

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**

**Evânio José de Moura Santos**

**Corrupção eleitoral, princípio da proporcionalidade e proteção jurídica  
insuficiente**

**DOUTORADO EM DIREITO**

**São Paulo**

**2018**

**Evânio José de Moura Santos**

**Corrupção eleitoral, princípio da proporcionalidade e proteção jurídica  
insuficiente**

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, sob orientação do Prof. Dr. Christiano Jorge Santos.

**São Paulo**

**2018**

**Evânio José de Moura Santos**

**Corrupção eleitoral, princípio da proporcionalidade e proteção jurídica  
insuficiente**

Tese apresentada à Banca Examinadora da  
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo,  
como exigência parcial para obtenção do título  
de Doutor em Direito.

Aprovado em: \_\_/\_\_/\_\_\_\_

BANCA EXAMINADORA

---

---

---

---

---

*“Não são só ladrões, diz o Santo, os que cortam bolsas, ou espreitam os que se vão banhar, para lhes colher a roupa; os ladrões que mais própria e dignamente merecem este título, são aqueles a quem os Reis encomendam os exércitos e legiões, ou o governo das Províncias, ou a administração das Cidades, os quais já com manha, já com força, roubam e despojam os povos. Os outros ladrões roubam um homem, estes roubam Cidades e Reinos: os outros furtam debaixo do seu risco, estes sem temor, nem perigo: os outros, se furtam, são enforcados, estes furtam e enforcam”* (Padre Antonio Vieira, *Sermão do Bom Ladrão*, pregado na Igreja da Misericórdia de Lisboa, ano de 1655).

*“Há corrupção quando se obtém alguma coisa que não é devida, através do favorecimento daquele que a fornece. Há corrupção da parte do candidato que paga pelos votos do eleitor. Há corrupção da parte do particular que obtém um favor do funcionário público em troca de dinheiro. Mas, quando os funcionários lançam mão do tesouro do Estado por sua própria conta, não há corrupção, há roubo”* (Alexis de Tocqueville, em suas notas para *A democracia na América*, Livro I, Parte II, Capítulo V).

Para Michelle e Maria Clara, amores da minha vida, pela paciência, incentivo e carinho imprescindíveis para a conclusão deste trabalho.

## **AGRADECIMENTOS**

Aos meus pais, pessoas humildes que sempre me estimularam ao estudo e ao trabalho ético.

Ao Professor Doutor Christiano Jorge Santos, meu orientador, pela lhanza no trato, sempre disposto a dissipar minhas dúvidas.

Ao Professor Doutor Antonio Carlos da Ponte, paradigma de docente, mestre dedicado e amigo de seus alunos, exemplo a ser seguido.

Ao Prof. Doutor Marcus Elidius Michelli de Almeida pelas importantes observações e sugestões apresentadas ao trabalho.

Aos advogados José Oliveira, Matheus Dantas Meira e Fábio Brito Fraga pelas primeiras leituras do texto.

Aos meus alunos nesses 20 anos de docência, responsáveis por demonstrar a importância de aprender ensinando e ensinar aprendendo.

## RESUMO

SANTOS, Evânio José de Moura. **Corrupção eleitoral, princípio da proporcionalidade e proteção jurídica insuficiente**. 2018. 287 p. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018.

O estudo da corrupção eleitoral e do financiamento de campanhas eleitorais, graves problemas que contaminam a regular disputa por cargos eletivos, responsáveis pela captação do político pelo poder econômico, consistem no cerne do presente trabalho.

Promove-se detida análise do fenômeno da corrupção, fazendo-se o cotejo com os tratados e convenções que versam sobre o assunto, restringindo a pesquisa para a verificação das sanções aplicáveis para o crime de corrupção eleitoral (art. 299, Código Eleitoral) e do caixa dois eleitoral, perscrutando o bens jurídicos tutelados e o desvalor das condutas delituosas praticadas.

No âmbito de uma perspectiva constitucional, realiza-se uma análise do princípio da proporcionalidade e dos mandados implícitos de criminalidade, concluindo pela existência de uma proteção jurídica insuficiente, notadamente com relação às penas aplicáveis para a prática de mencionado ilícito, existindo lacuna de punibilidade com relação ao caixa dois eleitoral.

Após referida constatação, apresentam-se diversas propostas de alteração legislativa (*lege ferenda*) imprescindíveis para o combate à corrupção eleitoral, tais como a inadiável reforma política, adequado financiamento de campanha, tipificação do caixa dois e da lavagem de dinheiro eleitoral, inserção de regras de *compliance* no âmbito dos partidos políticos, restrição a fragmentação partidária e adequada punição criminal para os candidatos, líderes políticos e eleitores que violarem as regras penais eleitorais, notadamente em razão de constituir a prática da corrupção eleitoral verdadeiro atentado ao estado democrático de direito, provocando inúmeros prejuízos à democracia e à cidadania.

**Palavras-chaves:** Corrupção eleitoral – proporcionalidade – mandados de criminalização - proteção deficiente – caixa dois eleitoral – *compliance*.

## ABSTRACT

SANTOS, Evânio José de Moura. **Electoral fraud, principle of proportionality and insufficient legal protection**. 2018. 287p. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018.

The study of electoral fraud and the financing of electoral campaigns, grave problems that contaminate the regular dispute for elective positions, responsible for capturing the politician through economic power are the main focus of this doctoral thesis.

The analysis of the phenomenon of corruption is carried out by comparing the treaties and conventions that deal with the subject, restricting the investigation to verify the applicable sanctions for the crime of electoral fraud (article 299, Electoral Code) and of the slush fund, perusing the protected legal interest and the devaluation of the criminal conduct practiced.

In the context of a constitutional perspective, an analysis of the principle of proportionality and of the implicit criminal warrants is made, concluding that there is insufficient legal protection, especially with regard to the penalties applicable to the practice of said crime, existing a gap in punishability concerning the slush fund.

After this confirmation, several proposals for legislative amendment (*lege ferenda*), imperative to combat electoral fraud, are presented, such as the urgent political reform, adequate campaign funding, typification of the slush fund and money laundering, insertion of rules of *compliance* within political parties, restriction of party fragmentation and appropriate criminal punishment for candidates, political leaders and voters who violate electoral criminal rules, notably because the practice of electoral fraud constitutes an attack on the Democratic State, causing numerous damages to democracy and citizenship.

**KEYWORDS:** Electoral Fraud – Proportionality – Criminal Warrants – Insufficient Protection – Slush Fund – *Compliance*.

## LISTA DE ABREVIATURAS

- ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
- AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros
- CBF – Confederação Brasileira de Futebol
- CGU – Controladoria Geral da União
- CNBB – Conferência Nacional dos Bispos do Brasil
- COAF – Conselho de Atividades Financeiras
- CPI – Comissão Parlamentar de Inquérito
- EC – Emenda Constitucional
- FEFC – Fundo Especial de Financiamento de Campanhas
- FIFA – *Fédération Internationale de Football Association*
- FMI – Fundo Monetário Internacional
- OAB – Ordem dos Advogados do Brasil
- OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
- OEА – Organização dos Estados Americanos
- ONG – Organização Não Governamental
- ONU – Organização das Nações Unidas
- PL – Projeto de Lei da Câmara dos Deputados
- PLS – Projeto de Lei do Senado
- STF – Supremo Tribunal Federal
- STJ – Superior Tribunal de Justiça
- TCU – Tribunal de Contas da União
- TPI – Tribunal Penal Internacional
- TSE – Tribunal Superior Eleitoral
- UNE – União Nacional dos Estudantes

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
I. UMA BREVE TEORIA DA CORRUPÇÃO .....	18
1.1. Conceito de corrupção e sua interferência na cidadania .....	18
1.1.1. Corrupção como problema econômico, cultural e político .....	26
1.1.2. Tolerância com a corrupção .....	35
1.2. Conceito jurídico-penal de corrupção .....	38
1.2.1. Corrupção na esfera pública.....	41
1.2.2. Corrupção nas relações privadas .....	46
1.3. Corrupção, globalização e combate transnacional .....	55
1.4. O movimento internacional anticorrupção e as medidas repressivas transnacionais .....	58
1.5. Corrupção e direitos humanos.....	69
1.5.1. Direito à democracia e à moralidade administrativa como direito humano fundamental ...	72
1.5.2. Existe um direito humano anticorrupção?.....	76
II. CORRUPÇÃO E POLÍTICA .....	79
2.1. Evolução histórica das formas de punição da corrupção e sua tipificação penal no Brasil.....	85
2.2. Do voto censitário ao voto fragmentado: um longo caminho .....	94
2.3. Financiamento de campanhas eleitorais, contribuição privada e corrupção .....	102
2.4. Caixa dois eleitoral, lacuna normativa e a necessária tipificação .....	116
2.5. Fragmentação partidária e ausência de regras de conformidade no controle interno dos partidos políticos.....	124
2.6. Corrupção sistêmica e urgência na realização de reforma política .....	130
III. DOS CRIMES DE CORRUPÇÃO, BEM JURÍDICO TUTELADO E DA CORRUPÇÃO ELEITORAL .....	138
3.1. Dos crimes de corrupção ativa (art. 333, Código Penal) e corrupção passiva (art. 317, Código Penal).....	139
3.2. Da necessidade de tipificação do enriquecimento ilícito do agente público .....	144
3.3. Bem jurídico penal, Constituição Federal e a tipificação de condutas corruptas .....	150
3.4. Da corrupção eleitoral .....	155

3.4.1. Da compra de votos e da configuração da captação ilícita de sufrágio (art. 41-A da Lei nº. 9.504/97). Desdobramentos eleitorais e penais .....	162
3.4.2. Corrupção eleitoral e corrupção comum. Semelhanças e diferenças .....	167
3.4.3. Desvalor da conduta do crime de corrupção eleitoral .....	170
<b>IV. DOS MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO OU PUNIBILIDADE E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROPORCIONALIDADE .....</b>	<b>176</b>
4.1. Conceito dos mandados de criminalização e a força normativa da Constituição Federal.....	178
4.2. Mandados constitucionais de criminalização explícitos.....	182
4.2.1. Proteção penal dos direitos humanos, mandados internacionais expressos de criminalização e a proibição do retrocesso .....	188
4.3. Mandados constitucionais de criminalização implícitos e a corrupção eleitoral (art. 299, Código Eleitoral).....	192
4.3.1. Os mandados internacionais implícitos de criminalização.....	196
4.4. A proporcionalidade como critério de controle das normas penais .....	198
4.4.1. Princípio constitucional implícito da proporcionalidade.....	203
4.4.1.1. Antecedentes históricos do princípio da proporcionalidade.....	207
4.4.1.2. Princípio da proporcionalidade e o devido processo legal .....	209
4.4.1.3. Subprincípios da proporcionalidade ou princípios parciais e a adequada criminalização da corrupção eleitoral como desdobramento da proporcionalidade .....	211
4.4.1.4. Críticas doutrinárias ao princípio da proporcionalidade .....	214
4.4.2. Diferença entre proporcionalidade e razoabilidade na teoria dos direitos fundamentais ..	217
4.5. Desproporção: a dupla face da inobservância da proporcionalidade. Proibição do excesso punitivo e proibição da proteção penal insuficiente .....	218
4.5.1. Da proibição do excesso punitivo .....	219
4.5.2. Da proteção jurídica deficiente.....	223
<b>V. COMBATE À CORRUPÇÃO ELEITORAL COM O NECESSÁRIO PREENCHIMENTO DE LACUNAS DE PUNIBILIDADE PARA PROTEGER RELEVANTES BENS JURÍDICOS.....</b>	<b>228</b>
5.1. Da gravidade do crime de corrupção eleitoral, bem jurídico violado e consequências da inexistência de eleições livres .....	231
5.2. Da necessidade de alteração da legislação eleitoral vigente com a edição de normas dispensando adequado tratamento as práticas propulsoras da corrupção eleitoral.....	236
5.2.1. Da tipificação da apropriação de recursos do financiamento eleitoral (art. 354-A do Código Eleitoral inserido pela Lei nº. 13.488/2017): um novo crime para tentar coibir velhas práticas. 239	

5.2.2. Da necessidade de preenchimento de lacuna de punibilidade com a tipificação da conduta definida como caixa dois eleitoral.....	243
5.2.3. Da necessidade de tipificação da gestão temerária de recursos do fundo partidário e adoção de regras de <i>compliance</i> no âmbito dos partidos políticos .....	247
5.2.4. Imprescindibilidade da reforma política com a diminuição da fragmentação partidária e adequada prestação de contas dos recursos obtidos para o financiamento partidário e eleitoral	249
5.3. O PLS 236/12 (Novo Código Penal) e a proteção deficiente da democracia ao criminalizar corrupção eleitoral com a fixação de penas desproporcionais .....	250
5.4. Da necessidade de alteração legislativa do art. 299 do Código Eleitoral evitando a proteção deficiente de relevante bem jurídico penal.....	255
5.5. Proteção de direito humano fundamental. Debate internacional objetivando transformar a corrupção em crime contra a humanidade. Necessidade de melhor discussão do tema.....	258
CONCLUSÕES .....	264
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	273

## INTRODUÇÃO

O Estado brasileiro, desde sua gênese, foi concebido e organizado de forma estamental, com acentuado conteúdo patrimonialista;<sup>1</sup> isso possibilitou que a corrupção – em suas diversas facetas e desdobramentos (burocracia excessiva, gigantismo estatal, empresariado dependente do poder público, clientelismo, nepotismo, ausência de transparência nos assuntos públicos, confusão entre o público e o privado, oportunismo e sucessivos escândalos) – se desenvolvesse.

Tal situação contribui, de maneira decisiva até os dias de hoje, para o verdadeiro atraso democrático vivenciado pelo país, principalmente com relação ao livre exercício do direito ao voto e à qualidade de nossa representação política.

A busca pelo poder de forma desmesurada, com a inexistência de uma clara demarcação normativa das condutas possíveis, além de práticas reprováveis que impedem o florescimento da cidadania em sua plenitude, justificam a advertência feita pelo primeiro historiador brasileiro de que “nenhum homem nessa terra é repúblico, nem zela ou trata do bem comum, senão cada um do bem particular”,<sup>2</sup> impedindo que a verdadeira ideia republicana se ramifique entre nós.

Não obstante a realização de eleições periódicas para o preenchimento de cargos eletivos vinculados aos Poderes Executivo e Legislativo, nos três níveis federados, venha ocorrendo de forma contínua e sem sobressaltos, desde o advento da Constituição Federal de 1988, diversos são os vícios e desvirtuamentos da prática política, com direta intervenção no resultado final do pleito eleitoral e na vontade popular.

Referidos problemas interessam a um só tempo à ciência política, ao direito eleitoral e também, principalmente, ao direito penal, notadamente em razão dos frequentes casuísmos da legislação eleitoral, além da coexistência de normas porosas e lacunosas, o que possibilita verdadeira volatilidade interpretativa oriunda do Poder Judiciário acerca da matéria.

Existe uma indiscutível aproximação entre a forma como as eleições são realizadas em nosso país, excesso de partidos políticos, ausência de segurança jurídica com relação a diversos institutos, dentre eles, o financiamento de campanhas eleitorais e os vários escândalos políticos

---

<sup>1</sup>“Num estágio inicial, o domínio patrimonial, desta forma constituído pelo estamento, apropria as oportunidades econômicas de desfrute dos bens, das concessões dos cargos, numa confusão entre o setor público e o privado, que, com o aperfeiçoamento da estrutura, se extrema em competências fixas, com divisão de poderes, separando-se o setor fiscal do setor pessoal”. FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. v. 2. 10. ed. São Paulo: Globo, 2000, p. 367.

<sup>2</sup> SALVADOR, Frei Vicente do. **História do Brasil**. Primeira edição datada de 1627, livro primeiro, capítulo segundo.

e criminais recentemente divulgados, o que deságua em operações policiais e demandas judiciais envolvendo autoridades com foro por prerrogativa de função, ex-autoridades, empresários, empreiteiros, doleiros e agentes públicos. Isso demonstra o quão anacrônica e perniciososa é a legislação eleitoral e penal sobre a matéria, além de apontar para uma cultura de desrespeito à soberania popular e ao valor dos mandatos eletivos.

Nesse contexto, sobressai-se como assunto relevante e atual a discussão acerca da corrupção eleitoral, bem como o estudo de suas causas e consequências, notadamente o enfrentamento de como referida prática é tratada pelo direito penal eleitoral. Conjuntamente com sobredito temário deve-se analisar o financiamento irregular de partidos políticos e das campanhas eleitorais, a prática do caixa dois e a perniciosidade promiscuidade existente entre empresas prestadoras de serviço ao poder público e os mandatários eleitos sob a suspeita da prática de corrupção.

Antes mesmo da análise da corrupção eleitoral, impende sublinhar que a corrupção como fenômeno delitífero passou a ganhar especial atenção da comunidade acadêmica, além de ser objeto de debate em diversas instâncias de poder, principalmente perante os organismos internacionais.

É relevante destacar um movimento internacional anticorrupção, sendo tracejadas diretrizes transnacionais no enfrentamento à corrupção, inicialmente com a edição de uma Convenção sobre o combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em transações comerciais internacionais da OCDE, posteriormente com a edição da Convenção Interamericana da OEA contra a Corrupção de 1996 e, ulteriormente, com a vigência de uma Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção datada de 2003, o que implicou em mudanças de paradigmas no direito internacional, sendo referidas convenções devidamente incorporadas ao sistema jurídico brasileiro, com força de lei ordinária, exercendo forte incentivo à alteração do direito interno, inclusive para viabilizar a compatibilização de normas anteriormente vigentes com aludidos diplomas legais.

Impende sublinhar que, concomitantemente à preocupação da comunidade internacional no combate à corrupção, com a adoção de medidas anticorrupção de abrangência intercontinental, passou-se a sustentar a existência de um direito humano autônomo

anticorrupção, consistindo referida prática um crime de esfera universal, surgindo para todo e qualquer cidadão “o direito a um poder público livre de corrupção”.<sup>3</sup>

É nesse diapasão que exsurge a temática da corrupção eleitoral, do financiamento irregular de partidos políticos, do caixa dois e até caixa três eleitoral, desaguando em verdadeira corrupção sistêmica do direito e da política, o que implica na ausência de uma ética da responsabilidade na conduta dos pretendentes aos cargos eletivos, trazendo sérias consequências para nossa democracia e para todas as instituições.

Sobreditos temas serão objeto de preocupação no presente texto, apresentando-se um diagnóstico e exibindo-se um posicionamento jurídico a ser considerado, além da necessária adoção de posturas legislativas que devem ser encetadas a fim de efetivamente pôr em prática a previsão constitucional de eleições livres e periódicas, respeitando-se a soberania popular.

Serão enfrentados temários atinentes ao exercício de atividade política, à participação nos pleitos eleitorais e à corrupção, defendendo-se a prática política com respaldo na ética e sustentando-se o financiamento público de campanhas eleitorais, com a necessidade de implantação de regras de *compliance* no âmbito interno dos partidos políticos, melhora no controle dos gastos de recursos públicos e combate à participação privada nos pleitos eleitorais com doações e trocas que se revelam perniciosas e fruto de práticas pouco republicanas.

Passar-se-á a combater a corrupção sistêmica atualmente vigente no país, sendo imperiosa e urgente a realização de ampla reforma política, com alterações significativas na legislação eleitoral e partidária.

Objetiva-se promover criteriosa análise do tipo penal etiquetado no art. 299 do Código Eleitoral (corrupção eleitoral), por meio do estudo do bem jurídico tutelado por referida norma penal, e do desvalor da conduta atinente à “compra de votos”, atentatória ao Estado Democrático de Direito e ao próprio conceito de democracia.

Importante consignar que a realização de eleições livres com o sufrágio direto, secreto, universal e periódico foi alçada à condição de cláusula pétrea constitucional (art. 60, § 4º, II, Constituição Federal) e, para que se efetive a adequada alternância de poder e a regular investidura nos cargos públicos destinados aos integrantes do Executivo e do Legislativo, tem-

---

<sup>3</sup> PIMENTEL FILHO, André. **(Uma) teoria da corrupção**: corrupção, estado de direito e direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, 110.

se como imprescindível a realização de sucessivos pleitos eleitorais, devendo-se respeitar a vontade soberana do eleitor.

Embora existente referida previsão constitucional, pode-se afirmar, sem qualquer receio, que no Brasil não há eleições plenamente livres e imunes ao abuso do poder econômico e político, devendo-se registrar que, infelizmente, a corrupção eleitoral constitui uma prática rotineira e que grassa no país, sendo as eleições convertidas em verdadeiro negócio.

Essa infeliz constatação inviabiliza a prevalência da vontade do eleitor, passando a ter muito mais relevância a quantidade de dinheiro amealhado durante o pleito eleitoral (com doações lícitas e principalmente ilícitas, como caixa dois e caixa três); conseqüentemente, desenvolve-se um esquema de compra de votos, o que fraudava todo o processo democrático.

Considerando a abrangência do tema – corrupção eleitoral –, tem-se como essencial que se promova um estudo acerca do bem jurídico tutelado, fazendo-o em cotejo com o princípio constitucional implícito da proporcionalidade e com os mandados constitucionais implícitos e explícitos de criminalização ou penalização.

