

A ‘Boca de Urna’ como Espécie de Propaganda Extemporânea

Cristiane Tomaz Buosi

Juíza de Direito - Titular da 203ª Zona Eleitoral e da 4ª Vara Cível da Comarca de Barra Mansa-RJ.

1. INTRODUÇÃO

O objeto do presente estudo é analisar a amplitude da aplicação de conceitos arraigados na prática eleitoral, fundado em princípios jurídicos e sistematizações legais e infralegais, com o intuito premente de se alcançar a moralização do processo eletivo e o ideal democrático.

O sistema de normas que hoje forma o direito eleitoral, infelizmente, apresenta-se diluído em um sem número de leis e atos normativos que se sucedem, eleição após eleição, com o intuito de buscar a efetiva e justa democratização do processo eletivo. Trata-se, basicamente, de um complexo sistema de normas voltado, especialmente, para o processo eleitoral, seja antes, durante e após as eleições.

Assim, diante da impossibilidade do aplicador do direito eleitoral em utilizar-se de um único sistema normativo, devem-se harmonizar não apenas todas as leis e atos normativos eleitorais em vigor, quando da análise de um caso em concreto, como também as regras de interpretação e os princípios gerais do direito, na busca da justiça e da efetivação do papel da Justiça Eleitoral como defensora do ideal democrático.

Neste contexto apresentado, o presente trabalho visa a ponderar acerca da praxis denominada “boca de urna”, como forma de expressão ilícita de propaganda eleitoral não amparada pelo

direito e, portanto, configuradora de ilícito administrativo-eleitoral, passível de multa a ser arbitrada pela justiça.

Busca, assim, na *mens legis* contida nos artigos 36 e seguintes da Lei n° 9.504, de 30 de setembro de 1997 (“Lei das Eleições”), impedir a quebra da isonomia entre os candidatos com a realização de propaganda irregular; o que difere do injusto capitulado no artigo 39, § 5° do mesmo diploma legal, o qual deverá ser analisado no âmbito do Juízo Criminal Eleitoral.

2. CONCEITO DE “BOCA DE URNA”

A conduta denominada historicamente de “Boca de Urna” é prevista nos incisos II e III do artigo 39, § 5° da Lei n° 9.504/97, cuja redação foi alterada pela Lei 11.300, de 10.05.2006. *In verbis*:

Artigo 39, § 5º: Constituem crimes, no dia da eleição, puníveis com detenção, de seis meses a um ano, com a alternativa de prestação de serviços à comunidade pelo mesmo período, e multa no valor de cinco mil a quinze mil UFIR:

(...)

II- a arregimentação de eleitor ou a propaganda de boca de urna;

III- a divulgação de qualquer espécie de propaganda de partidos políticos ou de seus candidatos.

Em regulamentação ao supracitado dispositivo legal, a Resolução do Tribunal Superior Eleitoral n° 23.191, de 11 de janeiro de 2010, ao dispor sobre a propaganda eleitoral e as condutas vedadas em campanha eleitoral, visando às Eleições de 2010, assim dispôs, no que se refere à “Boca de Urna”:

Art. 54 - Constituem crimes, no dia da eleição, puníveis com detenção de 6 meses a 1 ano, com a alternativa de prestação de serviços à comunidade pelo mesmo período, e multa no valor de R\$ 5.350,50 (cinco mil trezentos e vinte reais e cinqüenta centavos) a R\$ 15.961,50 (quinze mil novecentos e sessenta e um reais e cinqüenta centavos):

(...)

II- a arregimentação de eleitor ou a propaganda de boca-de-urna;

III- a divulgação de qualquer espécie de propaganda de partidos políticos ou de seus candidatos.

Visam os dispositivos em questão proteger o livre exercício do voto, bem como o ato de votar, vedando atitudes que podem cercear a livre manifestação de vontade do eleitor, no exercício do poder de sufrágio.

Define Joel J. Cândido a “boca de urna” como “aquela propaganda realizada sem desordem, no dia da eleição, com adeptos - e, às vezes, até candidatos - distribuindo material a eleitores, junto às seções (daí o nome ‘boca de urna’), não raro com veículos estacionados repletos de adesivos e cartazes, portando bandeiras e estandartes, muitas vezes usando vestuário com nomes de candidatos, logotipos e *slogans* de partidos e coligações” (Cândido, p. 157).

