

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

YASMIN BREHMER HANDAR

DIREITO PENAL E FINANCIAMENTO DE CAMPANHA:
UMA ANÁLISE SOBRE A PROPOSTA DE CRIMINALIZAÇÃO AUTÔNOMA DAS
DOAÇÕES IRREGULARES E DO CAIXA DOIS ELEITORAL

CURITIBA

2018

YASMIN BREHMER HANDAR

DIREITO PENAL E FINANCIAMENTO DE CAMPANHA:
UMA ANÁLISE SOBRE A PROPOSTA DE CRIMINALIZAÇÃO AUTÔNOMA DAS
DOAÇÕES IRREGULARES E DO CAIXA DOIS ELEITORAL

Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharel, Curso de Direito, Setor
de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná

Orientador: Prof. Dr. Paulo César Busato
Co-Orientadora: Prof.^a. Dr.^a. Eneida Desiree Salgado

CURITIBA

2018

TERMO DE APROVAÇÃO

YASMIN BREHMER HANDAR

**DIREITO PENAL E FINANCIAMENTO DE CAMPANHA:
UMA ANÁLISE SOBRE A PROPOSTA DE CRIMINALIZAÇÃO AUTÔNOMA DAS
DOAÇÕES IRREGULARES E DO CAIXA DOIS ELEITORAL**

Monografia aprovada apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel, Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Prof. Dr. Paulo César Busato
Orientador – Departamento de Direito Penal e Processual Penal - UFPR

Prof.^a Dr.^a Eneida Desiree Salgado
Co-Orientadora – Departamento de Direito Público – UFPR

Prof. Dr. Fernando Gaspar Neisser
Departamento de Direito Penal – USP

Prof. Dr. Alamiro Velludo Salvador Netto
Departamento de Direito Penal – USP

Curitiba, 06 de Novembro de 2018.

Ao v? Aldi, que nunca deixou de me guiar.

AGRADECIMENTOS

Só existe uma maneira pela qual é possível escrever uma monografia durante o período eleitoral: estando cercada de pessoas queridas. Durante os últimos meses, se consegui enfrentar todos os desafios que a mim se apresentaram, foi somente porque pude desfrutar de um inenarrável apoio físico, acadêmico e sobretudo emocional de quem estava à minha volta.

Agradeço, em primeiro lugar, à minha mãe Adriana Brehmer – a maior responsável pela mulher que me tornei. Ela alimentou meu desejo de chegar cada vez mais longe sem deixar de despertar minha atenção para a humanidade que reside no caminho da trajetória que escolhemos para nossas vidas. Ela segurou as barreiras mais difíceis ao meu lado, mesmo quando não sabia o porque, mesmo quando discordava de mim. Eu só sou porque ela é. Obrigada, mãe.

Agradeço ao meu pai Gassan Handar por ter me ensinado com a própria história como fazemos para superar as adversidades da vida. Agradeço por ter me amado como sou, por ter respeitado minhas nem sempre compreensíveis escolhas e, acima de tudo, por ter me alimentado durante a escrita desta monografia. Obrigada, pai.

Agradeço ao meu companheiro Ricardo por ter compreendido com tanta generosidade as ausências desencadeadas por uma monografia e por uma seleção de mestrado. Agradeço por cada jantar de sábado em que o restaurante foi substituído pelo computador, por cada carinho nos momentos de estresse em que nenhuma outra pessoa ousaria se aproximar, pela música, pela alegria, pelo amor. Obrigada, querido.

Agradeço às amigas Lívia, Mariana Gripp e Rafaella por terem sido fiéis companheiras e confidentes ao longo desses cinco anos de faculdade; às amigas Camila e Beatriz, pelas risadas e pelos segredos de uma vida; à amiga Mariana Keppen pela sinceridade e pela política; à amiga Eduarda pelas descobertas e pela lealdade; aos amigos Rafael e Antonio pela adolescência que nos transformou; ao amigo Lucas pela paciência infinita com minha dificuldade tecnológica senil; aos amigos Célia, João, Leonardo e Flávia por serem as melhores companhias do mundo. Se aprendi o valor da amizade, devo isso apenas a vocês. Obrigada, amigas. Obrigada, amigos.

Agradeço à minha chefe e tia Carla Karpstein por ter desempenhado papel

decisivo na formação da mulher que mora dentro de mim. Agradeço por todos os ensinamentos, por todos os conselhos, por todas as oportunidades, por todo o reconhecimento, por toda a caminhada destes últimos três anos. Ao lado de minha mãe, uma das mulheres mais fortes em quem tenho o prazer de me inspirar. Que nossa parceria seja longa. Obrigada, chefe.

Agradeço ao meu primo Bruno por me tolerar durante toda uma campanha eleitoral, por ser meu conselheiro mais brutalmente sincero e por todas as histórias etílicas que hoje contamos não sem certo constrangimento. Obrigada, primo.

Agradeço à Larissa, por ter se tornado muito mais do que uma colega de trabalho, por ter uma paciência infinita e por iluminar os dias do escritório com seu sorriso contagiante. Agradeço também ao Eduardo, ao JP, ao Felipe e todos com quem convivo diariamente no CK e MCAM Advocacia.

Agradeço à Paula por sempre atender minhas súplicas por correções de texto e sugestões bibliográficas, por ser uma inspiração de mulher e de advogada; agradeço ao Luiz Eduardo pela ajuda com levantamento bibliográfico, pela troca de experiências profissionais e, acima de tudo, por ter me auxiliado com o meu primeiro projeto de pesquisa da faculdade no longínquo ano de 2014.

Agradeço em nome de minha avó Norma Brehmer, de minha prima Lina Hamdar e de minha irmã Marileia Rechetnec, a toda a minha família pelo suporte e apoio que tive durante toda a minha vida.

Agradeço em nome de Guilherme Gonçalves, Luiz Fernando Pereira e Juliano Breda, a todos os grandes advogados e advogadas com quem já tive o privilégio de trabalhar e aprender. Me considero uma pessoa de muita sorte por ter desfrutado de tanto ensinamento, em tão pouco tempo. Agradeço também à Fabiana Ortega, ao Gustavo Severo e ao Beno Brandão por serem, na advocacia, um ideal a ser seguido.

Agradeço em nome de meus orientadores Paulo César Busato e Eneida Desiree Salgado, a todos os professores e professoras com quem tanto aprendi e nos quais tanto me inspirei e a estes, especialmente, por terem me guiado com maestria. Agradeço também ao genial Juarez Tavares, por toda a inspiração.

Agradeço a todas as mulheres que lutam por um mundo mais igualitário, a todos os trabalhadores que lutam por um mundo menos injusto, a todos que têm ideais democráticos e que seguem firmes nesta luta interminável por direitos.

Agradeço, por fim, à Frida e ao meu vô Aldi, seres tão distintos mas que despertam em mim rigorosamente o mesmo sentimento: o amor mais puro que uma pessoa é capaz de demonstrar.

A gente vai contra a corrente até não poder resistir

Chico Buarque

RESUMO

A relação entre direito penal e política é alvo de intensa discussão doutrinária e desencadeia, Brasil afora, muito mais dissensos do que consensos. Nesse sentido, o presente trabalho analisa um ponto específico desta relação: as condutas de doação irregular e caixa dois eleitoral. Ambas adquiriram maior relevância a partir das discussões trazidas pelo PL 4850/16 – compilação das “10 medidas contra a corrupção”. No entanto, a despeito da aludida relevância, observa-se que o debate acerca destas propostas de criminalização autônoma não raro é pautado pela ausência de rigor técnico e pelo imediatismo inerente ao contexto político. Inicialmente, o estudo propõe uma reflexão a respeito do financiamento de eleitoral no Brasil, a partir de uma análise sobre o desenvolvimento da legislação, para depois abordar as principais problemática que envolvem o financiamento privado. O tema conduz a uma discussão sobre os principais escândalos de corrupção que rondam o país, os quais desencadearam o hodierno clamor popular pelo combate à corrupção e, conseqüentemente, pela criação dos novos tipos penais que são mote desta monografia. Destarte, qualquer proposta de criação de novos tipos penais exige uma análise séria sobre a necessidade da nova criminalização. Portanto, este estudo investiga a legitimidade e a necessidade de criação dos ilícitos autônomos por meio da identificação, no caso concreto, de uma lacuna de punibilidade e um de bem jurídico penal autônomo. Num viés conclusivo, o presente trabalho não logrou êxito em identificar uma referência a algum bem jurídico no PL 4850/17, assim como a lacuna de punibilidade restou ausente. Neste sentido, há indícios da expansão do direito penal para fins meramente simbólicos, com impacto na tendência de criminalização da política. Outrossim, como meio de evitar a aludida expansão, propõe-se uma construção, ainda que embrionária, de quais seriam as bases de um direito penal eleitoral mínimo, apontando, por fim, as alternativas não penais frente à criminalização de novas condutas na perspectiva do financiamento eleitoral, o que se faz por meio do fomento ao financiamento coletivo e do uso da internet como instrumento que facilite a fiscalização das contas de campanha.

Palavras-chave: Direito Penal. Direito Eleitoral. Criminalização. Expansão. Financiamento.

ABSTRACT

The relation between politics and criminal law is the subject of intense doctrinal discussion. In this sense, the present thesis intends to analyze a specific point of this relation: the conducts of irregular donation and slush fund. Both acquired greater relevance from the discussions brought by the project 4850/16 - compilation of the "10 measures against corruption". However, despite the aforementioned relevance, it is observed that the debate about these proposals of autonomous criminalization is often based on the absence of technical rigor and on the immediacy of the political context. Initially, this study proposes a reflection of electoral financing in Brazil, based on an analysis of the development of the legislation, for then look at the main issues that involve private financing. The subject leads to a discussion about the main scandals of corruption that surround the country, which triggered a popular mobilization to combat corruption and, consequently, the yearning to create new criminal types that are the motto of this thesis. Therefore, this study investigates the legitimacy and the need to create autonomous illicit acts by identifying, in this specific case, a punitive and an autonomous criminal legal right. In a conclusive bias, the present work was not successful in identifying a reference to some legal good in PL 4850/17, just as the voidness gap remained absent. In this sense, there are indications of the expansion of criminal law for merely purposes, with an impact on the criminalization of politics. Moreover, the present thesis proposes what could be the basis of a minimal electoral criminal law, pointing, finally, non-criminal alternatives to the criminalization of new conducts in the perspective of electoral financing, which is done through the promotion of collective financing and the use of the Internet as an instrument to facilitate the monitoring of campaign accounts.

Keywords: Criminal Law. Electoral Law. Criminalization. Expansion. Funding.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	CAPÍTULO 1 – O FINANCIAMENTO DE CAMPANHAS ELEITORAIS NO BRASIL	14
2.1	BREVES NOTAS SOBRE O SISTEMA BRASILEIRO DE FINANCIAMENTO ELEITORAL.....	16
2.2	FINANCIAMENTO PRIVADO DE CAMPANHAS ELEITORAIS: NEM TUDO É CORRUPÇÃO	21
2.3	ESCÂNDALOS POLÍTICOS E CLAMOR POPULAR: “10 MEDIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO”	26
3	CAPÍTULO 2 – A CRIMINALIZAÇÃO AUTÔNOMA DAS DOAÇÕES IRREGULARES E DO CAIXA DOIS ELEITORAL NO PL 4850/16	32
3.1	DIREITO PENAL ELEITORAL: O PAPEL DO DIREITO PENAL NO ÂMBITO DO DIREITO ELEITORAL.....	33
3.2	UMA ANÁLISE SOBRE O BEM JURÍDICO.....	36
3.3	A PRESENÇA (OU NÃO) DE UMA LACUNA DE PUNIBILIDADE	41
4	CAPÍTULO 3 – POR UM DIREITO PENAL ELEITORAL MÍNIMO: UMA SAÍDA FRENTE À CRIAÇÃO DE TIPOS PENAI	49
4.1	O DIREITO PENAL SIMBÓLICO E A CRIAÇÃO DE TIPOS PENAI-ELEITORAIS COMO UMA DAS FACES DA CRIMINALIZAÇÃO DA POLÍTICA	50
4.2	A CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO PENAL ELEITORAL MÍNIMO A PARTIR DE UMA BASE PRINCIPOLÓGICA DO BEM JURÍDICO	53
4.3	UMA ALTERNATIVA FRENTE À CRIAÇÃO DE TIPOS PENAI: O FORTALECIMENTO DA PRESTAÇÃO DE CONTAS E A DEMOCRATIZAÇÃO DAS DOAÇÕES ELEITORAIS.....	57
5	CONCLUSÕES	63
	REFERÊNCIAS	66

1 INTRODUÇÃO

O debate acerca da relação entre direito penal e financiamento eleitoral ocupa um papel nuclear nas democracias ocidentais. Isso porque a influência do poder econômico nos pleitos eleitorais e, em última instância, na própria democracia, suscita debates que estão longe de alcançar algum consenso no que tange às formas pelas quais seja possível evitar, ou ao menos minimizar, esta influência.

O presente trabalho, outrossim, primeiro abordará os principais aspectos do financiamento eleitoral no Brasil, por meio de uma análise sobre o desenvolvimento da legislação eleitoral e das principais “reformas eleitorais”, as quais levaram à vedação das doações empresariais para partidos e campanhas. A partir deste ponto paradigmático, pretende-se identificar quais as principais problemáticas que rondam o financiamento eleitoral privado – o que se faz com o objetivo de desmistificar a relação automática que hodiernamente se estabeleceu entre doações privadas e corrupção.

No Brasil, com efeito, essa relação ganhou ainda mais força a partir de episódios recentes que permeiam o contexto político-jurídico pátrio. Nesse sentido, considerando o intrínseco papel dos meios de comunicação de massa na formação da opinião pública, pode-se localizar o Impeachment de Fernando Collor e o julgamento da AP 470 – o “mensalão” – pelo Supremo Tribunal Federal e a como marcos dos debates acalorados e da cobrança popular por mais rigor na punição de condutas que desaguam no financiamento irregular de campanhas eleitorais.

Ao julgamento do mensalão seguiu-se o fortalecimento, sobretudo midiático, da Operação “Lava Jato” e a apresentação por parte do Ministério Público Federal da ousada proposta legislativa popularmente conhecida como “10 medidas contra a corrupção” – as quais estão compiladas no PL 4850/16. E é precisamente neste projeto de lei em que se insere o mote do presente estudo: a proposta de criminalização autônoma das doações eleitorais irregulares e do caixa dois eleitoral.

Constatou-se que, a despeito da relevância do tema no cenário político-jurídico pátrio, o debate acerca das propostas de criminalização autônoma não raro é pautado pela ausência de rigor técnico e pelo imediatismo inerente ao contexto político. Nesse sentido, o presente estudo buscará conferir mais solidez às discussões por meio de um exame sobre a legitimidade e a necessidade das novas criminalizações.

Este exame, mais a mais, se inicia com uma delimitação sobre o papel do direito penal no âmbito do direito eleitoral, a partir da premissa de que a dogmática deve figurar como uma via de limitação às criações normativas do legislador e de que a transposição do direito penal para a política deve ser empreendida com máxima cautela a fim de que os princípios básicos do direito penal não sejam ignorados.

Após esta análise, alcança-se o cerne deste trabalho, qual seja a criminalização das condutas de doação irregular e de caixa dois eleitoral. Outrossim, o exame sobre a proposta legislativa será feito por meio do crivo da identificação protetiva de um bem jurídico penalmente relevante, sem se ignorar todo o debate travado na dogmática sobre o seu conceito, e da constatação da impossibilidade de tutela não penal, para que reste configurada a subsidiariedade.

Outrossim, o estudo trabalha com a hipótese de que a criminalização autônoma das condutas supracitadas seja uma forma de manifestação do chamado direito penal simbólico – uma instrumentalização da legislação feita com o objetivo de apaziguar o eleitor e o clamor popular. Trabalha-se, a partir de tal conceito, a possibilidade de que a utilização simbólica do direito penal-eleitoral esteja relacionada com a tendência hodierna, no contexto brasileiro, de criminalização da própria atividade política.

Traçada a aludida relação, identifica-se a necessidade de estabelecer – ainda que de forma embrionária – quais seriam as bases para um direito penal eleitoral mínimo, em consonância com os princípios do direito penal democrático, a fim de que seja possível reduzir a sua esfera de apenas às condutas que passem pelos filtros deduzidos a partir da teoria do bem jurídico – quais sejam, o da lesividade e da intervenção mínima, do qual decorrem a fragmentariedade e a subsidiariedade.

Por fim, como meio de deter de maneira efetiva a expansão desenfreada do direito penal eleitoral, o presente estudo busca oferecer ao legislador alternativas frente à criação de novos tipos penais. No âmbito do financiamento eleitoral, com efeito, este trabalho identifica a possibilidade de democratização das doações eleitorais como forma de minimizar a busca por fontes vedadas de financiamento e o fortalecimento da prestação de contas, para que a fiscalização dos gastos e da arrecadação, a partir dos mecanismos eleitorais já existentes, torne-se mais eficiente.

2 CAPÍTULO 1 – O FINANCIAMENTO DE CAMPANHAS ELEITORAIS NO BRASIL

Um processo eleitoral justo e democrático, nos Estados de Direito, é antes de mais nada pré-requisito para que se confira máxima legitimidade ao exercício do poder político por parte dos representantes eleitos. Sobre a importância dos pleitos eleitorais para a democracia, Marotta ensina que a participação popular por meio de eleições é reconhecida quase unanimemente como o mecanismo mais eficiente para fins de redução dos custos decisoriais – ao menos nos Estados liberal-democráticos do ocidente. No entanto o autor ressalta:

(...) para se poder falar de representatividade das eleições, é necessário que estas apresentem as características de liberdade e periodicidade. Se estas faltarem, a relação de responsabilidade política que liga os governantes ao governados é esvaziada e, com ela, as funções de investidura e controle que são essenciais a uma eleição.¹

Ou seja, eleições garantem à sociedade a possibilidade de avaliação do exercício de poder dos mandatários e, também, de mudança. Não é por menos que a forma de participação política mais importante nos sistemas democráticos se dá por meio do sufrágio.² Logo, constata-se que a legitimidade do pleito eleitoral é intrínseca, em última instância, à legitimidade do regime democrático.³

Com efeito, eleições democráticas pressupõem, para além da observância formal das regras do jogo, a existência de campanhas eleitorais livres e competitivas. E campanhas eleitorais custam caro. É precisamente neste ponto que o tema passa a ganhar contornos cada vez mais complexos e menos uníssonos.

O financiamento eleitoral é elemento indispensável não apenas para as campanhas eleitorais, como para a sobrevivência da própria democracia. Em razão do papel nuclear desempenhado pelos recursos econômicos neste contexto, a relação entre o dinheiro e os pleitos eleitorais é objeto de constante preocupação em discussões doutrinárias e legislativas desde tempos remotos. Há exemplos da tentativa de conter a influência do poder econômico na política já no Direito Romano, com as leis de

¹BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2010, p. 1174.

²Ibid., p. 890.