Apresenta-se como imprescindível promover uma análise do conceito de bem jurídico, notadamente em razão do desvalor da conduta da corrupção eleitoral que prevê uma sanção idêntica para o político corruptor e para o eleitor corrupto, fixando a reprimenda em um patamar de 01 a 04 anos de reclusão (art. 284 conjuminado com o art. 299 do Código Eleitoral).

Nesse diapasão, passou a corrupção eleitoral a ser alvo de preocupações recentes da doutrina e da jurisprudência, havendo diversas interpretações que objetivam adequar a legislação para inserir alterações nos dispositivos do Código Eleitoral e do Código Penal, com escoras na Constituição Federal.

Entrementes, acredita-se que carecem referidas análises de uma visão principiológica, especialmente em razão da proteção insuficiente de relevante bem jurídico, notadamente porque “o combate à corrupção eleitoral não se afigura como uma opção do legislador brasileiro, mas como uma obrigação decorrente de mandado implícito de criminalização contido na própria Constituição Federal”.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> PONTE, Antonio Carlos da. **Crimes Eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 167.

Também se pretende pesquisar as raízes históricas da corrupção como fenômeno delitífero no Brasil, partindo para seu estudo nos dispositivos penais vigentes, o que deságua na análise ontológica dos arts. 317 e 333 do Código Penal e do art. 299 do Código Eleitoral.

Buscar-se-á promover discussão acerca dos motivos que levaram à individualização legislativa da pena para o crime de corrupção eleitoral de forma tão diferente da corrupção comum prevista e positivada nos arts. 317 e 333 do Código Penal.

Ademais, será objeto de preocupação do presente estudo a existência de lacunas normativas perniciosas à democracia brasileira, merecendo especial destaque o financiamento irregular de partidos políticos e a ausência de segurança jurídica acerca do financiamento eleitoral, bem como a inexistência de regras claras versando sobre fidelidade partidária, a proliferação de partidos políticos e a corriqueira prática do famigerado caixa dois eleitoral.

Impende a realização de mudanças legislativas, sem, contudo, adotar ou aplaudir o açodamento e histrionismo pretendido pelos atuais projetos de lei enviados ao Parlamento, especialmente as previamente delimitadas “10 Medidas contra a Corrupção”,<sup>5</sup> as quais, malgrado o propósito de se buscar corrigir erronias e suprir lacunas normativas relevantes, partem de premissas equivocadas, com propositura de alterações legislativas que colidem com as garantias fundamentais, além de outros equívocos, podendo-se destacar, dentre os defeitos, a “ausência de uma concepção geral para os crimes patrimoniais, econômicos e contra a administração pública”, o que implica em fragilização de referidas propostas que se baseiam “em uma aritmética ingênua, mas venal: mais tipos penais igual a melhor tutela penal da vida econômica do país”.<sup>6</sup>

Promover-se-á a análise – com o auxílio da conceituação dos mandados implícitos de criminalização – acerca da perplexidade em se permitir a suspensão condicional do processo para o crime de corrupção eleitoral (considerando a pena mínima de 01 ano – art. 89, Lei nº. 9.099/95), quando referida conduta atenta contra o Estado Democrático de Direito.

Por fim, serão apresentadas diversas sugestões para aperfeiçoamento do tema, sempre com a preocupação quanto à constitucionalidade da matéria, seus contornos e desdobramentos.

---

<sup>5</sup> Referidas medidas foram encampadas, em sua maioria, no PL 4.850/2016, já aprovado perante a Câmara dos Deputados no último dia 30.11.2016, sendo remetido ao Senado da República.

<sup>6</sup> LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. Financiamento de partidos políticos, caixa dois eleitoral e corrupção. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Orgs.). **Crime e Política**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 159.

Trata-se de navegação em mar revolto, porém instigante, com vários posicionamentos e grande diversidade de incidência concreta, cuidando-se de tema atual e que deve ser sistematicamente enfrentado pela comunidade jurídica.

Ademais, busca-se no presente estudo monográfico demonstrar o imprescindível liame existente entre direito e política, enquanto sistemas interligados, porém autônomos, defendendo-se o respeito ao espaço de cada atuação e apontando-se a gravidade hodiernamente experimentada da “judicialização da política”, com sérias consequências para a democracia.<sup>7</sup>

Optou-se pela divisão desta dissertação em capítulos, sendo que, pela ordem, num plano introdutório, é apresentada breve teoria da corrupção, mediante análise dos diplomas (Convenções Internacionais) e dos princípios constitucionais, apontando-se a relevância de um direito penal voltado para a efetividade do Estado Democrático de Direito imune ou resistente à corrupção.

Demonstra-se a necessária interseção entre corrupção e direitos humanos, passando-se, após a conceituação hodierna de direitos humanos, a sustentar que o combate à corrupção consiste em um direito humano fundamental à boa administração, que deve ser exercida com ética e respeito pela coisa pública.

Em seguida, busca-se fazer uma correlação entre corrupção e política, desaguando na defesa de ética na política e na atual discussão acerca do entrelaçamento da temática da corrupção com a atividade político-partidária nos pleitos eleitorais brasileiros.

Promover-se-á a análise da Política e do Direito enquanto sistemas autônomos, separados, autopoieticos e operativamente fechados, embora com abertura cognitiva, valendo-se da conceituação desenvolvida na teoria dos sistemas concebida pelo sociólogo alemão Niklas Luhmann,<sup>8</sup> demonstrando que a inobservância dos limites do direito e da política podem implicar em uma situação de corrupção sistêmica.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> “É muito importante para o Brasil hoje uma reorganização do Poder Legislativo, uma vez que a perda da legitimidade do Congresso e o aumento do ativismo do STF poderão lançar o país e a sua democracia em uma crise política”. AVRITZER, Leonardo. **Impasses da democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016, p. 118-119.

<sup>8</sup> LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 35.

<sup>9</sup> “Luhmann ressalta que, embora seja difícil separar esses dois subsistemas, é preciso notar que tanto política como direito são subsistemas que, na modernidade, desenvolvem funções distintas, de forma operacionalmente fechada”. GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade** na obra de Niklas Luhmann. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 141.

Enfrenta-se a questão do financiamento eleitoral, contribuição privada para campanhas eleitorais e sua vedação pelo STF,<sup>10</sup> passando-se pelo problema do financiamento irregular de partidos políticos e da necessidade premente de tipificação do caixa dois eleitoral, além de serem introduzidas regras de controle interno no âmbito dos partidos políticos, notadamente em razão das vultosas quantias de recursos públicos que lhe são anualmente destinadas.

O financiamento dos pleitos eleitorais e a necessária reforma política a ser encetada no país são temas constantemente relegados a um segundo plano, encontrando-se inacabada a relevante tarefa de alteração das regras eleitorais, existindo diversas mudanças imprescindíveis que não são objeto de preocupação, debate e transformação em lei pelo Congresso Nacional, não obstante existam referidas demandas no seio da sociedade.

Nesse contexto far-se-á uma análise da Emenda Constitucional nº 97, de 04 de outubro de 2017, e das recentes leis eleitorais registradas sob o nº 13.487, de 06 de outubro de 2017, que cria o Fundo Especial de Financiamento de Campanha, e nº 13.488, de 06 de outubro de 2017 (altera o Código Eleitoral, a Lei nº 9.504/97 e a Lei nº 13.165/15 – Minirreforma Eleitoral).<sup>11</sup>

Promove-se a análise do abuso do poder político e econômico nos pleitos eleitorais, por meio do enfrentamento da captação de sufrágio e demonstração do desvalor da conduta referente à corrupção eleitoral, levando ao exame dos mandados de criminalização.

Ainda no cerne do presente estudo é feita a apreciação do princípio constitucional implícito da proporcionalidade, demonstrando a forma perniciosa da proteção jurídica deficiente, como ocorre em relação à corrupção eleitoral.

Aponta-se para a necessidade de nova definição jurídica da corrupção eleitoral, respeitando-se o querer de diplomas internacionais dos quais o Brasil é signatário, além da proteção a um direito humano fundamental, constituindo-se o combate à corrupção como “uma bandeira ativa de qualquer movimento de direitos humanos”.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> STF - ADI 4650/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. 17.09.2015.

<sup>11</sup> Referidas leis foram publicadas em edição extraordinária do Diário Oficial da União, poucas horas antes da data limítrofe estabelecida para terem validade no pleito eleitoral de 2018, nos termos do art. 16 da Constituição Federal, demonstrando o imprevisto e casuísmo com que são tratados pelo Congresso Nacional temas de extrema relevância como a reforma política e eleitoral.

<sup>12</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Direitos humanos versus segurança pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 106.

O objetivo deste trabalho não é fornecer uma análise pronta e acabada sobre a relevante questão da corrupção eleitoral, a necessidade de correção de lacunas normativas e a incidência do princípio constitucional implícito da proporcionalidade, vedando-se a proteção jurídica deficiente de retrocitada prática ilícita com severas consequências para a democracia. Muito longe dessa pretensão. Em verdade, o escopo desta investigação acadêmica é apreciar importante temário, cotejando-o com a hodierna situação do país, mediante o destaque de aspectos relevantes e variegados do enfrentamento que precisa ser realizado pelo parlamento brasileiro e pela comunidade acadêmica pátria.

Não se procura o consenso, mas o debate profícuo, trazendo luzes para um tema sobressalente e pouco explorado pela doutrina jurídica, por meio de uma análise técnica e científica para esse problema atual e urgente.

Por fim, apresentam-se conclusões, extraídas ao longo da reflexão e estudo sobre o tema proposto, servindo as mesmas para viabilizarem debates, críticas e reflexões sobre as peculiaridades da incidência dos mandados implícitos de criminalização e a adequada punição para o crime de corrupção eleitoral e para o financiamento irregular de campanhas e caixa dois eleitoral, apontando, ainda, para a imperiosa necessidade de redução da fragmentação partidária e de implantação de regras de controle (*compliance*) no seio dos partidos políticos.

## I. UMA BREVE TEORIA DA CORRUPÇÃO

Não possuo no presente trabalho a pretensão de exaurir o extenso e multifacetado tema da corrupção. Entrementes, antes de perscrutar a definição da corrupção sob o aspecto da ilicitude penal e proteção de bem jurídico, desdobrado em seus diversos tipos (previstos no capítulo dos crimes contra a administração pública do Código Penal, na legislação extravagante e no Código Eleitoral, principalmente), tem-se como relevante promover uma análise propedêutica desse fenômeno cultural, histórico, político e jurídico.

Serão traçados no presente capítulo conceitos, exemplos e argumentos aptos a integrarem uma breve teoria da corrupção, servindo referida postura de norte para os fundamentos a serem lançados nos capítulos seguintes, embasando as conclusões doravante esmiuçadas.

### 1.1. Conceito de corrupção e sua interferência na cidadania

Etimologicamente, a palavra “corrupção” advém do termo latino “*corruptionis*”, formado a partir da junção dos termos “*cum*” e “*rumpo*”, significando “romper totalmente, quebrar o todo, quebrar completamente”, o que implica na “ruptura das estruturas, quando se destroem os fundamentos de algo”.<sup>13</sup>

Inicialmente, tem-se uma concepção de corrupção como decomposição física ou degeneração biológica de um corpo “começando pelas partes para depois chegar ao todo, levando à morte deste”.<sup>14</sup>

Essa ideia de degradação física transpõe-se para o mundo político e social, quando os filósofos, especialmente os gregos Aristóteles e Platão, passam a teorizar e afirmar que as cidades (*pólis*) são corpos sociais, desenvolvendo-se os conceitos de virtude e justiça.

É nesse contexto que nasce a possibilidade de utilização da corrupção do tecido social, das estruturas do Estado e das relações entre os indivíduos, tudo inserido na sociedade, posto

---

<sup>13</sup> MARTINS, José Antonio. **Corrupção**. São Paulo: Globo, 2008, p. 12.

<sup>14</sup> MARTINS, José Antonio. *Ob. cit.*, p. 13.

que “para realizar sua natureza como animal pensante e animal político um homem precisa dos outros, precisa da instituição política”.<sup>15</sup>

Surge, portanto, a ideia de corrupção como uma falha moral na relação entre os homens e entre o homem e o Estado, implicando em associação metafórica da corrupção com uma doença grave, comparando as práticas corruptas a uma ferida, surto, endemia, epidemia, cancro ou câncer. Assim, passa-se a conceber a sociedade como “um organismo com seu sistema imunológico enfraquecido ou desorganizado”<sup>16</sup> quando atacada por práticas corruptas.

Além da acepção acima especificada, pode-se associar o vocábulo latino “*corruptus*”, de onde deriva a palavra “corrupção”, a algo pútrido, apodrecido ou contaminado, concluindo-se que corrupção possui vários significados, sempre associados a algo negativo, ruim e doentio.

Evoluindo no conceito de corrupção enquanto falha moral, pode-se afirmar que “a corrupção decorre do afastamento da conduta reta e justa, o que por sua vez, põe em risco o bem comum”,<sup>17</sup> sendo possível associar corrupção “à ambição e à avareza, vícios privados que maculavam o governo político, levando os vassalos à pobreza”.<sup>18</sup>

Ainda no escopo de conceituar corrupção:

Pode-se dizer, pois, que se trata de expressão polissêmica, já que engloba significados diversos, tanto de natureza pública como privada. Junto a comportamentos de cunho sexual se somam outros, de caráter ético, comercial ou funcional. Assim, corrupção não é um conceito jurídico em si, mas um objeto que varia de acordo com o enfoque que lhe é dado pelo observador que sobre ela se detém.<sup>19</sup>

Acresce-se à definição semântica a imprescindibilidade de se promover a análise do conceito de corrupção, voltando-se para a busca de sua evolução histórica e cultural.

A história evolutiva dos povos mostra um paulatino desenvolvimento da interdependência entre Estado e indivíduo, devendo-se observar a supremacia do interesse público e da boa-fé nas relações privadas (indivíduo-indivíduo), sendo que, em todas elas, pode

---

<sup>15</sup> PERGORARO, Olinto. **Ética dos maiores mestres através da história**. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 31.

<sup>16</sup> SCHILLING, Flávia. **Corrupção: ilegalidade intolerável?** – Comissões Parlamentares de Inquérito e a luta contra a corrupção no Brasil (1980-1992). São Paulo: IBCCRIM, 1999, p. 83.

<sup>17</sup> ROMEIRO, Adriana. **Corrupção e poder no Brasil: uma história, séculos XVI a XVIII**. Belo Horizonte: Autêntica, 2017, p. 25.

<sup>18</sup> ROMEIRO, Adriana. *Ob. cit.*, p. 27.

<sup>19</sup> JAPIASSÚ, Carlos Adriano. **A corrupção em perspectiva internacional**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.º. 64. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 36.

ocorrer a prática da corrupção, havendo a procura por benefícios ou vantagens indevidas, abuso da autoridade delegada ou inversão do interesse público para beneficiar o interesse privado.

Em verdade, experimenta-se nos dias que correm uma verdadeira “crise ética da pós-modernidade ou crise ética dos tempos modernos”,<sup>20</sup> havendo desvio da postura ética definida como adequada para o convívio em sociedade.<sup>21</sup>

Desde a Roma antiga e o caso dos 640 mil sestércios<sup>22</sup> até os escândalos atuais, a corrupção sempre foi um tema crucial a ser enfrentado na evolução da humanidade, também se encontrando na gênese de nossa formação cultural e histórica.

Inexiste um conceito pronto e acabado de corrupção, sendo os seus contornos difíceis de delimitar, ainda dependendo de leis e costumes locais, cuidando-se de tema vasto, não podendo ser definido “com base em uma única disciplina, mas, sim, em um conjunto que engloba outras, tais como: economia, administração pública, filosofia, ciência política, direito, antropologia e sociologia”.<sup>23</sup>

Apresentada essa dificuldade conceitual inicial, pinça-se de estudioso da matéria:

Existe corrupção quando um indivíduo coloca ilicitamente interesses pessoais acima dos das pessoas e ideais que ele está comprometido a servir. Ela aparece sob múltiplas formas e pode variar de trivial a monumental. Pode ocorrer no setor privado ou no setor público – e amiúde ocorre simultaneamente em ambos. Pode ser rara ou disseminada; em alguns países em desenvolvimento, a corrupção tornou-se sistêmica.<sup>24</sup>

<sup>20</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Ética pós-moderna**. Tradução: João Resende Costa. São Paulo: Paulus, 1997, p. 30.

<sup>21</sup> “Esperanças de que toda conduta humana possa ser abarcada por regras precisas, imutáveis e sem exceções, não abertas a múltiplas interpretações, foram se diluindo, porém, pouco a pouco, e foram todas quase abandonadas em recentes escritos éticos”. BAUMAN, Zygmunt. *Ob. cit.*, p. 36.

<sup>22</sup> No ano de 74 a.C., *Staius Albinus Oppianicus* teve a iniciativa de comprar dezesseis jurados por 640 mil sestércios para não ser condenado no processo criminal em que era acusado de homicídio por motivo torpe, em razão de ter mandado envenenar seu enteado para ficar com a herança. Esse é o registro mais antigo de prática de corrupção em um julgamento, sendo a denúncia apresentada pelo grande orador Cícero, que atuou no processo como Advogado de Acusação. Debruçando-se sobre o caso, estudioso do assunto afirma: “*Oppianicus* contatou *Staienus*, a quem já havia experimentado e sabia ser sensível a certos estímulos. Naquela ocasião, escolheu-o para ser o pagador de todos os juízes que precisava comprar; *Staienus* deveria ser o *sequestre* (intermediário de subornos) junto aos outros. Um empate equivaleria à absolvição. *Oppianicus* precisava de dezesseis votos. ‘Com a exatidão de um Arquimedes’, calculou o dinheiro necessário e ofereceu a *Staienus* 640.000 sestércios, ou 40.000 por juiz”. NOONAN JR., John T. **Subornos**. Tradução: Elsa Martins. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989, p. 42.

<sup>23</sup> BIASON, Rita de Cássia. Questão conceitual: o que é corrupção? In: BIASON, Rita de Cássia (Org.). **Temas de corrupção política**. São Paulo: Balão Editorial, 2012, p. 09.

<sup>24</sup> KLITGAARD, Robert. **A corrupção sob controle**. Tradução: Octavio Alves Velho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994, p. 11.

Ainda no intuito de apresentar um conceito hodierno e de viés político-jurídico da corrupção, colhe-se da ciência política relevante definição:

Fenômeno pelo qual um funcionário público é levado a agir de modo diverso dos padrões normativos do sistema, favorecendo interesses particulares em troca de recompensa.

A corrupção é uma forma particular de exercer influência: influência ilícita, ilegal e ilegítima.

O fenômeno da corrupção acentua-se, portanto, com a existência de um sistema representativo imperfeito e com o acesso discriminatório ao poder de decisão.<sup>25</sup>

A corrupção está associada a uma influência ilícita, ilegal e ilegítima, sendo “filha das relações clandestinas entre o poder da autoridade e o do dinheiro”.<sup>26</sup>

Além de multidisciplinar e heterogênea, a corrupção implica em problema com um forte viés jurídico, político, econômico, administrativo e cultural, desdobrando-se como uma questão criminal cujo combate de forma metodológica deve ser obrigação do Estado, com o desenvolvimento de políticas públicas e sistematização normativa nesse sentido, sendo que, quando a corrupção se espalha para o meio político (corrupção eleitoral, partidária, fraude no processo eleitoral e no financiamento das campanhas, resultando em vícios na escolha dos representantes, ausência de legitimidade dos mandatários, etc.), passa-se a ter desdobramentos perniciosos para a cidadania e para o desenvolvimento da democracia.

Desta forma, já na parte embrionária do presente trabalho, deve-se destacar a total correlação que existe entre corrupção, democracia e cidadania, não sendo adequado buscar a substituição das decisões políticas por quaisquer outras possíveis. É necessário enfrentar a corrupção para evitar que se agrave e enseje uma constante crise política e da política, além de vulnerabilizar a democracia e criar um “processo desconstituente de erosão da dimensão substancial, introduzida na democracia pelo paradigma constitucional”, responsável pela “crise da capacidade regulatória do direito”.<sup>27</sup>

Acerca da democracia, cita-se recente definição doutrinária:

A democracia constitucional não somente integra a dimensão ‘substancial’ em acréscimo à tradicional dimensão ‘formal’ da democracia, mas se configura, outrossim, como ‘governo para o povo’, além de ‘governo pelo povo’.

<sup>25</sup> BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. v. I. 11. ed. Tradução: Carmen C. Varriale *et al.* Brasília: Editora UnB, 1998, p. 291-292.

<sup>26</sup> OCAMPO, Luís Moreno. **En defensa propia**: como salir de la corrupción. Buenos Aires: Sudamericana, 1993, p. 12.

<sup>27</sup> FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Tradução: Alexander Araújo de Souza *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 165.

