art. 1 I GG [cf. BVerfGE 45, 187 (228)], e do princípio da proporcionalidade, que deve ser deduzido do princípio do Estado de direito e dos direitos de liberdade, que a gravidade de um delito e a culpa do autor devem estar numa proporção justa em relação à pena. Uma previsão de pena não pode, quanto ao seu tipo e à sua extensão, ser inadequada em relação ao comportamento sujeito à aplicação da pena. O tipo penal e a consequência jurídica devem estar racionalmente correlacionados [cf. BVerfGE 54, 100 (108)].

É, em princípio, tarefa do legislador determinar de maneira vinculante o âmbito da ação punível, observando a respectiva situação em seus pormenores. O Tribunal Constitucional Federal não pode examinar a decisão do legislador no sentido de se verificar se foi escolhida a solução mais adequada, mais sensata ou mais justa. Tem apenas que zelar para que o dispositivo penal esteja materialmente em sintonia com as determinações da Constituição e com os princípios constitucionais não escritos, bem como para que corresponda às decisões fundamentais da Grundgesetz [cf. BVerfGE 80, 244 (255)].

No caso, o *Bundesverfassungsgericht*, após analisar uma grande quantidade de dados e argumentos sobre o tema, reconhece que ainda não estaria concluída, à época, a discussão político-criminal a respeito da melhor alternativa para se alcançar a redução do consumo de *canabis* poderia: por meio da penalização ou da liberação da conduta. E, justamente devido à incerteza quanto ao efetivo grau de periculosidade social do consumo da *canabis* e à polêmica existente, tanto no plano científico como no político-social, em torno da eficácia da intervenção por meio do direito penal, é que não se poderia reprovar, do ponto de vista de sua constitucionalidade, a avaliação realizada pelo legislador, naquele estágio do conhecimento, a respeito da adequação e da necessidade da medida penal. Assim, admite o Tribunal:

[...] se o legislador nesse contexto se fixa na interpretação de que a proibição geral de *canabis* sancionada criminalmente afastaria um número maior de consumidores em potencial do que a suspensão da previsão de pena e que, portanto, seria mais adequada para a proteção dos bens jurídicos, isto deve ser tolerado constitucionalmente, pois o legislador tem a prerrogativa de avaliação e de decisão na escolha entre diversos caminhos potencialmente apropriados para o alcance do objetivo de uma lei²⁰.

Dessa forma, não se pode deixar de considerar que, no âmbito desse denominado controle de sustentabilidade ou de justificabilidade (*Vertretbarkeitskontrolle*), assumem especial relevo as técnicas procedimentais postas à disposição do Tribunal e destinadas à verificação dos fatos e das prognoses legislativos, como a admissão de *amicus curiae* e a realização de audiências públicas, previstas em nosso ordenamento jurídico pela Lei nº 9.868/1999.

Em verdade, como venho afirmando em estudos doutrinários sobre o tema, no controle abstrato de normas não se procede apenas a um simples contraste entre a disposição do direito ordinário e os princípios constitucionais. Ao revés, também aqui fica evidente que se aprecia a relação entre a lei e o problema que se lhe apresenta em face do parâmetro constitucional. Em outros termos, a aferição dos chamados fatos legislativos constitui parte essencial do chamado controle de constitucionalidade, de modo que a verificação desses fatos se relaciona íntima e indissociavelmente com a própria competência do Tribunal²¹.

No âmbito do controle de constitucionalidade em matéria penal, deve o Tribunal, na maior medida possível, inteirar-se dos diagnósticos e prognósticos realizados pelo legislador para a confecção de determinada política criminal, pois é este conhecimento dos dados da realidade que serviram de pressuposto da atividade legislativa que lhe permitirá averiguar se o órgão legislador se utilizou de sua margem de ação de maneira sustentável e justificada.