³SCHLICKMANN, Denise Goulart. **Financiamento de campanhas eleitorais**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 29.

ambitus.⁴

Mas foi no início do século XX, no contexto das democracias liberais anglosaxãs, que o debate sobre financiamento eleitoral começou a ganhar contornos mais similares com as preocupações hodiernas. À época, David Almagro Castro pontua que o controle organizativo e interno dos partidos, via de regra, estava fora da fiscalização estatal, já que estes eram considerados associações privadas. Todavia, na medida em que passou a surgir uma preocupação mais consistente sobre a independência dos partidos frente a fontes de doações, criou-se normas jurídicas reguladoras do financiamento partidário e de candidatos:

Com isso se pretendeu garantir, no que fosse possível, uma dupla necessidade histórica: manter o partido à margem de qualquer pressão corporativa ou institucional por possíveis dependências financeiras e alcançar a igualdade de oportunidades na disputa eleitoral (tradução da autora)⁵.

A preocupação em afastar partidos e candidatos de qualquer sorte de dependência das doações privadas continua norteando os debates sobre o financiamento eleitoral. Hoje, no entanto, a discussão está muito mais centralizada nos prós e contras da natureza pública, privada ou mista do financiamento.

A rigor, qualquer análise séria sobre o tema deve perpassar pela perspectiva da autonomia pessoal e pelos princípios constitucionais da máxima igualdade na disputa eleitoral e da liberdade para o exercício do mandato.⁶ Outrossim, o que se busca equilibrar num sistema ideal de financiamento de campanha é a máxima liberdade para competição eleitoral com a mínima possibilidade de abusos econômicos.

Some-se a este cenário o crescente repúdio por parte da média da população brasileira aos partidos políticos, aos candidatos e, *lato sensu*, à política em si mesma. A complexa relação entre dinheiro e política é agudizada pelos recorrentes escândalos

⁴Mais sobre o assunto em: FERRAZ, Manoel Martins Ferreira. A corrupção eleitoral no Direito Romano. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 172, abr./jun. 1988. p. 37-44; e em COSTA, Walter. **Dicionário do voto**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000. p. 18-19.

⁵ALMAGRO CASTRO, David. Democracia y financiación de los partidos políticos en España. **Revista Direito GV**, v. 20, n. 2, p. 538. Citação original: “*En el mundo anglosajón los partidos eran considerados asociaciones cuya vida organizativa e interna debía estar al margen de la fiscalización estatal. A la idea de mantener este status quo de independencia responderá la creación de normas jurídicas reguladoras de la financiación de los partidos y/candidatos. Con ello se pretende garantizar en lo que sea posible una doble necesidad histórica: mantener al partido al margen de cualquier presión corporativa o institucional por posibles dependencias de tipo financiero y alcanzar la igualdad de oportunidades en la contienda electoral.*”.

⁶Conforme posição defendida por Eneida Desiree Salgado em: SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios constitucionais estruturantes do direito eleitoral**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010, p. 278-284.

de corrupção que tomaram conta do país e são em muito explorados pela mídia. Em que pese (ou, quiçá, em razão) da superficialidade e da imprecisão do debate travado pela opinião pública, a voz quase uníssona da sociedade clama – ao mesmo tempo – por menos dinheiro público nas campanhas e por maiores restrições no âmbito das doações privadas. Uma equação inalcançável.

Destarte, para elucidar as especificidades e problemas no âmbito do sistema de financiamento eleitoral brasileiro, faz-se necessário uma análise mais profunda sobre a legislação pátria que abrange o tema – o que se fará a seguir.

2.1 BREVES NOTAS SOBRE O SISTEMA BRASILEIRO DE FINANCIAMENTO ELEITORAL

Uma das maneiras pela qual se regula, *a priori*, a relação entre o poder econômico e as eleições é por meio das regras que disciplinam o financiamento eleitoral. No Brasil, foi a partir de 1993 – com o contexto mundial de maior preocupação com os impactos do financiamento de campanhas e partidos políticos – que a legislação eleitoral voltou-se de forma mais atenta sobre o tema.⁷

A Lei 8.713/1993 inovou consideravelmente ao trazer em seu bojo previsões sobre as formas de obtenção de recursos e realização de despesas. Mas foi apenas com a Lei 9.504/1997 – a Lei das Eleições – que a regulamentação do financiamento eleitoral ganhou contornos mais sólidos, na medida em que ela passou a regulamentar o processo eleitoral para todos os pleitos futuros. Antes, novas leis eram editadas para cada eleição, fator que comprometia uma análise sistêmica sobre o assunto.

Todavia, em que pese não mais existir uma lei eleitoral específica para cada pleito, Denise Schlickmann pontua o fato de que o Brasil tem se deparado com reformas eleitorais quase que a cada pleito, no cenário das últimas eleições. Dessa sorte, ímpar salientar que a Lei das Eleições foi profundamente alterada ao longo dos seus vinte e um anos de vigência.⁸

Mais a mais, cumpre ainda esclarecer que “inexistindo leis específicas para cada eleição, para instrumentalizar a Lei Eleitoral à realidade de cada pleito, o

⁷SCHLICKMANN, Denise Goulart. **Financiamento de campanhas eleitorais**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 40.

⁸Ibid. p. 41.

Tribunal Superior Eleitoral edita resoluções específicas.”⁹

Em sua redação original, a Lei 9.504/1997 já previa o modelo misto de financiamento de campanhas eleitorais, com a participação de pessoas físicas e jurídicas. Imperioso destacar que, num primeiro momento, o teto máximo de gastos em cada candidatura era fixado pelo partido político e pela coligação – valor que deveria ser informado à Justiça Eleitoral.¹⁰

No que tange às doações, as pessoas físicas poderiam doar até 10% (dez por cento) dos rendimentos brutos auferidos no ano anterior ao da eleição, previsão que se mantém até os dias atuais. A sanção prevista para doações acima do parâmetro fixado era a multa no valor de cinco a dez vezes o excedente da doação. Ainda, candidatos poderiam se valer de recursos próprios para financiar a totalidade da campanha eleitoral.¹¹

As doações de pessoas jurídicas, por sua vez, estavam limitadas a 2% (dois por cento) do faturamento bruto do ano anterior à eleição. Interessante constatar que, para além da multa, a pessoa jurídica que doasse em excesso também restava impedida de contratar com o Poder Público e de participar de licitações pelo prazo de cinco anos.¹²

Já a disciplina sobre o financiamento eleitoral com recursos públicos foi delegada à Lei dos Partidos Políticos (Lei n° 9.096/95).¹³ Originalmente, o financiamento público se dava por meio do Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos – o Fundo Partidário.

⁹Ibid. p. 41.

¹⁰Art. 18. Juntamente com o pedido de registro de seus candidatos, os partidos e coligações comunicarão à Justiça Eleitoral os valores máximos de gastos que farão por candidatura em cada eleição em que concorrerem.

§ 1º Tratando-se de coligação, cada partido que a integra fixará o valor máximo de gastos de que trata este artigo.

§ 2º Gastar recursos além dos valores declarados nos termos deste artigo sujeita o responsável ao pagamento de multa no valor de cinco a dez vezes a quantia em excesso.

¹¹Art. 23. A partir do registro dos comitês financeiros, pessoas físicas poderão fazer doações em dinheiro ou estimáveis em dinheiro para campanhas eleitorais, obedecido o disposto nesta lei.

§ 1º As doações e contribuições de que trata este artigo ficam limitadas:

I – no caso de pessoa física, a dez por cento dos rendimentos brutos auferidos no ano anterior à eleição;

II – no caso em que o candidato utilize recursos próprios, ao valor máximo de gastos estabelecido pelo seu partido, na forma desta lei.

¹²Art. 81. As doações e contribuições de pessoas jurídicas para campanhas eleitorais poderão ser feitas a partir do registro dos comitês financeiros dos partidos ou coligações.

§ 1º As doações e contribuições de que trata este artigo ficam limitadas a dois por cento do faturamento bruto do ano anterior à eleição.

§ 2º A doação de quantia acima do limite fixado neste artigo sujeita a pessoa jurídica ao pagamento de multa no valor de cinco a dez vezes a quantia em excesso.

§ 3º Sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior, a pessoa jurídica que ultrapassar o limite fixado no § 1º estará sujeita à proibição de participar de licitações públicas e de celebrar contratos com o poder público pelo período de cinco anos, por determinação da Justiça Eleitoral, em processo no qual seja assegurada ampla defesa.

¹³Art. 79. O financiamento das campanhas eleitorais com recursos públicos será disciplinada em lei específica.

O Fundo Partidário é constituído por multas e penalidades pecuniárias aplicadas nos termos do Código Eleitoral e leis conexas; recursos financeiros que lhe forem destinados por lei; doações efetuadas por intermédio de depósitos bancários diretamente na conta do Fundo Partidário e dotações orçamentárias da União.¹⁴

Em princípio, um por cento do total do Fundo era dividido igualmente entre os partidos registrados perante o TSE e os noventa e nove por cento restantes eram distribuídos proporcionalmente aos votos obtidos na última eleição para a Câmara dos Deputados.¹⁵

Para fins financiamento de campanha, a primeira grande alteração promovida na Lei das Eleições se deu pela Lei 11.300/2006. A partir desse momento, além do teto de gastos para cada candidatura passar a ser estabelecido por lei, houve um marcante fortalecimento do instituto da prestação de contas. Passou-se a exigir a divulgação da arrecadação de recursos e dos respectivos gastos por meio da Internet, além de se instituir o art. 30-A¹⁶, o qual tem por escopo sancionar a captação ou aplicação irregular de recursos nas campanhas eleitorais.¹⁷

Em decorrência das ADI's 1.351 e 1.354, em 2007 foi editada a Lei 11.459, a qual alterou a divisão igualitária do Fundo Partidário de um para cinco por cento,

¹⁴Conforme o art. 38 da Lei 9.096/95: O Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos (Fundo Partidário) é constituído por:

- I – multas e penalidades pecuniárias aplicadas nos termos do Código Eleitoral e leis conexas;
- II – recursos financeiros que lhe forem destinados por lei, em caráter permanente ou eventual;
- III – doações de pessoa física *ou jurídica*, efetuadas por intermédio de depósitos bancários diretamente na conta do Fundo Partidário;
- IV – dotações orçamentárias da União em valor nunca inferior, cada ano, ao número de eleitores inscritos em 31 de dezembro do ano anterior ao da proposta orçamentária, multiplicados por trinta e cinco centavos de real, em valores de agosto de 1995.

¹⁵Com fulcro no art. 41, I e II da redação original da Lei 9.096/95: Art. 41. O Tribunal Superior Eleitoral, dentro de cinco dias, a contar da data do depósito a que se refere o § 1º do artigo anterior, fará a respectiva distribuição aos órgãos nacionais dos partidos, obedecendo aos seguintes critérios:

- I – um por cento do total do Fundo Partidário será destacado para entrega, em partes iguais, a todos os partidos que tenham seus estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral;
- II – noventa e nove por cento do total do Fundo Partidário serão distribuídos aos partidos que tenham preenchido as condições do art. 13, na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados.

¹⁶Art. 30-A. Qualquer partido político ou coligação poderá representar à Justiça Eleitoral relatando fatos e indicando provas e pedir a abertura de investigação judicial para apurar condutas em desacordo com as normas desta lei, relativas à arrecadação e gastos de recursos.

§ 1º Na apuração de que trata este artigo, aplicar-se-á o procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar no 64, de 18 de maio de 1990, no que couber.

§ 2º Comprovada captação ou gastos ilícitos de recursos, para fins eleitorais, será negado diploma ao candidato, ou cassado, se já houver sido outorgado.

¹⁷Mais sobre o assunto em: JORGE, André Guilherme Lemos; LIZARDO, Fillipe Soares. Financiamento de campanhas e o artigo 30-A da Lei das Eleições na proteção à igualdade no processo eleitoral. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). **Tratado de Direito Eleitoral v. 7: Abuso de poder e perda de mandato**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 151.

alterando assim a disposição original da Lei dos Partidos Políticos.

A Lei 12.034/2009, por sua vez, trouxe importantes inovações na seara das doações eleitorais ao regulamentar as doações por meio de sítios eletrônicos na Internet, permitindo inclusive a utilização de cartão de crédito.¹⁸

Na sequência, a Lei 13.165/2015 transferiu ao Tribunal Superior Eleitoral a definição por meio de resolução específica dos limites de gastos de campanha em cada eleição e, ainda, fixou novas exigências em relação à prestação de contas. Com o objetivo de conferir maior transparência às campanhas eleitorais, o recebimento de recursos financeiros deve ser divulgado em sítio eletrônico da Justiça Eleitoral em até 72 horas.¹⁹

No entanto, a mudança mais significativa trazida por esta “mini reforma eleitoral”, a rigor pelo veto presidencial, foi a revogação do art. 81 da Lei das Eleições que versava sobre a doação de pessoas jurídicas. Na esteira do que decidiu o Supremo Tribunal Federal na ADI 4650, a Lei 13.165/2015 vedou qualquer tipo de doação eleitoral por parte de pessoas jurídicas²⁰ – outrora as maiores financiadoras dos pleitos eleitorais, ao lado dos recursos provenientes dos partidos políticos.²¹

Por fim, a última grande mudança legislativa que toca o financiamento de campanhas eleitorais é a Lei 13.487/2017, responsável por instituir o Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC). Este Fundo, imperioso destacar, surgiu como uma alternativa de financiamento de campanha frente à vedação à doação de pessoas jurídicas. Trata-se de dotações orçamentárias da União em valor equivalente ao definido pelo TSE em anos eleitorais, nos moldes fixados pelos artigos 1º²² e 3º²³ da

¹⁸Art. 23. Pessoas físicas poderão fazer doações em dinheiro ou estimáveis em dinheiro para campanhas eleitorais, obedecido o disposto nesta Lei. (...)

III – mecanismo disponível em sítio do candidato, partido ou coligação na internet, permitindo inclusive o uso de cartão de crédito, e que deverá atender aos seguintes requisitos:

a) identificação do doador;

b) emissão obrigatória de recibo eleitoral para cada doação realizada.

¹⁹§ 4º Os partidos políticos, as coligações e os candidatos são obrigados, durante as campanhas eleitorais, a divulgar em sítio criado pela Justiça Eleitoral para esse fim na rede mundial de computadores (internet):

I – os recursos em dinheiro recebidos para financiamento de sua campanha eleitoral, em até 72 (setenta e duas) horas de seu recebimento;

II – no dia 15 de setembro, relatório discriminando as transferências do Fundo Partidário, os recursos em dinheiro e os estimáveis em dinheiro recebidos, bem como os gastos realizados.

²⁰Este ponto será melhor analisado no próximo subcapítulo.

²¹CERVI, Emerson Urizzi. Financiamento de campanhas e desempenho eleitoral no Brasil: análise das contribuições de pessoas físicas, jurídicas e partidos políticos às eleições de 2018 nas capitais dos Estados. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, v. 4, jul./dez. 2010. p. 135-167.

²²O Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) é constituído por dotações orçamentárias da União em ano eleitoral, em valor ao menos equivalente:

Lei 13.487/2017.

Os critérios de divisão do FEFC vieram disciplinados na Lei 13.488/2017. A rigor, dois por cento do Fundo é dividido igualmente entre todos os partidos registrados no TSE; trinta e cinco por cento é dividido entre os partidos que tenham ao menos um representante na Câmara dos Deputados, na proporção dos votos obtidos na última eleição; quarenta e oito por cento proporcionalmente ao número de representantes na Câmara dos Deputados e quinze por cento proporcionalmente ao número de representantes no Senado Federal.²⁴

Trocando em miúdos, o financiamento de campanhas eleitorais no Brasil, hodiernamente, se dá por meio das doações de pessoas físicas, da utilização de recursos próprios de candidatos (cuja limitação é tão somente o teto de gastos da própria campanha), do Fundo Partidário e do Fundo Especial de Financiamento de Campanha.

Sistematicamente, observa-se que o financiamento público eleitoral tem sido a opção do legislador em face, por um lado, da proibição de doações por parte de pessoas jurídicas e, por outro, da inabitualidade da doação de pessoas físicas. Uma tentativa de compensação.

Sem embargo, a diminuição exponencial do financiamento privado de campanha – assim como suas causas e seus impactos no processo democrático –

I – ao definido pelo Tribunal Superior Eleitoral, a cada eleição, com base nos parâmetros definidos em lei;

II – a 30% (trinta por cento) dos recursos da reserva específica de que trata o inciso II do § 3º do art. 12 da Lei nº 13.473, de 8 de agosto de 2017.

²³O valor a ser definido pelo Tribunal Superior Eleitoral, para os fins do disposto no inciso I do caput do art. 16-C da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, será equivalente à somatória da compensação fiscal que as emissoras comerciais de rádio e televisão receberam pela divulgação da propaganda partidária efetuada no ano da publicação desta Lei e no ano imediatamente anterior, atualizada monetariamente, a cada eleição, pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC), da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou por índice que o substituir.

²⁴Conforme o art. 16-D da Lei 9.504/95: Os recursos do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC), para o primeiro turno das eleições, serão distribuídos entre os partidos políticos, obedecidos os seguintes critérios:

I – 2% (dois por cento), divididos igualmente entre todos os partidos com estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral;

II – 35% (trinta e cinco por cento), divididos entre os partidos que tenham pelo menos um representante na Câmara dos Deputados, na proporção do percentual de votos por eles obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados;

III – 48% (quarenta e oito por cento), divididos entre os partidos, na proporção do número de representantes na Câmara dos Deputados, consideradas as legendas dos titulares;

IV – 15% (quinze por cento), divididos entre os partidos, na proporção do número de representantes no Senado Federal, consideradas as legendas dos titulares.

§ 2º Para que o candidato tenha acesso aos recursos do Fundo a que se refere este artigo, deverá fazer requerimento por escrito ao órgão partidário respectivo. (Incluído pela Lei nº 13.488, de 2017)

merecem ser analisados com mais cautela, a fim de que não se incorra em análises simplistas.

2.2 FINANCIAMENTO PRIVADO DE CAMPANHAS ELEITORAIS: NEM TUDO É CORRUPÇÃO

O modelo de financiamento eleitoral no Brasil tem apontado cada vez mais para uma tendência de maior injeção de recursos públicos nas campanhas. É o que se denota a partir do julgamento da ADI 4.650, que proibiu o financiamento eleitoral empresarial, e da aprovação das leis n° 13.487/2017 e 13.488/2017, as quais instituíram o já citado Fundo Especial de Financiamento de Campanha.²⁵

O FEFC, em verdade, surgiu como uma alternativa para suprir a lacuna deixada pelo financiamento empresarial. Isso porque as doações de pessoas jurídicas, no Brasil, correspondiam à maior parcela do financiamento das campanhas. Em 2014, última eleição na qual as empresas puderam efetuar doações, 43,25% do valor arrecadado adveio do financiamento empresarial – contra 7,86% de pessoas físicas e 29,27% de recursos dos partidos políticos (inclusive aqui o Fundo Partidário).²⁶

Ou seja, na medida em que as doações de pessoas jurídicas eram a principal fonte de recurso das campanhas eleitorais e a decisão na ADI 4.650, ao julgar a inconstitucionalidade do financiamento empresarial, não modulou seus efeitos para uma aplicação gradual, fez-se necessário instituir um mecanismo compensatório de financiamento a fim de que o próprio processo democrático não restasse prejudicado. A saída adotada, em um cenário de falta de tradição de doação por pessoas físicas, foi a intensificação do financiamento público por meio do Fundo Especial de Financiamento de Campanha.