No que se refere ao crime em questão, ensina o festejado autor que “a norma quer assegurar, ainda, tranquilidade à Justiça Eleitoral para que ela possa propiciar o exercício do voto a todos os eleitores e bem executar a totalização e escrituração dos votos. (...) É crime contra o sigilo e o exercício do voto” (Cândido, p. 343).

Concretamente, consiste em delito que pune a distribuição de material de propaganda a eleitor, no dia da votação, com o intuito de influir na formação de sua vontade.

Também incorre no comando legal o sujeito que tenciona alterar a genuína vontade do eleitor, mediante manifestação, aliciamento ou coação.

Pune-se, assim, a mera conduta da distribuição de material de propaganda em período irregular (“no dia da eleição”), independentemente da efetiva capacidade, ou efetividade, em viciar a intenção ou o voto do eleitor que recebeu o material em questão.

O Tribunal Superior Eleitoral firmou entendimento de que o crime de “boca de urna” independe da obtenção do resultado específico, ou seja, o convencimento ou coação do eleitor.

No sentido do exposto:

“RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS - ORDEM DENEGADA PELA INSTÂNCIA A QUO - CRIME DE BOCA DE URNA - CONDUTA PREVISTA NO ART. 39, §5º, II, DA LEI Nº 9.504/97.

1- O crime de distribuição de material de propaganda política, inclusive volantes e outros impressos, é de mera conduta, consumando-se com a simples distribuição da propaganda.

2- Inadequada é a via sumária e documental do habeas corpus para o trancamento da ação penal (Precedentes/ STE: Ag. 1.974, de 23.11.99, rel. Min. Jobim; RHC nº 20, de 5.11.98, rel. Min. Néri da Silveira e HC nº 312, 1º.4.97, rel. Min. Costa Leite)

3- Recurso a que se nega provimento”

(RHC n. 45/MG, Rel. Min. Carlos Velloso, publicado no DJ, de 06.06.2003, p. 136; grifos nossos)

3. CONCEITO DE PROPAGANDA EXTEMPORÂNEA

Propaganda eleitoral é aquela que tem por fim a captação de votos dos eleitores para a investidura em cargo público eletivo em uma eleição, procurando convencer aquele a quem se destina que determinado candidato é o mais indicado para ocupar o cargo em questão.

Segundo o artigo 36 da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997:

A propaganda eleitoral somente é permitida após o dia 5 de julho do ano da eleição.

No mesmo sentido, a Resolução/TSE nº 23.191, de 11 de janeiro de 2010, regulamentando o artigo supra, com vistas às Eleições de 2010, assim dispôs:

Art. 2º- A propaganda eleitoral somente será permitida a partir de 6 de julho de 2010.

(...)

Art. 49- É permitida, no dia das eleições, a manifestação individual e silenciosa da preferência do eleitor por partido

político, coligação ou candidato, revelada exclusivamente pelo uso de bandeiras, broches, dísticos e adesivos.

Art. 49, § 1º- São vedados, no dia do pleito, até o término do horário de votação, a aglomeração de pessoas portando vestuário padronizado e os instrumentos de propaganda referidos no caput, de modo a caracterizar manifestação coletiva, com ou sem utilização de veículos.

Propaganda extemporânea, por conseguinte, é aquela veiculada de forma e em períodos vedados pelos diplomas normativos reguladores da matéria; supradescritos.

Trata-se de espécie de propaganda irregular, já que praticada de forma contrária às regras jurídicas vigentes - regras estas baseadas no Poder de Polícia¹ da Justiça Eleitoral para controlar a propaganda eleitoral; em clara violação ao princípio do controle judicial da propaganda eleitoral.

O controle realizado pela Justiça Eleitoral sobre a propaganda irregular tem por finalidade promover o princípio da igualdade de oportunidades entre os candidatos e evitar a criação de desigualdade entre estes, além de evitar a camuflagem ao abuso do poder econômico ou político.

Salienta ainda Marcos Ramayana, ao tratar do tema em questão, que “esta propaganda é um exemplo de utilização indevida de recursos e arrecadação irregular dos mesmos” (Ramayana, p. 156).

Com base na previsão legal, define Marcos Ramayana a propaganda extemporânea, como “forma ilegal de veiculação de propaganda antes do prazo previsto no art. 36 da Lei n° 9.504/97” (Ramayana, p. 156).