No terceiro nível, o controle material intensivo (*intensivierten inhaltlichen Kontrolle*) aplica-se às intervenções legislativas que, por afetarem intensamente bens jurídicos de extraordinária importância, como a vida e a liberdade individual, devem ser submetidas a um controle mais rígido por parte do Tribunal, com base no princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Assim, quando esteja evidente a grave afetação de bens jurídicos fundamentais de suma relevância, poderá o Tribunal desconsiderar as avaliações e valorações fáticas realizadas pelo legislador para então fiscalizar se a intervenção no direito fundamental em causa está devidamente justificada por razões de extraordinária importância.

Essa fase do controle foi efetivamente definida na citada decisão *Mitbestimmungsgesetz* (BVerfGE 50, 290), mas já havia ficado explicitada na célebre decisão *Apothekenurteil* (BVerfGE 7, 377, 1958),

²⁰ BVerfGE 90, 145, 1994.

²¹ Cfr.: MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. In: *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. Estudos de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva; 2007, p. 471 e segs.

em que se discutiu o âmbito de proteção do direito fundamental à liberdade de profissão. Na ocasião, o Tribunal assim fixou seu entendimento:

As limitações ao poder regulamentar, que são derivadas da observância do direito fundamental, são mandamentos constitucionais materiais que são endereçados, em primeira linha, ao próprio legislador. Sua observância deve ser, entretanto, fiscalizada pelo Tribunal Constitucional Federal. Se uma restrição da livre escolha profissional estiver no “último degrau” (dos pressupostos objetivos de sua admissão), o Tribunal Constitucional Federal deve primeiro examinar se um bem jurídico coletivo prevalecente está ameaçado e se a regulamentação legislativa pode mesmo servir à defesa contra esse perigo. Ele deve, além disso, também examinar se justamente a intervenção perpetrada é inevitavelmente ordenada para a proteção do referido bem; em outras palavras, se o legislador não poderia ter efetivado a proteção com regulamentações de um “degrau anterior”.

Contra um exame no último sentido supra declinado objetou-se que ele ultrapassaria a competência de um tribunal, pois um tribunal não poderia avaliar se uma medida legislativa certa seria ordenada, vez que ele não poderia saber se haveria outros meios igualmente eficazes e se eles poderiam ser realizados pelo legislador. Isso só poderia ser feito quando se conhecem não somente todas as relações sociais a serem ordenadas, como também as possibilidades da legislação. Essa concepção, que pretende, principalmente a partir de considerações pragmáticas, limitar a competência do Tribunal Constitucional Federal é, por vezes, teoricamente fundamentada com a informação de que o Tribunal, por causa da utilização de uma ampla competência de exame, interferiria na esfera do legislador, e com isso se chocaria contra o princípio da divisão de poderes.

O Tribunal Constitucional não pode concordar com essa posição.

Ao Tribunal foi atribuída a proteção dos direitos fundamentais em face do legislador. Quando da interpretação de um direito fundamental resultarem limites ao legislador, o tribunal deve poder fiscalizar a observância deles por parte dele, legislador. Ele não pode subtrair-se a esta tarefa se não quiser, na prática, desvalorizar em grande parte os direitos fundamentais e acabar com a sua função atribuída pela *Grundgesetz*.

A exigência frequentemente feita nesse contexto segundo o qual o legislador deveria, entre vários meios igualmente adequados, livremente decidir, não resolveria o problema ora em pauta. Tal exigência tem em vista o caso (normal) de um direito fundamental que não se constitui de uma área de proteção gradual (como, p. ex., na decisão BVerfGE 2, 266). Nesse caso, o legislador encontra-se, entretanto, dentro de determinados limites, livre para a escolha entre várias medidas legislativas igualmente adequadas, vez que elas todas atingem o mesmo direito fundamental em seu conteúdo único e não diferenciado. Não obstante, em se tratando de um direito fundamental que encerra em si zonas mais fortes e mais fracas de proteção da liberdade, torna-se necessário que a jurisdição constitucional verifique se os pressupostos para uma regulamentação estão presentes no degrau onde a liberdade é protegida ao máximo. Em outras palavras, necessário se faz que se possa avaliar se medidas legislativas no degrau inferior não teriam sido suficientes, ou seja, se deste modo a intervenção perpetrada fosse “inexoravelmente obrigatória”. Se se quisesse deixar ao legislador também a escolha entre os “meios igualmente adequados”, que corresponderem a degraus diferentes uns dos outros, isso acarretaria que justamente intervenções que limitem ao máximo o direito fundamental seriam, em razão de seu efeito muito eficaz para o alcance da meta almejada, as mais frequentes escolhidas e seriam aceitas sem exame. Uma proteção efetiva da área de liberdade, que o Art. 12 I GG pretende proteger com mais ênfase, não seria, destarte, mais garantida.