Duplicando as regras sobre o poder, a constitucionalização rígida dos direitos fundamentais vinculou o exercício do poder não somente às normas sobre quem é legitimado a decidir, que definem a democracia política como governo do povo, mas também às regras sobre as escolhas que devem presidir o quê das decisões, as quais caracterizam a democracia como ‘governo para o povo’, pois tem por finalidade a garantia dos direitos de todos.<sup>28</sup>

Impossível falar em democracia<sup>29</sup> se as decisões administrativas, políticas e jurídicas são adotadas como desdobramentos de práticas corruptas, de trocas de interesses e favores envolvendo o erário ou de relações comerciais e profissionais entre pessoas jurídicas ou entidades privadas com a traição da confiança e condutas reprováveis, configurando infidelidade patrimonial ou corrupção privada.

Tampouco se apresenta como possível desenvolver uma democracia na dimensão do conceito adrede mencionado se as decisões políticas carecem de legitimidade, notadamente em razão da suspeição dos eleitos, principalmente se, para a conquista dos mandatos, foram praticados atos de corrupção que desaguarão no processo eleitoral.

Quanto maior o número de práticas corruptas em um Estado, menor a ideia de cidadania, o que consiste em uma relação diretamente proporcional, surgindo inúmeras dificuldades para que a mesma viceje e viabilize o florescimento de uma sociedade justa e equânime e que respeite as garantias fundamentais de todos os indivíduos.

Pode-se afirmar que ser cidadão “significa ter direitos e deveres, ser súdito e ser soberano”,<sup>30</sup> ser destinatário das garantias fundamentais, sendo permitida a participação nas decisões do Estado, inclusive e principalmente com o exercício contínuo do direito ao sufrágio, embora, por óbvio, cidadania não se limite ao exercício do direito ao voto e à capacidade eleitoral passiva (direito de ser votado).

---

<sup>28</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Poderes selvagens**: A crise da democracia italiana. Tradução: Alexandre Araújo de Souza. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 25.

<sup>29</sup> “A dimensão formal da democracia inserida no paradigma legislativo consiste essencialmente em um método de formação das decisões políticas: precisamente, no conjunto das regras do jogo que atribuem ao povo ou à maioria de seus membros o poder, diretamente ou por intermédio de representantes, de assumir tais decisões. Esta a concepção de democracia *tout court* que une toda a história do pensamento político”. FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Tradução: Alexander Araújo de Souza *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 37.

<sup>30</sup> CERQUIER-MANZINI, Maria Lourdes. **O que é cidadania**. 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 2010, p. 11.

Ademais, não se pode olvidar que o Estado existe para o cidadão, e não o contrário, residindo nessa constatação a necessidade de se priorizar o interesse público em detrimento dos bens e interesses privados.

Logo, a prática da corrupção implica na inversão dessa ordem, configurando “o desrespeito às leis e o desprezo pelas instituições cujo efeito é nefasto para qualquer estado”.<sup>31</sup>

A corrupção exsurge, então, como uma prática que também tem inserido um abuso de poder, normalmente praticado por agente público, objetivando receber vantagem indevida, não necessariamente de cunho financeiro. Seguindo esse entendimento, afirma a doutrina:

Elemento constitutivo da corrupção simples é a perversão da coisa pública em um benefício privado, na corrupção com infração funcional trata-se, por sua vez, de um desrespeito, condicionado por recebimento de vantagem, à legalidade do serviço público.<sup>32</sup>

Nesse diapasão, insere-se não só a premente necessidade de intensificar o enfrentamento das práticas corruptas (caráter repressivo do combate à corrupção), como também buscar mecanismos de fiscalização e controle (caráter preventivo), desenvolvendo boas práticas responsáveis pelo aumento da transparência dos atos do Estado e evitando que prolifere o terreno fértil da corrupção.

Dentro desse contexto ganha especial destaque o investimento em políticas de transparência, afirmando pesquisador do assunto:

O fortalecimento do comportamento ético inclui o esclarecimento e a educação, com o objetivo de aumentar o compromisso com o bem público. Frequentemente, a transparência é uma arma simples e mais eficiente para evitar arranjos antes tolerados sob o véu da desinformação.<sup>33</sup>

Trata-se de um fenômeno global, incentivado por diversas instituições, entidades e agências públicas ou privadas não governamentais, tais como ONU, OEA, FMI, Banco Mundial, OCDE, União Europeia, Transparência Internacional, entre outros. São realizados

---

<sup>31</sup> ADVERSE, Helton. Maquiavel. In: AVRITZER, Leonardo *et al.* (Orgs.). **Corrupção: ensaios e críticas**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012, p. 33.

<sup>32</sup> GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Aproximação a uma teoria da corrupção. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Orgs.). **Crime e Política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 32.

<sup>33</sup> SPECK, Bruno Wilhelm. Caminhos da transparência. In: SPECK, Bruno Wilhelm (Org.). **Caminhos da transparência: análise dos componentes de um sistema nacional de integridade**. Campinas: Editora da Unicamp, 2002, p. 19.

diversos estudos acadêmicos sobre a corrupção, estabelecendo-se a responsabilidade do Estado na fiscalização e combate aos atos corruptos e apontando-se as posturas e práticas a serem adotadas, o que exsurge como uma obrigação dos Estados, dos agentes públicos, das entidades privadas e do próprio cidadão.

Fruto de referidos estudos promovidos com o fomento desses organismos internacionais, merece especial destaque o advento da teorização acerca de um Sistema Nacional de Integridade e a criação do Índice de Percepção de Corrupção (*Corruption Perceptions Index*).

A criação de um de sistema de integridade está vinculado a conceitos como democracia e governança, sendo que “a noção de integridade explora a ideia de que prevenção e controle são produtos da interação entre várias instituições: governo, sociedade civil, setor privado e organizações internacionais”.<sup>34</sup>

Como desdobramento de referido sistema tem-se o advento de um pacto de integridade (*Integrity Pact*), com resultados satisfatórios no combate à corrupção quando da execução de contratos públicos, havendo um ajuste entre governo e empresários de que não pagarão nem receberão qualquer tipo de suborno para receber contratos ou executar obras públicas.

O mencionado Índice de Percepção de Corrupção (*Corruption Perceptions Index*) também merece especial destaque, pois, por meio de tal indicador, são promovidas avaliações anuais, elencando-se os países de acordo com a percepção do nível de corrupção no serviço público, ficando referida análise e elaboração do *ranking* ao encargo da Organização não Governamental denominada Transparência Internacional.

Acerca do funcionamento e metodologia de referido índice, importante apresentar a seguinte explicação:

Este índice compila os dados levantados anualmente através de entrevistas com empresários e analistas, criando a possibilidade de comparar um grande número de países numa única escala de percepção (variado de 0 até 10). Pela metodologia, quanto mais próximo do 10, menos corrupto é o país. Embora esteja sujeito a muitas críticas metodológicas, o CPI é bastante utilizado. Esse medidor tem um grande impacto no debate internacional sobre corrupção, pois se tornou um fato político e contribuiu para aumentar a visibilidade do tema.<sup>35</sup>

---

<sup>34</sup> FONTORA, Joana; SOARES, Aline. Transparência Internacional. In: AVRITZER, Leonardo *et al.* (Orgs.). **Corrupção: ensaios e críticas**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2012, p. 418.

<sup>35</sup> FONTORA, Joana; SOARES, Aline. *Idem, ibidem*.

A posição do Brasil nesse *ranking* sempre foi motivo de vergonha, ficando muito atrás de países da América do Sul, como Uruguai e Chile, e até de países africanos que enfrentam problemas tribais e ausência de instituições sólidas, vivendo assolados por guerras civis e sem uma democracia fortalecida, como Ruanda e Senegal.

No ano de 2016, dentre 176 países avaliados pela *Transparency International* em seu *Corruption Perceptions Index*, o Brasil ficou no humilhante 79º lugar, atrás de Gana, Burkina Faso e Kuwait e ao lado de China e Albânia, sendo que, nessa mesma avaliação, alçaram as três primeiras colocações Dinamarca, Nova Zelândia e Finlândia.<sup>36</sup>

Em razão da importância do tema e do envolvimento dos organismos internacionais, o combate à corrupção passou a ser debatido em vários países, podendo-se citar o emblemático caso italiano<sup>37</sup> e destacando-se a necessidade de desenvolvimento de boas práticas políticas na prevenção e no ataque à corrupção. Nesse sentido, assim afirma a doutrina:

L'importanza dela prevenzione, non solo all'interno dela pubblica amministrazione, ma anche nelle imprese e società commerciali, che sono le prime attrici dell'economia, ormai necessariamente intrecciata con le strutture e le procedure pubbliche, spesso in dimensione sopranazionale.<sup>38</sup>

Desta forma, conceitua-se corrupção como a falta de ética e de moralidade nas relações do indivíduo com o Estado, buscando inverter a coisa pública em benefício privado, na maioria das vezes, com abuso de autoridade ou falta de lealdade do agente público, ou, ainda, na relação privada entre os indivíduos, com ausência de boa-fé objetiva.

Tem-se fenômeno grave e de perniciosos efeitos quando as práticas corruptas são encetadas, sobretudo, com intuito político, buscando contaminar a vontade soberana do cidadão e deslegitimando a representação popular na escolha dos mandatários.

O combate à corrupção está inserido na ordem do dia e figura como prioridade, especialmente na seara político-eleitoral, implicando sobredita postura, em *prima ratio*, na busca pelo fortalecimento da democracia e da cidadania.

<sup>36</sup> Transparency International. *Corruption Perceptions Index 2016*. Disponível em: <[https://www.transparency.org/news/feature/corruption\\_perceptions\\_index\\_2016](https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016)>. Acesso em 10 out. 2017.

<sup>37</sup> Segundo dados da *Transparency International* de 2014 a Itália figura em último posto dentre os países da União Europeia na graduação do *Corruption Perception Index*, ocupando a 69ª colocação em um total de 175 países, sendo o último país dentre os integrantes do G7. “Si tratta di dati che non sorprendono chi conosce la situazione odierna dell'Italia”. PICOTTI, Lorenzo. **L'evoluzione dela legislazione penale italiana contra la corruzione**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº. 134, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 138-139.

<sup>38</sup> PICOTTI, Lorenzo. *Ob. cit.*, p. 155.

### 1.1.1. Corrupção como problema econômico, cultural e político

A corrupção apresenta-se como problema multiforme, destacando-se seus desdobramentos nos âmbitos econômico, administrativo, cultural e político.

O impacto econômico da corrupção é elevadíssimo, impondo custos onerosos para o Estado e sua população, o que reduz a credibilidade do ente público e o valor de mercado de seus produtos.

Debruçando-se sobre o tema, afirma estudiosa do assunto:

Todos los Estados ya sean indulgentes o repressivos, controlan la distribución de beneficios valiosos y la imposición de costes onerosos. La distribución de estos beneficios y costes se halla generalmente bajo el control de funcionarios públicos que poseen un poder discrecional. Las personas y las empresas privadas que desean un trato favorable pueden estar dispuestas a pagar para obtenerlo. Los pagos son corruptos si se hacen ilegalmente a funcionarios públicos con la finalidad de obtener un beneficio o de evitar un coste. La corrupción es un sintoma de que algo no ha funcionado bien en la gestión del Estado. Las instituciones diseñadas para gobernar la interrelación entre los ciudadanos y el Estado se utilizan, en vez de ello, para el enriquecimiento personal y para proporcionar beneficios a los corruptos. El mecanismo de precios, que con tanta frecuencia es una fuente de eficacia económica y un elemento que contribuye al crecimiento, puede, en forma de suborno, socavar la legitimidad y la eficacia del gobierno.<sup>39</sup>

Percebe-se como intensos os danos para a economia de um país caso não exista uma política séria de combate e prevenção à corrupção, com uma legislação voltada ao enfrentamento do problema.

Referidos custos são diretos, como o aumento dos preços e valores dos bens e serviços diretamente consumidos pelo Estado, ou indiretos, devido ao acréscimo do preço final de um produto, bens ou serviços, em razão de ter sido incluída a taxa de interesses/propina destinada aos agentes públicos.

Além disso, afirma-se de pronto que, quanto maior o poder discricionário dos servidores públicos, vinculados a um sistema burocratizado e pouco transparente, maior a probabilidade de incidência da corrupção, implicando em evidente prejuízo para a economia do país, que passa, com essa postura, a afastar investidores externos, além de sedimentar um baixo índice de confiança nas instituições e nos agentes estatais.

---

<sup>39</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan. **La corrupción y los gobiernos: causas, consecuencias y reforma**. Madrid: Siglo XXI Editores, 2001, p. 11.

A burocratização excessiva, com a designação de agentes públicos com amplos poderes e baixa fiscalização, constitui impulso às práticas corruptas e pouco transparentes, o que viabiliza uma inversão de valores e sobrepõe os interesses privados ao interesse público; assim, ocorre a instituição de subornos e práticas reprováveis, promovendo-se “o uso incorreto do poder público para obter benefícios privados”.<sup>40</sup>

Nesse sentido, afirma a doutrina:

Onde é mais seguro promover riqueza: no país honesto ou no cultor da corrupção? O primeiro absorve o investimento para gerar bons lucros ao capital estrangeiro; o segundo suga os recursos para os bolsos de pessoas alheias ao processo produtivo, obstando o lucro honesto.<sup>41</sup>

No propósito de evitar os efeitos perniciosos da corrupção na economia do país, diversas medidas devem ser adotadas na sua prevenção e combate, sendo necessário iniciar com o desenvolvimento de uma política de governo clara e indiscutível de intolerância<sup>42</sup> com a corrupção, evitando-se que esta se alastre por diversos setores da administração pública; ademais, apresenta-se como imprescindível melhorar e aperfeiçoar a forma de recrutamento dos agentes públicos, profissionalizando as carreiras de Estado e promovendo a redução do poder discricionário dos servidores públicos, além de aumentar a publicidade e transparência de todos os atos administrativos.

Uma das preocupações constantes para evitar ou minorar as práticas corruptas diz respeito à existência de um sistema tributário racional, com a cobrança de impostos e taxas de forma proporcional e razoável, notadamente porque “uma elevada escala de impostos sobre a renda conduz a subornos e a outros tipos de evasão fiscal que levam a mais evasão e, assim, a um círculo vicioso em espiral”.<sup>43</sup>

O Brasil se encontra distante dessa meta, já que possui um sistema tributário e financeiro complexo, permeado de normas que dependem de complementação (decretos, resoluções, portarias e circulares), apresentando-se vulnerável e propício a toda sorte de desvios. Graves,

---

<sup>40</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan. *Ob. cit.*, p. 125.

<sup>41</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Corrupção e Anticorrupção**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 3-4.

<sup>42</sup> “Ademais, la tolerância de la corrupción en algunas áreas de la vida pública puede facilitar una espiral hacia abajo en la que la mala conducta de algunos incita a más y más personas a entrar con el tiempo en la corrupción”. ROSE-ACKERMAN, Susan. *Ob. cit.*, p. 35.

<sup>43</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan. *Ob. cit.*, p. 27.

portanto, são os danos à credibilidade, à confiança, ao desenvolvimento e à estabilidade que a corrupção causa ao Estado.

Além do aspecto econômico, também merece destaque a cultura da corrupção como algo nefando e que dificulta, e muito, a mudança de paradigmas e a inserção de novas práticas políticas e administrativas. No caso brasileiro, desde sua gênese, com a formação inicial da sociedade, sempre se considerou o Estado como grande provedor, devendo o particular extrair o máximo de benefícios do erário. Nesse sentido, expõe-se:

Menino, trate de mamar enquanto a vaca dá leite. Conselho de Bento Maria Targini, Visconde de São Lourenço, Tesoureiro-Mor de D. João VI. Não se passa uma semana sem que se tome conhecimento pela imprensa de um escândalo de corrupção. Na Itália ela é conhecida como bustarela, os alemães a chamam de trinkgeld, os russos de vzyatha, os franceses de graisser lapatte, os egípcios de baksheesh, os americanos e ingleses de payoff, os indianos de speed money, os mexicanos de mordida e os espanhóis de por debajo de la cuerda. No Brasil, a criatividade tornou corriqueiras pitorescas expressões: ponta, molhar a mão, jeitinho brasileiro, engraxada, leite da criança, acerto por fora, por debaixo dos panos.<sup>44</sup>

Conforme será melhor explorado na análise da evolução histórica da corrupção no Brasil, chegando-se na corrupção política e eleitoral que tão gravemente nos afeta atualmente, em tempos de Operação Lava Jato, contas secretas no exterior, recebimento de propinas em nome de “laranjas”, “compra” de “medidas provisórias” e de “votos de parlamentares” em decisões relevantes do Congresso Nacional, apreensão de malas de dinheiro, desvios de obras públicas e diversos outros escândalos que pululam no noticiário e aparecem aos borbotões, verifica-se que, desde a nossa gênese, a subversão do público pelo particular é uma regra, sempre contando com a leniência das instituições e do próprio povo brasileiro.

Não é despendendo lembrar que, já na Carta do Descobrimento, endereçada a El Rey D. Manuel, Pero Vaz de Caminha, escrivão da armada de Pedro Álvares Cabral, após narrar as maravilhas da Ilha de Vera Cruz – onde “querendo-a aproveitar, dar-se-á nela tudo” – e descrever os nativos encontrados – que “andam nus, sem nenhuma cobertura” para esconder “suas vergonhas” –, conclui o relato e, antes de se despedir reverenciosamente com “beijo as mãos de Vossa Alteza”, pede um cargo para seu genro Jorge de Osório, “mercê que receberei muito obrigado”.<sup>45</sup>

<sup>44</sup> OLIVEIRA, Edmundo. **Crimes de corrupção**. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 1.

<sup>45</sup> CAMINHA, Pero Vaz de. **A carta do descobrimento ao rei D. Manuel**. [edição e atualização] Maria Ângela Villela. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2013.

Na certidão de nascimento da Terra de Santa Cruz já se verifica um pedido de emprego para um parente, uma tendência ao uso do nepotismo como prática de loteamento e nomeação para cargos públicos, fruto da cultura predominante no reino de Portugal e que foi disseminada na Colônia, enraizando-se até os dias atuais.

Desde o surgimento do Brasil até a época presente, vários são os problemas ou dificuldades na distinção do público e do privado, havendo uma formação cultural construída com base no desrespeito de referidas fronteiras, semeando em terreno fértil práticas corruptas arraigadas em nossos costumes.

A prática do nepotismo está diretamente ligada ao conceito de corrupção e implica no favorecimento de parentes e apaniguados em detrimento do mérito ou de uma nomeação para cargos públicos baseada na justiça da seleção, podendo ser conceituada como:

Concessão de emprego ou contratos públicos baseada não no mérito, mas nas relações de parentela. Como manifestação da corrupção que se expressa em termos de legalidade ou ilegalidade e só faz sentido quando contextualizada como prática no âmbito do aparelho estatal, o nepotismo está também associado ao conceito de clientelismo.<sup>46</sup>

O nepotismo sempre foi empregado de forma corriqueira, sendo encarado como algo absolutamente comum e usual, perpetuando-se mesmo após a vigência da Constituição Federal de 1988, o que obrigou o STF a editar a Súmula com efeitos vinculantes de nº 13, a qual versa sobre a matéria<sup>47</sup> ao definir a conduta e buscar coibir referida prática, não havendo pleno sucesso em mencionado propósito moralizador.

Ao traçar um relevante limite entre o público e o privado, cita-se:

Na primeira acepção, público é o *comum* a todos, a ser diferenciado do que é particular a alguns. É nesse sentido que a *res publica* é diferente da *res privata*, *domestica* e *familiaris*. Na segunda acepção, *público* é o *acessível* a todos – de conhecimento público – em contraposição ao secreto, que é reservado a poucos.<sup>48</sup>

---

<sup>46</sup> SANTOS, Luiz Alberto dos. Contratação e nepotismo. In: SPECK, Bruno Wilhelm (Org.). **Caminhos da transparência**: análise dos componentes de um sistema nacional de integridade. Campinas: Editora da Unicamp, 2002, p. 133.

<sup>47</sup> Súmula Vinculante nº. 13: “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal”.

<sup>48</sup> LAFER, Celso. A mentira: um capítulo das relações entre a ética e a política. In: NOVAES, Adauto (Org.). **Ética**. 2ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 328.