¹ Conforme ensina José dos Santos Carvalho Filho, configura o *poder de polícia* como “verdadeira prerrogativa conferida aos agentes da administração, consistente no poder de restringir e condicionar a liberdade e a propriedade” (Carvalho Filho, p. 68), fundada no “interesse público” (Carvalho Filho, p. 74). Com base no conceito supra aduzido, verifica-se, assim, que a Justiça Eleitoral, ao coibir a prática da propaganda extemporânea, e fiscalizar a sua ocorrência, realiza verdadeira atividade de polícia administrativa-eleitoral, uma vez que atua de forma subjacente à lei e, consoante o festejado autor, “esta (o poder de polícia) já preexiste quando os administradores impõem a disciplina e as restrições aos direitos” (Carvalho Filho, p. 68).

Da mesma forma, para a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, confundem-se os conceitos de propaganda extemporânea e propaganda antecipada, já que aquela se reduz à praticada anteriormente ao dia 6 de julho do ano eleitoral. Nesta linha de análise, segundo entendimento do Tribunal Superior Eleitoral, caracteriza-se propaganda eleitoral extemporânea quando:

“(...) leva ao conhecimento geral, ainda que de forma dissimulada, a candidatura, mesmo que apenas postulada, a ação política que se pretende desenvolver ou razões que induzam a concluir que o beneficiário é o mais apto ao exercício da função pública. Sem tais características, poderá haver mera promoção pessoal - apta, em determinadas circunstâncias a configurar o abuso de poder econômico - mas não propaganda eleitoral” (Respe nº 15.732/MA, Rel. Min. José Eduardo Rangel de Alckmin, DJ de 7.5.1999).

No mesmo sentido:

“(...) A propaganda extemporânea é caracterizada pela divulgação de que tal ou qual candidato seria o mais apto. (...) O pedido de voto não é requisito essencial para a configuração do ilícito, desde que haja alusão à circunstância associada à eleição. (...) Para a identificação deste trabalho antecipado de captação de votos, é comum que o julgador se depare com atos que, embora tenham a aparência de licitude, podem acabar por ferir a igualdade de oportunidade dos candidatos do pleito” (TSE, Min. Felix Ficher, AgR-Rp nº 205-74.2010.6.00.0000/DF, DJ. 11/05/2010, p. 31-32).

A fim de se configurar a propaganda fora de época, é necessário ainda que a mensagem veiculada esteja diretamente relacionada à eleição vindoura. Ou, como muito bem colocou Olivar Coneglian, “para que uma mensagem seja considerada eleitoral, há necessidade de que ela esteja enganchada na eleição” (Coneglian, p. 207).

Definido peremptoriamente pela lei pertinente o momento de início da propaganda regular, mas sem expressa previsão de término, é possível reduzir-se o conceito de propaganda extemporânea apenas àquele preconizado pela doutrina e jurisprudência supra-aduzidas? Quando este prazo legal para veiculação de propaganda eleitoral termina?

Entende Joel J. Cândido que a propaganda regular termina “com o fechar da última urna” (Cândido, p. 156). Ao aprofundar o tema, sabiamente pondera, contudo, que o período de 48 horas antes, e 24 horas após a eleição é um período em que a propaganda em questão é restringida. Segundo ele, “é um período de liberdade restrita da propaganda, dentro de um período de propaganda com liberdade ampla, (...) para garantir a fecundidade dos princípios da propaganda” (Cândido, p. 156).

Em consulta realizada ao Tribunal Superior Eleitoral acerca do prazo para realização de propaganda eleitoral lícita, assim já se decidiu:

“(...) não há marco inicial de proibição. O que a lei estabelece é um marco inicial de sua permissão (art. 36, caput, da Lei nº 9.504/97)” (Res. nº 20.507-TSE, de 18.11.99, rel. Min. Costa Porto, grifos nossos).

Com base nos conceitos supra, é possível enquadrar como propaganda extemporânea também aquela veiculada no dia das eleições, de forma contrária às leis eleitorais vigentes?

Pelos argumentos adiante explicitados, a resposta há de ser positiva.

4. O DIREITO ELEITORAL COMO REFLEXO DOS VALORES SOCIAIS DE IGUALDADE E OPORTUNIDADE

Como dito alhures, visa o presente trabalho a interpretar os conceitos de “boca de urna” e “propaganda extemporânea” à luz da principiologia e, principalmente, da finalização a ser buscada pelas normas eleitorais, em busca da harmonização dos conceitos e da melhor proteção jurídica dos bens a serem protegidos, notadamente do ideal democrático.