Nesse terceiro nível, portanto, o Tribunal examina se a medida legislativa interventiva em dado bem jurídico é necessariamente obrigatória, do ponto de vista da Constituição, para a proteção de outros bens jurídicos igualmente relevantes. O controle é mais rígido, pois o Tribunal adentra o próprio exame da ponderação de bens e valores realizada pelo legislador.

Assim, no exercício do controle material intensivo, o Tribunal verifica se a medida penal – que *prima facie* constitui uma intervenção em direitos fundamentais – mantém uma relação de proporcionalidade com as metas fixadas pela política criminal, destinadas, ao fim e ao cabo, à promoção da segurança e da incolumidade públicas, enfim, da paz social.

Estou certo de que essas devem ser as premissas para a construção de um modelo rígido de controle de constitucionalidade de leis em matéria penal, tendo em vista a proteção dos direitos e garantias fundamentais. O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (*Übermassverbot*) e como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) –, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais.

2. Recepção do art. 337 do Código Eleitoral pela Constituição Federal de 1988

2.1. Contexto histórico do surgimento da norma

A declaração de direitos da Constituição de 1946 previa os direitos à livre manifestação do pensamento e à liberdade de consciência em termos, no entanto, mais tímidos do que os atuais:

Art. 141. [...]

§ 5º - É livre a manifestação do pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe.

[...]

§ 7º - É inviolável a liberdade de consciência e de crença e assegurado o livre exercício dos cultos religiosos, salvo o dos que contrariem a ordem pública ou os bons costumes. As associações religiosas adquirirão personalidade jurídica na forma da lei civil. (Grifos nossos)

Em 31.3.1964, foi deflagrado o golpe militar, que instaurou no país regime autoritário e repressivo, marcado pela perseguição a opositores políticos. Em 9.4.1964, foi editado o primeiro Ato Institucional, que, embora mantivesse a Constituição de 1946, estabelecia no art. 10, entre outros autoritarismos, que os Comandantes-em-Chefe poderiam suspender os direitos políticos pelo prazo de dez anos e cassar mandatos legislativos federais, estaduais e municipais, excluía a apreciação judicial desses atos.

Em 15.7.1965, foi instituído o Código Eleitoral, que prevê o delito ora em comento no art. 337, *verbis*:

Art. 337. Participar, o estrangeiro ou brasileiro que não estiver no gozo dos seus direitos políticos, de atividades partidárias, inclusive comícios e atos de propaganda em recintos fechados ou abertos: Pena - detenção até seis meses e pagamento de 90 a 120 dias-multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorrerá o responsável pelas emissoras de rádio ou televisão que autorizar transmissões de que participem os mencionados neste artigo, bem como o diretor de jornal que lhes divulgar os pronunciamentos. (Grifos nossos)

Assim, percebe-se que a previsão legal surgiu no ordenamento jurídico em período caracterizado pela intolerância ao pensamento alheio e ao livre debate de ideias, servindo de complemento repressivo à suspensão discricionária dos direitos políticos, disposta no art. 10 do referido ato institucional.