Essa ausência de adequada delimitação entre o público e o privado contribui decisivamente para sedimentar uma cultura propícia à continuidade de uma sociedade estamental na forma e patrimonial no conteúdo, valendo-se da precisa e adequada definição cunhada por Raymundo Faoro. Embora longa, cita-se passagem relevante de sua obra-prima *Os donos do poder*, definindo-se a um só tempo o Estado estamental, o excesso de burocracia, a confusão entre o público e o privado e os malefícios provocados em razão da prática desses maus costumes na nossa formação econômica e cultural:

O Estado, presente a tudo e que a tudo provê, centraliza as molas do movimento econômico e político, criando um país à sua feição, o país oficial. A centralização, além de exibida pelas condições que dão integridade ao sistema, se exarceba continuamente, levando todos os negócios e assuntos à corte, com a papelada lenta da antiga subordinação da colônia à metrópole. [...] “*Tudo se espera do Estado*” – lembra Joaquim Nabuco – “*que sendo a única associação ativa, aspira e absorve pelo imposto e pelo empréstimo todo o capital disponível e distribui-o, entre os seus clientes, pelo empenho público, sugando as economias do pobre pelo curso forçado, e tornando precária fortuna do rico*”. Por toda a parte, em todas as atividades, as ordenanças administrativas, dissimuladas em leis, decretos, avisos, ordenam a vida do país e das províncias, confundindo o setor privado ao público. Os regulamentos, com a feição francesa, ainda quentes da tradução, com minúcia e casuísmo, inundam as repartições, o comércio, a agricultura. Da mole de documentos, sai uma organização emperrada, com papéis que circundam de mesa em mesa, hierarquicamente, para o controle de desconfianças recíprocas. Sete pessoas querem incorporar uma sociedade? O governo lhe dará autorização. Quer alguém fabricar agulhas? O governo intervirá com a permissão ou o privilégio. O fazendeiro quer exportar ou tomar empréstimos? Entre o ato e a proposta se interporá um atoleiro de licenças. Há necessidade de crédito particular? O ministério será chamado a opinar. O carro, depois da longínqua partida, volta aos primeiros passos, enredado na reação centralizadora e na supremacia burocrático-monárquica, estamental na forma, patrimonialista no conteúdo. Um aparente paradoxo: o Estado, entidade alheia ao povo, superior e insondável, friamente tutelador, resistente à nacionalização, gera o sentimento de que ele tudo pode e o indivíduo quase nada é.<sup>49</sup>

É nesse cadinho com características variadas e peculiares que se forma a identidade cultural do nosso povo, adepto de posturas reprováveis e corruptas, sempre justificadas pelo “jeitinho brasileiro”, dando ensejo a práticas políticas degradadas e deletérias, além de valorizar a esperteza e a vantagem pessoal em detrimento do interesse público.

Ademais, a aceitação popular das condutas definidas como “jeitinho brasileiro” forma uma massa tolerante com a corrupção, não sendo capaz de reprová-la a subversão da moralidade na utilização da coisa pública.

---

<sup>49</sup> FAORO, Raymundo. **Os Donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. v. 1. 10. ed. São Paulo: Globo, 2000, p. 443-444.

Nesse sentido, cita-se relevante pesquisa realizada com o propósito de entender a forma de pensar do brasileiro acerca de conceitos fundamentais, dentre eles, a existência de correlação entre a prática do “jeitinho” e o desenvolvimento da corrupção em suas variadas formas:

A questão fundamental é simples: seria o jeitinho a ante-sala da corrupção? Pode-se afirmar que quanto maior é a aceitação, maior também é a tolerância social à corrupção? Os resultados da PESB parecem indicar que a resposta a ambas as perguntas é sim. Ao contrário da moralidade norte-americana, a brasileira admite a existência de um meio-termo entre o certo e o errado. Quanto maior for a utilização e a aceitação desse meio-termo, maiores serão as chances de que haja uma grande tolerância em relação à corrupção.<sup>50</sup>

Essa indulgência do povo brasileiro com práticas ilegais – tais como não respeitar as regras de trânsito, *v.g.*, estacionando o veículo em local proibido ou não parando na faixa de pedestres, deixar de observar a ordem de chegada e furar a fila para atendimento em uma repartição pública, ou mesmo buscar um tratamento diferenciado em detrimento da impessoalidade, valendo-se, algumas vezes, do arbitrário e hierarquizante “você sabe com quem está falando”<sup>51</sup> – acaba permitindo que se prolifere a cultura da vantagem, da esperteza ou da ausência de separação entre o público e o privado, não se observando a legalidade, a moralidade e a impessoalidade que devem nortear as posturas da administração pública.

Esse *modus vivendi* do brasileiro ficou eternizado na famosa “Lei de Gérson”. No ano de 1976 uma propaganda de cigarros protagonizada pelo jogador de futebol Gerson Oliveira Nunes, campeão do mundo pela seleção brasileira na copa de 1970, imortalizou a ideia de “levar vantagem em tudo”,<sup>52</sup> sendo que tal máxima de obtenção de vantagens, sem se preocupar com implicações éticas ou externalidades negativas, ainda é muito popular e praticada no Brasil, o que permite o enraizamento de uma corrupção sistêmica, com sérias consequências no processo eleitoral.

Tal mentalidade contribuiu para que se perpetuasse no anedotário político brasileiro o lema “Rouba, mas faz”, atribuído à campanha de Adhemar de Barros à Prefeitura de São Paulo em 1957, deixando claro que o político pode ser desonesto, desde que execute obras e realize

<sup>50</sup> ALMEIDA, Alberto Carlos. **A cabeça do brasileiro**. 8. ed. Rio de Janeiro: Record, 2015, p. 48.

<sup>51</sup> “Você sabe com quem está falando? Nesta fórmula, ao contrário do jeitinho e quase como o seu simétrico e inverso, não se busca uma igualdade simpática ou uma relação contínua com o agente da lei, mas faz-se um apelo à hierarquia com o intuito de inverter o elo entre o usuário e o atendente”. DAMATTA, Roberto. **O que é o Brasil?** Rio de Janeiro: Rocco, 2004, p. 50.

<sup>52</sup> “Na peça publicitária, Gérson concedia entrevista a um interlocutor justificando o porquê de sua preferência pela marca. E disse: ‘Por que pagar mais caro se o Vila me dá tudo aquilo que eu quero de um cigarro? Gosto de levar vantagem em tudo, certo? Leve vantagem você também, leve Vila Rica!’” RODRIGUES, Roberto. **Lei de Gérson. O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 17 ago. 2017.

uma administração que contemple os anseios populares. Observa-se conformação e tolerância explícitas com a corrupção presente na frase citada, o que implica em uma indulgência com o crime, transformando em positivo algo absolutamente reprovável.

Essa cultura do atraso, que busca justificar ou minimizar a prática corrupta, descambando para a corrupção política, fruto de condutas abomináveis que sempre buscaram legitimar a inversão do público em benefício do privado, criando as hipóteses de favorecimento, pode ser definida da seguinte forma:

Por favorecimento entenda-se não apenas o desvio de bens e recursos públicos a finalidades particulares, mas também situações em que, a despeito da ausência de desvio de verba ou bem público, há ofensa ao princípio da moralidade pública em razão de outros interesses a nortear a tergiversação da conduta à luz da primazia do interesse público. O favorecimento pode hoje ser facilmente reconhecido em fraudes às licitações, compra de apoio parlamentar, pagamento de suborno, apropriação indébita, nepotismo, extorsão, tráfico de influência, utilização de informação privilegiada, compra e venda de sentenças judiciais, enfim, uma série de práticas que têm como fio condutor a ofensa à probidade administrativa e, na maior parte das vezes, ao próprio erário, ainda que de forma indireta.<sup>53</sup>

A corrupção na política e da política implica graves consequências para a cidadania e para a democracia, possibilitando que os mandatos não sejam destinados às pessoas que efetivamente tenham vocação política, mas que enxerguem na atividade uma forma de obter ganhos fáceis, de ter acesso ao poder e de explorar o prestígio amealhado pelo exercício de elevados cargos públicos.

Referida hipótese tem afastado dos debates políticos as pessoas que possuem causas legítimas, o que permite que interesses escusos e negociatas se apropriem do poder, estigmatizando ainda mais a classe política ao levar a um “empobrecimento de seus protagonistas e, conseqüentemente, a uma degradação das práticas cívicas a troco de moralismos e integrismos facilmente corruptíveis”.<sup>54</sup>

Nesse ponto, chega-se ao “calcanhar de Aquiles” da política brasileira na atualidade, o qual consiste na inadiável discussão acerca da reforma política que deve estar voltada para “aperfeiçoar o funcionamento da política nacional como um todo, daí abordar questões estruturais que obrigam os atores envolvidos no processo – as instituições e a sociedade – a

---

<sup>53</sup> LEITE, Glauco Costa. **Corrupção política: mecanismos de combate e fatores estruturantes no sistema jurídico brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 20-21.

<sup>54</sup> BARATA, André. Ética pública e corrupção. In: BIASON, Rita de Cássia. (Org.). **Temas de corrupção política**. São Paulo: Balão Editorial, 2012, p. 9.

seguirem uma determinada trilha”; contudo, resulta evidente que, mesmo com vários escândalos políticos e falência do atual modelo, “não há real interesse na aprovação imediata de alterações profundas no sistema político”<sup>55</sup> e acabamos vivendo em total estado de letargia, com a apresentação de propostas bisonhas de reforma política, as quais, ao invés de buscar solucionar os graves problemas enfrentados, tendem a agravá-los.

Eis o estado da arte na atualidade, sendo imperiosa uma verdadeira e sistemática reforma política, devendo-se destacar pelo menos seis eixos a serem examinados em referida alteração normativa pela via da Emenda Constitucional, além da modificação da legislação ordinária, a exemplo do Código Eleitoral (Lei nº 4.737/65), Lei das Eleições (Lei nº 9.504/97), Lei dos Partidos Políticos (Lei nº 9.096/95), entre outros diplomas normativos. Os referidos eixos são:

- i. Alteração do sistema eleitoral, ao se estabelecer de forma clara como o eleitor deve fazer suas escolhas em determinada eleição, fixando critérios para o sistema proporcional (lista aberta, lista fechada ou lista flexível), ou, ainda, verificar se seria adotado o sistema majoritário para todos os cargos (legislativos e executivos) ou a manutenção do sistema proporcional para os cargos do Poder Legislativo (exceto Senador da República) e majoritário para os cargos do Poder Executivo e de senador, sendo vedadas as coligações partidárias;
- ii. Criação de mecanismos limitadores do excessivo número de partidos políticos (cláusula de exclusão, barreira ou desempenho), evitando o que ocorre na atualidade quando dispomos de verdadeiro gigantismo partidário (fundação e registro indiscriminado de partidos políticos desprovidos de qualquer ideologia, apenas como instrumento de proliferação da corrupção política), o que faz da política partidária verdadeira profissão e forma de ganhar a vida<sup>56</sup> em situação de desvirtuamento da previsão constitucional do pluralismo partidário;
- iii. Estabelecimento de regras de controle interno e conformidade (*compliance*) na estrutura interna dos partidos políticos, com a imposição de punições aos dirigentes partidários que fizerem uso inadequado da verba pública oriunda do Fundo

---

<sup>55</sup> ARAGÃO, Murillo de. **Reforma política**: o debate inadiável. Rio de Janeiro: José Olympio, 2014, p. 19.

<sup>56</sup>“Há duas maneiras de fazer política. Ou se vive ‘para’ a política ou se vive ‘da’ política”. WEBER, Max. **Ciência e política**: duas vocações. Tradução: Leônidas Hagenberg. 18. ed. São Paulo: Cultrix, 2011, p. 78.

Partidário, não se admitindo a utilização do partido político como extensão de uma propriedade privada de seus dirigentes;

- iv. Definição de regras precisas e sem possibilidade de interpretação dúbia acerca do financiamento partidário e das campanhas eleitorais, sendo que “os sistemas políticos democráticos devem encontrar uma forma de financiar as campanhas políticas sem promover a venda dos políticos aos seus doadores”<sup>57</sup>. Deve existir uma maior afinidade/vinculação entre o parlamentar eleito e o conjunto de seus eleitores, diferentemente do que ocorre na atualidade, quando, na maioria das vezes, vereador, deputado estadual, deputado federal ou senador, ao chegar no parlamento, passa a se interessar por uma pauta diferente daquela defendida em público e para o público durante o período de campanha eleitoral. Na maioria dos casos, isso resulta em deslegitimidade da representação política, pois os “interesses a serem defendidos deixam de ser os da população e o resultado é o distanciamento entre o cidadão e os seus representantes”;<sup>58</sup>
- v. Tipificação do caixa dois como crime eleitoral, posto que “a doação irregular para campanha eleitoral e a prática do caixa dois não são crimes autônomos”.<sup>59</sup> Deve-se coibir referida prática, a qual provoca verdadeiro desequilíbrio nos pleitos eleitorais, desqualificando os eleitos com a utilização de recursos obtidos de sobredita forma e inviabilizando no pleito eleitoral um debate franco de ideias; assim, predomina o abuso do poder econômico em detrimento do voto ideológico;
- vi. Por fim, dentre os assuntos que devem constar em qualquer reforma política a ser encetada pelo parlamento brasileiro, avista-se a necessidade de buscar uma adequada proteção dos bens jurídicos da soberania popular e a democracia (respeitando-se o sufrágio universal e a vontade soberana do eleitor). É preciso tutelar adequadamente o direito humano fundamental anticorrupção, valendo-se, por conseguinte, dos mandados de criminalização explícitos e implícitos com relação à corrupção eleitoral, notadamente pela aplicação do princípio da proporcionalidade em sua dupla

---

<sup>57</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan. *Ob. cit.*, p. 183.

<sup>58</sup> FURTADO, Lucas Rocha. **As raízes da corrupção no Brasil: estudos de casos e lições para o futuro**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015, p. 46.

<sup>59</sup> LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. Financiamento de partidos políticos, caixa dois eleitoral e corrupção. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Orgs.). **Crime e Política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 138.

face, ao se coibir a proteção deficiente, avistável quando da fixação da pena-base para o crime de corrupção eleitoral etiquetado no art. 299 do Código Eleitoral.

Cada um desses temas será mais bem desenvolvido nos próximos capítulos, deixando-se evidenciada a amplitude do conceito da corrupção eleitoral e destacando-se sua relevância para o Estado Democrático de Direito.

### **1.1.2. Tolerância com a corrupção**

Inexiste uma nação ou povo incorruptível. Mesmo os países escandinavos e nórdicos, mais bem situados no *Corruption Perceptions Index*, possuem algumas práticas corruptas, a exemplo do superfaturamento de obras públicas ou de uso do patrimônio público em favor pessoal, razão pela qual constitui verdadeiro equívoco associar a prática da corrupção a países subdesenvolvidos ou a sociedades não evoluídas. Países europeus como a Itália, berço da máfia e do maxi-processo criminal de combate à corrupção, denominado de operação “mãos limpas”, desmentem essa assertiva.

Entrementes, mesmo havendo equívoco nessa associação de corrupção com subdesenvolvimento, não resta dúvida de que, quanto mais pobre e atrasado (econômica e culturalmente) um país, mais facilmente proliferam as práticas corruptas, havendo maior tolerância com referidas posturas.

Além disso, ainda nos dias atuais, encontram-se estudos acadêmicos que afirmam ser possível extrair algo de positivo nos costumes ou hábitos impregnados de corrupção, notadamente nos países em desenvolvimento, afirmando-se que “o nível ótimo de corrupção não é zero”.<sup>60</sup> Eis um tema controverso (se a corrupção pode desempenhar um papel positivo nos países em desenvolvimento), havendo sérias divergências teóricas entre os especialistas.

A hodierna tolerância com a corrupção é absolutamente perniciosa, não se apresentando como possível sustentar teorias econômicas dos anos 80 e 90 do século passado, que afirmavam funcionar o suborno e a corrupção como “lubrificantes” necessários ao desenvolvimento dos

---

<sup>60</sup> KLITGAARD, Robert. *Ob. cit.*, p. 41.

negócios, sendo responsáveis “pela celeridade na tramitação de certos processos, ou mesmo como fonte de incremento da remuneração dos funcionários públicos”.<sup>61</sup>

Cita-se a passagem de alentada obra, escrita por economista considerando autoridade no assunto, afirmando-se que a corrupção pode ser vista como uma forma útil de burlar sistemas políticos ruins e ultrapassados em busca de crescimento econômico:

Em suma, se o sistema vigente é ruim, então a corrupção pode ser benéfica. [...] Nas palavras do cientista político Samuel Huntington: “em função do crescimento econômico, a única coisa pior que uma sociedade com uma burocracia rígida, ultracentralizada e desonesta é aquela com uma burocracia rígida, ultracentralizada e honesta” [...] A corrupção pode ajudar por um lado e prejudicar por outros. Contornar regras públicas por meio da corrupção, por exemplo, pode conduzir a um tipo de eficiência econômica, mas à custa dos outros objetivos visados pelas regras em primeiro lugar.<sup>62</sup>

Entretanto, mesmo existindo alguns poucos pontos positivos, segundo os estudos de referidos cientistas, conclui-se afirmando que “à medida que aumentam as provas de corrupção nos países em desenvolvimento, parece claro que seus efeitos danosos ultrapassam amplamente os (ocasionais) benefícios sociais”.<sup>63</sup>

Essa alegação de que a corrupção era algo inevitável nos países subdesenvolvidos (escola funcionalista norte-americana) encontra-se superada na academia nos dias de hoje, sendo desautorizada, inclusive, pelos diversos diplomas internacionais voltados ao combate à corrupção, merecendo destaque a Convenção da OEA e a Convenção da ONU, que versam sobre a matéria, determinando que os Estados signatários promovam alterações legislativas internas para prevenir e combater as práticas definidas como corruptas.

Ademais, não se concebem a indiferença e a tolerância com a corrupção na medida em que o ofendido é o bem comum, os interesses da coletividade e do Estado, registrando-se dano em detrimento do erário. Urge uma mudança de paradigma, afastando essa concepção atrasada, ainda vigente em alguns segmentos, de que a “lesão ao Estado que está em toda parte, mas não é de ninguém, e em sociedades não-participativas, é sentido como inimigo comum, a ser expropriado e saqueado”.<sup>64</sup>

---

<sup>61</sup> FURTADO, Lucas Rocha. *Ob. cit.*, p. 44.

<sup>62</sup> KLITGAARD, Robert. *Ob. cit.*, p. 50-51.

<sup>63</sup> KLITGAARD, Robert. *Ob. cit.*, p. 52.

<sup>64</sup> SCHILLING, Flávia. *Ob. cit.*, p. 50.

É nesse contexto de enfrentamento da corrupção que se ergue a necessidade de reformas institucionais no sistema político e na forma de investidura dos cargos eletivos, buscando-se aumentar “os mecanismos de controle interno e externo da corrupção, por meio de agências especializadas em seu combate”.<sup>65</sup>

O presente trabalho insere-se nesse ambiente, afirmando ser injustificável qualquer defesa de algo positivo oriundo da prática corrupta, devendo-se atender os diplomas jurídicos internacionais que versam sobre a matéria, adequar a legislação interna e intensificar as hipóteses de fiscalização (controle interno e controle externo com o funcionamento dos órgãos destinados a essa função, a exemplo da CGU, do TCU e do Ministério Público).

Especificamente no âmbito da corrupção política, gênese de diversos escândalos atualmente enfrentados pelo nosso país, o que põe à prova as instituições e seus agentes, impende que sejam prontamente adotadas medidas na contramão de qualquer postura de tolerância com a corrupção, devendo-se exigir do parlamento uma discussão adequada e decente, mediante coleta do posicionamento dos especialistas quanto à reforma política, além de serem preenchidas lacunas normativas em matéria penal, como, por exemplo, a ausência de tipificação do crime de corrupção praticada nas relações privadas ou a adequada definição das condutas passíveis de serem enquadradas como caixa dois eleitoral.

Além disso, especial atenção deve ser destinada ao problema da corrupção eleitoral, que consiste na compra de votos desde a sua forma mais grotesca, implicando no pagamento direto em dinheiro ou pela entrega ou permuta de bem de qualquer valor pelo voto do eleitor, até a sua forma mais sutil, com a atuação política que possibilita a prática de atos corruptos, em razão da promiscuidade partidária existente, do excesso de atos administrativos discricionários ou da falível fiscalização.

Deve-se mudar a forma de fazer política partidária no país, principalmente com relação aos meios utilizados para a conquista dos mandatos eletivos, viabilizando que todos os segmentos da sociedade se interessem pela política e permitindo que a prática política no Brasil seja mais bem desempenhada. Isso atrai pessoas que tenham a política como vocação<sup>66</sup> e

---

<sup>65</sup> HAYASHI, Felipe Eduardo Hideo. **Corrupção:** combate transnacional, compliance e investigação criminal. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 43.

<sup>66</sup> “Quem vive para a política a transforma, no sentido mais profundo do termo, em ‘fim de sua vida’, seja porque encontra forma de gozo na simples posse do poder, seja porque o exercício dessa atividade lhe permite achar equilíbrio interno e exprimir valor pessoal, colocando-se a serviço de uma ‘causa’ que dá significado a sua vida”. WEBER, Max., *Ob. cit.*, p. 78.

estejam dispostas a pôr em prática preceitos éticos voltados ao bem comum, com uma ética da responsabilidade, conferindo-se verdadeira dimensão à representação popular e fortalecendo-se a democracia e a cidadania.

## 1.2. Conceito jurídico-penal de corrupção

Após ter sido apresentado o conceito de corrupção *latu sensu*, vulgarmente chamado de suborno<sup>67</sup> ou propina, capaz de ser identificado nas diversas práticas do cidadão no cotidiano, caracterizando-se pelo conflito entre interesse público e interesse particular<sup>68</sup> e demonstrando que, lamentavelmente, o cidadão brasileiro ainda adota uma postura de elevada tolerância com desvios de caráter que desaguam na péssima qualidade de nossa classe política (salvo as honrosas exceções de sempre), composta por representantes que estão totalmente dissociados dos anseios dos eleitores e do povo, passa-se a promover uma análise do conceito jurídico-penal de corrupção.