Para tanto, e considerando-se especificamente o tema ora estudado, é necessário tecer algumas considerações acerca da função das normas diretivas da propaganda eleitoral.

O Direito Eleitoral representa o conjunto de normas jurídicas que regulamentam o processo de escolha dos ocupantes de cargos públicos eletivos, como desdobramento do princípio democrático inserido no artigo 1º, parágrafo único da Constituição Federal². Disciplina, assim, os meios necessários ao exercício da soberania popular.

Para Fávila Ribeiro, citado por Joel J. Cândido, “o Direito Eleitoral, precisamente, dedica-se ao estudo das normas e procedimentos que organizam e disciplinam o funcionamento do poder de sufrágio popular, de modo a que se estabeleça a precisa adequação entre a vontade do povo e a atividade governamental” (Cândido, p. 25).

É certo que um dos mais importantes valores tutelados pelo direito eleitoral é a *pars conditio*, assim entendida a igualdade de condições entre os candidatos concorrentes. Para o direito eleitoral, não é permitido o tratamento privilegiado a candidato, partido político ou coligação, com fulcro no princípio da igualdade, preconizado no artigo 5º da nossa Lei Maior.

Conforme lição de José Jairo Gomes: “O princípio em tela adquire especial relevo nos domínios do Direito Eleitoral, já que rege diversas situações. Basta lembrar que os concorrentes a cargos políticos-eletivos devem contar com as mesmas oportunidades, ressalvadas as situações previstas em lei - que têm em vista o resguardo de outros valores - e as naturais desigualdades que entre eles se verificam” (Gomes, p. 44-45).

Ao primar pela igualdade como seu princípio fundamental, está o Direito Eleitoral nada mais que priorizando o ideal democrático, fundamento da sua existência, uma vez que, desde Aristóteles, citado por José Afonso da Silva, “a igualdade (...) é o primeiro atributo que os democratas põem como fundamento e

² “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

fim da democracia” (Silva, p. 133). Conclui o filósofo ainda que “toda democracia se funda no direito à igualdade, e tanto mais pronunciada será a democracia quanto mais se avança na igualdade” (Silva, p. 133).

Outrossim, como corolário da garantia à efetivação do primado da igualdade material entre os candidatos, partidos políticos e coligações, toda a atuação da Justiça Eleitoral, do Ministério Público, dos partidos políticos e candidatos, inclusive o eleitor, deve pautar-se na preservação do princípio da lisura das eleições.

Conforme defendido por Marcos Ramayana, “as eleições (...) usadas como campo fértil da proliferação de crimes e abusos do poder econômico e/ou político atingem diretamente a soberania popular tutelada no art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal” (Ramayana, p. 14).

Tal princípio é expresso no artigo 23 da Lei das Inelegibilidades (Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990), *in verbis*:

“O Tribunal formará sua convicção pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções e prova produzida, atentando para circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, mas que preservem o interesse público de lisura eleitoral”.

5. A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA COMO SISTEMA DE INTEGRAÇÃO NORMATIVA. POSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO ATRAVÉS DA REGULAMENTAÇÃO DA PROPAGANDA ELEITORAL

A liberdade de manifestação do pensamento na forma da comunicação social³ é garantia constitucional, corolário da norma prevista no art. 5º, inciso IX da Constituição Federal, a qual consagra a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação⁴.

³ Constituição Federal/1988, art. 220, *caput*: “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”.

⁴ Constituição Federal/1988, art. 5º, IX: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

Consoante Alexandre de Moraes, “o que se pretende proteger (...) é o meio pelo qual o direito individual constitucionalmente garantido será difundido, por intermédio dos meios de comunicação de massa” (Moraes, p. 746).

De outra banda, assegura a Constituição da República a igualdade⁵ entre todas as pessoas.

Ab initio, é de se considerar que a proibição da propaganda eleitoral, fora do lapso tolerado pelo sistema normativo, não ofende a liberdade de expressão constitucionalmente consagrada, uma vez que a liberdade de expressão representada, neste estudo, pela propaganda eleitoral há de ser harmonizada com os demais princípios basilares do texto constitucional, sobretudo a busca do equilíbrio na disputa eleitoral, através do primado da igualdade de oportunidades entre candidatos, partidos políticos e coligações.