Mas o tímido financiamento por parte de pessoas físicas, ao menos num primeiro olhar, não parece ser a única justificativa para a criação do FEFC. Isso porque tem crescido na doutrina o número de defensores do financiamento eleitoral

²⁵SCHLICKMANN, Denise Goulart. O fim das doações empresariais: o impacto do julgamento da ADI 4.650 pelo Supremo Tribunal Federal sobre o financiamento das campanhas eleitorais no Brasil. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). **Tratado de Direito Eleitoral, v. 5: Financiamento e prestação de contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 71.

²⁶Ibid., p. 59.

exclusivamente público.²⁷ A equidade entre candidatos, a facilidade na fiscalização e a garantia de independência dos mandatos em detrimento de possíveis financiadores seriam as principais vantagens da completa vedação do financiamento privado de campanhas eleitorais.²⁸

No entanto, faz-se de intrínseca importância uma análise mais aprofundada sobre as nuances que circundam o financiamento privado – perpassando também pela doação de pessoas jurídicas – a fim de que não se incorra pura e simplesmente na tão difundida “demonização” de recursos privados em campanhas eleitorais.

Sobre o assunto, Michel Soares aponta que costuma haver a difusão de uma premissa equivocada quando se debate o financiamento privado, segundo a qual todas as doações feitas por particulares a partidos ou candidatos carregam consigo interesses obscuros dos doadores “que no futuro cobrarão vantagens indevidas e provenientes do erário dos mandatários eleitos em virtude da contribuição realizada às campanhas eleitorais”.²⁹

Ou seja, ao se presumir que qualquer sorte de financiamento privado está ligado a uma contrapartida compensatória, ignora-se por completo o interesse genuíno e legítimo que particulares podem nutrir por determinado candidato ou partido. Até porque a participação política no processo eleitoral não se dá somente por meio do sufrágio³⁰. Pelo contrário: é desejável, em qualquer democracia, que os cidadãos se

²⁷Entre eles: Francisco Sanseverino Vieira, Alberto Luiz Rollo, Raphael José de Oliveira, Renato Ribeiro Almeida, Paulo Adib Casseb e Pedro Roberto Decomain. Mais em: DECOMAIN, Pedro Roberto. Financiamento público de campanhas eleitorais: influência do poder econômico, o Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC), instituído pela Lei n° 13.487 de 2017, limites máximos de gastos em campanhas eleitorais e outros temas correlatos. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). **Tratado de Direito Eleitoral, v. 5: Financiamento e prestação de contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 17-35.

²⁸SOARES, Michel Bertoni. Financiamento eleitoral exclusivamente público? Ponderações entre o financiamento público e o financiamento privado. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). **Tratado de Direito Eleitoral, v. 5: Financiamento e prestação de contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 49

²⁹Ibid., p. 50.

³⁰Nesse sentido, Ana Claudia Santano: “O conceito de participação política é muito amplo. Existem diversas formas de participação política, que já há muito tempo não se restringem ao voto. Essas atividades permitem afirmar que, para algumas delas, é necessário tempo; para outras, habilidades; e para outras, dinheiro. Em praticamente todas, há alcance coletivo de seus resultados, sempre se referindo a uma participação ativa, o que também permite que tempo e habilidades sejam substituídos por recursos econômicos sem que isso intervenha no funcionamento da democracia. A moderna noção de participação política extrapola o seu perfil jurídico de direito fundamental individual que se expressa por meio do voto e passa a ser percebida também na esfera coletiva, por meio da organização de cidadãos em grupos ou em outras formas, motivados por interesses em comum, o que fortalece o alcance de suas demandas e supera a debilidade da influência individual de cada um deles. Escolher a maneira como a participação política será realizada também é o exercício desse direito, que não pode ser injustificadamente limitado à atuação individual e unitária.” Em SANTANO, Ana Claudia. **O**

reconheçam em campanhas e participem ativamente do pleito. Outrossim, o financiamento é uma importante ferramenta de participação democrática.

Nesta perspectiva, Emerson Cervi aponta que o efeito colateral da extinção do financiamento privado de campanhas é o inevitável afastamento entre a sociedade civil e as instituições representativas, fato que contribui para a queda na credibilidade dos partidos políticos enquanto instituições que representam interesses sociais legítimos em sistemas democráticos.³¹

Mais a mais, Paula Bernadelli – no mesmo sentido do já aduzido por Ana Claudia Santano – destaca que a vedação das doações privadas afasta da campanha eleitoral todos aqueles eleitores que, não dispendo de tempo hábil para compor ativamente a militância, gozam tão somente da possibilidade de contribuição financeira para apoiar determinado projeto político.³²

E para além das contribuições de pessoas físicas como forma de atuação democrática, as doações eleitorais de pessoas jurídicas, guardadas as devidas proporções e a maior necessidade de regulamentação, também podem ser lidas sob essa ótica. Destarte, há uma inegável tendência hodierna de associação automática entre financiamento de pessoas jurídicas e corrupção que necessita ser ultrapassada a fim de que se trave um debate verdadeiramente científico sobre o tema.

Aliás, seguindo essa tendência, o julgamento da ADI 4.650 contribuiu para agudizar ainda mais o estigma que hoje recai sobre o financiamento eleitoral por empresas. O que se denota a partir do acórdão de julgamento – ao menos aos olhos do Supremo Tribunal Federal – é que há uma conexão objetiva e linear entre doações de pessoas jurídicas e a cobrança de vantagens indevidas. Veja-se trecho do acórdão:

9. A doação por pessoas jurídicas a campanhas eleitorais, antes de refletir eventuais preferências políticas, denota um agir estratégico destes grandes doadores, no afã de estreitar suas relações com o poder público, em pactos, muitas vezes, desprovidos de espírito republicano.³³

financiamento coletivo de campanhas eleitorais como medida econômica de democratização das eleições.

Revista Estudos Eleitorais, v. 11, n. 2, Brasília, mai./ago. 2016, p.33-34.

³¹CERVI, Op. Cit, p. 136 e 165.

³²BERNARDELLI, Paula Regina. **Financiamento público exclusivo de partidos e campanhas eleitorais: uma análise da (in)adequação ao desenho democrático constitucional.** Trabalho de Graduação (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013, p. 44.

³³STF. ADI 4.650, Distrito Federal. Relator: Ministro Luiz Fux. 2015, p. 4. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542>>.

Não é de se ignorar a ocorrência dos mais diversos escândalos de corrupção que ocupam lugar de destaque na mídia brasileira há pelo menos uma década. Mas tais circunstâncias não invalidam o fato de que empresas também detenham interesses legítimos sobre o pleito eleitoral, expressando preferência por uma ou outra candidatura. Neste viés, uma maior regulamentação – aliada ao fortalecimento da fiscalização – poderia figurar como uma alternativa frente à vedação completa de doação de pessoas jurídicas.

Nesse sentido, Paula Bernardelli sustenta que, a despeito da constatação de que as empresas não raro encaminham doações eleitorais sem critérios ideológicos determinados, é de máxima importância reconhecer os interesses juridicamente protegidos das pessoas jurídicas. Outrossim, elas necessitam de canais para efetivamente defender estes interesses, de forma que a análise sobre a completa vedação da doação empresarial deve também passar por este crivo. Até porque o ordenamento jurídico pátrio não oferece outras alternativas para que se pleiteie estes interesses:

Se até mesmo o lobby tem, para parte da doutrina, um caráter de fortalecimento das instituições democráticas (...), a possibilidade de doação de pessoas jurídicas para as campanhas eleitorais não possui nenhuma razão para não ser vista desta mesma maneira.³⁴

Logo, em que pese a presença sintomática de escândalos de corrupção na democracia brasileira, não parece recomendável que estes desencadeiem a adoção de medidas extremas como uma forma de resposta imediata ao clamor da sociedade. Isso porque, para além do reconhecimento de que o financiamento é uma forma de participação política legítima, resta ainda muita confusão de ordem técnica no que tange à caracterização da corrupção.

Num primeiro momento, como bem esclarecem Alaor Leite e Adriano Teixeira, é imperioso diferenciar a corrupção das doações eleitorais irregulares. É comum, nesse sentido, que haja uma associação automática entre doações realizadas de forma irregular e a “propina”. Assim como, na outra via, a legalidade formal de doações é, via de regra, utilizada como argumento para afastar o paradigma da corrupção. No entanto, estas duas ligações automáticas mostram-se como saltos argumentativos.

³⁴ BERNARDELLI, Op. Cit. p. 46.

Trocando em miúdos, faz-se possível falar em corrupção em casos nos quais a doação seguiu regularmente a legislação eleitoral, tanto quanto também é possível alcançar a conclusão de que não houve corrupção em casos de doações vultosas e irregulares.³⁵

Para explicar uma hipótese na qual uma doação irregular não configuraria corrupção, os autores se valem do exemplo de um sujeito economicamente privilegiado – cuja fortuna provém de herança – que deseja contribuir além do permitido pela lei eleitoral com a campanha de um amigo, o qual ao final acaba por não se eleger. Nesse caso, não há que se falar nem em fontes ilegais de recursos, nem em contraprestação – já que o candidato sequer foi eleito. Ausente, portanto, a corrupção.³⁶

Sobre essa diferença, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes, já se posicionou publicamente no sentido de que pode haver caixa dois eleitoral sem que reste configurada a corrupção. Segundo o Ministro, a contabilidade paralela de campanha pode não passar de ilícitos fiscais e eleitorais, não havendo necessariamente uma implicação penal³⁷. E vai além:

No TSE a ideia da doação meramente irregular, portanto que veio de uma empresa com fontes lícitas e apenas não foi registrada, vinha sendo considerada atípica do pondo de vista penal. Esta vinha sendo a jurisprudência até agora. Tanto é que os procuradores naquelas 10 medidas estavam propondo a criminalização”, afirmou.³⁸

Ao abordar o tema das doações irregulares e do caixa dois eleitoral, Gilmar Mendes faz referência ao projeto de lei popularmente conhecida como “10 Medidas Contra a Corrupção”, encabeçada pelo Ministério Público Federal. A proposta emergiu num contexto de insatisfação e clamor sociais frente a inúmeros casos de corrupção – dentre os quais teve destaque os investigados em sede de Mensalão e de Operação Lava Jato.

O texto, hoje adaptado por emendas parlamentares, traz em seu bojo as

³⁵LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. **Financiamento de partidos políticos, caixa dois eleitoral e corrupção**. In: _____ (Org). Crime e Política. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 137

³⁶Ibid. p. 144.

³⁷No mesmo sentido: Gilmar Mendes disse também que o "caixa 2 tem que ser desmistificado" e que "necessariamente ele não significa um quadro de abuso de poder econômico", fazendo coro a recentes declarações do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso. Reportagem disponível em <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-39227149>>

³⁸Reportagem disponível em <<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,gilmar-mendes-diz-que-pode-haver-caixa-2-sem-corrupcao,70001694798>>

propostas de criminalização autônoma do caixa dois eleitoral e das doações irregulares. Seguindo a mesma tendência, há outros projetos em via de serem apresentados ao Congresso Nacional que trazem propostas muito similares e contam com denso apoio da sociedade civil. Doravante se fará uma análise que objetiva identificar quais causas efetivamente desencadearam o fomento de tais propostas.

2.3 ESCÂNDALOS POLÍTICOS E CLAMOR POPULAR: “10 MEDIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO”

Não é nenhum segredo que a corrupção na esfera política é um dos problemas mais graves e complexos enfrentado por regimes democráticos. Por um lado, a corrupção fraudula o princípio da igualdade política inerente à democracia e, por outro, acaba por comprometer a própria percepção da sociedade sobre as vantagens de um regime democrático em relação aos demais³⁹.

Em resumo, “os seus efeitos influenciam, portanto, tanto a legitimidade quanto a qualidade da democracia, ao comprometer o princípio segundo o qual nesse regime ninguém está acima da lei, e contribui para o esvaziamento dos mecanismos de responsabilização de governos (...)”⁴⁰.

Trata-se de um fenômeno cujos primeiros registros remontam à antiguidade, mas que acompanhou o desenvolvimento dos Estados em âmbito mundial e que continua presente na macrorealidade política.⁴¹ Nesse contexto, José Álvaro Moisés ressalta que denúncias de corrupção têm sido comuns nos países da América Latina pelo menos nas últimas duas décadas.⁴²

³⁹MOISÉS, José Álvaro. Corrupção Política e Democracia no Brasil Contemporâneo. In: MOISÉS, José Álvaro; MENEGUELLO, Rachel (Org.). **A desconfiança política e os seus impactos na qualidade da democracia**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2013, p. 202.

⁴⁰Ibid. p. 202

⁴¹FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Corrupção e democracia. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, out./dez. 2001. p. 213

⁴²(...) alguns analistas sugeriram – não sem alguma surpresa – que a corrupção aumentou na América Latina nos últimos vinte anos precisamente em razão da democratização. (...) Weyland, por exemplo, atribui o suposto crescimento da corrupção no continente a três fatores: em primeiro lugar, às oportunidades – mais do que aos incentivos – criadas pela dispersão de poder que decorre da democratização, a qual permitiria que maior número de agentes públicos transacionasse favores em troca de benefícios privados (monetários ou não); em segundo, à onda de reformas neoliberais dos anos de 1990, durante a qual funcionários do Estado e políticos teriam ampliado o seu poder de decisão sobre bens públicos, como as empresas estatais, cujos processos de privatização teriam criado novas oportunidades de extração de vantagens dos interessados em comprá-los; por último (...) à emergência de novas formas de lideranças personalistas ou carismáticas. Em: MOISÉS, Op. Cit., p. 213-215.

No Brasil, o primeiro grande caso de corrupção a tomar conta do país no cenário pós-redemocratização foi o processo de Impeachment do então presidente da República Fernando Collor de Mello, em 1992. Em apertada síntese, sob o pano de fundo das “Caras Pintadas”, as denúncias que atingiram Collor a partir do “escândalo PC Farias”, culminaram com a renúncia – e no mesmo dia com o impedimento – do primeiro presidente eleito por voto direto após o fim da ditadura militar brasileira.⁴³

Muito embora os mais diversos casos de corrupção tenham continuado vindo à tona após a renúncia de Collor⁴⁴, o próximo escândalo largamente explorado pela mídia nacional foi o Mensalão, cujo início se deu em 2005. Tratava-se de uma denúncia de compra de votos e pagamento de propina a parlamentares que desencadeou a instauração da ação penal 470, no Supremo Tribunal Federal.⁴⁵ Os principais alvos das denúncias eram os integrantes do Partido dos Trabalhadores e sua base aliada. Encerrada em 2014, foram condenados vinte e quatro dos trinta e sete réus.

Nesta sequência cronológica, em março de 2014, teve início a chamada Operação Lava Jato, intitulada pelo próprio Ministério Público Federal como “a maior investigação de corrupção e de lavagem de dinheiro que o Brasil já teve”.⁴⁶ A Operação, que já passou das cinquenta fases⁴⁷, tem sido amplamente coberta pelos meios de comunicação de massa e conferido protagonismo midiático a figuras do judiciário (como o juiz da 13ª Vara Federal Sergio Moro) e do Ministério Público (a exemplo do procurador Deltan Dallagnol).

A partir da brevíssima análise dos três grandes casos de corrupção ocorridos após a redemocratização do Brasil, quais sejam o Impeachment de Collor, o Mensalão e a Operação Lava Jato, é possível traçar um panorama comum entre as variantes da cobertura midiática e do apelo popular por mais rigor no combate à corrupção. Tanto o é que todos os casos citados foram seguidos por manifestações populares de grandes dimensões – respectivamente, as “Caras Pintadas”, os atos de junho e julho de 2013 e,

⁴³Mais sobre o assunto em: SALLUM JÚNIOR, Brasília. **O impeachment de Fernando Collor: sociologia de uma crise**. São Paulo: Editora 34, 2015.

⁴⁴Há diversos exemplos de enormes casos de corrupção que se desencadearam entre 1992 e 2005. No entanto, nenhum destes foi tão explorado pela mídia como o caso Collor e o Mensalão. Pode-se citar, a nível exemplificativo, o caso dos “anões do orçamento”, o caso do Juiz Lalau, o caso do Banco Marka, o caso dos “vampiros da saúde”, o chamado Mensalão Tucano, etc.

⁴⁵Mais informações disponível no sítio eletrônico <<https://direitosp.fgv.br/ap470>>

⁴⁶Informação extraída do sítio eletrônico <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/entenda-o-caso>>

⁴⁷Dado obtido em setembro de 2018.

no caso da Lava Jato, as manifestações de rua que condensaram o apoio à Operação e ao Impeachment da então Presidenta Dilma Rousseff, em 2015 e 2016.

E é precisamente neste viés – o da exploração midiática dos escândalos de corrupção – que reside uma questão central quando se pretende analisar o impacto destes na qualidade da democracia e nos anseios da população. Para Nuno Coimbra Mesquita, não é apenas a corrupção em si que afeta a qualidade da democracia, mas também a impressão, absorvida pela população, de que ela está aumentando ou tornando-se mais séria:

Desse ponto de vista, elemento crucial a ser estudado é o papel dos meios de comunicação. A informação política contida diariamente na mídia é parte constitutiva do universo simbólico dos cidadãos, responsável também pela formação das convicções.⁴⁸

Ou seja, já que a grande maioria da população se informa acerca da corrupção muito mais por informações dos meios de comunicação do que pela vivência prática, a forma como se dá a abordagem da mídia sobre comportamentos corruptos afeta a maneira pela qual as pessoas apreendem o problema da corrupção.

Ainda, o mesmo autor observa que, no Brasil, a cobertura midiática não apenas dos escândalos de corrupção, como também da política *lato sensu* exacerba, via de regra, os aspectos negativos destes fenômenos.⁴⁹ Com efeito, esta intensa exploração negativa tem o potencial de tornar – ao menos no âmbito da aparência – os acontecimentos maiores e mais sérios do que de fato são, causando na população o sentimento generalizado de impunidade e o anseio por maior rigor no combate à corrupção.

No mais recente caso da Operação Lava Jato não foi diferente: ao clamor popular por respostas legislativas no âmbito da corrupção, seguiu-se a apresentação de inúmeros projetos de lei e de propostas da sociedade civil organizada que aumentam penas, criam tipos penais e supostamente otimizam o combate a práticas corruptivas.

É nesta esteira que se insere a proposta legislativa popularmente conhecida como “10 Medidas contra a Corrupção”, encabeçada pelo Ministério Público Federal e

⁴⁸MESQUITA, Nuno Coimbra. Telejornal e corrupção: Notícias Negativas, Percepção Negativa? In: MOISÉS, José Álvaro; MENEGUELLO, Rachel (Org.). **A desconfiança política e os seus impactos na qualidade da democracia**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2013, p. 237-238.