Embora a palavra “corrupção”, no sentido de deterioração, contaminação ou desvirtuamento esteja presente em diversos tipos penais, podendo-se citar como exemplo a corrupção ou poluição de água potável (art. 271, Código Penal), corrupção de substância alimentícia (art. 272, Código Penal), corrupção de produtos terapêuticos ou medicinais (art. 273, Código Penal) e corrupção de menores (art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/90), ou, ainda, no sentido de ardil, promessa ou pagamento indevido para falsear ou fraudar resultado de competição esportiva (arts. 41-C e 41-D do Estatuto do Torcedor – Lei nº 10.671/03), bem como, para alterar a verdade em um depoimento ou manifestação processual (art. 343, Código Penal) na hipótese de corrupção de testemunha, perito, tradutor ou intérprete ou para comprar a vontade do eleitor, na hipótese da corrupção eleitoral (art. 299, Código

---

<sup>67</sup> “A essência do conceito de suborno é a presença de um incentivo que influencia indevidamente o desempenho de uma função pública, destinada a ser exercida gratuitamente”. NOONAN JR., John T., *Ob. cit.*, p. 11.

<sup>68</sup> “Patrimonialismo e corrupção são ideias afins, e isso significa que quanto mais alguém acha correto e defende valores patrimonialistas, mais tenderá a ser tolerante com a corrupção e práticas correlatas. Tão importante quanto esses achados é o fato de que a PESB permitiu mapear e identificar esse forte apoio social ao patrimonialismo e à corrupção. Os dados são muito claros e permitem concluir que corrupção não é um fenômeno circunscrito a uma elite política perversa e sem ética, mas revela valores fortemente arraigados na população brasileira. A elite política, todos sabemos, emerge da população, pelo voto, mas também tem que prestar contas a ela”. ALMEIDA, Alberto Carlos. *Ob. cit.*, p. 109.

Eleitoral – Lei nº 4.737/65), comumente se associa a corrupção para fins jurídico-penais à prática de crimes contra a administração pública.

A corrupção é imediatamente vinculada à mercancia realizada pelo agente público das atribuições e poderes de seu cargo público, fazendo-o por intermédio do recebimento de dinheiro ou qualquer outra vantagem para realizar ato de ofício ou deixar de praticar uma conduta inerente ao seu cargo público.

O tráfico das facilidades do poder, mercadejando com as prerrogativas da função ocupada pelos agentes públicos (integrantes de cargos efetivos, comissionados ou eletivos), presente nos três Poderes da República, lamentavelmente sempre foi uma regra no Brasil, apresentando-se como atualíssimo o posicionamento de penalista que escreveu seu Tratado de Direito Penal na primeira metade do século passado e assim se posicionou:

O *afarismo*, o crescente arrojo das especulações, a voracidade dos apetites, o aliciamento do fausto, a febre do ganho, a *steeplechase* dos interesses financeiros sistematizaram, por assim dizer, o tráfico da função pública. A corrupção campeia como um poder dentro do Estado. E em todos os setores: desde o “contínuo”, que não move um papel sem a percepção de propina, até a alta esfera administrativa, onde tantos *misteriosamente* enriquecem da noite para o dia. De quando em vez, rebenta um escândalo, em que se ceva o sensacionalismo jornalístico. A opinião pública vozeia indignada e Têmis ensaia o seu gládio; mas os processos penais, iniciados com estrépito, resultam, as mais das vezes num completo fracasso, quando não na iniquidade da condenação de uma meia dúzia de *intermediários* deixados à sua própria sorte. São raras as moscas que caem na teia de Aracne. O “estado-maior” da corrupção quase sempre fica resguardado, menos pela dificuldade de provas do que pela *razão de Estado*, pois a revelação de certas cumplicidades poderia afetar as próprias instituições.<sup>69</sup>

Cuida-se de recebimento de vantagem privada para desempenhar atividade pública, lesionando o serviço público e o direito fundamental à boa administração, conduzida com respeito aos princípios da legalidade, eficiência, impessoalidade, publicidade e moralidade, nos termos do art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

Nesse sentido, cita-se estudo sobre a matéria, o qual afirma:

No Brasil, em que pese o fato de se utilizar do termo “corrupção”, para um sem-número de crimes (como, v.g., o seriam a ideia de corrupção de menores, de corrupção de substância ou produto alimentício, de corrupção de produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais) a noção diretriz de corrupção parece dizer respeito, fundamentalmente, aos crimes contra a Administração Pública. Cuidando, na espécie, da venalidade orbitante em torno da função pública, o Código pátrio cuidou da distinção das figuras do (funcionário - *intraneus*) corrompido e do (*extraneus*) corruptor. Não se tratando de crime bilateral, mas de ocorrência

<sup>69</sup> HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal**. v. IX. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 364-365.

autônoma, tal segmentação sempre foi fator de dúvida sobre o momento em que se daria, ou não, o ato de corrupção.<sup>70</sup>

O Código Penal brasileiro tipificou a corrupção praticada pelo agente público como corrupção passiva, consistindo em conduta que implica em traição da confiança e da lealdade a qual deve manter o servidor público no exercício de seu cargo, vindo a aceitar ou receber qualquer vantagem indevida para desempenhar atividade inerente à função desempenhada.

Ademais, não se pode olvidar que o conceito de servidor público para fins penais é mais amplo do que o conceito de agente público no âmbito do direito administrativo.

Com efeito, conforme expressamente contido em norma explicativa estampada no art. 327 do Código Penal, considera-se funcionário público (expressão que foi substituída pela Constituição Federal de 1988 por servidor público – arts. 39 e seguintes da *Lex Legum* e Lei nº 8.112/90) quem, ainda que de forma transitória ou sem remuneração, exerça cargo, emprego ou função pública.

Consigne-se que o conceito de funcionário público (*rectius*: servidor público) está diretamente ligado à noção ampla de função pública, independentemente de o exercício ser de natureza vitalícia, por mandato, interino ou permanente, voluntário ou obrigatório, remunerado ou gratuito.

Inclui-se nesse conceito, por exemplo, as funções honoríficas (membro de um conselho vinculado a uma repartição pública municipal ou estadual, como o Conselho da Criança e do Adolescente ou o Conselho de Saúde) ou ainda as funções públicas obrigatórias e transitórias, como jurado perante o Tribunal do Júri (art. 445, Código de Processo Penal) e mesários e componentes das Juntas Eleitorais (arts. 120 e seguintes, Código Eleitoral).

Nesse mesmo entendimento, cita-se posição doutrinária:

Tanto é funcionário público o presidente da República quanto o estafeta da *Vila de Confins*, tanto o senador ou deputado federal quanto o vereador do mais humilde Município, tanto o presidente da Suprema Corte quanto o mais bisonho juiz de paz da hinterlândia.<sup>71</sup>

---

<sup>70</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **A ideia penal sobre a corrupção no Brasil**: da seletividade pretérita à expansão de horizontes atual. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº. 89. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 411.

<sup>71</sup> HUNGRIA, Néilson. *Ob. cit.*, 402.

Esse o conceito jurídico-penal de corrupção, diretamente associado à comercialização com a função pública e a promessa de vantagem ou pagamento oriundo do particular para ter acesso ou facilitação junto ao poder.

Serão mais bem esmiuçadas adiante as hipóteses de corrupção na esfera pública e de corrupção nas relações privadas.

### 1.2.1. Corrupção na esfera pública

A corrupção na esfera pública está enraizada na existência de variados e inúmeros exemplos nos três Poderes constitucionalmente organizados (Executivo, Legislativo e Judiciário) e nas três esferas do Estado (federal, estadual e municipal).

A corrupção no Executivo envolve denúncias que ensejaram o *impeachment* de dois ex-Presidentes da República, bem como a prática de ilícitos em licitações e contratações públicas, recebimento de propinas resultantes de financiamento irregular de campanhas eleitorais, além da malversação do patrimônio público com o envolvimento de governadores de Estado e prefeitos.

No alcance nacional talvez o principal motivo ensejador de referidas posturas reprováveis e fundamentais para justificar o atraso que o país vivencia no âmbito político, cultural e econômico venha a ser a existência de uma classe política desprovida de uma formação ideológica, a qual não domina conteúdos mínimos, sendo eleita por diversos partidos em um multipartidarismo extremamente inconsistente, poroso e volátil e ensejando a eleição de cada legislatura de um Congresso multifacetado e fragmentado, o que obriga o chefe do Poder Executivo a valer-se de prática política denominada de “presidencialismo de coalização”.<sup>72</sup>

---

<sup>72</sup> Cuida-se de magistral definição de cientista político que, ao se debruçar sobre o assunto, apontou suas causas, lecionando que: “em formações de maior heterogeneidade e conflito, aquela estratégia é insuficiente ou inviável. Nestes casos, a solução mais provável é a grande coalizão, que inclui maior número de parceiros e admite maior diversidade ideológica. Evidentemente, a probabilidade de instabilidade e a complexidade das negociações são muito maiores. Estes contextos, de mais elevada divisão econômica, social e política, caracterizam-se pela presença de forças centrífugas persistentes e vigorosas, que estimulam a fragmentação e a polarização. Requerem, portanto, para resolução de conflitos e formação de ‘consensos parciais’, mecanismos e procedimentos institucionais complementares ao arcabouço representativo da liberal democracia”. ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Presidencialismo de coalização: o dilema institucional brasileiro. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, p. 27, 1988.

A formação de um amplo leque de alianças entre o chefe do Poder Executivo e os parlamentares integrantes dos mais variados segmentos desfigura a ideia inicial de coalizção, sendo praticado em nosso país desde o advento da República Nova e da Constituição Federal de 1988 uma espécie de “presidencialismo de cooptação”, valendo-se o Presidente da República de práticas promíscuas para obtenção de aprovação dos projetos de interesse do Poder Executivo.

Referida situação obriga o chefe do Poder Executivo a negociar com um Congresso Nacional completamente fragmentado,<sup>73</sup> composto de uma base política porosa e fluída, quer pela ausência de fidelidade partidária, quer ainda por conta da existência de 26 (vinte e seis) partidos políticos com representação no Parlamento, sendo registradas diversas práticas no intuito de desvirtuar a coalizção política. Existe a celebração de acordos com base nas trocas de favores, na liberação de emendas parlamentares (com negociação expressa do pagamento dos valores contidos em referidas emendas apresentadas por parlamentares ou bancadas em troca de votos relevantes para aprovação de medidas provisórias, Emendas Constitucionais ou até mesmo admissibilidade de duas denúncias criminais ofertadas em desfavor do Presidente da República), elevado número de cargos públicos de livre nomeação, sendo utilizados critérios eminentemente políticos e de “apadrinhamento” para o seu preenchimento, além de diversas outras sinecuras.

A corrupção no Legislativo sempre foi uma tônica durante todo o período da redemocratização brasileira, sendo várias as Comissões Parlamentares de Inquérito<sup>74</sup> e denúncias de malversação dos recursos públicos praticada por integrantes do Congresso Nacional.

Os escândalos referentes a práticas de corrupção, quando atingem elevados índices de reprovação popular e indignação, acompanhados de apurações internas ou dos órgãos de fiscalização, implicam em cassação de mandatos e denúncias ofertadas pelo Procurador-Geral da República perante o STF em razão do foro por prerrogativa de função dos parlamentares federais (art. 102, I, “b”, da *Lex Legum*).

---

<sup>73</sup> “O presidencialismo de coalizção é importante para a governabilidade no Brasil, mas recentemente se tornou um problema para ela, assim como para a efetivação de uma agenda política progressista”. AVRITZER, Leonardo. **Impasses da democracia no Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016, p. 29.

<sup>74</sup> CPI dos “anões do orçamento”, CPI dos precatórios, CPI dos Correios, que desaguou no “Mensalão”, entre outras.

Da inclusão fraudulenta e do superfaturamento da lei orçamentária anual (anões do orçamento) à compra de ambulâncias (máfia das sanguessugas) ou até mesmo à venda de apoio parlamentar (“Mensalão”<sup>75</sup>), várias e multifacetadas são as formas de prática de corrupção por integrantes do Poder Legislativo.

Também o Poder Judiciário não está distante da prática de condutas tipificadas como corrupção; muito ao contrário, várias são as denúncias de envolvimento de magistrados em situações reprováveis, etiquetadas como corruptas (venda de sentenças como apurado, *v.g.*, na operação Anaconda e na operação Naufrágio, desvio de recursos como no caso do escândalo na construção do Fórum Trabalhista de São Paulo, dentre outras), chocando a opinião pública e os estudiosos do direito penal, notadamente pelo fato de competir ao Poder Judiciário aplicar a lei ao caso concreto de forma imparcial, punindo as hipóteses de corrupção devidamente formalizadas em denúncias apresentadas pelo Ministério Público.

Ademais, embora existam órgãos próprios de fiscalização e controle (corregedorias internas e o Conselho Nacional de Justiça – CNJ), quando se trata de investigar o Poder Judiciário, entra em cena um elevado espírito de corpo e uma leniência na aplicação das regras restritivas e punitivas, podendo-se afirmar que, “quando os principais suspeitos são membros da magistratura, a Justiça no Brasil costuma tardar e falhar”,<sup>76</sup> sem contar a existência da absurda possibilidade prevista na Lei Orgânica da Magistratura Nacional – LOMAN de aplicação da pena de aposentadoria para um magistrado condenado administrativamente pela prática de falta grave (art. 42, V, da Lei Complementar nº 35/79).

Conclui-se que, infelizmente, a corrupção que campeia no Brasil afeta diretamente os três Poderes da República, sempre tocando diretamente à administração pública e ao erário, o que prejudica a regular prestação de serviço público e os interesses da coletividade.

Nesse sentido:

---

<sup>75</sup> “O ‘mensalão’ certamente constitui um dos maiores esquemas de corrupção da história do Brasil. Envolveu membros do Congresso Nacional, partidos políticos, dirigentes de órgãos da Administração Pública federal direta e indireta, instituições financeiras e empresas privadas. O esquema foi batizado de ‘mensalão’ por envolver repasses periódicos – em alguns casos os repasses eram mensais - de recursos obtidos ilícitamente a parlamentares e a partidos políticos em troca de apoio a proposições e postulações do Governo no Congresso Nacional. (...) Os recursos angariados tinham por finalidade o financiamento de campanhas eleitorais, o aliciamento de parlamentares e partidos para a base de apoio do Governo, no Congresso Nacional e o enriquecimento ilícito de agentes públicos, políticos, empresários e demais participantes do esquema”. FURTADO, Lucas Rocha. *Ob. cit.*, p. 351.

<sup>76</sup> VASCONCELOS, Frederico. **Juízes no banco dos réus**. São Paulo: Publifolha, 2005, p. 9.

Quem não conhece algum caso de magistrado, de qualquer grau de jurisdição, que aceitou favores indevidos, proferiu decisões bizarras em benefício de amigos, diretos ou indiretos, segurou processos em sua gaveta, levando à prescrição, entre outros fatos? Se o Judiciário está enfermo de corrupção, o Legislativo e o Executivo encontram-se na UTI.<sup>77</sup>

Dessarte, após restar demonstrado que a corrupção é uma prática comum e lamentavelmente disseminada no funcionamento de todos os Poderes da República, passar-se-á a analisar a corrupção na esfera pública, figurando como vítima a administração pública brasileira.

Referida conduta pode ser materializada em diversos tipos penais, estando tutelada no Código Penal no capítulo dos crimes contra a administração pública praticados por agentes públicos e por particulares (corrupção passiva e corrupção ativa – arts. 317 e 333, Código Penal) e nos crimes contra a administração pública estrangeira (arts. 337-B e 337-C, Código Penal), além de diversos outros preceitos penais que estão diretamente ligados à prática de uma conduta ímproba, desleal, amoral e antiética, a exemplo do peculato (art. 312, Código Penal), inserção de dados falsos em sistema de informação (art. 313-A, Código Penal), concussão (art. 316, Código Penal), excesso de exação (art. 316, § 1º, Código Penal), prevaricação (art. 319, Código Penal), advocacia administrativa (art. 321, Código Penal), tráfico de influência (art. 332, Código Penal) e corrupção ativa de testemunha, perito, tradutor ou intérprete (art. 343, Código Penal).

As hipóteses mais comuns de corrupção envolvendo o agente público (corrupção passiva – art. 317, Código Penal) e o particular (corrupção ativa – art. 333, Código Penal) serão esmiuçadas no próximo capítulo da presente tese.

Relevante registrar que, além da corrupção ativa praticada por um particular que mantenha qualquer tipo de relacionamento com a administração pública (*extraneus*) e da corrupção passiva encetada por um agente público que trai a lealdade e a boa-fé que deveriam ser inerentes ao cargo público (*intraneus*), existem várias outras condutas passíveis de serem definidas como corruptas, descritas em diversos tipos penais contidos na parte especial do Código Penal, além de se encontrarem espraiados pela legislação penal extravagante. Pode-se citar, dentre referidos ilícitos, os seguintes:

- i. Os tipos penais elencados no Decreto-Lei nº 201/67, o qual estabelece condutas definidas como crimes de responsabilidades de prefeitos e vereadores.

---

<sup>77</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Corrupção e Anticorrupção**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 10.

Merece registro o fato de que, embora esse Decreto-Lei trate de crime de responsabilidade, em verdade está tipificando ilícitos que “se encontram na espacialidade penal, sem qualquer interferência da Câmara de Vereadores”,<sup>78</sup> sendo que as condutas tipificadas no art. 1º, incisos I a XXII, estão umbilicalmente vinculadas à probidade administrativa, situação diversa dos ilícitos político-administrativos elencados na Lei nº 1.079/50, julgados pelo Parlamento;

- ii. O crime de corrupção praticado por fiscal de tributos, tendo como vítima a administração pública fazendária, voltada para a arrecadação tributária, etiquetado no art. 3º, II, da Lei nº 8.137/90. Cuida-se de confronto aparente de normas (existente entre o art. 3º, II, Lei nº 8.137/90 e o art. 317, Código Penal) a ser resolvido pela incidência da regra que estabelece a aplicação de lei posterior específica em detrimento de lei anterior genérica. Assim se posiciona a doutrina:

O fiscal de tributos que solicita vantagem indevida para deixar de cumprir sua obrigação comete crime contra a ordem tributária, devendo ser incurso nas sanções do art. 3º, II, da Lei nº. 8.137/90, e não nas do art. 317 do CP, uma vez que este dispositivo prevê como agente servidor de qualquer natureza, enquanto a Lei nº. 8.137/90 destaca como sujeito ativo do delito apenas e tão-somente aquele funcionário público responsável pelo lançamento ou cobrança de tributos, modificando para estes a imposição de pena.<sup>79</sup>

Portanto, trata-se de corrupção específica, tendo o servidor público fazendário aceito, solicitado ou recebido vantagem indevida para deixar de lançar ou cobrar tributo ou contribuição social ou cobrá-los parcialmente. Registra-se que, embora ontologicamente a conduta descrita no art. 3º, II, da Lei nº. 8.137/90 seja absolutamente igual à contida no art. 317 do Código Penal, as penas são inferiores (reclusão de 3 a 8 anos e multa), enquanto a mesma conduta descrita no Código Penal possui uma pena de reclusão de 2 a 12 anos e multa;

- iii. Crimes previstos na Lei de Licitações e Contratos – Lei nº. 8.666/93.

Referidos ilícitos penais diretamente ligados à probidade administrativa e à economicidade implicam na tipificação de condutas que atentam contra o regular

<sup>78</sup> CORRALO, Giovanni da Silva. **Responsabilidade de prefeitos e vereadores**: comentários ao Decreto-lei 201/67. São Paulo: Atlas, 2015, p. 4.

<sup>79</sup> DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. **Leis Penais Especiais Comentadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 291.

funcionamento da administração pública e se apresentam como corruptas e constitutivas de fraudes ao caráter competitivo do procedimento licitatório.

A tutela penal das licitações “se destina à proteção da Administração Pública, essencialmente no âmbito da regularidade, moralidade, imparcialidade e igualdade de acesso às contratações públicas que demandam a realização do procedimento licitatório”.<sup>80</sup>

Por não ser o escopo do presente trabalho promove-se esse rápido registro apenas para apontar que os crimes etiquetados nos arts. 89 a 98 da Lei nº. 8.666/93 buscam proteger a regularidade e lisura do procedimento licitatório (art. 37, XXI, Constituição Federal e Lei nº. 8.666/93) e a administração pública, implicando a fraude às modalidades de concorrência em conduta corrupta e atentatória ao interesse público;

#### iv. Corrupção Eleitoral – art. 299 do Código Eleitoral.

Por derradeiro, na análise de ilícitos penais contidos na legislação extravagante e que versam sobre a prática da corrupção, tem-se o crime de corrupção eleitoral, cerne do presente trabalho, merecendo mais adiante dois capítulos específicos para discutir a sua prática, debater as suas causas e consequências, esmiuçar a relevante questão do financiamento político e partidário, a ausência de criminalização do caixa dois eleitoral, apresentando-se sugestões (inclusive de mudança legislativa) para o enfrentamento de grave e intenso problema que prejudica o florescimento da democracia brasileira. No crime do art. 299 do Código Eleitoral o bem jurídico tutelado é o livre exercício do voto e a regularidade na investidura de cargos públicos, punindo-se o comércio ilícito eleitoral da compra de votos. Tem-se delito de dupla subjetividade passiva, sancionando-se no mesmo tipo penal as corrupções ativa (dar, oferecer e prometer) e passiva (solicitar ou receber).