Na defesa desta linha de pensamento, Alexandre de Moraes, aprofundando o estudo acerca da amplitude do direito constitucional à liberdade de comunicação social, admite que, “apesar da vedação constitucional da censura prévia, há necessidade de compatibilizar a comunicação social com os demais preceitos constitucionais” (Moraes, p. 747).

Deve-se, assim, harmonizar os conceitos, na busca à democracia, fundado em um pleito igualitário⁶, justo e pautado na legalidade.

Conforme ensina ainda o citado mestre, “quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns

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

⁶ Discorrendo sobre o a aplicação do princípio da igualdade enquanto valor a ser ponderado na aplicação do direito, Tércio Sampaio Ferraz Junior, com sapiência, aduz: “Como princípio de justiça, a igualdade aparece, pois, como um código identificador do equilíbrio na distribuição de bens nas relações sociais. (...) é possível introduzir no princípio uma flexibilidade valorativa (...) conforme as circunstâncias concretas” (Ferraz Júnior, p. 323).

em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição de princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua” (Moraes, p. 28).

Nesta linha de análise, “o princípio da harmonização permite que o legislador crie restrições ao direito de manifestação do pensamento no dia da eleição, sem que com isso fira esse direito constitucional, pois deverá ponderar sobre os bens jurídicos em jogo: combinando os princípios da lisura do pleito e da igualdade entre os candidatos com o direito de livre expressão do pensamento” (Luz e Souza, p. 01).

Utiliza-se, para a ponderação dos valores em questão, sobremaneira, o princípio da proporcionalidade “como ferramenta metodológica no controle de validade das restrições aos direitos fundamentais” (Pereira, p. 166). Trata-se, na visão de Jane Reis Gonçalves Pereira, de aplicação do princípio em questão como um “postulado aplicativo - ou seja, como um dever que estrutura a aplicação de outras normas jurídicas” (Pereira, p. 167).

A ponderação dos bens em conflito, bem como da linha interpretativa a ser seguida, baseia-se na capacidade de o intérprete “afastar a aplicação de dispositivos válidos em benefício da aplicação de outros, restringir o exercício de direitos fundamentais e até mesmo relativizar regras constitucionais” (Barcellos, p. 261).

Defende, desta feita, Ana Paula Barcellos que a técnica em questão possibilita a “solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais” (Barcellos, p. 262). Para a autora, acertadamente, “a ponderação é tida como uma técnica de solução de determinados conflitos normativos, a saber, aqueles que envolvem colisões de valores ou de opções político-ideológicas e que não são superáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais” (Barcellos, p. 264).

É o presente caso, como adiante se verá.

6. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA DOS ARTIGOS 36 E 39, PARÁGRAFO 5º, II E III DA LEI N° 9.504, DE 30 DE SETEMBRO DE 1997 - A “BOCA DE URNA” COMO ESPÉCIE DE PROPAGANDA EXTEMPORÂNEA

Para finalizar o presente estudo, cumpre apreender a extensão da norma de proibição contida no artigo 39, parágrafo 5º, incisos II e III, da Lei n° 9.504/97, ou seja, se contém apenas um ilícito penal ou se contém também, em seu bojo, como um comando de valor, caráter normativo administrativo-eleitoral.

Cumpre apreender, ainda, qual a natureza jurídica da regulamentação normativo-eleitoral da propaganda eleitoral, ou seja, se está amparada pelo princípio da legalidade geral ou pelo princípio da estrita legalidade ou reserva legal.

Para tanto, necessário apurar-se a análise do diploma legal que regulamenta a propaganda eleitoral. Como apresentado no presente estudo, em capítulo supra, a legislação pertinente delimita o período permissivo para propaganda eleitoral⁷ - e não o contrário; ou seja, não descreve as condutas contrárias ao direito, como ocorre com os tipos penais. Assim, no que concerne às regras regulamentadoras da propaganda eleitoral, aplicável, no que se refere à contrariedade normativa não-penal, a segunda hipótese, qual seja, o princípio da estrita legalidade ou da reserva legal, segundo o qual só é lícita a conduta se fundada em expressa previsão legal.

E conforme preconizado por José dos Santos Carvalho Filho, em caso de contrariedade ao princípio da reserva legal, “havendo dissonância entre a conduta e a lei, deverá aquela ser corrigida para eliminar-se a ilicitude” (Carvalho Filho, p. 17).