⁴⁹MESQUITA, Op. Cit. p. 242.

hoje aglutinada no Projeto de Lei 4850/2016, em trâmite perante o Senado Federal.⁵⁰

A proposta consiste em alterações que perpassam o Código Penal, o Código de Processo Penal, a Lei de Crimes Hediondos e a Lei de Improbidade Administrativa, cujo objetivo está centralizado nas seguintes frentes: i) prevenção à corrupção, transparência e proteção à fonte de informação; ii) criminalização do enriquecimento ilícito de agentes públicos; iii) aumento das penas e crime hediondo para a corrupção de altos valores; iv) eficiência dos recursos no processo penal; v) celeridade nas ações de improbidade administrativa; vi) reforma no sistema de prescrição penal; vii) ajustes nas nulidades penais; viii) responsabilização dos partidos e criminalização do caixa dois; ix) prisão preventiva para assegurar a devolução do dinheiro desviado; e x) recuperação do lucro desviado do crime.⁵¹

No entanto, conforme analisa Alamiro Velludo Salvador Netto:

no bojo deste pacote normativo não existem exatamente 10 medidas, eis que são modificados diversos institutos e suas respectivas nuances. A incisiva referência ao numeral, neste aspecto, possui menos uma precisão matemática e mais um valor expressivo-simbólico, talvez a rememorar à passagem bíblica dos 10 mandamentos ou a outro decálogo mítico qualquer.⁵²

Não apenas o valor expressivo-simbólico, como também o apelo popular da proposta são depreendidos não apenas pelo sítio eletrônico criado exclusivamente para que a população acompanhe a tramitação e as notícias mais recentes acerca do compilado⁵³, como também da justificativa do Projeto de Lei, a qual contém referências constantes ao estarecimento da sociedade brasileira em relação à corrupção e à mobilização da população em prol do combate à impunidade.⁵⁴

⁵⁰ Informação obtida na data de 20 de setembro de 2018, retirada do sítio eletrônico do Senado Federal <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/128634>>

⁵¹ Texto disponível no sítio eletrônico <<http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas>>

⁵² SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Dez medidas contra a corrupção: posição contrária. **Jornal Carta Forense**, 2016. Disponível em <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/dez-medidas-contra-a-corrupcao-posicao-contraria/17158>>.

⁵³ Trata-se do sítio eletrônico <<http://www.dezmedidas.mpf.mp.br>>. Este oferece, ainda, produtos comercializados com a logomarca das propostas, tais como camisetas e adesivos.

⁵⁴ A sociedade brasileira assiste estarecida o agravamento de denúncias sobre corrupção e enriquecimento ilícito de agentes públicos, colocando em cheque o próprio sistema de política e administração pública.

A população diverge em muitos pontos conforme suas ideologias ou circunstâncias, mas se da movimentação das ruas brota um grito neste março de 2016 é pela defesa do estado democrático de direito e pelo fim da corrupção em todas as suas formas. Este projeto de lei é o resultado do trabalho conjunto entre o Ministério Público Federal e a sociedade civil que, ao longo desses últimos nove meses, se mobilizaram de norte a sul, de leste a oeste, nas 27 Unidades da Federação do País, com

No texto do próprio Projeto de Lei consta uma alusão às manifestações de rua de 2016 e, ainda, um pedido para que a proposta seja aprovada com máxima urgência. A partir destas evidências faz-se possível, portanto, qualificar sem maiores dificuldades as “10 Medidas Contra a Corrupção” como uma resposta legislativa energética ao clamor popular das ruas.

Na mesma perspectiva, durante a tramitação do Projeto de Lei 4850/16 na Câmara de Deputados, o tom atribuído pelos consultores legislativos em estudo publicado em julho de 2016, continua seguindo a linha muito mais socialmente apelativa do que tecnicista.

No que tange às medidas criminalizadoras, há diversas referências à corrupção endêmica no Brasil que levam a um salto argumentativo para a suposta constitucionalidade das propostas. Um exemplo é a análise que se faz da criminalização do caixa dois eleitoral:

O PL criminaliza duas condutas, a saber o crime de caixa dois (...), com pena de reclusão de 2 a 5 anos, e a lavagem de dinheiro para fins (...), com pena de reclusão de 3 a 10 anos.

A criminalização das condutas descritas também está de acordo com a Constituição e o sistema jurídico brasileiro, e se justificam em face da grande sequência de escândalos políticos que o país tem assistido.⁵⁵

Da análise do PL 4850/16 e de todas as discussões e pareceres que dele derivaram, verifica-se, ao menos *a priori*, a carência de estudos técnicos cientificamente orientados. Isso porque, mesmo que nobres os anseios pelo combate à corrupção, eles devem ser racionalizados à ótica de uma sociedade jurídica democrática e, por isso, acima de tudo, devem respeitar os devidos preceitos

objetivo de alcançar o quantitativo mínimo de assinaturas para se apresentar uma proposição de iniciativa popular, conforme estabelecido no § 2º do Art. 61 da Constituição Federal do Brasil. Neste sentido, os membros da Frente Parlamentar Mista de Combate à Corrupção reconhecem a importância do Movimento das 10 Medidas de Combate à Corrupção, por isso, solicitamos o apoio dos ilustres congressistas para que a presente proposta seja aprovada com urgência. São dois milhões de cidadãos que se mobilizaram para o apoio a este Projeto, e nossa a honra de levar à consideração da Câmara dos Deputados esta proposição que é exemplo de participação democrática e fruto de colaboração conjunta de diversos operadores de direito que se dedicam ao combate e prevenção da corrupção em todas as suas formas.”. BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei N° 4.850/16. Estabelece medidas contra a corrupção e demais crimes contra o patrimônio público e combate o enriquecimento ilícito de agentes públicos.** Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/go/sala-de-imprensa/docs/not2060-PL-4850.pdf>>

⁵⁵BRASIL. Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados. **Análise do Projeto de Lei N° 4.850/16 10 Medidas Contra a Corrupção.** Disponível em: <<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/28820>>. Acesso em 09 set. 2018.

constitucionais⁵⁶.

Com efeito, o próximo capítulo deste trabalho terá como objetivo, na esteira do que propõem Alaor Leite e Adriano Teixeira, avançar sobre os temas da necessidade, da legitimidade e da constitucionalidade de algumas das propostas trazidas pelo aludido projeto de lei⁵⁷ – condições intrínsecas para apoiar qualquer mudança legislativa de criminalização de condutas.

⁵⁶ Nesse sentido, novamente Alamiro Velludo Salvador Netto: “legislação penal não é necessariamente fruto da Eclésia, mas produto de um consenso possível e que demanda um caráter contramajoritário. Não é correto do ponto de vista republicano apresentar a opinião pública um pacote de medidas que, para obter apoio, promete o que não oferecerá e, ademais, implica na subversão, já mencionada, da própria concepção de Estado Penal.” SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Dez medidas contra a corrupção: posição contrária. **Jornal Carta Forense**, 2016. Disponível em <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/dez-medidas-contra-a-corrupcao-posicao-contraria/17158>>.

⁵⁷ LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Org). **Crime e Política**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 10.

3 CAPÍTULO 2 – A CRIMINALIZAÇÃO AUTÔNOMA DAS DOAÇÕES IRREGULARES E DO CAIXA DOIS ELEITORAL NO PL 4850/16

Preliminarmente, faz-se necessário pontuar que tanto a doação eleitoral irregular, quanto a administração de recursos eleitorais em contabilidade paralela não constituem, *lege lata*, crimes autônomos e independentes na legislação brasileira.

É nesta perspectiva, portanto, que se insere a proposta encabeçada pelo Ministério Público Federal, a qual possui como pano de fundo – nunca é demais salientar – o intenso clamor popular pela “moralização” da política.

O PL 4850/16 trazia em seu texto original a inclusão do artigo 32-A à Lei das Eleições, o qual tipificava a manutenção, a movimentação e a utilização de recursos ou valores paralelos à contabilidade exigida pela legislação eleitoral⁵⁸.

Não obstante, durante a tramitação do projeto na Câmara dos Deputados, tal redação foi substancialmente alargada ao se incluir no tipo penal também o polo ativo da relação, além de ser transferida da Lei das Eleições para o Código Eleitoral. Ou seja, o texto a ser analisado passou a criminalizar tanto o caixa dois eleitoral, quanto as doações irregulares. A redação passou a ter o seguinte teor:

Art. 354-A. Arrecadar, receber ou gastar o candidato, o administrador financeiro ou quem de fato exerça essa função, ou quem atuar em nome do candidato ou partido, recursos, valores, bens ou serviços estimáveis em dinheiro, paralelamente à contabilidade exigida pela lei eleitoral. Pena – reclusão de dois a cinco anos e multa.

§1º As penas serão aumentadas de um terço se os recursos, valores, bens ou serviços de que trata o caput forem provenientes de fontes vedadas pela legislação eleitoral ou partidária.

§2º Incorre nas penas previstas no caput e no §1º quem doar, contribuir ou fornecer recursos, valores, bens ou serviços nas circunstâncias neles estabelecida. (...)

§ 3o Aplicam-se as penas previstas no caput e nos §§ 1o e 2o deste artigo sem prejuízo das sanções previstas no Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e na legislação extravagante cujos crimes sejam de competência da justiça comum.

Diga-se que a partir da análise dos relatórios e pareceres emitidos durante a tramitação do projeto na Câmara de Deputados, não se logrou êxito em encontrar

⁵⁸ “Art. 32-A. Manter, movimentar ou utilizar qualquer recurso ou valor paralelamente à contabilidade exigida pela legislação eleitoral. Pena – reclusão de dois a cinco anos.

§1º Incorrem nas penas deste artigo os candidatos e os gestores e administradores dos comitês financeiros dos partidos políticos e das coligações.

§2º A pena será aumentada de um terço a dois terços, no caso de algum agente público ou político concorrer, de qualquer modo, para a prática criminosa.”

maiores justificações ou discussões técnicas acerca da expansão das condutas criminalizadas. Não há nenhum ponto específico que aborde a razão da inclusão da conduta de doação irregular no bojo do artigo 354-A.

Ora, qualquer proposta de criação de novos tipos penais exige uma análise séria sobre a necessidade da nova criminalização. É nesse sentido que Alaor Leite e Adriano Teixeira pontuam que a criação de um ilícito autônomo estará justificada quando se identificar no caso concreto uma lacuna de punibilidade e um bem jurídico penal autônomo⁵⁹.

E é desta análise que se ocupará o presente capítulo. Destarte, o que se propõe é um estudo crítico a respeito da necessidade e da utilidade da criminalização autônoma do caixa dois eleitoral e das doações irregulares, não sem antes tecer algumas palavras sobre as especificidades do direito penal eleitoral.

3.1 DIREITO PENAL ELEITORAL: O PAPEL DO DIREITO PENAL NO ÂMBITO DO DIREITO ELEITORAL

A partir de simples análise da pirâmide jurídica, depreende-se que o direito penal eleitoral integra os ramos especializados do direito eleitoral e do direito penal, em interação recíproca. Desta forma, em que pese as especificidades inerentes ao arcabouço do direito eleitoral, é possível constatar sem maiores digressões argumentativas que “os crimes eleitorais são crimes como quaisquer outros no que diz respeito à natureza mesma do direito penal”.⁶⁰

Isso se dá porque tanto os institutos próprios do direito eleitoral contidos na parte geral do Código Penal, quanto as construções doutrinárias que possibilitaram a solidificação destes institutos, são aplicados a todos os ramos do direito penal especial – incluso neste rol o direito penal eleitoral.⁶¹

Nesse sentido, desde já é necessário salientar que o presente trabalho não acompanha o entendimento traçado por Luiz Carlos dos Santos Gonçalves – que, diga-

⁵⁹LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. **Financiamento de partidos políticos, caixa dois eleitoral e corrupção**. In: _____ (Org). Crime e Política. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 155.

⁶⁰SALES, José Edvaldo Pereira. As (im)possibilidades de um direito penal eleitoral brasileiro. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). **Tratado de Direito Eleitoral, v.8: Direito Penal e Processo Penal Eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 38.

⁶¹ Ibid. p. 38.

se de passagem, vêm ganhando força na dogmática eleitoral – segundo o qual o direito penal eleitoral deve se adequar tão somente à exigência da proporcionalidade, em detrimento do princípio da subsidiariedade.⁶²

O autor, ao assim se posicionar, conclui que a suposta proteção a bens jurídicos penais seria suficiente para atender aos limites do direito penal estabelecidos pela Constituição Federal. Nas palavras deste, “é possível dizer, portanto, que o direito penal volta-se para a proteção proporcional de bens jurídicos”.⁶³

A rigor, entende-se que a posição supracitada não merece prosperar, a um porque todos os princípios do chamado direito penal comum são aplicáveis ao direito penal eleitoral. A dois, porque a argumentação desenvolvida pelo autor – ao admitir a tutela do bem jurídico – deturpa a própria natureza desta proteção.

Juarez Cirino dos Santos esclarece que “a proteção de bens jurídicos realizada pelo direito penal é de natureza subsidiária e fragmentária – e, por isso, diz-se que o direito penal protege bens jurídicos apenas em *ultima ratio*.”⁶⁴ Ainda segundo Cirino, a proteção de *ultima ratio* do bens jurídicos, esta sim, é limitada pelo princípio da proporcionalidade – responsável por impedir a aplicação de penas inadequadas.⁶⁵

Ou seja, a interpretação acerca dos limites do direito penal eleitoral não pode ser feita pela oposição entre os princípios da subsidiariedade e proporcionalidade. A leitura, pelo contrário, necessita ser feita por meio da composição de ambos os princípios: enquanto a subsidiariedade diz respeito a quando o direito penal deve ser aplicado, a proporcionalidade versa sobre como aplicá-lo. Dito de outro modo, o princípio da subsidiariedade é intrínseco à construção dogmática da tutela de bens jurídicos.

Feito o aludido esclarecimento, cumpre ainda destacar, na linha do já defendido por Fernando Gaspar Neisser, que – até mesmo em razão da análise de inovação legislativa que se objetiva empreender – compreende-se aqui a dogmática penal como uma via de limitação das criações normativas do legislador. Para Neisser,

⁶²GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Crimes eleitorais e processo penal eleitoral**. São Paulo: Atlas, 2015, p.2.

⁶³Ibid. p. 2.

⁶⁴O autor ainda complementa: “por um lado, proteção subsidiária porque supõe a atuação principal de meios de proteção mais efetivos do instrumental sociopolítico e jurídico do Estado; por outro, proteção fragmentária porque não protege todos os bens jurídicos definidos pela Constituição da República e protégé apenas parcialmente os bens jurídicos selecionados para proteção penal.” Em CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal: Parte Geral**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

⁶⁵ Ibid. p. 6.

admitir o contrário desencadearia a mera instrumentalização da dogmática à vontade do legislador, o que “não se coaduna com a responsabilidade esperada deste saber técnico-científico perante a sociedade”.⁶⁶

É evidente que a sociedade ocidental contemporânea atingiu um estandarte a ser respeitado, qual seja a necessidade de que qualquer forma de penalização seja pautada pela legitimação, que deve ser diversa da mera discricionariedade do legislador.⁶⁷ Do contrário, o risco de atingir os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos torna-se insuportável, eis que, como bem sintetizam Miguel Díaz e García Conlledo⁶⁸, quando se trata da aplicação do direito penal

Estamos diante do que podemos denominar de ramo extremo do direito, enquanto se ocupa (ou deve se ocupar) das mais graves perturbações da convivência social e reage com as consequências mais fortes e restritivas de direitos em todo o ordenamento. (tradução da autora)⁶⁹

Como já referido, no âmbito do direito penal democrático⁷⁰, a análise sobre novas propostas de criminalização de condutas deve passar pelo crivo da identificação protetiva de um bem jurídico penalmente relevante e da constatação da impossibilidade de tutela por meio de soluções não penais, para que reste configurada a subsidiariedade. Trazendo esta construção para a perspectiva do direito penal eleitoral, Leonardo Schmitt de Bem e Mariana Garcia Cunha sintetizam que:

em matéria de criminalização eleitoral (...) é necessário evitar propostas simbólicas e impregnadas de oportunismo. Na tarefa da contenção do poder de punir, após a eleição do bem jurídico que poderá legitimar certa proibição, a segunda orientação a ser passada ao legislador é a de se valer do direito penal

⁶⁶NEISSER, Op. Cit., p. 114.

⁶⁷ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 11.

⁶⁸ No mesmo sentido defende DIAS: “Uma política criminal que se queira válida para um Estado de direito material, de cariz social e democrático, deve exigir do direito penal que só intervenha com os seus instrumentos próprios de atuação ali onde se veriquem lesões insuportáveis das condições comunitárias essenciais de livre realização e desenvolvimento da personalidade de cada homem”. DIAS, Jorge de Figueiredo. O “direito penal do bem jurídico” como princípio jurídico-constitucional implícito (à luz da jurisprudência constitucional portuguesa). In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Org). **Crime e Política**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 285-316.

⁶⁹ Original: “estamos ante lo que podríamos denominar la rama extrema del derecho, em cuanto que se ocupa (o debe ocuparse) de las más graves perturbaciones de la convivencia social y reacciona con las consecuencias más fuertes y restrictivas de derechos em todo el ordenamento”. DÍAZ, Miguel; CONLLEDO, García. La responsabilidad política ni implica ni presupone ni excluye la responsabilidad penal. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Org). **Crime e Política**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

⁷⁰ Aqui se adota o entendimento de direito penal democrático defendido por Paulo César Busato em: BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um direito penal democrático**. São Paulo: Atlas, 2015.

apenas subsidiariamente.”⁷¹

Neste sentido, constata-se que a transposição do direito penal à esfera política deve ser empreendida com máximo escrutínio de modo que não sejam ignorados os diversos critérios de legitimidade – sobretudo os princípios constitucionais – que tracejam e limitam a aplicação desse poder estatal.

Mais especificamente no âmbito do PL 4850/16, analisar-se-á a partir deste momento se as novas propostas de criminalização das condutas de doação irregular e de caixa dois eleitoral coadunam com os filtros intrínsecos a um direito penal eleitoral democrático. Para tanto, primeiro se examinará os aspectos relativos à presença de um bem jurídico que demande a tutela penal e, após, será feita uma investigação sobre o viés da subsidiariedade, por meio da presença (ou não) de uma lacuna de punibilidade no ordenamento jurídico.

3.2 UMA ANÁLISE SOBRE O BEM JURÍDICO

O PL 4850/16, como exposto, representa nova tentativa de criminalizar, de modo autônomo, a figura popularmente conhecida como caixa dois eleitoral, assim como as doações irregulares. Importante destacar que a criação de referidos objetos de punição estatal nasce em um contexto de inegável crise política, ante os frequentes escândalos de corrupção envolvendo o setor público e privado do país.

Conquanto, mesmo que nobres os anseios pela moralização da política, estes devem ser racionalizados à ótica de uma sociedade jurídica democrática e, por isso, devem acima de tudo respeitar os devidos preceitos constitucionais. É nesse sentido que Alaor Leite e Adriano Teixeira, como já aludido neste trabalho, sintetizam que a ciência deve apoiar mudanças legislativas sob a condição intrínseca de que estas se revelem, a um só tempo, legítimas, necessárias e estejam em consonância com o ordenamento jurídico nacional.⁷²

A análise acerca da legitimidade da criminalização autônoma das doações irregulares e do caixa dois eleitoral perpassa pela identificação de um bem jurídico relevante e ainda não tutelado pelo direito penal.

⁷¹DE BEM, Op. Cit., p. 23-24.

⁷²LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Org). **Crime e Política**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 10.

Inegável que a definição de um bem jurídico representa tarefa de complexidade elevada, até porque o seu conceito está em constante mutação de modo a se adequar aos anseios da sociedade⁷³. Todavia, tais características não podem se traduzir na atuação discricionária do legislador e, muito menos, na tendência hodierna do uso do direito penal como forma de controle da própria atividade política.

No mesmo sentido, não se ignora todas as críticas tecidas ao conceito de bem jurídico⁷⁴ e, acima de tudo, às dificuldades hodiernas de sua delimitação frente às novas demandas da sociedade e às tutelas supraindividuais. No entanto, a despeito destas dificuldades, a utilização do conceito de bem jurídico como fator que confere legitimidade às escolhas do legislador ainda parece ser a opção mais segura na busca por um direito penal democrático.