Significativo também é o fato de tal delito aparecer pela primeira vez no Código Eleitoral de 1965. Enquanto alguns crimes estão repetidos nos diversos diplomas eleitorais, como os crimes

de corrupção eleitoral²², inscrição eleitoral fraudulenta²³ e violação do sigilo de voto²⁴, é inovação dessa lei a punição pela participação em atividade político-partidária do estrangeiro ou do brasileiro que não estiver em pleno gozo dos direitos políticos.

2.2. Previsão do direito de manifestação de pensamento na Constituição de 1988

A Carta Magna de 1988, por sua vez, promulgada em tempo de renovação democrática, prevê, no art. 5º, incisos IV e VI, os direitos à livre manifestação do pensamento e à liberdade de consciência, *verbis*:

Art. 5º 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:

[...]

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

[...]

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

[...]. (Grifos nossos)

Pontes de Miranda, na sempre atual obra *Democracia, Liberdade, Igualdade (Os Três Caminhos)*, doutrina:

Liberdade de pensar significa mais do que pensar só para si, ocultando o pensamento. Tal liberdade de “pensar sem dizer” de nada valeria, na ordem social. Tiveram-na os escravos; tem-nas [sic] os que vivem sob as formas autocráticas, sob o despotismo.²⁵

[...] O que é certo é que seria extremamente penoso para o homem contemporâneo do Ocidente renunciar à liberdade de pensamento. Foi o melhor que conquistou. [...] Para o homem que veio da Renascença, para o homem que passou pela intolerância religiosa e que a venceu, para o homem que proclamou a liberdade de crença e levou tão alto o pensamento filosófico e científico, impedir a palavra é mutilar o espírito.²⁶

Sobre a liberdade de expressão, escreve Bruno Miragem, em artigo intitulado “A Liberdade de Expressão e o Direito de Crítica Pública”²⁷:

A liberdade de expressão, como já se viu *retro*, tem relação imediata com a liberdade de pensamento e vice-versa. Não há livre pensar, sem livre expressar, pois sem esta se retira do indivíduo que pensa a possibilidade de conferir o acerto do seu pensamento. Logo, priva-se dele a própria liberdade de pensar, na medida que [sic] impossível verificar-se a correção do pensamento, logo sua validade substancial. (Grifos nossos)

²² Art. 101 do Código Criminal do Império, de 1830; art. 107, § 21, do Código Eleitoral de 1932; art. 183, 24, da Lei nº 48/1935; art. 123, 20, do Código Eleitoral de 1945; art. 175, 20, do Código Eleitoral de 1950 e art. 299 do Código Eleitoral de 1965.

²³ Art. 29, § 1º, da Lei Saraiva, de 1881; art. 107, § 1º, do Código Eleitoral de 1932; art. 183, 4, da Lei nº 48/1935; art. 123, 4, do Código Eleitoral de 1945, art. 175, 4, do Código Eleitoral de 1950 e art. 289 do Código Eleitoral de 1965.

²⁴ Art. 107, § 20, do Código Eleitoral de 1932; art. 183, 23, da Lei nº 48/1935; art. 123, 19, do Código Eleitoral de 1945; art. 175, 19, do Código Eleitoral de 1950 e art. 312, do Código Eleitoral de 1965.

²⁵ MIRANDA, Pontes de. *Democracia, Liberdade, Igualdade (Os três caminhos)*. Campinas: Editora Bookseller. 2002, p. 431.

²⁶ Id. *Ibid.*, p. 437.

²⁷ MIRAGEM, Bruno. *A Liberdade de Expressão e o Direito de Crítica Pública*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, vol. 22. Porto Alegre. Setembro/2002, p. 17.

Jarbas Maranhão, em artigo intitulado “Caracterização Político-Jurídica da Liberdade de Pensamento: Censura e Significação da Imprensa”, escreve sobre o tema:

[...] E a Declaração Francesa de 1789 (artigo XI) não proclamava a livre comunicação dos pensamentos e opiniões como um dos mais preciosos direitos do homem? [...] Não é ela o atributo da pessoa humana que melhor identifica nossa dignidade? E não é, “como o da vida ou mais que ele, o supremo direito do homem pensar em voz alta?”²⁸

[...]