### 1.2.2. Corrupção nas relações privadas

---

<sup>80</sup> PRADO, Luiz Régis; CASTRO, Bruna Azevedo de. **Delito licitatório e bem jurídico-penal**: algumas observações. Revista dos Tribunais, n.º. 957. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 271.

Falar de corrupção nas relações privadas, envolvendo negócios pactuados e questões contratuais entre pessoas jurídicas de direito privado, ainda soa como algo raro para a classe jurídica brasileira, notadamente os que foram educados sob a égide do Direito Penal tradicional, conhecendo o crime de corrupção apenas quando a negociata ou o pagamento de subornos envolve agentes públicos como representantes do Estado.

Essa tradicional postura está superada, especialmente em razão da constante discussão do tema nos mais variados fóruns internacionais, além de ser uma preocupação de diplomas normativos da comunidade internacional.

A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção de 2003, em seus arts. 21 e 22, recomenda que os Estados signatários adotem medidas legislativas no escopo de reprimirem o “suborno no setor privado” e a “malversação ou peculato de bens no setor privado”.

Cuida-se de problema de amplitude mundial, recebendo atenção da Convenção da ONU (Convenção de Mérida), cujo documento consiste no “mais amplo e completo instrumento global com força cogente atualmente existente contra a corrupção”.<sup>81</sup> Referida Convenção teve seu texto aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº. 348, de 18 de maio de 2005, entrando em vigor para o Brasil em 14 de dezembro de 2005, sendo, por fim, promulgada pelo Decreto Presidencial nº. 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

Certamente a preocupação da ONU ao recomendar aos países signatários da referida Convenção de combate à corrupção que promovam medidas, inclusive legislativas, buscando tipificar a corrupção privada, está calcada em fenômeno mundial cada vez mais crescente, que consiste na existência de práticas reprováveis de malversação, desvio, suborno e recebimento de propinas no âmbito das relações comerciais particulares.

À guisa de exemplo de como a corrupção privada pode ganhar amplo destaque universal, especialmente em razão de abundante cobertura midiática, cita-se o caso da FIFA, organismo máximo do futebol, sediada em Zurique, na Suíça. Trata-se de instituição de direito privado, a qual não possui qualquer vinculação com o Estado, contando com abrangência mundial e grande poderio econômico. Cabe à FIFA organizar todos os torneios, campeonatos e copas envolvendo as diversas categorias do futebol masculino e feminino, além de congrega todas as

---

<sup>81</sup> HAYASHI, Felipe Eduardo Hideo. *Ob. cit.*, p. 108.

federações nacionais e continentais, servindo como última instância desportiva na organização e disciplina do esporte mais popular do planeta.

Essa instituição, extremamente rica e poderosa, capaz de ter construído em mais de 100 anos um “verdadeiro império global, com tentáculos na economia, no crime organizado, na política e até mesmo na identidade nacional de países”,<sup>82</sup> está há muito tempo envolvida em sérias denúncias de corrupção, tais como o pagamento de propinas aos seus dirigentes espalhados pelos cinco continentes para escolha das sedes dos mundiais de 2018 (Rússia) e 2022 (Catar), desvio de recursos arrecadados com a Copa do Mundo de 2014 realizada no Brasil, sonegação fiscal e evasão de divisas, venda irregular de ingressos, malversação de dinheiro recebido de patrocinadores, etc.

A FIFA organiza as Copas do Mundo, com exclusividade, a cada quatro anos, arrecadando avultadas fortunas com a comercialização do direito de imagem para transmissão de jogos oficiais, licenciamento de produtos, marketing e publicidade nos estádios e demais canais, patrocínio dos eventos com anúncios exclusivos, venda de ingressos, dentre outras formas de recebimento de recursos, sempre com contratos milionários, impondo seu poder aos países que admitem sediar referido evento.<sup>83</sup>

Esse é um exemplo pronto e acabado da imperiosa necessidade de se promover a tipificação da corrupção privada (fato ainda considerado atípico no Brasil), com previsão de punição de referido delito em praticamente todos os países da Comunidade Europeia e nos Estados Unidos da América, local de onde, aliás, partiram as investigações que resultaram nas prisões de diversos dirigentes do futebol mundial, inclusive do ex-presidente da CBF, instituição também envolvida em sérias denúncias e escândalos de corrupção, noticiados fartamente pela imprensa brasileira, principalmente após ter sido definida a sede do Mundial de Futebol de 2014.

---

<sup>82</sup> CHADE, Jamil. **Política, propina e futebol**: como o “Padrão FIFA” ameaça o esporte mais popular do planeta. Rio de Janeiro: Objetiva, 2015, p. 17.

<sup>83</sup> Essa determinação autocrática da FIFA resultou na aprovação pelo Congresso Nacional da Lei Geral da Copa – Lei nº. 12.633, de 05 de junho de 2012. Referida norma implicou na concessão de isenção tributária para FIFA, regulamentou a comercialização de produtos e os direitos de som e imagem, além de tipificar ilícitos penais. A Lei Geral da Copa prevê a hipótese de Lei Penal Temporária (art. 2º, Código Penal), sendo tipificados quatro crimes (arts. 30, 31, 32 e 33 da Lei nº. 12.633/2012), protegendo-se o direito à marca FIFA, vedando-se o *marketing* por associação e o *marketing* de emboscada; esse diploma penal teve validade até 31.12.2014 (art. 36), cuidando de crimes de ação pública condicionada à representação da FIFA (art. 34). “No Brasil, passou a ser crime a reprodução ou a falsificação de símbolos e de mais de 230 nomes registrados pela FIFA na divulgação de produtos relacionados à Copa”. CHADE, Jamil. *Ob. cit.*, p. 249.

Os diversos escândalos envolvendo os dirigentes da FIFA resultaram em várias prisões, acordos de delação premiada com a justiça americana e bloqueio de valores depositados em nome dos dirigentes continentais.

As prisões dos gestores da FIFA e a exposição pública de sua crise foram fundamentais para recolocar na ordem do dia o tema da criminalização da corrupção nas relações privadas e malversação de recursos em negócios firmados entre particulares, inclusive em nosso país, sendo que a investigação “abriu a caixa-preta da entidade e revelou ao mundo como de fato o esporte estava sendo administrado: jogos comprados, sedes compradas, votos comprados e esquemas de subornos que contaminaram o futebol”.<sup>84</sup>

Portanto, tem-se que a tipificação do crime de corrupção nas relações privadas se apresenta como situação extremamente grave e que merece ser enfrentada pelo legislador brasileiro, suprimindo-se essa séria lacuna normativa, principalmente na atualidade, quando a corrupção não consegue sair das pautas, havendo uma simbiose entre as matérias jornalísticas de política e de polícia.

A questão da corrupção privada ganha especial atenção a partir do advento da Lei nº. 12.846, de 1º de agosto de 2013, batizada de Lei Anticorrupção das pessoas jurídicas ou Lei da Empresa Limpa. Trata-se de diploma que estabelece normas de conformidade (*compliance*)<sup>85</sup> no seio das pessoas jurídicas, instituindo a necessidade de implantação de um Código de Ética interno, além de definir os atos lesivos (art. 5º), as penas cabíveis (arts. 6º e 7º), regulamentar o processo administrativo (arts. 8º a 15) e estabelecer as hipóteses de cabimento do acordo de leniência (arts. 16 e 17).

Mesmo sendo considerada um avanço legislativo, a Lei Anticorrupção não definiu as hipóteses de corrupção privada, punindo as práticas corruptas de empresas que tenham celebrado contrato com o poder público. Nesse sentido,

A presente Lei passou a sancionar administrativamente as pessoas jurídicas por atos de corrupção junto ao Poder Público, direta ou indiretamente, mediante interposição

---

<sup>84</sup> CHADE, Jamil. *Ob. cit.*, p. 165.

<sup>85</sup> “*Compliance* consiste na prática de obedecer a regras ou requisições/mandamentos emanados de autoridades. Também pode ser encarrado como prática para assegurar a total obediência à lei”. GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **O combate à corrupção e à lei de Responsabilidade de Pessoas Jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 69.

e preposição, independentemente do setor ou da atividade específica, no Brasil e no exterior abrangendo o primeiro, o segundo e o terceiro setor.<sup>86</sup>

Cuida-se de aplicação de regras do direito administrativo sancionador, optando o legislador pela possibilidade de aplicação de sanções administrativas (e não sanções penais) para punir pessoas jurídicas que venham a ser responsabilizadas pela prática de atos corruptos em desfavor da administração pública.

Novamente afirma a doutrina:

De se ressaltar, por fim, a escolha legislativa extremamente proveitosa, ao incluir a responsabilidade das pessoas jurídicas dentro das regras de direito administrativo sancionador. Temos a plena convicção que uma previsão penal, nesse caso, traria resultados muito pouco diferentes do que alcançará o direito administrativo, e produziria, ao revés, grandes problemas de ordem prática e dogmática para o direito penal.

O rol de infrações administrativas, previstas no art. 5º da Lei Anticorrupção, apresenta paralelo, em termos gerais, com diversos delitos contra a administração pública (corrupção passiva, fraude à licitação, dentre outros), bem como, com outras infrações administrativas.

A lei ainda descortina o modo como o mesmo fato – a corrupção – será tratado por um ou outro ramo do direito (penal ou administrativo sancionador) a depender de quem seja o sujeito ativo: um cidadão ou uma pessoa jurídica.<sup>87</sup>

Embora extremamente relevante o advento da Lei nº. 12.846/2013, passando a apresentar efetiva punição, com sanções administrativas severas e proporcionais ao dano causado, referido diploma somente tipifica ilícitos e prevê punição administrativa para as práticas de corrupção envolvendo o poder público, desperdiçando-se a oportunidade de estabelecer uma adequada tipificação da corrupção privada, ainda que para impor responsabilização administrativa.

Nesse aspecto o Brasil se encontra com quase 20 anos de atraso em relação ao continente europeu, que veio a regulamentar a corrupção no setor privado, fazendo-o por intermédio da Convenção Penal sobre a Corrupção do Conselho da Europa, realizada em Estrasburgo em 27 de janeiro de 1999.

Os países integrantes da Comunidade Econômica da Europa, ao firmarem o compromisso de tipificar a corrupção privada, orientando que cada país que assinou

---

<sup>86</sup> CARVALHOSA, Modesto. **Considerações sobre a Lei anticorrupção das pessoas jurídicas**: Lei nº. 12.846 de 2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 33.

<sup>87</sup> GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *Ob. cit.*, p. 103.

mencionada Convenção venha a alterar sua legislação interna para criminalizar a prática da corrupção nas relações comerciais existentes entre pessoas físicas e/ou jurídicas em contratos eminentemente privados (sem qualquer necessidade de identificar o Estado como vítima da fraude, do logro e dos atos de malversação financeira), pensaram no seguinte:

La estrategia político-criminal del legislador europeo se apunta em favor de la concretización de un tipo penal de corrupción en el sector privado, distinto y autónomo de la tradicional corrupción pública; y el bien jurídico a protección del cual tiene que ser edificado este tipo vien identificado claramente com la libertad y lealdad de la competencia.<sup>88</sup>

Tipificadas como atos dolosos, fruto da inobservância das normas de *compliance* e como malversação de recursos que burla as regras do contrato, a boa-fé objetiva nas relações comerciais e a ética que deve permear todas as negociações e relações privadas, as figuras delitogênas da corrupção privada ativa e corrupção privada passiva são assim definidas:

Corrupción ativa en el sector privado como el echo de ‘proeoter, ofrecer o entregar, directamente o a través de un intermediario, a una persona que desempeñe funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una entidad del sector privado, una ventaja indebida de cualquier naturaliza para dicha persona o para un tercero, para que ésta realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones. La definición siguiente de la corrupción passiva otro no es que el reflejo especular de la primera, consistiendo en el pedir, recibir o aceptar la promesa de la ventaja indebida, en el desempeño de las funciones indicadas y com la contraprestación activa u omisiva sobra definida.<sup>89</sup>

Embora não faça parte do escopo do presente trabalho, tem-se como relevante esmiuçar um pouco mais o conceito de *compliance* e sua importância no combate à corrupção (na esfera pública e nas relações privadas) e, inclusive, na gestão dos partidos políticos (classificados como pessoa jurídica de direito privado – art. 17, § 2º, Constituição Federal).

Nesse diapasão, cita-se estudo assim vazado:

Os pressupostos dados à noção de *compliance* podem, por vezes, parecer comezinhos. Mas não o são, ainda mais quando da verificação de sua interação com o Direito Penal. Sua estrutura é bastante interessante, mas causa uma certa preocupação quando vista sob o prisma penal. É de se ver, de toda forma, que a técnica dos programas de *compliance* não se mostra apenas como ornamentação de estilo das teorias do consenso – e nem mesmo da arbitragem ou dos sistemas de auditoria interna. Ela vai além: mostra-se como uma aceitação institucionalizada, que combina as variadas possibilidades de comportamento decisório no âmbito empresarial. Orienta-se, em verdade, pela finalidade preventiva, por meio da programação de uma série de condutas (condução de cumprimento) que estimulam a diminuição dos riscos da atividade. Sua estrutura é pensada para incrementar a capacidade comunicativa da

<sup>88</sup> FOFANI, Luigi. **La corrupción nel sector privado: iniciativas internacionales y derecho comparado.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº. 81. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 56.

<sup>89</sup> FOFANI, Luigi. *Ob. cit.*, p. 57.

pena nas relações econômicas, ao combinar estratégia de defesa da concorrência leal e justa com as estratégias de prevenção de perigos futuros.<sup>90</sup>

Cuida-se de uma discussão que merece ser melhor trabalhada e estudada pela própria doutrina, despertando total interesse dos professores de direito penal e fazendo a necessária junção entre as regras da boa concorrência e da boa governança, direito penal e direito administrativo sancionador, já que “o investimento em tais programas deve ser constante, pois é peça fundamental para a mudança de perspectiva na atividade de toda a escala funcional da empresa”.<sup>91</sup>

Não se pode olvidar, contudo, que, embora não exista uma tipificação direta da corrupção privada no Brasil, em ao menos dois diplomas avistam-se tipos penais que criminalizam condutas corruptas nas relações comerciais ou de consumo eminentemente privadas, embora mencionadas hipóteses possuam um espectro bastante limitado/restrito.

São as hipóteses previstas na lei de proteção da propriedade industrial, definindo os crimes de concorrência desleal e os tipos previstos no Estatuto do Torcedor ao criminalizar a fraude das competições esportivas.

Com relação à norma específica que tipifica as condutas que afetam a livre concorrência (Lei nº. 9.279/96), bem jurídico com previsão constitucional (art. 170, IV, da *Lex Mater*), coibindo a competição ou concorrência desleal no âmbito das relações econômicas privadas, tem-se a criminalização da corrupção ativa de empregado (art. 195, IX, Lei nº. 9.279/96) e corrupção passiva de empregado (art. 195, X, Lei nº. 9.279/96);<sup>92</sup> repita-se, exclusivamente nas atividades voltadas à proteção da propriedade industrial e da liberdade de concorrência.

Colhe-se da doutrina especializada, sobre referidos ilícitos penais, a seguinte informação:

Esse delito também é conhecido como suborno ativo de empregado, apresentando grande similitude com o crime de corrupção ativa previsto no art. 333 do CP, afastadas as peculiaridades de cada delito. Entre as distinções, estão as elementares de

<sup>90</sup>SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 255.

<sup>91</sup> DAVID, Décio Franco. *Compliance e corrupção privada*. GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (Coords.); In: DAVID, Décio Franco (Org.). **Compliance e Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 223.

<sup>92</sup> Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem:

IX – dá ou promete dinheiro ou outra utilidade a empregado de concorrente, para que o empregado, faltando ao dever do emprego, lhe proporcione vantagem.

X – recebe dinheiro ou outra utilidade, ou aceita promessa de paga ou recompensa, para, faltando ao dever de empregado, proporcionar vantagem a concorrente do empregador.

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

funcionário público, no crime contra a Administração Pública, e a de empregado, no tipo em exame; quanto às aproximações, o dever de lealdade que cercam as atividades de um e de outro. O primeiro para com o Poder Público; o segundo, para com o empregador.<sup>93</sup>

Outra hipótese de tipificação de corrupção praticada no âmbito das relações privadas está expressamente positivada no Estatuto do Torcedor (Lei nº. 10.671/2003, alterado pelas Leis nº. 12.299/10 e 13.155/15).<sup>94</sup>

Como a maioria dos eventos esportivos são organizados por entidades privadas (federações ou confederações das respectivas modalidades esportivas), a exemplo do campeonato brasileiro de futebol, cuja organização e execução fica ao encargo da CBF, tem-se nova hipótese de corrupção privada, sendo que, desta feita, o legislador pátrio optou por criminalizar a corrupção ativa (art. 41-C) e a corrupção passiva (art. 41-D) especificamente voltadas para as atividades desportivas.

Sublinhe-se que a lei não exige qualidade ou condição especial do agente para figurar como sujeitos dos crimes acima mencionados, cuidando-se de crime comum.

Tirante essas duas hipóteses previstas na lei de proteção à propriedade industrial e no Estatuto do Torcedor, inexistente uma tipificação da corrupção privada que venha a açambarcar todas as demais situações ou pelo menos a maior parte das práticas corruptas desenvolvidas no âmbito das atividades comerciais e empresarias, colidindo interesses privados.

Nesse sentido entende a moderna doutrina ser necessária a tipificação da corrupção praticada nas relações privadas, notadamente em razão da relevância do bem jurídico tutelado, não sendo suficiente a implantação de regras de *compliance* e boa governança nas empresas, além da vigência da Lei Anticorrupção.

Acerca do assunto, cita-se:

Torna-se bastante evidente qual tipo de conduta pode ser considerada corrupta no setor privado: desde um simples ato de aceitação de uma promessa de brinde até o favorecimento financeiro e burlas contratuais de natureza concorrencial. Por isso,

---

<sup>93</sup> PIERANGELI, José Henrique. **Crimes contra a propriedade industrial e crimes de concorrência desleal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 342.

<sup>94</sup> Art. 41-C. Solicitar ou aceitar, para si ou para outrem, vantagem ou promessa de vantagem patrimonial ou não patrimonial para qualquer ato ou omissão destinado a alterar ou falsear o resultado de competição esportiva ou evento a ela associado:

Pena - reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos e multa.

Art. 41-D. Dar ou prometer vantagem patrimonial ou não patrimonial com o fim de alterar ou falsear o resultado de uma competição desportiva ou evento a ela associado:

Pena - reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos e multa.

conclui-se que a corrupção privada fere o regular funcionamento das regras empresariais e de mercado, motivo pelo qual, ao buscar um projeto de atividades preventivas e tuteláveis destas condutas, os programas de *compliance* ganham bastante ênfase.<sup>95</sup>

Essa necessidade já conta com a preocupação do legislador pátrio, merecendo registro que tramita no Congresso Nacional, desde o ano de 2012, um projeto de novo Código Penal Brasileiro.

Inicialmente fora composta pelo Senado da República uma comissão de juristas, incumbindo-lhes a responsabilidade para confeccionar um anteprojeto que resultou no projeto de lei apresentado pelo Senador José Sarney com o objetivo de revogar o atual Código Penal e instituir um novo diploma, extirpando do ordenamento jurídico os tipos penais ultrapassados e ainda em vigor e promovendo a tipificação de condutas que estão diretamente voltadas para a nova realidade vigente, atentando-se, sobretudo, para os crimes econômicos, financeiros e praticados em ambiente virtual.

Nesse contexto foi materializado o PLS n°. 236/2012. Esse desenho de lei, em seu art. 167, parágrafo único,<sup>96</sup> define o crime de corrupção entre particulares (ativa e passiva), incluindo-se referida figura penal, equivocadamente, no capítulo dos crimes contra o patrimônio, e estabelece uma pena de prisão de um a quatro anos, embora não se especifique se referida pena seria de detenção ou reclusão.

Tal projeto de lei encontra-se paralisado no Parlamento nacional, tendo sofrido diversas críticas da doutrina especializada, que apontou inúmeros equívocos conceituais e normativos.

Independentemente de ser aprovado o PLS n°. 236/2012 ou qualquer outro Projeto de Lei, urge que venha a ser cumprida a determinação contida na Convenção de Mérida (ONU), seguindo-se a tendência do moderno direito penal ao se promover a tipificação do crime de corrupção privada ativa e corrupção privada passiva e suprir referida lacuna que se apresenta pernicioso para o país, notadamente em momento crucial em que o discurso de combate à

---

<sup>95</sup> DAVID, Décio Franco. *Ob. cit.*, p. 223.

<sup>96</sup> Corrupção entre particulares.

Art. 167. Exigir, solicitar, aceitar ou receber vantagem indevida como representante de empresa ou instituição privada, para favorecer a si ou a terceiros, direta ou indiretamente, ou aceitar promessa de vantagem indevida, a fim de realizar ou omitir ato inerente às suas atribuições.