Quanto à extensão da norma de proibição contida no artigo 39, parágrafo 5º, incisos II e III da Lei n° 9.504/97, a conduta “Boca de Urna”, ao ser tipificada como o crime tratado no capítulo 2 do presente estudo, e baseando-se no princípio de que o direito penal delimita ilícitos fundamentais, *ultima ratio* da proteção estatal, não estarão, amiúde (e a par da conflagração do delito em

⁷Artigo 36 da Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997: “A propaganda eleitoral somente é permitida após o dia 5 de julho do ano da eleição”)

questão) infringindo os responsáveis econômicos pela sua prática - candidatos, partidos políticos e coligações - o ilícito normativo-administrativo, caracterizado por propaganda irregular, por ausência da permissão legal necessária, à luz do princípio da reserva legal supraexposto?

Baseando-se no primado de que as normas jurídicas devem ser interpretadas como um todo sistemático e harmônico, bem como utilizando-se a interpretação teleológica⁸, trazida pelo artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil⁹, é forçoso concluir que sim.

Mas não é apenas a interpretação teleológica que induz a tal aplicação.

Como é de conhecimento comum, no estudo do conceito de norma jurídica, esta consiste no comando valorativo inserido no texto legal; comando este que se divide, basicamente, em civil, penal e administrativo. Contudo, a par da consequência advinda da violação do comando valorativo inserido na norma jurídica - consequência civil, penal ou administrativa - está o valor preconizado pela norma em questão. Valor este que denota um comando normativo a ser respeitado pelo destinatário da norma jurídica infringida.

Acerca do aspecto conceitual da ilicitude, ensina Marcos Bernardes de Mello que “no caso da ilicitude (...) o elemento cerne do suporte fático consiste na contrariedade a direito. (...) Para configurar a contrariedade a direito caracterizadora da ilicitude não importa a que ramo da Ciência Jurídica pertença a norma violada; não há uma diferença ontológica entre ilícito civil, penal, administrativo ou de qualquer outra espécie. (...) A substância ontológica de todos eles, porém, é a mesma: a violação da ordem jurídica (Mello, p. 191)”.

⁸ Segundo Tércio Sampaio Ferraz, “a regra básica dos métodos teleológicos é de que sempre é possível atribuir-se um propósito às normas” (Ferraz Junior, p. 265). No estudo do tema, continua o respeitado autor: “(...) É como se o intérprete tentasse fazer com que o legislador fosse capaz de prever suas próprias previsões, pois as decisões dos conflitos parecem basear-se nas previsões de suas próprias conseqüências” (Ferraz Junior, p. 266).

⁹ “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais do direito e às exigências do bem comum”.

Continua, ainda, sabidamente o autor que “a contrariedade a direito na conduta ilícita é irrecusável, porque nela (conduta) se consubstancia a violação das normas jurídicas e, conseqüentemente, da ordem jurídica como um todo” (Mello, p. 195).

E, como conclusão lógica, “se o fato, evento ou conduta, concretiza os pressupostos do suporte fáctico da ilicitude, não há como tratá-lo como se não fosse ilícito” (Mello, p. 197).

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

É certo que, em face do agente que deflagrou, pessoalmente, as condutas discriminadas nos incisos II e III do artigo 39, § 5º da Lei nº 9.504/97, recaem as conseqüências legais trazidas pelo tipo penal em questão.

Contudo, analisando-se a ilicitude subjacente ao delito em si, a qual traduz propaganda irregular, na modalidade extemporânea, posto que praticada em época vedada pelo direito, é cabível a sanção administrativo-eleitoral pertinente, relacionada à prática de propaganda extemporânea, pelo candidato que a patrocinou, ou diretamente se beneficia com esta, da mesma forma que ocorre com as demais formas irregulares de propaganda eleitoral, combatidas e sancionadas pela Justiça respectiva.

Assim, ao tipificar como crime os atos descritos no artigo 39, §5º, incisos II e III da Lei nº 9.504/97, traz o texto legal um comando normativo que discrimina um ilícito jurídico, vedado pelo direito. E, se é vedado, logicamente, não é permitido.

Via de consequência, partindo-se da conclusão supra de que, para ser lícita, a propaganda eleitoral tem de ser expressamente permitida pela legislação específica, por aplicação do princípio da reserva legal, esta só pode configurar propaganda irregular, na modalidade propaganda extemporânea, já que praticada em período e forma, vedados pelo sistema normativo eleitoral em vigor.

A efetividade das normas em análise também infirma a interpretação ora defendida.