A liberdade de pensamento não é, apenas, um dos princípios constitucionais da União. É a norma, o preceito, o princípio básico, sem o qual não haverá regime democrático, podendo-se dizer que dela derivam todas as outras liberdades. **Não há democracia sem liberdade de pensamento, sem o livre debate de ideias.**²⁹ (Grifo nosso)

Dessa forma, vê-se que o direito à livre manifestação do pensamento é dos mais caros previstos na Constituição Federal e requisito de uma sociedade democrática. Assim como a vida, a possibilidade de ir e vir e a liberdade de reunião, a manifestação de opinião pertence à natureza do ser humano³⁰. Diferentemente de outros direitos fundamentais, como o direito de propriedade, que depende de concretização e conformação da lei, a expressão do pensamento preexiste a qualquer disciplina jurídica³¹.

2.3. Desproporcionalidade da criminalização da conduta prevista no art. 337 do Código Eleitoral

O art. 337 do Código Eleitoral visa à proteção da lisura do pleito em face de eventuais intervenções, consideradas indevidas pelo legislador, perpetradas por estrangeiros ou brasileiros cujos direitos políticos estejam suspensos. Assim, o tipo criminal eleitoral tem por objetivo a tutela da higidez da competição político-eleitoral.

É certo que a suspensão dos direitos políticos atinge diversos aspectos da vida do indivíduo. Em interessante estudo sobre o tema, o Ministro Teori Zavascki enumera as seguintes limitações³²:

Estar em gozo dos direitos políticos significa, pois, estar habilitado a alistar-se eleitoralmente, habilitar-se a candidatura para cargos eletivos ou a nomeações para certos cargos públicos não eletivos (Constituição Federal, art. 87; 89, VI; 101; 103, § 1º), participar de sufrágios, votar em eleições, plebiscitos e referendos, apresentar projetos de lei pela via da iniciativa popular (Constituição Federal, arts. 61, § 2º e 29, XI) e propor ação popular (Constituição Federal, art. 5º, inc. LXXIII). Quem não está em gozo dos direitos políticos não poderá filiar-se a partido político (Lei n. 5.682, de 21.07.71, art. 62) e nem investir-se em qualquer cargo público, mesmo não eletivo (Lei n. 8.112, de 11.12.90, art. 5º, II). Não pode, também, ser diretor ou redator-chefe de jornal ou periódico (Lei n. 5.250, de 09.02.67, art. 7º, § 1º) e nem exercer cargo em entidade sindical (Consolidação das leis do trabalho, art. 530, V).

Algumas dessas restrições se referem a direitos políticos entendidos no seu sentido mais estrito, de participação direta na vida política, que seriam votar e ser votado; outras atingem direitos individuais como, por exemplo, o direito de associação, representado pelo direito de filiação a partido político (art. 5º, inciso XVII, da CF).

²⁸ MARANHÃO, Jarbas. *Caracterização Político-Jurídica da Liberdade de Pensamento*. Revista de Sociologia e Política, nº 6/7. 1996, p. 68.

²⁹ Id. *Ibid.*, p. 72

³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 195.

³¹ Id. *Ibid.*, p. 321.

³² ZAVASCKI, Teori Albino. *Direitos Políticos – perda, suspensão e controle jurisdicional*. www.tre-sc.jus.br/site/institucional/publicacoes/artigos-doutrinarios-publicados-na-resenha-eleitoral/v2-edicao-especial-mar-1995/direitos-politicos-perda-suspensao-e-controle-jurisdicional/index.html. Acessado em 24.9.2014.