Sobre o assunto, Paulo César Busato aponta que com a proliferação de dispositivos penais referentes ao moderno direito penal, surgem bens jurídicos que outrora não eram considerados dignos de proteção (por exemplo os sistemas econômicos, o meio ambiente, as relações de consumo, etc). Tal expansão, lida em conjunto com um conceito pouco preciso de bem jurídico, pode sugerir a instabilidade da proposta:

Se não se sabe precisamente que característica deve o bem jurídico ter para ser reconhecido como digno de proteção penal, dizer que a missão do direito penal é a proteção de bens jurídicos, não significa dizer muito. Ainda assim, esta proposta é mais garantista se comparada com a tese dos autores que reconhecem como missão do direito penal a estabilização da norma(...) Por isso, é preferível, em relação aos demais pontos de vista apresentados, a opção por estabelecer como missão do direito penal a garantia de bens jurídicos.⁷⁵

Aceita esta premissa, admite-se no presente trabalho a teoria do bem jurídico construída por Claus Roxin, que localiza os parâmetros para tutela de bens jurídicos na ordem constitucional.⁷⁶ Segundo o próprio autor, “podem-se definir os bens jurídicos como circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e

⁷³PONTE, Antonio Carlos da; AOKI, Luis Gustavo de Oliveira Santos. O alcance e os bens jurídicos resguardados pelo Direito Eleitoral. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). **Tratado de Direito Eleitoral, v.8: Direito Penal e Processo Penal Eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 22-26.

⁷⁴ Nesse sentido, Roxin cita como maiores críticos à teoria do bem jurídico Hirsch, Stratenwerth e Jakobs. Ao final, conclui que os três autores muito mais se aproximam do que divergem do conceito de bem jurídico defendido por ele. Em ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 29-36.

⁷⁵BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um direito penal democrático**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 39.

⁷⁶NEISSER, Op. Cit. p. 120-121.

livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade.”⁷⁷

Incorre-se no que Roxin chama de conceito “crítico-legislativo” do bem jurídico, ou seja, na força que este tem para evidenciar as “fronteiras de uma punição legítima” ao legislador.⁷⁸ Um novo objeto de punição estatal somente deve nascer num contexto de equilíbrio entre o poder de intervenção estatal e a liberdade civil e, para tanto, não pode ser dissociado da ideia de bem jurídico.⁷⁹

Fixados os parâmetros teóricos, parte-se agora para o exame prático de tentativa de identificação de um bem jurídico nas propostas de criminalização em análise, a partir das justificações apresentadas ao projeto de lei e das discussões legislativas documentadas durante a tramitação do PL 4850/16.

A princípio, note-se que a justificativa oferecida pelo MPF, encabeçador da proposta legislativa aqui analisada, limita-se a fazer referência às grandes mobilizações populares e aos recentes escândalos de corrupção vivenciados pelo país. Do modo escrito, resta aos leitores a percepção de que a legitimidade da criminalização proposta reside no fato de que a conduta tem grande “repercussão nas disputas eleitorais”⁸⁰.

Mais a mais, o órgão proponente da *lege ferenda* fundamenta na suposta inexistência de sanções penais ou extrapenais eficazes, ou seja, na existência de uma lacuna de punibilidade.⁸¹ Nestas palavras – e somente nestas – se apoiam os membros do MPF para justificar a criação do artigo 32-A (atualmente artigo 354- A):

Propõe-se, também, a alteração da Lei das Eleições, Lei nº 9.504/1997, para tipificar, como crime, a conduta do “Caixa 2” – art. 32-A – e a variante eleitoral da Lavagem de Dinheiro, art. 32-B. São situações que apresentam “dignidade penal”, em razão de sua grande repercussão nas disputas eleitorais, que podem ser por essa prática desequilibradas. Além disso, há insuficiência das sanções extrapenais, como a rejeição das contas de candidatos ou partidos e mesmo a cassação do diploma que, por definição, só alcança candidatos eleitos. A quantidade de pena prevista para a conduta eleitoral de “lavagem” corresponde às penas da Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012, especialmente para evitar que

⁷⁷ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 18-19.

⁷⁸Ibid, p. 20.

⁷⁹Ibid, p. 16-17.

⁸⁰BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Nº 4.850/16. **Estabelece medidas contra a corrupção e demais crimes contra o patrimônio público e combate o enriquecimento ilícito de agentes públicos**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/go/sala-de-imprensa/docs/not_2060-PL-4850.pdf>.

⁸¹Tal afirmativa será analisada no próximo capítulo deste trabalho.

ilícitos de idêntica gravosidade recebam sanção distinta.⁸²

E durante a tramitação do projeto de lei, no mesmo sentido, os pareceres se limitam a afirmar, a partir de um aspecto formal, que a proposta está de acordo com o ordenamento constitucional. Pelo aspecto material, aludem também ao suposto aumento de “escândalos políticos que o país tem assistido”⁸³.

Desde já faz-se necessário pontuar que não há uma linearidade lógica entre escândalos políticos e constitucionalidade. Ou seja, a mera constatação de que o país vem enfrentando casos de corrupção não é capaz de legitimar – ou, nesse caso, tornar constitucional – uma nova criminalização.

E mais, há que se ponderar que em uma ordem jurídica democrática a falta de referência – já quando da proposição de uma nova criminalização – a um bem jurídico determinado e concreto que demande tutela penal fere o princípio penal básico da intervenção mínima⁸⁴ e tem potencial para deslegitimar por si só a existência do novo tipo.

Nesta ordem, é manifesto o fato de que o projeto de lei falha em apontar ou ao menos empreender discussão sobre a possível existência de um bem jurídico a ser tutelado. Isto não significa dizer que inexistente um bem jurídico passível de tutela, mas, sim, que negligenciando esta discussão, o novo tipo penal vislumbrado pode existir como mera manifestação simbólica do direito penal eleitoral.

Em outras palavras, não é válido justificar o exercício do poder punitivo do Estado apenas alocando a relevância da criminalização autônoma das doações irregulares e do caixa dois eleitoral à necessidade de conferir novo *status* a uma conduta que possui “*grande repercussão nas disputas eleitorais*”. Outrossim, ressalta-se que a falta de menção a um bem jurídico acaba por importar em uma atividade legislativa que fere, em última instância, o caráter de *ultima ratio* do direito penal.

⁸²BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei N° 4.850/16. **Estabelece medidas contra a corrupção e demais crimes contra o patrimônio público e combate o enriquecimento ilícito de agentes públicos.** Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/go/sala-de-imprensa/docs/not_2060-PL-4850.pdf>.

⁸³BRASIL. Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados. **Análise do Projeto de Lei N° 4.850/16 10 Medidas Contra a Corrupção.** Disponível em: <<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/28820>>.

⁸⁴ Relevante a passagem de Francisco Muñoz Conde: “con el principio de intervención mínima se quiere decir que los bienes jurídicos no sólo deben ser protegidos por el derecho penal, sino también ante el derecho penal. Si para el restablecimiento del orden jurídico violado es suficiente con las medidas civiles o administrativas, son éstas las que deben emplearse y no las penales”. MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al Derecho Penal.** Buenos Aires: Euros Editores S.R.L, 2001, p. 125.

Descolando-se das justificativas legislativas apresentadas no âmbito da tramitação do PL 4850/16 e atendo-se unicamente ao texto do art. 354-A, pode-se identificar uma referência ao bem jurídico da representatividade democrática, do qual se desdobra uma proteção à soberania popular, à concorrência democrática e à lisura das eleições, conforme defende Frediano José Momesso Teodoro.⁸⁵

No entanto, como bem esclarece Neisser:

Todos os crimes eleitorais, assim como, em regra, todo o controle levado a cabo pela Justiça Eleitoral, pretendem, em última análise, proteger a Democracia e a legitimidade das eleições. Mais do que um bem jurídico, trata-se, em verdade, de um vetor axiológico que orienta todas as ações de controle e incentivo adotadas neste âmbito.⁸⁶

Ou seja, em que pese a máxima importância que a Constituição Federal conferiu ao princípio democrático, em razão da amplitude de sentidos que ele engloba, não se faz possível legitimar penalmente toda e qualquer conduta eleitoral tão somente com base nele. Assim, continua Neisser “de pouca valia teria assumir o princípio democrático como bem jurídico a ser testado, pois que sua amplitude e falta de concretude impediriam uma análise científica coerente.”⁸⁷

Portanto, mesmo ao extrapolar a esfera das justificativas apresentadas no bojo das “10 medidas contra a corrupção”, não é possível verificar, de plano, uma referência forte a algum bem jurídico digno de tutela penal eleitoral.

Ademais, no contexto em que está inserida, tal proposta criminalizadora aparenta tirar proveito da real necessidade de combate à corrupção⁸⁸ para esquivar-se da profunda discussão que o tema enseja. Defronta-se, neste ponto, com a pertinente problemática também apontada por Alaor Leite e Adriano Teixeira quando afirmam que “poder-se-ia argumentar que a criminalização decorre de uma dificuldade de punição dos casos de corrupção que se acoplam à manutenção de caixa dois”⁸⁹.

Em outras palavras, fala-se na probabilidade de que a criminalização do caixa

⁸⁵TEODORO, Frediano José Momesso. **Criminalização do financiamento ilícito de partidos políticos**. Curitiba: Juruá Editora, 2017. p. 83-92

⁸⁶ NEISSER, Op. Cit. p. 150-151.

⁸⁷ Ibid. p. 153.

⁸⁸ Rememora-se que, no tocante à criminalização do caixa dois, na “Análise do PL 4850/16” os consultores legislativos da Câmara de Deputados escrevem o seguinte: “em face da grande sequência de escândalos políticos que o país tem assistido”.

⁸⁹ LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. **Financiamento de partidos políticos, caixa dois eleitoral e corrupção**. In: _____ (Org). Crime e Política. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 158.

dois eleitoral e das doações eleitorais irregulares vise à punição do “foco de perigo” do crime de corrupção, ante a extensa e complexa atividade probatória que a comprovação de tal delito enseja. No entanto, em que pese relevante, o presente estudo não adentrará nas idiosincrasias deste tema.

Retornando ao mote deste estudo, no íterim das proposições legislativas, cabe ao legislador questionar a utilidade da nova norma penal concebida. Indaga-se: é possível que uma intervenção jurídico-penal encontre sua utilidade na suposta ineficácia de outras intervenções já existentes? Pode o alargamento do poder de punir do Estado pautar-se na proteção de algo indeterminado e que, ao que tudo indica, já se encontra protegido?

Para Roxin, a falta destas respostas, ou ainda, a falta de fundamentação séria e justificável a estas indagações, tem como consequência uma norma penal desproporcional.⁹⁰ Para além, a ausência de tais requisitos configura um forte indício de que se está diante de uma lei penal simbólica.

Tais constatações reforçam a ideia de que uma análise mais cautelosa do tipo proposto deve ser empreendida, de modo que não mais sejam negligenciadas as condições de legitimidade da nova norma. Do contrário, lida-se com a possibilidade um tanto perversa de que o *ius poenale* esteja sendo utilizado, como não raramente é feito em questões que extravasam para a opinião pública, para legitimar os anseios punitivistas de determinadas parcelas da população.

3.3 A PRESENÇA (OU NÃO) DE UMA LACUNA DE PUNIBILIDADE

Constatada, ainda que preliminarmente, a carência de tutela a um bem jurídico penal autônomo na proposta contida no PL 4850/16, faz-se necessário analisar se de fato existe uma lacuna de punibilidade a ser suprida pela nova criminalização. Isso porque, a todo momento, os propositores do projeto fazem crer que há um espectro de impunidade em torno das condutas que se busca criminalizar.

Nesta perspectiva, adianta-se que, desde que preenchidos certos requisitos complementares, as condutas relativas ao caixa dois eleitoral e à doação irregular podem ser absorvidas por tipos já existentes na legislação penal e também por sanções

⁹⁰ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 16-17.

do próprio direito eleitoral. Sobre o tema, Alaor Leite e Adriano Teixeira postulam que

é fundamental analisar, de *lege lata*, quais seriam tais requisitos que, somados ao caixa dois eleitoral, podem conduzir à conclusão de que houve crime punível segundo a lei brasileira vigente. (...) Essa análise é condição para que se possa travar um debate sobre a eventual necessidade de um novo tipo penal, que pressupõe a insuficiência dos existentes.⁹¹

Inicia-se a aludida análise pelo âmbito da justiça comum. Aqui, a doação irregular e o caixa dois eleitoral podem configurar os crimes de corrupção ativa (art. 317, CP⁹²) e passiva (art. 333, CP⁹³) quando, em apertada síntese, estiverem presentes as figuras do funcionário público e da contraprestação à vantagem indevida.⁹⁴

A doação eleitoral irregular figuraria nesse caso como a própria vantagem indevida, já que tanto a doutrina quanto a jurisprudência acabaram por consolidar um entendimento amplo no que tange ao conceito de vantagem. A rigor, a prestação não necessita ser de viés pecuniário e pode, inclusive, ser destinada a um terceiro.⁹⁵

Partindo para a seara dos crimes eleitorais, tem-se o tipo de falsidade ideológica eleitoral (art. 350, CE)⁹⁶ – e, aqui, é onde o caixa dois mais facilmente se amolda. Nesta modalidade, o tipo objetivo consiste em omitir de documento público ou particular informação que nele deveria constar, ou nele (fazer) inserir declaração falsa,

⁹¹ LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. **Financiamento de partidos políticos, caixa dois eleitoral e corrupção**. In: _____ (Org). Crime e Política. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 139.

⁹² Art. 317. Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 10.763, de 12.11.2003)

§ 1º – A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional

§ 2º – Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

⁹³ Art. 333 – Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 10.763, de 12.11.2003)

Parágrafo único – A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.

⁹⁴ Neste ponto, é necessário esclarecer que embora exista a associação entre doações irregular e corrupção, não se trata aqui de um caminho obrigatório: há doações irregulares que não configuram corrupção (nos casos em que não há uma contraprestação), como – na mão inversa – existem doações regulares que podem caracterizar o tipo.

⁹⁵ BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte especial 2, v.3**. São Paulo: Atlas, 2017, p. 507.

⁹⁶ Art. 350. Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, para fins eleitorais:

Pena - reclusão até cinco anos e pagamento de 5 a 15 dias-multa, se o documento é público, e reclusão até três anos e pagamento de 3 a 10 dias-multa se o documento é particular.

Parágrafo único. Se o agente da falsidade documental é funcionário público e comete o crime prevalecendo-se do cargo ou se a falsificação ou alteração é de assentamentos de registro civil, a pena é agravada.

com fins eleitorais.

Para que a manutenção de contabilidade paralela seja absorvida pelo tipo é necessário tão somente que se constate omissão ou inserção de informação falsa em sede de prestação de contas, na medida em que esta é formalmente concebida como documento público. O ato omissivo ou comissivo deve ser praticado com dolo específico, ou seja, com fim eleitoral.⁹⁷

A elementar do tipo também abarca, conforme consolidação jurisprudencial⁹⁸, o falso cometido fora do período do pleito – não restringindo o tipo às prestações de contas apresentadas apenas durante a campanha – e os atos cometidos por partidos políticos (para além da esfera do candidato).

Interessante destacar que a pena máxima deste crime é rigorosamente a mesma da proposta trazida pelo PL 4850/16 – qual seja, cinco anos. Portanto, não merece prosperar o argumento de que o caixa dois eleitoral não é suficientemente reprovado no que se refere ao *quantum* da pena, já que a proposta tampouco inova nesse sentido.

A justificação do projeto de lei também aduz para uma suposta impunidade de candidatos que praticam atos de caixa dois e não são eleitos. No entanto, como pode-se auferir a partir de uma breve leitura do art. 350 do Código Eleitoral, não há distinção entre os eleitos e os não eleitos.

Ainda, é de se verificar que para além da esfera criminal o próprio direito eleitoral possui diversos institutos e mecanismos com grande potencial de eficiência no que tange à investigação das doações irregulares e do caixa dois eleitoral. Necessário ressaltar que o fomento e o fortalecimento de previsões legais já existentes costuma ser mais prudente do que a mera criação de novas regras – mormente quando de natureza criminal.

Como já sustentado, o Direito penal deve sempre figurar como a última opção do legislador – critério que não pode ser flexibilizado apenas por se tratar da seara eleitoral. Aos crimes eleitorais se aplicam todos os princípios inerentes ao direito penal democrático, entre eles o da intervenção mínima do qual se extrai que a

⁹⁷DE BEM, Op. Cit., p. 372-374.

⁹⁸ “Não impossibilita a configuração do crime previsto no art. 350 do Código Eleitoral o fato de a falsidade ser cometida em processo de prestação de contas posterior à data das eleições”. TSE. **RESP Eleitoral nº 59.536**. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 2017. Disponível em: <<http://inter03.tse.jus.br/sjur-consulta/pages/inteiro-teor-download/decisao.faces?idDecisao= 127730&noCache=-1856215646>>.

utilização do deste ramo extremo deve se dar apenas em *ultima ratio*.

Outrossim, o financiamento irregular de campanhas – assim como mecanismos que o coíbem e penalizam – sempre foi um tema extremamente caro ao direito eleitoral. A assunto, aliás, adquiriu maior relevância mormente após o paradigmático julgamento da ADI 4.650 pelo Supremo Tribunal Federal e a declaração da inconstitucionalidade do financiamento de campanhas eleitorais por pessoas jurídicas.⁹⁹

Acompanhando, portanto, a crescente relevância auferida ao tema, a prestação de contas figura nesse cenário como o instrumento do direito eleitoral mais eficaz no que tange ao controle das doações irregulares e do caixa dois eleitoral. Sua importância (assim como o dever de prestar contas¹⁰⁰) decorre diretamente da “necessidade de resguardar princípios insculpidos na Constituição Federal e nas leis eleitorais, como o da moralidade das eleições, da igualdade de disputa entre os candidatos, da probidade (...).”¹⁰¹

E para além do mero momento de apresentação das contas, esta fiscalização não raro cede os indícios necessários para embasar a representação prevista no art. 30-A da Lei das Eleições (n° 9.504/1997)¹⁰². Este artigo prevê a abertura de investigação judicial para apurar condutas ilegais no que tange à arrecadação e gastos de recursos eleitorais. Caso reste comprovada a doação irregular ou a contabilidade paralela de recursos, a sanção é gravíssima – qual seja, o cancelamento do registro de candidatura

⁹⁹ Sobre a relação entre o julgamento da ADI 4.650 e o contexto político da época: “Não há dúvida de que, para além dos judiciosos argumentos jurídicos aduzidos no acórdão, o contexto político e, por que não dizer?, derivado da apuração de inúmeros e fragorosos ilícitos diretamente relacionados ao financiamento de campanhas eleitorais por empresas no Brasil e sua estreita e espúria relação com o Poder Público, cuja consequência desbordou em escândalos de corrupção tidos como os maiores da história política brasileira, influenciou profundamente o *decisum* superior. In: SCHLICKMANN, Denise Goulart. O fim das doações empresariais: o impacto do julgamento da ADI 4.650 pelo Supremo Tribunal Federal sobre o financiamento das campanhas eleitorais no Brasil. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). **Tratado de Direito Eleitoral, v. 5: Financiamento e prestação de contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 65.