Na ponderação firme de Marcos Caires Luz e Liliam Cristina Perez Alves de Souza, “um bom promotor, um bom juiz eleitoral, um bom delegado, um bom policial não necessariamente é aquele que prende mais. (...) É garimpado dia após dia e, tratando-se de processo eleitoral, o sucesso não passa nunca pela espetacularização da atuação judicial à custa de eleitores ou de candidatos, ao invés, passa pela atuação firme e contundente, (...) respeitando, sempre, a intervenção mínima do direito penal” (Luz e Souza, p. 3).

Sobre o tema, cita Nilo Batista o ilustre Ministro Sepúlveda Pertence, em julgamento de Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 80.362-8/SP, em que soberanamente se posicionou no sentido de que “ante o quadro de notória impotência do Judiciário para atender à demanda multiplicada de jurisdição e, de outro, à também notória impotência do Direito Penal para atender aos que pretendem transformá-lo em mirífica, mas ilusória, solução de todos os males de vida em sociedade - tendo, cada vez mais, aplaudir a reserva à sanção e ao processo penal do papel de *ultima ratio* e, sempre que possível, a sua substituição por medidas civis ou administrativas, menos estigmatizantes e de aplicabilidade mais efetiva” (Batista, p. 84).

Na esteira do pensamento preconizado pelo eterno mestre Francesco Carnelutti, “uma vez estabelecida a existência do delito, resta a questão da aplicação, ou melhor, da adequação da pena. (...) Na verdade, falta ao direito penal a sua finalidade quando a lei não serve mais para fazer saber aos cidadãos o que, sob a ameaça da pena, devem ou não fazer; pois, a fim de que possa servir para isso, mediante o conhecimento que os cidadãos procuram dela, a lei penal deve ser simples e concisa. (...) O problema do processo, (...) muito mais do que um problema de leis é um problema de homens e de coisas (...) e o caminho para resolvê-los não é complicar a lei cada vez mais, mas, pelo contrário, fazer com que se converta em simples, limitando-se às diretrizes fundamentais e, além do mais, provendo uma boa escolha dos homens, que, segundo tais, devem operar” (Carnelutti, p. 59-60).

Na mesma linha de análise, ponderam Marcos Caires Luz e Liliam Cristina Perez Alves de Souza que “caberá às autoridades

competentes, a partir do princípio da intervenção mínima, coibir os excessos e os abusos que porventura possam ser cometidos a pretexto de se pregar a liberdade de pensamento e de expressão” (Luz e Souza, p. 3).

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

Em apoio à linha de pensamento defendida nos presentes, os ilustres Desembargadores em atuação perante o Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Rio de Janeiro, Jacqueline Lima Montenegro e Luiz Márcio Alves Pereira, no julgamento do Recurso Eleitoral nº 6.670-Classe RE, pelo Tribunal Regional Eleitoral, do Estado do Rio de Janeiro, em 27 de novembro de 2008. Neste, manifestou-se a primeira como “bastante simpática à tese de aplicação de multa com relação à boca-de-urna, classificando-a como uma evolução em propaganda extemporânea (...) desde que haja prova mínima de liame entre aquele que distribui e aquele que se beneficia, por menor que seja”. No mesmo julgamento, o segundo também defendeu a sua aplicação, por ser a “boca-de-urna” uma “afronta a igualdade do processo eleitoral” e como forma de coibir “o abuso do poder econômico enorme traduzido pela boca-de-urna”.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ponderando-se, assim, ambos os imperativos normativos - período permissivo para propaganda eleitoral e período em que esta é vedada, desde que exercida na forma discriminada no diploma normativo, é forçoso se concluir que, ainda que não configurado o crime de “boca de urna”, e ainda que configurado, pode a prática em questão também configurar propaganda extemporânea, em face do candidato, partido político ou coligação, porque realizada fora do período permitido em lei - lei esta que, como dito alhures,

discrimina, expressamente, o período e a forma de realização da propaganda eleitoral.

Passível, por conseguinte, neste caso, ao candidato, partido político ou coligação, a aplicação da multa administrativo-eleitoral, caso comprovado o seu patrocínio financeiro ou notoriamente presumido o conhecimento da prática da propaganda irregular, que beneficie o candidato, partido político ou coligação, ainda que em tese; da mesma forma que acontece nos demais casos de propaganda extemporânea, já reconhecidas e aplicadas pela jurisprudência. 