Pena – prisão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem oferece, promete, entrega ou paga, direta ou indiretamente, ao representante da empresa ou instituição privada, vantagem indevida.

corrupção passa a ganhar consistência e apoio dos órgãos públicos, da população e da própria classe política.

### **1.3. Corrupção, globalização e combate transnacional**

A corrupção é um fenômeno mundial e que afeta todas as sociedades, estando presente até mesmo nos países desenvolvidos e com elevado grau de formação de seu povo, contando com existência e funcionamento de agências públicas responsáveis pela sua fiscalização e combate.

Obviamente que, via de regra, a corrupção nos países desenvolvidos, tanto econômica quanto culturalmente, além de não ser tolerada pela população, encontra resposta do Estado, havendo plena possibilidade de punição dos envolvidos com perda de funções públicas e ressarcimento dos valores desviados, diferentemente do que ocorre em parte dos países em desenvolvimento que lutam no combate à impunidade da corrupção.

Ademais, diante da era da plena informação e das relações comerciais e culturais globalizadas, apresenta-se a corrupção como um fenômeno mundial e globalizado; assim, reivindicam-se respostas da comunidade internacional, sendo necessário firmar o compromisso de um combate transnacional às práticas corruptas.

Não há dúvida de que hoje se vive em um mundo globalizado e conectado, operando-se nos últimos anos verdadeira revolução tecnológica, mercantil, cultural e social. Houve um encurtamento ou o fim das distâncias, uma flexibilização das fronteiras e uma enorme velocidade das comunicações, sendo que referido avanço nas relações humanas, e entre o indivíduo e o Estado, também serve como forma de aperfeiçoar ou aprimorar as práticas passíveis de serem definidas como à margem da lei.

O mundo é hoje conduzido sob a égide da rapidez e da fluidez, vivenciando-se uma verdadeira revolução das comunicações (notadamente com a ampliação e, em alguns ambientes, com a verdadeira massificação do uso da *internet* e das redes sociais), bem como a alteração das regras comerciais e mercantis (com a criação de blocos econômicos, diluindo-se o conceito de fronteiras).

Tal mundo globalizado provocou alterações e avanços nos costumes, mudanças culturais, econômicas e de relacionamento, passando a imprimir modificações em alta velocidade em alguns direitos, como a propriedade, inclusive a propriedade imaterial ou os direitos autorais, comunicações e na esfera da intimidade.

Nesse sentido, cita-se estudioso do assunto:

Hoje vivemos um mundo da rapidez e da fluidez. Trata-se de uma fluidez virtual, possível pela presença dos novos sistemas técnicos, sobretudo os sistemas da informação, e de uma fluidez efetiva, realizada quando essa fluidez potencial é utilizada no exercício da ação, pelas empresas e instituições hegemônicas. A fluidez potencial aparece no imaginário e na ideologia como se fosse um bem comum, uma fluidez para todos, quando, na verdade, apenas alguns agentes têm a possibilidade de utilizá-la, tornando-se, desse modo, os detentores efetivos da velocidade. O exercício desta é, pois, o resultado das disponibilidades materiais e técnicas existentes e das possibilidades de ação. Assim, o mundo da rapidez e da fluidez somente se entende a partir de um processo conjunto no qual participam de um lado as técnicas atuais e, de outro, a política atual, sendo que esta é empreendida tanto pelas instituições públicas, nacionais, intranacionais e internacionais, como pelas empresas privadas.<sup>97</sup>

Da forma como é concebida, a globalização implica em aumento das hipóteses de desigualdade entre as nações, aumento do desemprego, automação das relações humanas, virtualização dos ambientes, paradoxal distanciamento das relações humanas, com encurtamento ou fim das fronteiras da comunicação.

Todas essas características contribuem para uma situação de aparente desordem, constituindo-se em terreno fértil para a prática de condutas corruptas, notadamente nas relações econômicas envolvendo empresas transnacionais e países em desenvolvimento.

Ainda sobre o conceito de globalização e seus efeitos, cita-se:

O significado mais profundo transmitido pela ideia da globalização é o do caráter indeterminado, indisciplinado e de autopropulsão dos assuntos mundiais; a ausência de um centro, de um painel de controle, de uma comissão diretora, de um gabinete administrativo. A globalização é uma '*nova desordem mundial*'. [...] A globalização não diz respeito ao que todos nós, ou pelo menos os mais talentosos e empreendedores, desejamos ou esperamos fazer. Diz respeito ao que está acontecendo a todos nós.<sup>98</sup>

---

<sup>97</sup> SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Record, 2003, p. 83-84.

<sup>98</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999, p. 67-68.

Quanto maior o desenvolvimento da globalização, principalmente sob o viés econômico, promovendo-se o estreitamento de fronteiras e a redefinição do conceito de soberania, maior a probabilidade de serem praticadas condutas delituosas definidas como práticas corruptas.

A expansão das empresas e dos mercados favorece, também, o surgimento de paraísos fiscais, o incremento da lavagem de dinheiro e de uma corrupção sistemática praticada por organizações criminosas, contando-se com a colaboração de servidores públicos transnacionais, bancos, indústrias, empresas e pessoas com poder político. São “delitos classificados criminologicamente como *crimes of the powerful*; de delitos que têm uma regulação legal insuficientemente assentada; e de delitos cuja dogmática se acha parcialmente pendente de elaboração”.<sup>99</sup>

Diante de referido problema de graves dimensões e amplitude, notadamente em razão de sua potencialidade com o crescimento da globalização, passou-se a desenvolver a consciência de que “a luta contra a corrupção tornou-se parte das prioridades internacionais universais e regionais, requerendo efetivamente, esforços comuns, intercâmbio de experiências e um certo grau de uniformização”.<sup>100</sup>

Nesse contexto surgem medidas internacionais de combate à corrupção, podendo-se afirmar que “a corrupção é uma prioridade emergente para a comunidade internacional”,<sup>101</sup> o que deságua nos diplomas vigentes na atualidade e na sedimentação de uma concepção de que devem ser desenvolvidas ações integradas que objetivem a cooperação transnacional entre as nações e os diversos organismos governamentais (OEA, ONU, FMI, Banco Mundial, etc.) e não governamentais (Transparência Internacional).

Ademais, devem-se criar mecanismos externos que possuam força de coerção no sentido de coibir os países da comunidade internacional a adotarem medidas e providências no combate à corrupção, inclusive com a alteração de sua legislação.

Adiantaria muito pouco ao esforço internacional no combate à corrupção a edição de tratados, pactos e convenções, com a realização de estudos e detecção dos focos de corrupção,

---

<sup>99</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 77.

<sup>100</sup> ROCHA, Patrícia Barcelos N. de Mattos. **Corrupção na era da globalização**. 3ª reimp. Curitiba: Juruá, 2011, p. 115.

<sup>101</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan. *Ob. cit.*, p. 243.

apresentando-se sugestões de alteração de práticas comerciais, econômicas e culturais, se os países não adotassem medidas internas no escopo de promover a alteração de sua legislação sobre o assunto, a mudança das formas de controle das práticas administrativas e econômicas envolvendo o Estado, além de uma cultura de combate à corrupção.

Nesse diapasão ganha especial destaque a necessidade de uma discussão intensa, culminando na alteração da legislação penal brasileira, notadamente em razão de omissões normativas existentes, como a ausência de tipificação do crime de caixa dois na campanha eleitoral, ausência de regras transparentes versando sobre financiamento de campanhas, insuficiência de adequado controle interno no âmbito dos partidos políticos, inexistência do crime de corrupção privada, necessidade de tipificação da infidelidade patrimonial e do enriquecimento ilícito.

Todas as alterações acima mencionadas devem ser empreendidas com brevidade, notadamente em razão das recomendações já existentes em diplomas normativos internacionais, havendo verdadeiro descumprimento de mandados expressos de criminalização, o que configura déficit normativo, além da necessidade de adequação do país às regras vigentes no mundo civilizado, possibilitando uma apropriada inserção na globalização econômica, devendo estar, contudo, preparado para o enfrentamento dessa nova criminalidade.

#### **1.4. O movimento internacional anticorrupção e as medidas repressivas transnacionais**

Essa ideia de que a corrupção se constitui em um entrave para o desenvolvimento, além de trazer efeitos perniciosos para toda a comunidade transnacional, impulsionou a que organismos internacionais passassem a desenvolver e intensificar estudos sobre o assunto, levando à apresentação de projetos que resultaram na edição de convenções e tratados internacionais que versam sobre as hipóteses de configuração, prevenção, definição e combate à corrupção internacional.

Nesse contexto merece destaque as conclusões e medidas adotadas pela OCDE no firme propósito de combater a prática do suborno transnacional por todos os países que integram referido organismo voltado para a regulamentação das relações comerciais e concorrenciais.

Registre-se que vários países integrantes da OCDE, a exemplo dos Estados Unidos e Alemanha, tinham por hábito pagar propinas aos agentes públicos dos países em desenvolvimento, sendo referida prática considerada legal e normal, ao ponto de se permitir que fossem deduzidos os valores dessas propinas de seus impostos e taxas.<sup>102</sup>

Existe uma equivocada percepção nos países em desenvolvimento de que as nações civilizadas, a exemplo dos Estados Unidos e dos países da Europa, integrantes do G-7 (grupo das sete maiores economias do planeta), não praticam corrupção nas suas relações comerciais internacionais. Essa é uma visão edulcorada e enganosa a ser corrigida. Embora referidas nações disponham de mecanismos de controle interno eficientes no combate à corrupção, além de aplicar penas severas para os seus agentes públicos flagrados em tais práticas, a corrupção internacional envolvendo empresas sediadas em referidos países ainda acontece com muita frequência, já tendo sido anteriormente citado o caso da Itália, que sempre enfrentou, e ainda enfrenta, problemas dessa natureza.

Não só a Itália (dentre os países desenvolvidos da Europa) se depara com problemas no combate à corrupção, sendo que sobredito fenômeno afeta todas as nações. Tome-se o exemplo da Alemanha (país situado atualmente em 10º lugar no *Corruption Perceptions Index* organizado pela *Transparency International*).<sup>103</sup> Embora classificado entre os dez países menos corruptos do mundo na pesquisa de 2016, feita pela Transparência Internacional, a Alemanha, até 1995, “era um dos países que além de não proibir o suborno transnacional inclusive permitia que suas empresas deduzissem as propinas pagas de seus impostos”.<sup>104</sup>

Diante da constatação da prática de corrupção pelas nações desenvolvidas nas relações comerciais, notadamente com os países em desenvolvimento, teve-se como consequência inicial a aprovação de uma Recomendação pela OCDE datada de 1994 e, posteriormente, em razão dos sucessivos escândalos envolvendo a prática da corrupção transnacional,<sup>105</sup> apresentaram-se duas novas Recomendações – uma datada de 1996, exigindo a proibição da

---

<sup>102</sup> “En muchos países, los sobornos pagados para obter negocios en el extranjero son fiscalmente deducibles, una laguna legal que obviamente estimula los sobornos. Así, El Consejo de la OCDE también recomienda que los Estados miembros prohíban la deducción de los sobornos”. ROSE-ACKERMAN, Susan. *Ob. cit.*, p. 255.

<sup>103</sup> [www.transparency.org/cpi](http://www.transparency.org/cpi). Acesso em: 10 out. 2017.

<sup>104</sup> HAYASHI, Felipe Eduardo Hideo. *Ob. cit.*, p. 68.

<sup>105</sup> Ainda adotando-se a Alemanha como parâmetro, citam-se os seguintes exemplos: “o caso envolvendo sessenta e cinco executivos da subsidiária da GM Adam Opel, alvos de investigação por receberem subornos de fornecedores; a descoberta de que a indústria de construção civil alemã pagava vultosas quantias todos os anos para corromper funcionários públicos; e a prisão do pai da tenista símbolo esportivo nacional Steffi Graf sob a acusação de sonegação fiscal”. HAYASHI, Felipe Eduardo Hideo. *Ob. cit.*, p. 69.

dedução fiscal de propinas pagas a funcionários estrangeiros, e a outra de 1997, orientando os Estados integrantes da OCDE a criminalizarem a prática do suborno nas relações econômicas e comerciais transnacionais, sugerindo a alteração nas legislações internas.

Evolui-se, finalmente, para a assinatura, em 17 de dezembro de 1997, na cidade de Paris, pelos Estados membros da OCDE e outros países não integrantes de mencionada organização, da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais.

Consigne-se que o Brasil assinou, desde a sua origem, referida Convenção, a qual possui um mecanismo de acompanhamento de sua implementação bastante diferenciado, sendo a avaliação feita por “*peer-driven monitoring mechanism*, ou seja, avaliação entre pares, um Estado Parte avaliando outros e, ao final, é elaborado um relatório com os principais esforços e recomendações a serem adotados pelo país”.<sup>106</sup>

O Congresso Nacional aprovou a Convenção da OCDE por intermédio do Decreto Legislativo nº. 125, de 14 de junho de 2000, passando a vigorar no Brasil em 23 de outubro de 2000 (Decreto Presidencial nº. 3.678), sobressaindo-se a imperiosa necessidade de tipificação das condutas que possuem a finalidade de combater a corrupção nas transações comerciais internacionais.

Como principal consequência da internalização de referido compromisso pelo Estado brasileiro ao promulgar a Convenção da OCDE, tem-se a edição da Lei nº. 10.467, de 11 de junho de 2002, acrescentando-se ao Título XI – Dos crimes contra a administração pública do Código Penal, o Capítulo II-A – Dos crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira. Nesse capítulo foram introduzidos os crimes de corrupção ativa em transação comercial internacional (art. 337-B) e o crime de tráfico de influência em transação comercial internacional (art. 337-C), além de se definir funcionário público estrangeiro (art. 337-D).

Ao comentar a inserção de referidos dispositivos no Código Penal brasileiro, a doutrina assim se posiciona:

A boa-fé nas transações mercantis internacionais é evidenciada pelo compromisso de probidade que deve existir entre as empresas, de forma que a concorrência entre elas se dê unicamente em relação à qualidade e ao preço de seus produtos, e não através do uso da fraude, e também através da lealdade entre os países, de forma a evitar o

---

<sup>106</sup> GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *Ob. cit.*, p. 32.

engrandecimento da economia de um deles à custa da corrupção do setor público de outros.

Assim, o imperativo que demanda a transparência no comércio internacional não é apenas de cunho ético, mas também econômico, porque significa incremento da concorrência e da eficácia nas relações do mercado internacional.<sup>107</sup>

Ademais, tem-se que a corrupção internacional se apresenta como muito mais grave que a corrupção interna, quer por afetar a livre concorrência e o livre mercado, quer por abalar a relação internacional entre empresas e o Estado brasileiro, quer, ainda, pelo fato de referidos desvios muitas vezes implicarem em malversação de recursos fruto de financiamentos ou empréstimos junto a organismos internacionais, depondo em desfavor da credibilidade do Estado.

Feita essa digressão e relato histórico, tem-se como relevante sublinhar que, por força da Convenção da OCDE, foram tipificados os ilícitos penais de corrupção contra a administração pública estrangeira, consistindo em relevante marco no combate à corrupção.

Passa sobredita Convenção a exigir a obrigação de um tratamento ético e com base na livre concorrência entre as nações, coibindo-se qualquer tipo de suborno ou pagamento de propina aos agentes públicos, sendo apresentado, inclusive, o conceito de servidor público estrangeiro para fins penais.

Outro importante marco normativo no combate à corrupção consiste na Convenção Interamericana contra a Corrupção da OEA, datada de 1996 e celebrada na cidade de Caracas, Venezuela, com vigência a contar de 07 de março de 1997.

Cuida-se de relevante tratado internacional<sup>108</sup> que o Brasil assinou no intuito de combater a corrupção, sendo aprovado pelo Congresso Nacional por conduto do Decreto Legislativo nº. 152, de 25 de junho de 2002, promulgado por intermédio do Decreto Presidencial nº. 4.410, de 07 de outubro de 2002, passando a Convenção da OEA a fazer parte do ordenamento jurídico brasileiro.

Estabelece a Convenção da OEA em seu art. II os seus propósitos, destacando-se a promoção e o desenvolvimento de mecanismos aptos a prevenir, detectar, punir e erradicar a

---

<sup>107</sup> PRADO, Luiz Regis. **Tratado de direito penal brasileiro**: parte especial. v. VII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 311-312.

<sup>108</sup> “O termo ‘tratado’, em verdade, é genérico, e abrange também os pactos, convenções, cartas, convênios e protocolos firmados entre países”. CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 162.

corrupção, além de regular a assistência e a cooperação entre os Estados signatários de referido pacto.

Portanto, pode-se separar a Convenção em dois grandes eixos: o primeiro consiste em elencar medidas preventivas às práticas corruptas entre as nações e no âmbito das administrações públicas e o segundo fixando as práticas ilícitas e respectivas sanções.

A convenção define os atos de corrupção (art. VI), suborno transnacional (art. VIII), enriquecimento ilícito de funcionários públicos (art. IX), combate à lavagem de dinheiro e de capitais (art. VI, d) e estabelecendo medidas a serem adotadas pelos signatários da Convenção de Caracas, inclusive arrolando as hipóteses que merecem ser combatidas e tipificadas pelos Estados-parte como crime (art. XI, I, alíneas “a” a “d”), além de permitir a extradição pela prática de referidos ilícitos (art. XIII), fixar regras de assistência e cooperação (art. XIV) e vedar a utilização do sigilo bancário como argumento para obstar a colaboração entre os países que firmaram referido pacto, dentre outras posturas.

As medidas preventivas estão delimitadas no art. III da Convenção, destacando-se as seguintes: (i) estabelecimento de normas de conduta para o exercício escorreito, ético e dentro dos parâmetros de integridade das funções públicas; (ii) criação de mecanismos para assegurar a fiscalização e o cumprimento de referidas normas; (iii) fortalecer os órgãos de controle do Estado (tanto o controle interno como o externo); (iv) instituir sistema de arrecadação tributária que evite a prática da corrupção; (v) adoção de sistema de recrutamento de servidores públicos e remuneração que adotem mecanismos de transparência, buscando evitar a corrupção; (vi) estimular a participação de entidades não governamentais e da sociedade civil na fiscalização e prevenção da corrupção.

Ao lado dessas práticas de cunho preventivo, estabelece a Convenção de Caracas (OEA) mecanismos para reprimir as práticas corruptas, ligadas diretamente ao aspecto penal, com expressa exigência de tipificação de condutas voltadas ao combate da corrupção no direito interno.

O art. VI de referido diploma legal define atos de corrupção, trazendo o seu rol,<sup>109</sup> além de estabelecer como obrigação dos Estados signatários de referido diploma a tipificação do

---

<sup>109</sup> Artigo VI.

Atos de corrupção

1. Esta Convenção é aplicável aos seguintes atos de corrupção:

suborno transnacional e do enriquecimento ilícito (art. IX) e outras condutas, como o uso indevido de informações privilegiadas, malversação de bens públicos e a obtenção ilícita de benefícios públicos.

Registre-se, posto que extremamente relevante para os propósitos do presente trabalho, que a Convenção da OEA não versa diretamente sobre financiamento de campanhas, caixa dois e corrupção eleitoral.

Por fim, dentro dessa evolução dos diplomas internacionais concebidos com o propósito de prevenir e combater a corrupção, cita-se o advento da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida).

Preocupadas em apresentar resposta a esse fenômeno mundial, as Nações Unidas reúnem-se em assembleia no dia 31 de outubro de 2003 e aprovam uma Convenção da ONU contra a corrupção.

O Brasil assinou referido documento em 09 de dezembro de 2003, sendo aprovado pelo Congresso Nacional o Decreto Legislativo nº. 348, de 18 de maio de 2005.

A Convenção foi ratificada em 15 de junho de 2005, entrando em vigor internacional quase três anos após a sua concepção originária, valendo para o Brasil a contar de 14 de dezembro de 2005.

Referido diploma internacional foi promulgado por intermédio do Decreto Presidencial nº. 5.687, de 31 de janeiro de 2006, quando então passou o ato multilateral a ter força de lei ordinária no país.

Tem-se pouco mais de uma década de vigência de importante instrumento global de combate à corrupção, concebido como mecanismo de busca da transparência nas relações

---

a. a solicitação ou a aceitação, direta ou indiretamente, por um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer objeto de valor pecuniário ou de outros benefícios como dádivas, favores, promessas ou vantagens para si mesmo ou para outra pessoa ou entidade em troca da realização ou omissão de qualquer ato no exercício de suas funções públicas;

b. a oferta ou outorga, direta ou indiretamente, a um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer objeto de valor pecuniário ou de outros benefícios como dádivas, favores, promessas ou vantagens a esse funcionário público ou outra pessoa ou entidade em troca da realização ou omissão de qualquer ato no exercício de suas funções públicas;

c. a realização, por parte de um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer ato ou omissão no exercício de suas funções, a fim de obter ilicitamente benefícios para si mesmo ou para um terceiro;

d. o aproveitamento doloso ou a ocultação de bens provenientes de qualquer dos atos a que se refere este artigo; e

e. a participação, como autor, co-autor, instigador, cúmplice, acobertador ou mediante qualquer outro modo na perpetração, na tentativa de perpetração ou na associação ou confabulação para perpetrar qualquer dos atos a que se refere este artigo.

internacionais, além do “desejo da promoção de um instrumento jurídico internacional que dê maior amplitude ao combate da lavagem de dinheiro internacional”.<sup>110</sup>

A Convenção de Mérida é composta de 71 artigos e, no próprio preâmbulo, que funciona como exposição de motivos, demonstra-se preocupação com a gravidade dos problemas decorrentes da prática da corrupção, atentando-se para a estabilidade e a segurança das sociedades, enfraquecimento das instituições, os valores da democracia e, principalmente, com os fortes vínculos que existem entre a prática da corrupção e outras formas de delinquência muito mais sofisticadas e de maiores dimensões, merecendo destaque o crime organizado, a corrupção econômica e financeira e a lavagem de dinheiro.