¹⁰⁰ Sobre o dever de prestar contas: FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. **Novos paradigmas do direito eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

¹⁰¹ ESMERALDO, Elmana Viana Lucena. **Manual de contas eleitorais: manual prático de arrecadação e gastos de recursos em campanha e de prestação de contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 148.

¹⁰² Art. 30-A. Qualquer partido político ou coligação poderá representar à Justiça Eleitoral, no prazo de 15 (quinze) dias da diplomação, relatando fatos e indicando provas, e pedir a abertura de investigação judicial para apurar condutas em desacordo com as normas desta Lei, relativas à arrecadação e gastos de recursos.

§ 1º Na apuração de que trata este artigo, aplicar-se-á o procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar no 64, de 18 de maio de 1990, no que couber.

§ 2º Comprovados captação ou gastos ilícitos de recursos, para fins eleitorais, será negado diploma ao candidato, ou cassado, se já houver sido outorgado. (...)

ou a cassação do diploma, se já outorgado.

André Lemos Jorge e Fillipe Soares Lizardo ressaltam que a previsão do art. 30-A surgiu como uma resposta legislativa aos escândalos do caso Mensalão. Segundo os autores, o controle exercido antes da edição da Lei n° 11.300/06, não era suficiente para proteger a legitimidade democrática:

A grande virtude do art. 30-A foi, então, permitir que, uma vez constatadas irregularidades de maior gravidade na arrecadação ou aplicação de recursos, fosse possível a cassação do registro de candidatura ou do diploma, se já expedido – e, a partir da edição da LC n°135, a consequente decretação da inelegibilidade – sem que para tanto se mostrasse necessária a caracterização do abuso de poder econômico, de difícil demonstração.¹⁰³

Já no que toca à figura do doador responsável, a legislação prevê a ação por doação irregular à campanha eleitoral. O art. 23 da Lei 9.504/97¹⁰⁴ dispõe sobre os limites das doações de pessoas físicas sem, no entanto, estabelecer o rito para processamento das doações em excesso. Por isso, tal dispositivo deve ser lido em conjunto com as Resoluções do TSE que versam sobre representações eleitorais.

Tanto em 2015, quanto em 2017, as resoluções estabeleceram que a representação sob a hipótese do art. 23 deve seguir o rito do art. 22 da Lei 64/90. Isto significa que, em consonância com o art. 1°, I, “p” da mesma lei¹⁰⁵, a doação irregular pode desencadear a inelegibilidade do doador pelo prazo de oito anos – além de multa no valor de cem por cento da quantia em excesso.

Há, é verdade, alguma discussão jurisprudencial e doutrinária sobre o entendimento de doação tida por ilegal. Enquanto a doutrina se direciona no sentido de

¹⁰³JORGE, André Guilherme Lemos; LIZARDO, Fillipe Soares. Financiamento de campanhas e o artigo 30-A da Lei das Eleições na proteção à igualdade no processo eleitoral. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). **Tratado de Direito Eleitoral v. 7: Abuso de poder e perda de mandato**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 152.

¹⁰⁴Art. 23. Pessoas físicas poderão fazer doações em dinheiro ou estimáveis em dinheiro para campanhas eleitorais, obedecido o disposto nesta Lei.

§ 1° As doações e contribuições de que trata este artigo ficam limitadas a 10% (dez por cento) dos rendimentos brutos auferidos pelo doador no ano anterior à eleição.

§ 3° A doação de quantia acima dos limites fixados neste artigo sujeita o infrator ao pagamento de multa no valor de até 100% (cem por cento) da quantia em excesso.

¹⁰⁵ Art. 1°. São inelegíveis:

I - para qualquer cargo:

p) a pessoa física e os dirigentes de pessoas jurídicas responsáveis por doações eleitorais tidas por ilegais por decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, pelo prazo de 8 (oito) anos após a decisão, observando-se o procedimento previsto no art. 22.

que deve haver uma análise que perpassasse pelo crivo da proporcionalidade¹⁰⁶, a jurisprudência dominante do Tribunal Superior Eleitoral apenas em 2016 passou a acompanhar este entendimento, sendo que antes disso qualquer sorte de doação em excesso estaria apta a ensejar a inelegibilidade. Para os fins do presente trabalho, no entanto, não se alongará nesta discussão.

A importância, aqui, reside no fato de que a aludida previsão da lei eleitoral fragiliza ainda mais o argumento defendido pelos propositores do PL 4850/16 de que na atual legislação não há qualquer punição para o doador irregular. A responsabilização não apenas existe como é também uma das mais grave dentro do rol do direito eleitoral – a inelegibilidade pelo prazo de oito anos.

Em sequência, necessário examinar a possibilidade de enquadramento do caixa dois eleitoral na conduta de abuso de poder econômico. Ou seja, para além da caracterização de ilícito pelas vias supracitadas, caso reste evidenciado o emprego abusivo de recursos patrimoniais ou o descumprimento das regras atinentes à arrecadação e ao uso de fundos de campanha, poderá haver responsabilização por abuso de poder econômico¹⁰⁷.

Lato sensu, ensina José Jairo Gomes que:

(...) por abuso de poder compreende-se o mau uso de direito, situação ou posições jurídicas com vistas a se exercer indevida e ilegítima influência em dada eleição. Para caracterizá-lo, fundamental é a presença de uma conduta em desconformidade com o Direito (...)¹⁰⁸

As ações de investigação judicial eleitoral por abuso de poder econômico seguem o rito do art. 22 da LC 64/90 e exigem para a sua instauração um amplo arcabouço probatório. Isso se dá, a rigor, pelo fato de que uma das sanções aplicáveis à condenação é, também, a inelegibilidade pelo prazo de oito anos¹⁰⁹, sendo que – do

¹⁰⁶ Nesse sentido, LACERDA, Leticia. Michel Temer é inelegível? Nem toda doação por excesso gera inelegibilidade. **Revista Consultor Jurídico**, 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mai-22/leticia-lacerda-nem-toda-doacao-excesso-gera-inelegibilidade>>.

¹⁰⁷ Conforme GOMES em GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. São Paulo: Atlas, 2018.

¹⁰⁸ GOMES, José Jairo. Os bens jurídicos protegidos pelo art. 14, §9º, da Constituição de 1998 e a revisão das decisões das urnas. In: In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). **Tratado de Direito Eleitoral v. 7: Abuso de poder e perda de mandato**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 25.

¹⁰⁹ Conforme a alínea “d”, I, art. 1º, da LC 64/90:

Art. 1º São inelegíveis:

I - para qualquer cargo:

mesmo modo – esta alcança os candidatos não eleitos.

Por fim, há a possibilidade de vincular a certidão de quitação eleitoral à aprovação da prestação de contas do candidato. Hoje, a quitação eleitoral – documento necessário para efetuar o registro de candidatura – está associada apenas à apresentação das contas, não sendo necessário que estas sejam aprovadas para que o candidato fique em dia com a Justiça Eleitoral.

Naturalmente, para implementação de uma mudança deste porte, faz-se necessário travar discussões que perpassam desde os critérios para rejeição de contas até a evidente impossibilidade de aplicação retroativa desta previsão. Neste momento, todavia, apresenta-se a possibilidade de vinculação tão somente a nível propositivo.

Vale dizer que mecanismo semelhante foi aplicado parcialmente na campanha eleitoral de 2008¹¹⁰ e, mesmo não se mantendo para o pleito de 2010, demonstrou grande potencial em relação ao fortalecimento do próprio dever de prestar contas. Mais a mais, a reprovação configuraria também uma sanção aos candidatos não eleitos que tenham praticado a contabilidade paralela durante a campanha.

Destarte, resta demonstrado o extenso rol de dispositivos nos quais tanto as doações irregulares quanto o caixa dois eleitoral podem ser alocados. E, ainda que não se considere este rol rigoroso o suficiente, o próprio direito eleitoral se mostra capaz de responder a supostas impunidades – as quais, vale dizer, não restaram identificadas no presente estudo.

Ou seja, ainda que possa identificar um bem jurídico a ser penalmente tutelado nas condutas referentes às doações irregulares e ao caixa dois eleitoral, as propostas não passam pelo crivo da lacuna de punibilidade, inexorável para a observância do princípio da subsidiariedade.

Imperioso destacar, neste ponto, que determinadas condutas praticadas no âmbito da política, quando cumprem os devidos requisitos, são passíveis – e até mesmo exigem – responsabilização penal. Não obstante, a utilização do direito penal como ferramenta para resolução de qualquer problemática enfrentada neste campo

d) os que tenham contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado, em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes;

¹¹⁰ Para mais sobre o tema consultar: SCHLICKMANN, Denise Goulart. **Financiamento de campanhas eleitorais**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 588-589.

conflita com o caráter de *ultima ratio*¹¹¹ do referido ramo jurídico¹¹².

Logo, em razão da fraca referência a um bem jurídico e da ausência de uma lacuna de punibilidade que é intrínseca ao princípio da subsidiariedade, confirma-se a hipótese previamente levantada de que a nova criminalização dos tipos em análise configura o uso simbólico do direito penal. No próximo capítulo, portanto, analisar-se-á os perigos que circundam a expansão desenfreada da legislação penal – uma das consequências diretas de seu uso simbólico.

¹¹¹ Nessa direção, é interessante que a ideia apresentada seja complementada pela conclusão de DIAS “Assim, à noção de dignidade penal deve acrescer, na concretização dos comportamentos proibidos, o critério adicional da carência de tutela penal. Desse modo, a violação de um bem jurídico-penal não basta por si para desencadear a intervenção, antes se requerendo que esta seja indispensável à livre realização da personalidade de cada um na comunidade. É pois nessa acepção que o direito penal constitui a *ultima ratio* da política social e sua intervenção é de natureza definitivamente subsidiária”. DIAS, Jorge de Figueiredo. O “direito penal do bem jurídico” como princípio jurídico-constitucional implícito (à luz da jurisprudência constitucional portuguesa). In: LEITE, Alair; TEIXEIRA, Adriano (Org). **Crime e Política**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

¹¹² No mesmo sentido, Alamiro Velludo Salvador Netto: “Em primeiro lugar, e o que já pareceu virar lugar comum de todo escrito crítico a respeito do assunto, não se trata aqui de manifestar qualquer tolerância a práticas corruptas. Se é verdade que o diagnóstico científico-acadêmico, costumeiramente, nem de longe compactua com o discurso midiático e disposto a demonizar a corrupção como o “*o mal de todos os males*”, também é verdade que esta prática deve sempre ensejar a persecução penal, respeitados os limites do devido processo legal e da ampla defesa.” SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Dez medidas contra a corrupção: posição contrária. **Jornal Carta Forense**, 2016. Disponível em <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/dez-medidas-contra-a-corrupcao-posicao-contraria/17158>>.

4 CAPÍTULO 3 – POR UM DIREITO PENAL ELEITORAL MÍNIMO: UMA SAÍDA FRENTE À CRIAÇÃO DE TIPOS PENAIIS

Conforme supra analisado, a inovação penal legislativa pautada em justificativas exíguas e rasas revela-se sintomática. Isso porque há um risco permanente de que os discursos punitivistas que defendem a criação de tipos penais inócuos com o intuito, tão somente, de apaziguar a sensação de impunidade sejam naturalizados em detrimento das garantias democráticas. A apresentação de um projeto de lei que contém propostas de criação de tipos penais, de aumento de penas e de relativização de princípios do processo penal, acompanhado do apelo para que a aprovação se dê em máxima urgência¹¹³, é uma grande evidência deste fenômeno.

Inegável que a definição de um bem jurídico, conceito em constante mutação¹¹⁴, assim como a análise que recai sobre a subsidiariedade, representam tarefa de complexidade elevada. Não obstante, tais especificidades não podem se traduzir na atuação discricionária do legislador e, muito menos, na tendência hodierna do uso do direito penal como forma de controle da própria atividade política, pautada na moralidade e na falsa ideia de que a multiplicação dos tipos penais é responsável por garantir a segurança¹¹⁵ dos indivíduos e das instituições.

Em um cenário no qual o avanço legislativo calcado na ânsia punitivista detêm mais prestígio do que os princípios inerentes ao Estado Democrático de Direito, a dogmática penal – como constatou Heleno Cláudio Fragoso – necessita superar a mera compreensão e justificação do direito penal vigente¹¹⁶. Nesse sentido, é papel da ciência do direito não apenas expor as inconsistências e os perigos da criminalização desenfreada, como também apresentar alternativas concretas frente à criação de novos

¹¹³Conforme justificativa apresentada ao PL 4850/16, Op. Cit.

¹¹⁴PONTE, Antonio Carlos da; AOKI, Luis Gustavo de Oliveira Santos. O alcance e os bens jurídicos resguardados pelo Direito Eleitoral. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). **Tratado de Direito Eleitoral, v.8: Direito Penal e Processo Penal Eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 22-26.

¹¹⁵ Recentemente FERRAJOLI afirmou, em entrevista: “a impunidade dos poderosos é criminógena. De outro lado, a legislação penal repressiva transmite uma mensagem ideológica nefasta [vinculando, muitas vezes, o delinquente apenas com imagem estereotipada difundida pela criminologia midiática]. O conceito de segurança divulgado amplamente na atualidade não significa segurança dos direitos sociais. Segurança é igual segurança pública, cujas medidas se voltam contra “bodes expiatórios”, escondendo-se grandes tensões sociais não resolvidas.” GOMES, Luiz Flávio. Criminalidade organizada e democracia, por Ferrajoli. **Revista Consultor Jurídico**, 2012. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2012-jul-12/coluna-lfg-criminalidade-organizada-democracia-ferrajoli>>.

¹¹⁶FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1985, p. 13.

tipos penais.

Outrossim, respeitando as limitações intrínsecas a uma tese de monografia, o presente estudo pretende doravante – sem qualquer pretensão de esgotamento – explorar a problemática decorrente do uso simbólico do direito penal, com possível influência na própria criminalização da política, para depois traçar as bases gerais do que se entende que seria um direito penal eleitoral ideal. Por fim, em harmonia com os princípios do que embrionariamente se chamou de direito penal eleitoral mínimo, pretende-se apresentar alternativas frente à criação de tipos penais-eleitorais que circundam o financiamento de campanhas, as quais perpassam pelo fortalecimento da prestação de contas e pela democratização das doações eleitorais.

4.1 O DIREITO PENAL SIMBÓLICO E A CRIAÇÃO DE TIPOS PENAIIS-ELEITORAIS COMO UMA DAS FACES DA CRIMINALIZAÇÃO DA POLÍTICA

O direito penal, tal como os demais ramos do direito, busca dar respostas às mudanças de uma sociedade em constante mutação. No entanto, como observa Paulo César Busato, as garantias conquistadas durante a luta de centenas de anos que culminou com a construção dogmática do direito penal clássico estão ameaçadas em razão da ascensão do chamado direito penal moderno, “um direito carregado de inconsistências e de constantes fricções que dificultam as garantias surgidas durante o iluminismo e que se traduzem em princípios de direito material e inclusive processual.”¹¹⁷

A rigor, um dos efeitos mais perversos que surgem a partir da corrosão das garantias penais e que, conseqüentemente, contribui para a expansão do direito penal é o aparecimento da legislação simbólica. Nas palavras de Roxin

trata-se aqui de disposições penais que não se desdobram em efeitos protetores concretos, senão que (...) pretendem servir para a autoafirmação de grupos políticos e ideológicos. Frequentemente, também se desdobram na mera tentativa de apaziguar o eleitor mediante leis previsivelmente ineficazes que, sem embargo, podem suscitar a impressão de que “se fez algo” para combater ações e situações indesejadas. (Tradução da autora).¹¹⁸

¹¹⁷BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um direito penal democrático**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 40.

¹¹⁸Citação original: “Aquí se trata de preceptos penales que no despliegan en primera línea efectos protectores concretos, sino que, confesándose partidarios de determinados valores o condenando conductas consideradas reprobables, pretenden servir para la autoafirmación de grupos políticos e ideológicos. A menudo también

O autor prossegue apontando que, a despeito de todas as leis penais desencadearem um certo impacto simbólico na formação de consciência da população, deve-se seguir garantindo suficientemente a referência a um bem jurídico a fim de que se afaste uma perspectiva puramente simbólica da legislação. Roxin ainda pontua que os dispositivos que estendem de forma ampla a punibilidade ao campo prévio das ações concretas tendem a se demonstrar esta perspectiva.¹¹⁹

Tal como se observou a partir da análise feita à proposta de criminalização das doações irregulares e do caixa dois eleitoral no PL 4850/16, o direito penal simbólico se manifesta por meio de “legislação fabricada à medida dos acontecimentos, estabelecendo pena para as condutas ao sabor do clamor popular”.¹²⁰

Ou seja, o direito penal simbólico compreende as normas penais aprovadas no âmbito do clamor da opinião pública, cujo objetivo, para além de apaziguar o eleitor, é mascarar as causas sociais e políticas da criminalidade ao apresentar como única solução para os problemas da sociedade a criação de tipos penais cada vez mais rigorosos.

E, mormente no que tange ao clamor pelo aumento de penas em razão da repercussão quantitativa dos delitos, ainda deve-se destacar a influência dos meios de comunicação na propagação do direito penal simbólico:

Os meios de comunicação agitam as massas. Os políticos oferecem a solução ao problema: “eficácia”. O problema é que se recorre ao direito penal com “aumento de penas”, quando é possível que outros meios de controle social ou outros meio de Política criminal possam solucionar melhor o problema.¹²¹

E, no âmbito do direito penal eleitoral, a influência tendenciosa dos meios de comunicação é especialmente marcante. Isso porque a superexposição midiática dos últimos grandes escândalos de corrupção desencadearam não apenas o clamor pela moralização da política como também, em última instância, uma repulsa à própria política – principalmente à figura do que se convencionou chamar de político

sucede que sólo se persigue apaciguar al elector, en cuanto que mediante leyes previsiblemente ineficaces sin embargo se puede suscitar la impresión de que "se hace algo" para combatir acciones y situaciones indeseables.” Em ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Madrid: Civitas, 1997, p. 59.

¹¹⁹ Op. Cit. p. 59.

¹²⁰ BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um direito penal democrático**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 41.

¹²¹ Ibid. p. 41.

tradicional.¹²²

Sobre o assunto, os advogados Antônio Carlos de Almeida Castro e Marcelo Turbay Freiria se posicionaram no seguinte sentido:

(...) o que se vê hoje é uma campanha midiática acusatória contra a política, contra o exercício da atividade parlamentar, em que não faltam acusações infundadas e generalizações grosseiras, que provocam desconfiança por parte da sociedade e do eleitorado em relação a seus representantes escolhidos pelo voto, que criam novamente distanciamentos, insegurança e propiciam um odioso abalo nas instituições e nas relações entre os Poderes constituídos.¹²³

Por mais que a criminalização da política dependa em grande medida da atuação do Poder Judiciário que passa a tomar espaços que histórica e constitucionalmente não lhe pertencem¹²⁴, esse fenômeno também perpassa pelas mudanças legislativas desencadeadas a partir da pressão popular e em alguns casos, como no das “10 medidas contra a corrupção”, do Ministério Público.

Essa expansão legislativa, em matéria penal-eleitoral, acaba por deflagrar aquilo que Vânia Siciliano Aieta identificou como um “indesejável estado de controle político permanente por parte do Poder Judiciário como um todo”,¹²⁵ o qual pode desencadear intromissões por vezes indevidas no processo democrático e, em última instância, assumir o protagonismo do pleito eleitoral.