No entanto, não pode a suspensão dos direitos políticos atingir o direito do indivíduo de fazer parte do debate de ideias. Nesse sentido, lúcida é a manifestação do Procurador da República Vladimir Aras em arquivamento de inquérito, sob fundamento de não recepção do art. 337 do CE, mantido pela 2ª Câmara do Ministério Público Federal, em revisão prevista no art. 28 do Código Penal (citado como razões de decidir no Processo nº 0000494-04. 2012.6.05.0095):

Quando tem seus direitos políticos suspensos (arts. 14 e 15 da CF), o cidadão não pode votar nem ser votado. Não pode também exercer cargos públicos, nem ser jurado, conselheiro tutelar, mesário ou juiz de paz. Tampouco pode tomar parte em licitações, fundar partido político, filiar-se ou integrar executiva partidária, ou fazer doações eleitorais. Porém, não fica privado de suas outras liberdades públicas, entre elas as de ir e vir e as de expressão e de opinião, ainda que políticas.

O art. 337 da Lei 4.737/1965 – código editado na Ditadura Militar – não está em conformidade com o artigo 5º, caput, incisos IV, XV e XVI da Constituição Federal nem com o artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Decreto 678/1992) ou com o artigo 19 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (Decreto 592/1992), normas supralegais – segundo o pensamento do STF – que asseguram as liberdades de pensamento e expressão no Hemisfério.

Embora não tenha sido formalmente excluído do ordenamento jurídico, o art. 337 do CE é incompatível com o sistema de garantias e liberdades públicas erigido em 1988 e reforçado pelo direito convencional que entrou em vigor no País na década de 1990.

Sua eficácia circunscreve-se ao entorno dos arts. 14 e 37 da Constituição, não alcançando os direitos individuais do art. 5º da CF ou os direitos civis (*civil rights*) do direito internacional.

Tal artigo penal, levado ao extremo, limitaria a liberdade de opinião do cidadão suspenso, de modo verbal ou por escrito, sobre temas da vida nacional. O propósito do dispositivo, aprovado logo após o Golpe Militar de 1964, foi excluir de manifestações coletivas os políticos cassados pela Ditadura brasileira e os que vieram a ser cassados nos anos seguintes, especialmente após os Atos Institucionais. (...)

O brasileiro cujos direitos políticos foram suspensos não é lançado no ostracismo. Não se sujeita à excomunhão cívica. Não é excluído da comunidade em que vive. Não é segregado para todos os fins. Qualquer cidadão mesmo o não eleitor, pode tomar parte de comícios, declarar simpatias eleitorais, participar de carreatas e manifestar-se 'politicamente'. A interdição decorrente da condenação é limitação de direito fundamental, e não pode ser interpretada de modo ampliativo.

(Grifos nossos)

Com o mesmo entendimento, assevera Luiz Carlos dos Santos Gonçalves:

Para todos, brasileiros e estrangeiros, temos este artigo como não recebido pela Constituição de 1988. Ele não parece compatível com a liberdade de expressão e reunião, direitos fundamentais consagrados pelo art. 5º, IV, IX, XVI. A Lei 9.096/95, art. 16, já não permite que pessoas que não estejam no gozo dos direitos políticos sejam filiadas a partidos políticos. Elas não poderão, assim, ocupar cargos de direção nesses partidos. Por igual, a Lei 9.504/97 não permite que essas pessoas se candidatem, art. 11, § 7º.

Assim, o tipo penal seria inaugural somente na proibição de outras atividades partidárias, comícios e atos de propaganda. Mas essas proibições esbarram nos direitos fundamentais acima indicados.

Novamente, os ecos do regime de exceção instaurado em março de 1964 no Brasil se fazem ouvir, nesse crime.³³ (Grifos nossos)

Recentemente, no julgamento por esta Corte da Rp nº 849-75/DF, em que fui designado redator para o acórdão, debatemos sobre a possibilidade de veiculação na Internet de análises críticas sobre a economia do país feitas por empresa consultora especializada. Sustentei não ser possível tutelar o mercado de ideias, devendo o debate ser feito de maneira transparente, livre, e não de forma autárquica.

³³ GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Crimes Eleitorais e Processo Penal Eleitoral*. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 96/97.

Lembro também que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF nº 130, declarou a não recepção da Lei de Imprensa, cujos arts. 12 a 28 tipificavam diversas condutas relacionadas ao abuso do exercício do direito de liberdade de manifestação do pensamento e de informação.

A sinalização da Suprema Corte é inequívoca na direção de que a tipificação de condutas relacionadas à mera liberdade de manifestação de pensamento provavelmente incorre em vício de inconstitucionalidade (ou não recepção).

Assim, o art. 337 do Código Eleitoral, que criminaliza a conduta de quem participa de atividade político-partidária ou se manifesta politicamente de forma pública, sendo estrangeiro ou estando com os direitos políticos suspensos, não encontra respaldo na ordem constitucional vigente, tendo em vista que representa restrição ilegítima a direito fundamental nela estabelecido.

O diploma legal, ao criminalizar a participação em atividade político-partidária por meio de manifestações externas de opinião, foi mais severo do que poderia.

A eventual infração das restrições decorrentes da sanção de suspensão dos direitos políticos não possui a autonomia necessária para conferir legitimidade à atuação do legislador penal. Essa eventual infração tampouco revelaria potencialidade lesiva suficiente à tipificação penal de nova conduta, uma vez que o cumprimento de determinada pena não deve gerar a suspensão indiscriminada de direitos fundamentais, em especial daqueles relacionados à livre manifestação de pensamento.

De acordo com o nosso ordenamento, a violação da maioria das restrições mencionadas no tópico anterior, impostas pela suspensão dos direitos políticos, implica consequências não criminais, avaliadas e decididas em esferas administrativas ou judiciais cíveis. O sujeito com direitos políticos suspensos ou perdidos que tenta registrar candidatura tem ela indeferida; aquele que tenta votar no dia da eleição tem a conduta obstada pelo mesário; aquele que pleiteia concurso público tem a sua inscrição indeferida e assim por diante.

Dessa forma, as tentativas de violar as restrições decorrentes da suspensão de direitos políticos poderão ser objeto de avaliação judicial pertinente.

Seguindo a mesma linha, a participação em propaganda eleitoral ou comício poderia sofrer tratamento similar ao de propaganda irregular, nos termos da Lei das Eleições.

Considero importante ressaltar que a Lei nº 9.504/1997, que regula a propaganda eleitoral, revogou inúmeros tipos penais previstos no Código Eleitoral, como, por exemplo, 322³⁴, 328³⁵, 329³⁶ e 333³⁷, e a eles deu tratamento de ilícito civil. A mesma sorte poderia ter tido o art. 337.

Nesse mesmo sentido, doutrina Antonio Carlos da Ponte:

No que diz respeito aos crimes eleitorais, quatro providências devem ser adotadas. A primeira delas consiste na revisão crítica de cada um dos crimes eleitorais, buscando identificar se os bens que os tipos penais buscam proteger, poderiam ou não encontrar salvaguarda mais eficaz, desde que passassem a constar unicamente como infrações administrativas na esfera eleitoral. Exemplo: artigos 306, 319, 320, 321 e 335 do Código Eleitoral.³⁸

Nesse contexto, a criminalização de conduta que eventualmente viole a sanção da suspensão ou perda dos direitos políticos se mostra desnecessária e desproporcional.

Desnecessária porque, como referido, eventual violação poderá ser objeto de medidas menos gravosas e restritivas, a serem adotadas em sede administrativa. Desproporcional porque o direito penal deve ser adotado subsidiariamente, isto é, deve cuidar da criminalização das condutas mais graves, em razão de ser a última *ratio* do nosso ordenamento.

Por esse motivo, além das razões acima descritas, entendo que o art. 337 do Código Eleitoral não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

DJE de 5.10.2015.