O que verifica, em verdade, é a superação do discurso de combate à impunidade e à corrupção, para dar lugar a manifestações em defesa da redução dos canais institucionais inerentes à política que outrora aproximavam a sociedade de seus representantes. Mais do que isso, a criminalização dos políticos desagua em um progressivo desamparo dos direitos fundamentais e flexibilização dos direitos constitucionais, mormente no âmbito penal.¹²⁶

Com efeito, Aieta conclui que, na contramão da tendência hodierna de

¹²² Sobre o assunto, Rubens Casara ressalta o descomprometimento dos meios de comunicação de massa com a democracia e a contribuição destes com a disseminação do discurso de ódio e com a criação da imagem do juiz heróico. Em CASARA, Rubens. **O processo penal do espetáculo: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

¹²³ CASTRO, Antônio Carlos de Almeida; FREIRIA, Marcelo Turbay. O fim dos tempos estranhos: a luta contra a criminalização da política. **Revista Consultor Jurídico**, 2018. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-26/opiniaio-luta-criminalizacao-politica>>.

¹²⁴ Op. Cit.

¹²⁵ AIETA, Vânia Siciliano. **Criminalização da política: a falácia da “judicialização da política” como instrumento democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 12.

¹²⁶ Ibid. p. 111

criminalização da política, os juristas e legisladores não podem pautar sua atuação no sentimento de comoção popular e na “necessidade de dar satisfação aos anseios de uma sociedade controlada pelos ditames dos meios de comunicação”.¹²⁷

Ou seja, frente ao que se pode definir como uma crise entre representantes e representados, a referência aos ideais de um direito penal democrático é de máxima importância, já que – como constatou Zaffaroni – as emergências desnudam o uso oportunista da *ultima ratio*.¹²⁸

Destarte, o que se pretende a partir de agora, ainda que de forma embrionária, é traçar as bases do que seria um direito penal eleitoral mínimo, ideal, em consonância com os princípios usualmente aceitos pela doutrina no âmbito do direito penal democrático.

4.2 A CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO PENAL ELEITORAL MÍNIMO A PARTIR DE UMA BASE PRINCIPIOLÓGICA DO BEM JURÍDICO

De acordo com Nilo Batista, “a procura de princípios básicos do direito penal exprime o esforço para, a um só tempo, caracterizá-lo e delimitá-lo.” Para o autor, estes princípios, além de constituírem um patamar indeclinável no que tange à compreensão de todas as normas penais, têm ainda um sentido programático “e aspiram a ser a plataforma mínima sobre a qual possa elaborar-se o direito penal de um Estado de direito democrático”.¹²⁹

Logo, mais do que servirem de parâmetro para a interpretação das normas penais já postas, os princípios do direito penal devem nortear – mormente em tempos de crise – a solidificação da base em que se apoiará o próprio sistema penal, em seu sentido mais amplo.

Essa construção é de inexorável importância em um momento no qual, no sentido do que expõe Alamiro Velludo Salvador Netto, impera a desorganização dos argumentos que deveriam legitimar as escolhas do sistema, em detrimento de uma fidelidade estrutural.¹³⁰

¹²⁷ Ibid. p. 110-111.

¹²⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Derecho penal – parte general**. Buenos Aires: Editar, 2002, p. 486.

¹²⁹ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 59.

¹³⁰ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade penal e sociedade de risco**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 82..

No âmbito do direito penal eleitoral, em que pese este esteja inserido nos esforços dogmáticos em prol de um direito penal democrático, verifica-se na prática uma especial falta de referência estrutural aos princípios básicos do direito penal. A presença de inúmeros tipos que se sustentam tão somente por meio de uma referência genérica ao bem jurídico da lisura das eleições¹³¹, a falta de observância à subsidiariedade e a recente multiplicação de propostas legislativas que albergam novas criminalizações denotam a urgente necessidade doutrinária de se lançar um olhar mais atento a este ramo do direito penal.

Cumprido destacar que grande parte dos problemas estruturais que hoje afetam o direito penal eleitoral derivam, historicamente, da origem de seu principal diploma legal, qual seja o Código Eleitoral. Isso porque, editado em 1967, os crimes eleitorais – em que pese a constantes “reformas eleitorais” presenciadas nos últimos anos – nunca foram objeto de uma sistematização que os adequasse aos princípios da Constituição Federal de 1988.¹³²

A esta falta de sistematização somou-se o conturbado cenário político enfrentado pelo Brasil na última década e o, já explorado, clamor popular pelo endurecimento penal na perspectiva do combate à corrupção e a uma suposta impunidade.

Outrossim, sem qualquer pretensão de esgotamento do tema, passa-se a propor a partir de agora uma base principiológica que, potencialmente, conferiria uma maior coesão ao direito penal eleitoral, em consonância com os princípios já admitidos pelo que se convencionou chamar direito penal mínimo ou direito penal democrático.

Para tanto, o presente trabalho se vale da mesma sistemática já proposta por Fernando Gaspar Neisser quando da análise do artigo 323 do Código Eleitoral.¹³³ Propõe-se, a rigor, que o direito penal eleitoral seja formado tão somente por tipos penais que se adequem aos filtros da lesividade, da intervenção mínima, da

¹³¹Mais sobre o assunto em: NEISSER, Op. cit. p. 150-151.

¹³²PIEIDADE, Antonio Sergio Cordeiro; SOUSA, Leandro Cordeiro; CIPRIANO, Waleska Roberta Rodrigues. Tutela penal eleitoral: a necessidade de traçar um novo paradigma para a formulação dos tipos penais na esfera eleitoral. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). **Tratado de Direito Eleitoral, v.8: Direito Penal e Processo Penal Eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 114.

¹³³NEISSER, Op. Cit. p. 127.

fragmentariedade e da subsidiariedade.¹³⁴

Sem ignorar o elenco de princípios propostos pela doutrina majoritária¹³⁵, a análise em questão se aterá àqueles que decorrem diretamente do conceito de bem jurídico¹³⁶ e que, portanto, podem servir de parâmetro para a análise de tipos penais concretos.

Destarte, o princípio da lesividade, como aponta Nilo Batista, transporta para a seara penal a questão da exterioridade do direito.¹³⁷ Ou seja, para além da referência a um bem jurídico, é necessário que haja a potencialidade de este sofrer alguma lesão por condutas que possam ser realizadas no mundo fático.¹³⁸

Para um exame adequado a respeito do princípio da lesividade, faz-se necessário identificar a natureza do tipo em análise: se de dano, de perigo abstrato ou de perigo concreto. Isso porque, conforme esclarece Neisser, a “duplicidade de tutelas de bens jurídicos individuais e supraindividuais permite, ao menos sob um plano dogmático, solucionar o problema da falta de lesividade do tipo de perigo abstrato”¹³⁹, já que a colocação em perigo do bem jurídico individual já configura a uma lesão ao bem jurídico supraindividual.

A nível exemplificativo, cite-se o tipo penal eleitoral que veda a propaganda em língua estrangeira,¹⁴⁰ no qual o bem jurídico protegido é a soberania nacional¹⁴¹. Ora, não resta dúvida de que a soberania nacional é bem jurídico que merece ser tutelado pelo direito penal eleitoral. No entanto, entre a realização de propaganda em língua estrangeira e a ofensa à soberania do país há um salto hermenêutico que não passa pelo crivo do princípio da lesividade.

Prosseguindo, pelo princípio da intervenção mínima compreende-se que em

¹³⁴ Muito embora tais princípios remetam ao momento da aplicação da norma, alocados âmbito da antijuridicidade, admite-se neste trabalho a possibilidade de que estes também sirvam de parâmetro para nortear a análise de propostas de criação de novos tipos penais.

¹³⁵ Sobre princípios do direito penal, veja-se: BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 59-102; BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um direito penal democrático**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 143-210; ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito**. Madrid: Civitas, 1997; entre outros.

¹³⁶ NEISSER, Op. Cit, p. 127.

¹³⁷ BATISTA, Op. Cit. p. 89.

¹³⁸ NEISSER, Op. Cit, p. 128.

¹³⁹ Ibid. p. 180.

¹⁴⁰ Código Eleitoral, art. 335. Fazer propaganda, qualquer que seja a sua forma, em língua estrangeira: Pena – detenção de três a seis meses e pagamento de 30 a 60 dias-multa.

¹⁴¹ BARROS, Francisco Dirceu; PAES, Janiere Portela Leite. **Direito eleitoral criminal – tomo I. Direito Material**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 370-371.

razão de o direito penal constituir a intervenção mais radical e violenta na liberdade do indivíduo, ele deve ser sempre a última opção do legislador.¹⁴² Daí deriva a concepção do direito penal como *ultima ratio*: ele só pode intervir nos ataques muito graves, sobre os quais nenhum outro ramo do direito consegue atuar suficientemente.

E é diretamente da intervenção mínima que derivam os dois próximos princípios penais básicos que merecem análise no presente trabalho: a fragmentariedade e a subsidiariedade¹⁴³.

O princípio da fragmentariedade, conforme pontua Franco Bricola, determina uma espécie de seleção não apenas dos bens jurídicos que serão tutelados, mas acima de tudo de quais ofensas a estes bens jurídicos serão tuteladas.¹⁴⁴ Ou seja, nem todas as lesões a bens jurídicos serão penalmente tuteladas – apenas as que sejam reconhecidas como graves o suficiente para ensejar o uso do direito penal.

Tão somente por um viés de questionamento, pode-se trazer o delito de promoção de desordem em trabalho eleitoral¹⁴⁵. Em que pese o fato de o normal desenvolvimento dos trabalhos eleitorais como meio para garantir a lisura do pleito possa ser entendido como um bem jurídico digno de tutela penal, não pode qualquer sorte de perturbação ser compreendida como legítima para atrair a intervenção penal.¹⁴⁶

Por fim, o princípio da subsidiariedade, também diretamente decorrente do da intervenção mínima, implica na utilização do direito penal apenas quando todas as demais alternativas mostrarem-se falhas. Trata-se, como define Roxin, de uma derivação do fato de o direito penal ser um “remédio sancionador extremo”.¹⁴⁷

Nesse sentido, Muñoz Conde aponta que os bens jurídicos não devem apenas ser protegidos por meio do direito penal, como também ante o direito penal, de forma que o legislador não pode sancionar penalmente às ofensas cuja proteção possa ser

¹⁴² BATISTA, Op. Cit. p. 82-83.

¹⁴³ Ibid. p. 83.

¹⁴⁴ BRICOLA, Franco. Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela. In: DE ACETIS, Mauricio (org). **Funzioni e limiti del diritto penale**. Milão: Cedam, 1984, p.14.

¹⁴⁵ Código Eleitoral, art. 296. Promover desordem que prejudique os trabalhos eleitorais: Pena – detenção até 2 meses e pagamento de 60 a 90 dias-multa.

¹⁴⁶ Ressalta-se que o aludido tipo penal eleitoral ainda carece de adequação no que tange ao princípio da legalidade, em razão de sua imprecisão típica. Em DE BEM, Leonardo Schmitt; CUNHA, Mariana Garcia. **Crimes Eleitorais**. 3ª ed. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2018.

¹⁴⁷ ROXIN, Claus. **Iniciación al derecho penal de hoy**. Sevilla: Editora Universidad de Sevilla, 1981, p. 30.

alcançada – inclusive de forma mais eficaz – através de outros instrumentos legais.¹⁴⁸

Novamente apenas para fins exemplificativos, cita-se o delito de majoração de preços durante as eleições.¹⁴⁹ Aqui, como bem esclarecem Leonardo Schmitt de Bem e Mariana Garcia Cunha, o que se visa evitar é o abuso de poder econômico, muito embora “pensa-se que a proibição de exploração econômica poderia ser realizada sem a incidência do Direito penal, valorando-se, com efeito, o princípio da intervenção mínima.”¹⁵⁰

Destarte, sintetiza Neisser:

Do princípio da lesividade retira-se o critério de necessidade de proteção. (...) Da intervenção mínima decorre a necessidade de que o bem seja extremamente relevante ao convívio social ou ao pleno desenvolvimento do indivíduo. (...) A fragmentariedade aporta ao conceito a exigência de que, mesmo sendo relevante o bem, só os mais graves atentados contra ele serão objeto de atenção do ordenamento jurídico penal. Por fim, é com a subsidiariedade que se completa a formulação aqui proposta, agregando (...) a possibilidade de que se exerça o controle social por meios menos gravosos.¹⁵¹

Outrossim, para fins de sistematização do direito penal eleitoral já posto, entende-se que os filtros acima propostos são capazes não apenas de lhe conferir coesão estrutural, como também de harmonizar a legislação penal eleitoral com os preceitos constitucionais.

No entanto, no que tange ao fenômeno do clamor social pelo combate à corrupção, verifica-se um impacto direto na criminalização do financiamento de campanha cuja análise não pode se restringir ao crivo supra exposto. Faz-se necessário, mais do que isso, apontar quais são as alternativas frente à expansão, *a priori* injustificada, do direito penal eleitoral – o que se fará adiante.

4.3 UMA ALTERNATIVA FRENTE À CRIAÇÃO DE TIPOS PENAIIS: O FORTALECIMENTO DA PRESTAÇÃO DE CONTAS E A DEMOCRATIZAÇÃO DAS DOAÇÕES ELEITORAIS

¹⁴⁸MUÑOZ CONDE, Francisco; GRACÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal – parte general**. Valencia: Tirand lo Blanch, 1998, p. 90-93.

¹⁴⁹Código Eleitoral, art. 303. Majorar os preços de utilidades e serviços necessários à realização das eleições, como transporte e alimentação de eleitores, impressão, publicidade e divulgação de matéria eleitoral: Pena – pagamento de 250 a 300 dias-multa.

¹⁵⁰DE BEM, Op. Cit., p. 147-150.

¹⁵¹NEISSER, Op. Cit., p. 132-133.

Para Heleno Claudio Fragoso, uma das razões sobre as quais se acentua a crise do direito penal moderno é a discrepância existente entre a ciência e a experiência. Ao mesmo tempo em que a dogmática demonstra a necessidade de menos direito penal, o legislador hesita em acatar a recomendação por estar habituado a trabalhar com o instrumento punitivo, supondo que o aumento de penas solucionará o problema da criminalidade.¹⁵²

Fragoso defende, nesse sentido, que a única maneira pela qual se torna realmente possível reduzir a criminalidade é por meio de uma abordagem que toque a origem social do problema, em detrimento da criação de novos dispositivos legislativos que apenas reforçam estigmas e deixam de se debruçar sobre a raiz do problema.¹⁵³

Trazendo esta análise para o âmbito do financiamento eleitoral, pretende-se identificar onde se encontra o cerne do problema que desencadeia as doações irregulares e o caixa dois eleitoral. Mais a mais, como função inerente à dogmática, este estudo será finalizado com a apresentação de alternativas concretas que num primeiro momento visem desestimular as condutas citadas e posteriormente visem ao reforço no controle destas condutas por vias alheias ao direito penal.

Como já referido no primeiro capítulo do presente trabalho, a proibição das doações eleitorais por pessoas jurídicas deixou uma grande lacuna no financiamento de campanhas. Em que pese a criação do Fundo Especial de Financiamento de Campanhas, a ausência da cultura de doações eleitorais por pessoas físicas contribuiu para que o vazio deixado pelo financiamento empresarial não fosse completamente preenchido.

Tais fatores, aliados ao alto custo para que a campanha eleitoral alcance a esfera do eleitor, convergem, não raro, na busca de políticos por doações de pessoas físicas acima dos limites legais ou, até mesmo, por doações provenientes de fontes vedadas. A rigor, mudou-se as regras do jogo sem que se mudasse o contexto no qual ele está inserido.

Sobre o assunto, Denise Goulart Schlickmann destaca que:

¹⁵²FRAGOSO, Heleno Claudio. Ciência e experiência no direito penal. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 267, jul./set. 1979, p. 73.

¹⁵³Ibid. p. 73.

O banimento das pessoas jurídicas do processo de financiamento de contas eleitorais não impõe automaticamente o fim do financiamento dessa natureza, mas o coloca à margem dos mais modernos mecanismos de fiscalização e controle de que hoje dispõe a Justiça Eleitoral.¹⁵⁴

Isto é, ao se proibir o financiamento empresarial sem qualquer modulação temporal em seus efeitos – que aplicasse gradualmente a vedação na medida em que a sociedade gozasse de tempo para se readequar ao novo paradigma – o que há é a transposição das agora consideradas fontes vedadas para fora do campo democrático e da legalidade.

Preliminarmente, far-se-ia necessário realizar uma reflexão a respeito da viabilidade do retorno das doações de pessoas jurídicas ao ordenamento jurídico, a partir de um controle rígido por parte da Justiça Eleitoral. No entanto, desde a declaração da inconstitucionalidade do financiamento empresarial pelo Supremo Tribunal Federal, esta possibilidade não se mostra frutífera.

De forma alternativa, como maneira de superar – ou, realisticamente, ao menos diminuir – as práticas de doação irregular e de caixa dois eleitoral, faz-se imperioso o fomento às doações de pessoas físicas a campanhas eleitorais, numa lógica de mobilização cidadã, de efetiva participação política¹⁵⁵. E, para tanto, mostra-se necessário encontrar vias que desburocratizem e facilitem o acesso da população aos canais das doações eleitorais.

Destarte, uma alternativa em potencial no sentido da democratização das doações é o financiamento coletivo, conhecido também como *crowdfunding*¹⁵⁶, introduzido na legislação brasileira por meio da “reforma eleitoral” de 2017 (Lei nº 13.487/17).

O financiamento coletivo mostra-se promissor à medida que, como observa Ana Claudia Santano, a Internet passou a figurar como um novo espaço para o

¹⁵⁴SCHLICKMANN, Denise Goulart. O fim das doações empresariais: o impacto do julgamento da ADI 4.650 pelo Supremo Tribunal Federal sobre o financiamento das campanhas eleitorais no Brasil. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). **Tratado de Direito Eleitoral, v. 5: Financiamento e prestação de contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 65.

¹⁵⁵ Nesse sentido, Ana Claudia Santano: “Diante do restritivo panorama que o sistema de financiamento de campanhas vigente apresenta, somado ao difícil momento que a democracia brasileira atravessa, medidas progressivas para fomentar a mobilização cidadã na política se fazem necessárias.” Em: SANTANO, Op. Cit. p.62.

¹⁵⁶ “O novo cenário motivou alguns agentes políticos a investigarem a possibilidade de utilizar o *crowdfunding* como uma ferramenta de arrecadação de doações privadas por pessoas físicas, uma das únicas fontes permitidas atualmente, de forma a mobilizar a participação política e fomentar as pequenas doações, bem como tentar repor a receita que antes vinha de doações oriundas de pessoas jurídicas.” Ibid. p. 44.

exercício da atividade de participação política. Mais a mais, além de facilitar o trâmite para se realizar uma doação, o financiamento coletivo proporciona a sensação da construção conjunta de um projeto político, por meio da cidadania.¹⁵⁷ Trata-se de um mecanismo que aproxima a candidato do eleitor.

No Brasil, no âmbito das pré-candidaturas, o *crowdfunding* demonstrou bom desempenho nas eleições de 2018 – muito embora, já que proveniente de recente alteração legislativa, ainda não tenha projetado todo o seu potencial no que tange à expectativa de suprir a lacuna deixada pelo financiamento empresarial.