³⁴ Art. 322. Fazer propaganda eleitoral por meio de alto-falantes instalados nas sedes partidárias, em qualquer outra dependência do partido, ou em veículos, fora do período autorizado ou, nesse período em horários não permitidos: (Revogado pela Lei nº 9.504, de 30.9.1997)

Pena - detenção até um mês ou pagamento de 60 a 90 dias-multa. (Revogado pela Lei nº 9.504, de 30.9.1997)

Parágrafo único. Incurrerão na multa, além do agente, o diretor ou membro do partido responsável pela transmissão e o condutor do veículo. (Revogado pela Lei nº 9.504, de 30.9.1997)

³⁵ Art. 328. Escrever, assinalar ou fazer pinturas em muros, fachadas ou qualquer logradouro público, para fins de propaganda eleitoral, empregando qualquer tipo de tinta, piche, cal ou produto semelhante: (Revogado pela Lei nº 9.504, de 30.9.1997)

Pena - detenção até seis meses e pagamento de 40 a 90 dias-multa. (Revogado pela Lei nº 9.504, de 30.9.1997)

Parágrafo único. Se a inscrição fôr realizada em qualquer monumento, ou em coisa tombada pela autoridade competente em virtude de seu valor artístico, arqueológico ou histórico: (Revogado pela Lei nº 9.504, de 30.9.1997)

Pena - detenção de seis meses a dois anos, e pagamento de 40 a 90 dias-multa. (Revogado pela Lei nº 9.504, de 30.9.1997)

³⁶ Art. 329. Colocar cartazes, para fins de propaganda eleitoral, em muros, fachadas ou qualquer logradouro público: (Revogado pela Lei nº 9.504, de 30.9.1997)

Pena - detenção até dois meses e pagamento de 30 a 60 dias-multa. (Revogado pela Lei nº 9.504, de 30.9.1997)

Parágrafo único. Se o cartaz fôr colocado em qualquer monumento, ou em coisa tombada pela autoridade competente em virtude de seu valor artístico, arqueológico ou histórico: (Revogado pela Lei nº 9.504, de 30.9.1997)

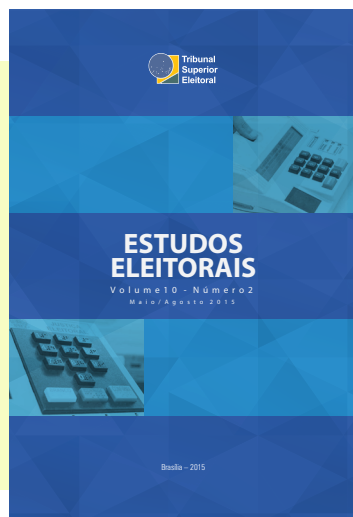
Pena - detenção de seis meses a dois anos e pagamento de 30 a 60 dias-multa. (Revogado pela Lei nº 9.504, de 30.9.1997)

³⁷ Art. 333. Colocar faixas em logradouros públicos: (Revogado pela Lei nº 9.504, de 30.9.1997)

Pena - detenção até dois meses ou pagamento de 30 a 60 dias-multa. (Revogado pela Lei nº 9.504, de 30.9.1997)

³⁸ PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes Eleitorais*. São Paulo: Ed. Saraiva. 2008, p. 176.

OUTRAS INFORMAÇÕES



ESTUDOS ELEITORAIS

VOLUME 10 – NÚMERO 2

A revista *Estudos Eleitorais* oferece subsídios para o exame e o debate do Direito Eleitoral, a partir de artigos, estudos e propostas apresentadas por ilustres juristas e estudiosos da área. Os números desta revista têm periodicidade quadrimestral.

Faça, gratuitamente, o *download* do arquivo no endereço: <http://www.tse.jus.br/institucional/catalogo-de-publicacoes/lista-do-catalogo-de-publicacoes>.

Ministro Dias Toffoli

Presidente

Carlos Vieira von Adamek

Secretário-Geral da Presidência

Sérgio Ricardo dos Santos

Marina Rocha Schwingel

Assessoria Especial do Tribunal Superior Eleitoral (Asesp)

asesp@tse.jus.br