Em outros países do ocidente, com efeito, essa prática tem obtido notório sucesso. Cita-se como referência a campanha do então candidato a presidência dos Estados Unidos Barack Obama no ano de 2008. Sobre o assunto, Santano aponta:

Talvez um dos fatos que fizeram com que a Internet deixasse de ser algo acessório na política tenha sido a arrecadação de uma vultosa quantidade de doações em valores pequenos na campanha presidencial do então candidato Barack Obama, em 2008, que não só auxiliou na sua vitória por meio desse importante suporte econômico, como também demonstrou que a mobilização virtual ao redor de reivindicações e agendas em comum pode ter um forte impacto no *establishment* do financiamento de campanhas.

Mais do que isso: na realidade brasileira, a possibilidade de arrecadação de quantias significativas por meio de pequenas doações é uma maneira de desestimular a busca de candidatos por fontes vedadas de financiamento. A um só tempo pode-se diminuir tanto a ocorrência de condutas que culminam no financiamento irregular, quanto uma possível dependência econômica (que, frise-se, não é uma decorrência lógica) entre grandes financiadores de campanhas e a atividade política desenvolvida por candidatos eleitos.

Todavia, em que pese o estímulo à democratização das doações eleitorais e o potencial do financiamento coletivo, seria deveras ingênuo esperar que as doações irregulares e o caixa dois eleitoral deixassem de ocorrer por completo no cenário dos pleitos eleitorais brasileiros.

Nesse sentido, na busca por apresentar ao legislador alternativas frente à utilização desenfreada do direito penal, deve-se abordar a partir deste momento as especificidades do principal mecanismo oriundo do direito eleitoral que possibilita o

¹⁵⁷ Ibid. p. 48-49.

controle do financiamento de partidos e campanhas, qual seja a prestação de contas.

Conforme afirma Marcos Ramayana, o objetivo da prestação de contas é “assegurar a lisura e a probidade na campanha, através do controle dos recursos financeiros nela aplicados, com vistas a viabilizar a verificação de abusos e ilegalidades ocorridos durante a disputa eleitoral”.¹⁵⁸

Nesta esteira, Carla Karpstein salienta que o sistema de prestação de contas eleitorais no Brasil já está entre os mais evoluídos do mundo, visto que além de contar com uma plataforma eletrônico própria (o Sistema de Prestação de Contas Eleitoral - SPCE), verifica-se uma cooperação técnica e de dados com a Receita Federal, o Banco Central e outras entidades que lhe conferem uma amplitude não encontrada em outros países.¹⁵⁹

Vale ressaltar que com a alteração promovida pela Lei 13.165/15, os candidatos passaram a ter a obrigação de divulgar no sítio eletrônico do TSE todos os recursos provenientes de doação eleitoral no prazo de 72 horas. Tais informações ficam disponíveis para acesso público e podem ser consultadas por qualquer pessoa, a qualquer momento.

No entanto, como esta disposição, a despeito de contribuir com a transparência das campanhas, não dá conta de coibir por si só a contabilidade paralela, Karpstein ainda propõe o desenvolvimento de um sistema online no qual os gastos realizados por candidatos conste nos cadastros eletrônicos das respectivas empresas, a fim de que tanto a Justiça Eleitoral, quanto os cidadãos em geral possam realizar a conferência com os gastos demonstrados na prestação de contas.¹⁶⁰ Trata-se de uma maneira de utilizar a tecnologia disponível à Justiça Eleitoral em prol do fortalecimento dos mecanismos eleitorais já existentes na legislação.

Ou seja, por meio deste sistema e da progressiva transparência que se tem conferido ao ato de prestar contas, as ações previstas no ordenamento para apurar doações irregulares, por arrecadação e gastos irregulares (art. 30-A da Lei das Eleições) e abuso de poder econômico – já tratadas no segundo capítulo deste trabalho

¹⁵⁸RAMAYANA, Marcos. **Direito Eleitoral**. Niterói: Impetus, 2015. p. 599.

¹⁵⁹KARPSTEIN, Carla Cristine. As limitações do processo de prestação de contas e o dever de fiscalização pela Justiça Eleitoral. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). **Tratado de Direito Eleitoral, v. 5: Financiamento e prestação de contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p.267.

¹⁶⁰Ibid. p. 270.

– atingem um potencial ainda maior no sentido de identificarem com maior facilidade os indícios de contabilidade paralela.

Portanto, seja pelo viés de desestimular a busca por fontes vedadas de financiamento, ou seja pela perspectiva de auxiliar na identificação de doações e gastos não contabilizados na prestação de contas, a internet passa a figurar como “a principal ferramenta de transmissão de informações, transformando-se numa possibilidade de engajamento político e interesse público”.¹⁶¹

Em última instância, a internet demonstra ser uma ferramenta intrínseca à contenção do direito penal na esfera no financiamento de campanhas, na medida em que proporciona alternativas concretas e até mesmo mais eficientes no que tange à investigação e punição do financiamento irregular sem que, para isso, se recorra à criação de novos tipos penais.

¹⁶¹SANTOS, Tassiana Bezerra dos. A representatividade e o financiamento de campanhas eleitorais: a internet como espaço de participação política. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). **Tratado de Direito Eleitoral, v. 5: Financiamento e prestação de contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 136

5 CONCLUSÕES

A presença de processos eleitorais justos e democráticos é inexorável à concretização dos ideais democráticos. Nesta perspectiva, o financiamento de campanhas eleitorais se mostra como um dos principais requisitos para a ocorrência do pleito eleitoral, já que o caminho para que as ideias do candidato alcancem o eleitor pressupõe um grande emprego de dinheiro.

A partir do alto custo das campanhas eleitorais, a relação entre financiamento eleitoral e poder econômico passou a figurar como mote de infindável debate tanto por parte de legisladores e pesquisadores, quanto por parte da sociedade civil. Nesse sentido, a restrição cada vez maior imposta às doações privadas deriva da relação automática que se estabeleceu entre financiamento privado e corrupção.

No Brasil, esta precipitada relação foi agudizada pela superexposição midiática de recentes escândalos de corrupção, os quais desencadearam diversas mobilizações sociais e um clamor popular por mais rigor no combate à corrupção. Como produto desta pressão, o Ministério Público Federal apresentou a proposta que se popularizou como “10 medidas contra a corrupção”.

Destarte, a criação de novos objetos de punição exige cautela. É basilarmente desarmônico com o Estado Democrático de Direito que leis, mormente em matéria penal, sejam propostas e criadas a despeito de uma análise séria e comprometida sobre a real necessidade e utilidade destas. Este caminho leva, invariavelmente, ao desrespeito de direitos e garantias individuais e a uma ruptura com o compromisso democrático.

No presente trabalho, aferiu-se que a proposta de criminalização autônoma do caixa dois eleitoral e das doações irregulares, nos moldes do PL 4850/16, representa uma tentativa de utilização simbólica do *ius poenale*, vez que, ignorando os limites constitucionais, as novas normas nascem fundamentadas, tão somente, no medo geral frente aos escândalos de corrupção que assombram o Brasil.

Tal afirmação é decorrente da análise de dois critérios de legitimidade e necessidade impostos à criação de *novatio legis poenale*, quais sejam a tutela de um bem jurídico e a presença de uma lacuna de punibilidade.

Os crimes eleitorais, por estarem inseridos na mesma estrutura dogmática

inerente ao chamado direito penal comum, devem observar todos os princípios básicos do direito penal democrático para que sejam reconhecidos como condutas legítimas à intervenção penal – o ramo mais extremo do direito.

Portanto, em relação ao primeiro critério, constatou-se que, nos moldes em que proposto e nas discussões até o momento empreendidas, o PL 4850/16 falha em demonstrar qual – ou quais – os bens jurídicos determinados e concretos que demandam nova tutela penal, ferindo, assim, o princípio básico da intervenção mínima e, por consequência, o caráter de *ultima ratio* do direito penal.

Ainda, não se logrou êxito em identificar uma lacuna de punibilidade que enseje a necessidade de uma nova criminalização. Diferente do que consta na justificção do Projeto de Lei, há sim previsões penais e eleitorais que dão conta de sancionar o caixa dois eleitoral e as doações irregulares. Mesmo havendo certos requisitos para que as condutas se amoldem às previsões já existentes, a partir de um olhar sistêmico verifica-se que a legislação hodierna esgota possíveis lacunas. A criação de novos tipos, portanto, apenas inflaria o já hipertrofiado arcabouço legislativo penal.

Notou-se, a partir das investigações empreendidas, uma utilização meramente simbólica do direito penal, que se demonstra a partir da pouca discussão científica empreendida nas discussões sobre a proposta de criminalização das condutas que culminam no financiamento irregular e nos fortes indícios de que o objetivo nuclear da criação destes tipos penais-eleitorais seria o apaziguamento do eleitor.

Deste uso simbólico do direito penal eleitoral foi possível estabelecer uma conexão com a tendência de criminalização da política verificada hoje no Brasil. A criminalização de condutas que integram a realidade política reforça a ideia já fortalecida entre a população de repúdio à figura do político tradicional e acaba por repudiar, em última instância, os meios deliberativos que outrora aproximavam os representantes e representados.

É necessário estabelecer uma diferenciação entre responsabilidade política, ou eleitoral, e penal. Visto que à luz, ou melhor, à sombra da crescente onda de repúdio aos políticos, é dever do legislador e dos aplicadores do direito fomentar o controle da atividade política por estruturas que não lhe sejam estranhas, sob pena de resultar na criminalização de sua própria essência.

Assim, a internet demonstrou ser uma importante ferramenta tanto para o estímulo da participação política cidadã e, quanto para a identificação da contabilidade paralela em campanhas eleitorais.

Como meio para fomentar as doações eleitorais de pessoas jurídicas, as plataformas de financiamento coletivo se mostram promissoras. A um porque promovem uma aproximação entre o candidato e o eleitor; a dois porque são uma alternativa frente à dependência econômica de grandes financiadores.

Por fim, como forma de aprimorar a fiscalização da contabilidade paralela, a tecnologia – se possibilitar o cruzamento de dados entre gastos eleitorais e doações declaradas – tornará os meios de controle do financiamento irregular já previstos no direito eleitoral ainda mais efetivos, evidenciando, mais uma vez, a desnecessidade de criação de novos tipos penais.

REFERÊNCIAS

- AIETA, Vânia Siciliano. **Criminalização da política: a falácia da “judicialização da política” como instrumento democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- ALMAGRO CASTRO, David. Democracia y financiación de los partidos políticos en España. **Revista Direito GV**, v. 20, n. 2, p. 535-558, jul. 2014.
- BARROS, Francisco Dirceu; PAES, Janiere Portela Leite. **Direito eleitoral criminal – tomo I. Direito Material**. Curitiba: Juruá, 2016.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2017.
- BERNARDELLI, Paula Regina. **Financiamento público exclusivo de partidos e campanhas eleitorais: uma análise da (in)adequação ao desenho democrático constitucional**. Trabalho de Graduação (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013. Disponível em <<https://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/35559/63.pdf?sequence=1>>. Acesso em 06 set. 2018.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2010.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei N° 4.850/16. **Estabelece medidas contra a corrupção e demais crimes contra o patrimônio público e combate o enriquecimento ilícito de agentes públicos**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/go/sala-de-imprensa/docs/not_2060-PL-4850.pdf>. Acesso em 09 set. 2018.
- BRASIL. Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados. **Análise do Projeto de Lei N° 4.850/16 10 Medidas Contra a Corrupção**. Disponível em: <<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/28820>>. Acesso em 09 set. 2018
- BRICOLA, Franco. Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela. In: DE ACETIS, Mauricio (org). **Funzioni e litimi del diritto penale**. Milão: Cedam, 1984.
- BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte especial 2, v.3**. São Paulo: Atlas, 2017.
- BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um direito penal democrático**. São Paulo: Atlas, 2015.
- CASARA, Rubens. **O processo penal do espetáculo: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.
- CASTRO, Antônio Carlos de Almeida; FREIRIA, Marcelo Turbay. O fim dos tempos estranhos: a luta contra a criminalização da política. **Revista Consultor Jurídico**, 2018. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-26/opiniao-luta-criminalizacao-politica>>. Acesso em 03 set. 2018.

CERVI, Emerson Urizzi. Financiamento de campanhas e desempenho eleitoral no Brasil: análise das contribuições de pessoas físicas, jurídicas e partidos políticos às eleições de 2018 nas capitais dos Estados. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, v. 4, jul./dez. 2010. p. 135-167.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal: Parte Geral**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

COSTA, Walter. **Dicionário do voto**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

DE BEM, Leonardo Schmitt; CUNHA, Mariana Garcia. **Crimes Eleitorais**. 3ª ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

DECOMAIN, Pedro Roberto. Financiamento público de campanhas eleitorais: influência do poder econômico, o Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC), instituído pela Lei nº 13.487 de 2017, limites máximos de gastos em campanhas eleitorais e outros temas correlatos. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). **Tratado de Direito Eleitoral, v. 5: Financiamento e prestação de contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O “direito penal do bem jurídico” como princípio jurídico-constitucional implícito (à luz da jurisprudência constitucional portuguesa). In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Org.). **Crime e Política**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

DÍAZ, Miguel; CONLLEDO, García. La responsabilidad política ni implica ni presupone ni excluye la responsabilidad penal. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Org.). **Crime e Política**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

ESMERALDO, Elmana Viana Lucena. **Manual de contas eleitorais: manual prático de arrecadação e gastos de recursos em campanha e de prestação de contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

FERRAZ, Manoel Martins Ferreira. A corrupção eleitoral no Direito Romano. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 172, abr./jun. 1988. p. 37-44.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Corrupção e democracia. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, out./dez. 2001. p. 213-218.

FRAGOSO, Heleno Claudio. Ciência e experiência no direito penal. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 267, jul./set. 1979. p. 69-73.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1985.

FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. **Novos paradigmas do direito eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. São Paulo: Atlas, 2018.

GOMES, José Jairo. Os bens jurídicos protegidos pelo art. 14, §9º, da Constituição de 1998 e a revisão das decisões das urnas. In: In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande;

AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). **Tratado de Direito Eleitoral v. 7: Abuso de poder e perda de mandato**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

GOMES, Luiz Flávio. Criminalidade organizada e democracia, por Ferrajoli. **Revista Consultor Jurídico**, 2012. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2012-jul-12/coluna-1fg-criminalidade-organizada-democracia-ferrajoli>>. Acesso em 12 set. 2018

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Crimes eleitorais e processo penal eleitoral**. São Paulo: Atlas, 2015.

JORGE, André Guilherme Lemos; LIZARDO, Fillipe Soares. Financiamento de campanhas e o artigo 30-A da Lei das Eleições na proteção à igualdade no processo eleitoral. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). **Tratado de Direito Eleitoral v. 7: Abuso de poder e perda de mandato**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

KARPSTEIN, Carla Cristine. As limitações do processo de prestação de contas e o dever de fiscalização pela Justiça Eleitoral. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). **Tratado de Direito Eleitoral, v. 5: Financiamento e prestação de contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

LACERDA, Leticia. Michel Temer é inelegível? Nem toda doação por excesso gera inelegibilidade. **Revista Consultor Jurídico**, 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mai-22/leticia-lacerda-nem-toda-doacao-excesso-gera-inelegibilidade>>. Acesso em 13 set. 2018.

LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Org.). **Crime e Política**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. **Financiamento de partidos políticos, caixa dois eleitoral e corrupção**. In: _____ (Org.). **Crime e Política**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

MESQUITA, Nuno Coimbra. Telejornal e corrupção: Notícias Negativas, Percepção Negativa? In: MOISÉS, José Álvaro; MENEGUELLO, Rachel (Org.). **A desconfiança política e os seus impactos na qualidade da democracia**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2013.

MOISÉS, José Álvaro. Corrupção Política e Democracia no Brasil Contemporâneo. In: MOISÉS, José Álvaro; MENEGUELLO, Rachel (Org.). **A desconfiança política e os seus impactos na qualidade da democracia**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2013.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al Derecho Penal**. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L, 2001.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GRACÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal – parte general**. Valencia: Tirand lo Blanch, 1998.

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

PIEDADE, Antonio Sergio Cordeiro; SOUSA, Leandro Cordeiro; CIPRIANO, Waleska Roberta Rodrigues. Tutela penal eleitoral: a necessidade de traçar um novo paradigma para a formulação dos tipos penais na esfera eleitoral. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). **Tratado de Direito Eleitoral, v.8: Direito Penal e Processo Penal Eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

PONTE, Antonio Carlos da; AOKI, Luis Gustavo de Oliveira Santos. O alcance e os bens jurídicos resguardados pelo Direito Eleitoral. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). **Tratado de Direito Eleitoral, v.8: Direito Penal e Processo Penal Eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

RAMAYANA, Marcos. **Direito Eleitoral**. Niterói: Impetus, 2015.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito**. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. **Iniciación al derecho penal de hoy**. Sevilha: Editora Universidad de Sevilha, 1981.

SALES, José Edvaldo Pereira. As (im)possibilidades de um direito penal eleitoral brasileiro. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). **Tratado de Direito Eleitoral, v.8: Direito Penal e Processo Penal Eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios constitucionais estruturantes do direito eleitoral**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010.

SALLUM JÚNIOR, Brasília. **O impeachment de Fernando Collor: sociologia de uma crise**. São Paulo: Editora 34, 2015.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Dez medidas contra a corrupção: posição contrária. **Jornal Carta Forense**, 2016. Disponível em < <http://www.carteforense.com.br/conteudo/artigos/dez-medidas-contr-a-corrupcao-posicao-contraria/17158>>. Acesso em 23 set. 2018.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade penal e sociedade de risco**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SANTANO, Ana Claudia. O financiamento coletivo de campanhas eleitorais como medida econômica de democratização das eleições. **Revista Estudos Eleitorais**, v. 11, n. 2, Brasília, mai./ago. 2016, p. 29-66.

SANTOS, Tassiana Bezerra dos. A representatividade e o financiamento de campanhas eleitorais: a internet como espaço de participação política. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). **Tratado de Direito Eleitoral, v. 5: Financiamento e prestação de contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

SCHLICKMANN, Denise Goulart. **Financiamento de campanhas eleitorais**. Curitiba: Juruá, 2016.

SCHLICKMANN, Denise Goulart. O fim das doações empresariais: o impacto do julgamento da ADI 4.650 pelo Supremo Tribunal Federal sobre o financiamento das campanhas eleitorais no Brasil. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). **Tratado de Direito Eleitoral, v. 5: Financiamento e prestação de contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

SOARES, Michel Bertoni. Financiamento eleitoral exclusivamente público? Ponderações entre o financiamento público e o financiamento privado. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). **Tratado de Direito Eleitoral, v. 5: Financiamento e prestação de contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

STF. **ADI 4.650**, Distrito Federal. Relator: Ministro Luiz Fux. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542>>. Acesso em 19 set. 2018

TEODORO, Frediano José Momesso. **Criminalização do financiamento ilícito de partidos políticos**. Curitiba: Juruá Editora, 2017.

TSE. **RESP Eleitoral nº 59.536**. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 2017. Disponível em: <<http://inter03.tse.jus.br/sjur-consulta/pages/inteiro-teor-download/decisao.faces?idDecisao=127730&noCache=-1856215646>>. Acesso em 21 set. 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Derecho penal – parte general**. Buenos Aires: Editar, 2002.