Esse o tom desenvolvido pela Convenção da ONU, que estava atenta a essa nova forma de criminalidade que ganhou enorme força no início do século XXI, passando a afetar diretamente o desenvolvimento das nações e atacar frontalmente os sistemas políticos e a própria ideia de democracia, liberdade e desenvolvimento sustentável.

Ademais, a Convenção da ONU passou diretamente a versar sobre o risco da corrupção como mecanismo de ameaça à estabilidade política e ataque às instituições. Consoante será mais bem explorado em capítulo específico, porém apenas para demonstrar o acerto da Convenção de Mérida, passou-se expressamente a versar sobre a simbiose existente entre corrupção praticada por agentes do Estado e por outras práticas diretamente ligadas ao crime organizado e o financiamento ilegal de campanhas eleitorais e de partidos políticos, trazendo enormes riscos para a democracia.

Reitera a Convenção da ONU que a corrupção deixou de ser um problema local para se converter em um fenômeno transnacional que afeta todas as sociedades e economias, sendo ressaltada a ideia de uma cooperação internacional para prevenir suas práticas, buscando-se mecanismos para combater, com eficiência, verdadeira praga que grassa entre as nações nos dias que correm.

A Convenção da ONU, em seus 71 artigos, traceja hipóteses de prevenção e punição da corrupção, buscando a sua erradicação, atribuindo como responsabilidade de todos os Estados-membros envidar esforços nesse sentido e contando com o auxílio da sociedade civil e de Organizações Não Governamentais que desenvolvam trabalhos e pesquisas sobre o tema.

---

<sup>110</sup> ROCHA, Patrícia Barcelos Nunes de Mattos. *Ob. cit.*, p. 137.

Tal é o ideário da Convenção da ONU, ao preconizar em seu Capítulo II as diversas providências as quais devem ser adotadas pelos países que firmaram relevante pacto internacional no escopo de prevenir a prática da corrupção.

Estabelece a Convenção de Mérida as políticas e práticas de prevenção da corrupção e a necessidade de criação ou fortalecimento dos órgãos de prevenção como um combate a tais atos no setor público, sendo que referido dispositivo (art. 7, item 3)<sup>111</sup> traz expressa preocupação com o financiamento de candidaturas a cargos públicos eletivos e o custeio de partidos políticos, vislumbrando nisso um foco de corrupção a ser prevenido.

Conforme será mais bem esmiuçado no bojo do presente trabalho, a preocupação da Convenção da ONU tem total pertinência no Brasil, consistindo os gastos com campanhas eleitorais e seu financiamento, principalmente pela iniciativa privada, a prática do abuso do poder econômico e a distribuição de recursos necessários para o sustento dos partidos políticos, aliado ao excesso de agremiações partidárias concebidas em um pluripartidarismo de ocasião, sem observância e cumprimento de um conteúdo programático mínimo (salvo exceções), dentre outras hipóteses, em foco sistemático de práticas corruptas, resvalando para o cometimento de vários outros delitos que têm o Estado como vítima, além da corrupção eleitoral.

Institui, ainda, referido diploma normativo, a necessidade de criação de códigos de conduta para funcionários públicos, estabelecimento de critérios rígidos na contratação pública e gestão do patrimônio público, regras de transparência e informação pública como antídotos à prática da corrupção, além de regulamentar a punição da corrupção no setor privado, destacando a importância desse tema, e estabelecer a necessidade de intensificação de adoção de medidas para prevenir a lavagem de dinheiro, considerando a proximidade entre os temários.

O Capítulo III da Convenção da ONU estabelece a necessidade de todos os Estados que firmaram referido documento de adotar critérios de penalização (tipificação de condutas), notadamente ao definir o suborno de funcionários públicos nacionais, o suborno de funcionários públicos estrangeiros e de funcionários de organizações internacionais públicas, além de delimitar as práticas definidas como malversação ou peculato, apropriação indébita ou outras

---

<sup>111</sup> Artigo 7. Setor Público.

3. Cada Estado Parte considerará a possibilidade de adotar medidas legislativas e administrativas apropriadas, em consonância com os objetivos da presente Convenção e de conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, para aumentar a transparência relativa ao financiamento de candidaturas a cargos públicos eletivos e, quando proceder, relativa ao financiamento de partidos políticos.

formas de fraude, tráfico de influências, abuso das prerrogativas das funções públicas, bem como do enriquecimento ilícito, com uma definição específica para a prática do encobrimento (lavagem do produto do delito), obstrução de justiça, e estimular a criminalização de referidas práticas nas relações privadas.

A Convenção da ONU, em seu artigo 30, item 1, confere especial atenção às sanções a serem fixadas para as práticas definidas como corruptas, afirmando que “cada Estado Parte punirá a prática dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção com sanções que tenham em conta a gravidade desses delitos”.

Tem-se em referido dispositivo expressa preocupação com a incidência de critérios que são desdobramentos do princípio da proporcionalidade, tema a ser melhor esmiuçado nos próximos capítulos, podendo-se anteciper que reprimir a prática de condutas corruptas com uma punição débil implica em ofensa a referido Tratado Internacional de grande relevância e amplitude.

Finalizando o Capítulo III da Convenção da ONU para o combate à corrupção destaca-se a necessidade de inserção de uma cultura de cooperação entre as autoridades encarregadas de fazer cumprir a lei (não devendo haver distanciamento ou pensamentos estanques, sob pena de prejuízo inolvidável ao interesse público), sendo que referida cooperação deve ocorrer entre organismos nacionais (integrantes de todos os poderes do Estado), organismos nacionais e o setor privado que deve ser chamado a colaborar, esclarecendo-se os malefícios da corrupção para toda a sociedade e, principalmente, para o caráter competitivo e concorrencial que deve nortear as práticas das empresas privadas inseridas em uma economia capitalista e produtiva.

A cooperação internacional está contida no Capítulo IV, estabelecendo-se mecanismos voltados para investigação, podendo inclusive ser conjunta entre vários países, delimitando-se regras de extradição dos acusados e condenados por corrupção, além de práticas de cooperação em matéria de cumprimento da lei. Almeja referida cooperação dar efetividade à Convenção, evitando-se a impunidade dos gravíssimos crimes de corrupção transnacional praticados na esfera pública ou no âmbito privado.

A Convenção de Mérida também tem especial cuidado com a recuperação de ativos, estabelecendo no Capítulo V (artigos 51 a 59) as hipóteses de prevenção e detecção de transferências de produto de delito, além de viabilizar mecanismos para recobrar os valores que são comprovadamente fruto da corrupção, regulamentando, inclusive, o confisco de bens e

estimulando a criação de um departamento de inteligência financeira. Destina-se merecida atenção à repatriação de recursos desviados e mantidos de forma clandestina no exterior, salvaguardando o Estado lesado.

Por força dessa cultura de cooperação internacional na busca dos valores desviados e fruto da corrupção (produto do crime, muitas vezes mantidos em países definidos como paraísos fiscais), vários acordos e tratados bilaterais foram estimulados e celebrados, criando-se um cipoal normativo à disposição das nações voltado para a recuperação de ativos.

Essas são, em linhas gerais e em uma síntese apertada, as diversas inovações trazidas com a Convenção de Mérida no combate à corrupção, restando claro que, ao ser firmada referida Convenção pelo Estado brasileiro, passou-se a assumir obrigações internacionais no ataque a mencionadas práticas, implicando, inclusive, na necessidade de alteração da legislação interna, adequando-a aos mandamentos de mencionado diploma.

A não observância das exigências estampadas e elencadas em referida Convenção, como, por exemplo, a responsabilização do financiamento irregular de campanhas eleitorais e de partidos políticos, e a ausência de adequada punição da corrupção eleitoral ensejam a possibilidade de denúncia do Estado brasileiro perante Corte Internacional, apontando-se as omissões em seu cumprimento.

Acerca da possibilidade de responsabilização internacional do governo e do Estado brasileiro pelo descumprimento de Tratado Internacional, diz a doutrina, *ipsis litteris*:

A responsabilidade internacional pode ser direta, decorrendo de atos do Poder Executivo do Estado, de seus órgãos ou de seus funcionários ou, ainda, de particulares que exercem atividades em nome do ente estatal. Pode também ser indireta, quando derivar de ações ou omissões de pessoas naturais ou jurídicas protegidas por um Estado e ainda que resultem de violações das próprias normas de Direito Interno. Cabe ressaltar que os atos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, bem como, os das entidades subnacionais de um ente estatal, são diretamente imputáveis ao Estado soberano e, por conseguinte, podem ensejar sua responsabilidade internacional. Dentre os atos do parlamento que podem sujeitar o ente estatal à responsabilização internacional se encontram: a aprovação de leis que contrariem tratados dos quais o Estado seja parte; e a desobediência a normas internacionais que obriguem a elaborar leis internas concernentes a determinada matéria. Os órgãos jurisdicionais, por sua vez, podem provocar a responsabilidade internacional do Estado em hipóteses como a aplicação de uma lei interna em detrimento da regra de um tratado ou a denegação de justiça.<sup>112</sup>

---

<sup>112</sup> PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional público e privado**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 390-391.

Portanto, não dispõe o Congresso Nacional a faculdade de se debruçar sobre o assunto. Em verdade está o Parlamento brasileiro obrigado a debater e discutir o relevante tema da corrupção, principalmente sobre o seu viés eleitoral, buscando mecanismos de punir o financiamento criminoso ou clandestino das campanhas eleitorais e dos partidos políticos, além de adequar as sanções destinadas para o crime de corrupção eleitoral, que atenta contra a democracia, aos parâmetros exigidos pela Convenção da ONU de combate à corrupção.

A recalcitrância dos deputados federais e senadores da República em pôr em prática exigência contida no Tratado Internacional de que é signatário o Brasil pode ensejar um pedido de responsabilização do Estado perante Corte Internacional.

À guisa de conclusão preliminar acerca da importância da Convenção de Mérida no combate à corrupção, indaga-se: a manutenção de uma legislação eleitoral porosa, permeada de lacunas e inconsistências, permitindo um multipartidarismo completamente desconfigurado, sem estabelecer regras claras de financiamento eleitoral e partidário, não implica em afronta a um Tratado Internacional de grande abrangência, justificando a denúncia do Estado brasileiro perante Corte Internacional?

Mais ainda: resta comprovado, inclusive pelos últimos escândalos políticos e criminais investigados no âmbito da Operação Lava Jato, que a gênese de grande parte da corrupção praticada em nosso país está umbilicalmente ligada ao financiamento de campanhas eleitorais.<sup>113</sup>

Portanto, impõe-se à intransigente defesa de alteração da nossa legislação penal eleitoral, encorpando a filosofia contida na Convenção de Combate à Corrupção da ONU. Isso constitui medida urgente, devendo-se atender a comando expresso de Tratado Internacional, sob pena de ser denunciada a postura de omissão legislativa do nosso Parlamento, impedindo o enfrentamento desse temário com a seriedade que ele merece.

---

<sup>113</sup> “O grande escritor italiano do século 14 Dante Alighieri, na Divina Comédia, alertou a quem ingressava no círculo do inferno com uma placa na porta dizendo: *‘Deixai toda esperança, vós que entráis!’*. Séculos mais tarde, o povo italiano levantou cartazes nos protestos contra o primeiro-ministro Bettino Craxi, envolvido nos escândalos de corrupção trazidos à tona pela Mãos Limpas, com a seguinte adaptação: *‘Deixai toda esperança, vós que votais’*. No Brasil e na Itália a corrupção e o desvio de verbas públicas estão fortemente relacionados ao patrocínio privado das campanhas eleitorais. Em sociedades de valores morais esgarçados, o dinheiro fala mais alto, e a liberdade de votar fica em segundo plano. Assim, é possível compreender a paráfrase de Dante estampada nos cartazes italianos”. CHEMIM, Rodrigo. **Mãos limpas e lava jato: a corrupção se olha no espelho**. Porto Alegre: CGD, 2017, p. 18.

Ademais, a prática desenfreada da corrupção eleitoral, o ataque sistemático à vontade popular, o menosprezo às instituições democráticas, o vilipêndio ao valor do voto universal, direto, periódico e livre implicam em agressão a direito humano fundamental.

Nesse contexto entende-se como relevante promover a análise da íntima relação que existe entre corrupção e direitos humanos, situação que será adequadamente examinada no tópico seguinte.

### **1.5. Corrupção e direitos humanos**

Em um mundo cada vez mais conturbado e com graves problemas, a temática dos direitos humanos ganha destaque, interesse e vitalidade, passando a ser de enfrentamento obrigatório, tanto pela comunidade jurídica interna, como pelos organismos internacionais.

A história do homem pode ser resumida pela sua permanente e incansável busca por seus direitos, implicando em conquistas que ainda não alcançam todas as pessoas, sendo inúmeros os relatos de graves violações aos direitos humanos nos mais variados quadrantes do mundo.

À guisa de tentativa de conceituação, poder-se-ia inserir o conceito de direitos humanos em três eixos centrais – o primeiro como um plexo de direitos inerentes à condição de ser humano, taxado de tautológico, pois consideram-se direitos humanos todos aqueles atribuídos ao homem pelo fato de ser homem.

Sustentando cuidar-se de um desdobramento do princípio da igualdade, essencial a todo ser humano, afirma-se: “A expressão não é pleonástica, pois que se trata de direitos comuns a toda a espécie humana, a todo homem enquanto homem, os quais resultam da sua própria natureza, não sendo meras criações políticas”.<sup>114</sup> Decorre dessa conceituação que “todo homem tem dignidade e não um preço, como as coisas”.<sup>115</sup>

O segundo eixo da conceituação dos direitos humanos está diretamente ligado a sua essencialidade, podendo-se afirmar: “os direitos humanos são aqueles que pertencem ou devem

---

<sup>114</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 20.

<sup>115</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Ob. cit.*, p. 21.

pertencer a todos os homens e que não podem ser deles privados, em virtude de seu regime indisponível e *sui generis*".<sup>116</sup>

O terceiro eixo diz respeito à teleologia dos direitos humanos, estando diretamente ligado às regras de direito internacional que asseguram a dignidade da pessoa humana, elencando-se os direitos mínimos do indivíduo (vida, liberdade, integridade física, cidadania, etc.). Afirma a doutrina que direitos humanos são todos aqueles “positivados nas declarações e convenções internacionais, como também as exigências básicas relacionadas com a dignidade, a liberdade e a igualdade da pessoa”.<sup>117</sup>

Dessa forma, podem ser definidos os direitos humanos como um conjunto de direitos inerentes à condição humana, assegurando ao homem uma vida com liberdade, igualdade, dignidade e integridade.

Ainda no intuito de adequadamente lançar o conceito de direitos humanos, tem-se como relevante destacar que a expressão “direitos humanos” deve ser utilizada quando da proteção internacional dos direitos inerentes à condição humana, enquanto que a positivação na legislação interna (normalmente na Constituição Federal) de referidos direitos ocorre como proteção de direitos fundamentais da pessoa.

Os direitos humanos contam com proteção internacional, enquanto os direitos fundamentais são protegidos internamente pelo Estado (assegurados como garantias fundamentais no texto constitucional).

Os direitos humanos possuem as características da historicidade, universalidade, essencialidade, irrenunciabilidade, inalienabilidade, inexauribilidade, imprescritibilidade e vedação ao retrocesso (proibição do regresso ou efeito *cliquet*), sendo possível falar nos dias que correm em uma cultura dos direitos humanos.

Os direitos humanos existem e estão positivados em tratados e convenções internacionais, servindo de norte e parâmetro para todos os países que estão a eles adstritos, havendo na atualidade uma verdadeira “gramática dos direitos humanos”, a qual consiste no

---

<sup>116</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 37.

<sup>117</sup> GUERRA, Sidney. **Direitos humanos: curso elementar**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 41.

“estudo dos elementos que compõem o núcleo normativo dos direitos humanos e suas combinações recíprocas, orientando a sua correta aplicação”.<sup>118</sup>

Ademais, os direitos humanos não são interpretados ou protegidos de forma isolada ou estanque, havendo uma necessária interligação entre eles, o que provoca constante evolução dos mesmos.

Nesse contexto, apresenta-se como relevante questionar: é possível fazer uma conexão entre o conceito de direitos humanos e a prática da corrupção, especialmente no âmbito eleitoral?

A resposta é positiva no sentido de que é perfeitamente adequado e recomendável fazer a interseção entre corrupção e direitos humanos, notadamente em um país em desenvolvimento como o Brasil, havendo uma correlação entre os elevados índices de corrupção e a vulneração dos direitos humanos.

Nesse sentido afirma a doutrina:

A proteção dos direitos humanos é inversamente proporcional à presença de corrupção na sociedade, já que altos índices dessa implicam a incapacidade do Estado cumprir seus deveres de respeitar, proteger e promover os direitos de seus cidadãos, minando a capacidade e confiabilidade na entrega de serviços públicos. [...] a corrupção ataca o império da lei, central para a proteção dos direitos humanos: ela distorce a honesta e eficiente provisão de utilidades públicas, introduz elemento de subjetividade e arbitrariedade na aplicação da lei, destrói a independência e imparcialidade do judiciário e enfraquece a representação democrática em virtude do aprisionamento do interesse público por interesses escusos.<sup>119</sup>

Portanto, perfeitamente possível estabelecer a correlação entre corrupção e direitos humanos, podendo-se afirmar que, quanto maiores os índices de corrupção de determinado país, maior a probabilidade de menosprezo aos direitos humanos fundamentais, havendo violações de direitos estampados nos tratados e convenções internacionais.

Eis triste e inadiável conclusão: a corrupção existente no âmbito da administração pública ataca diretamente e de forma perniciosa os direitos humanos, sendo possível traçar uma correlação diretamente proporcional, no sentido de que, quantos maiores os índices de

---

<sup>118</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016, p. 35.

<sup>119</sup> PIMENTEL FILHO, André. **(Uma) teoria da corrupção: corrupção, estado de direito e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 110.

corrupção, alijando o regular funcionamento do Estado, maiores as hipóteses de violação dos direitos humanos.

Ademais, nesse contexto de corrupção e violação dos direitos humanos, tem-se que o combate a tais práticas permitirá florescer o direito ao desenvolvimento e à participação política, sendo esta uma relação diretamente proporcional.

### **1.5.1. Direito à democracia e à moralidade administrativa como direito humano fundamental**

Atribui-se ao jurista francês de origem tcheca Karel Vasak, em trabalho publicado em uma conferência proferida no ano de 1979, no Instituto Internacional de Direitos Humanos de Estrasburgo, a defesa da classificação dos direitos humanos em gerações.

Tomando como parâmetro os lemas da Revolução Francesa “*liberté, égalité et fraternité*” (liberdade, igualdade e fraternidade), estabelece a divisão em gerações, sendo que “os direitos de liberdade seriam os de primeira geração; os da igualdade, os de segunda geração; e os da fraternidade os de terceira geração”.<sup>120</sup>

Apreciando a evolução histórica dos direitos humanos (registre-se que a historicidade figura como característica intrínseca dos direitos fundamentais), têm-se direitos de 1ª, 2ª e 3ª geração, sendo que existem autores que versam sobre os direitos fundamentais de 4ª geração,<sup>121</sup> apresentando exemplos de direitos que integram referido marco histórico.

Não se deve olvidar que alguns estudiosos do direito optam por utilizar a expressão “direitos de 1ª, 2ª, 3ª e 4ª dimensão”, informando que o termo “geração” passaria a ideia de um direito estanque dentro de determinado período histórico, sem que exista uma correlação entre as diversas fases e etapas (a eutanásia pode ser considerada um direito de 4ª geração – discussão a respeito da bioética; ao mesmo tempo, não deixa de ser um direito de 1ª geração, onde se debate o direito à vida e a sua indisponibilidade).

---

<sup>120</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Ob. cit.*, p. 51.

<sup>121</sup> “São direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência”. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 525.

Continuando na análise dessa evolução histórica das gerações do direito, merece registro o fato de que já é postulado e defendido o reconhecimento de direitos de 5ª geração.<sup>122</sup>

Dentro dessa evolução histórica dos direitos fundamentais, apresenta-se como prematuro sustentar a existência de direitos de 5ª geração (cibernética, fertilização *in vitro*, etc.). O mais correto seria a inserção de sobreditos direitos dentre aqueles que integram a 4ª geração/dimensão, uma vez que, ainda não cristalizados e sedimentados, como direito não mais posto à prova ou imune a questionamentos sobre a sua pertinência, abrangência e amplitude, como os direitos atinentes às quatro outras gerações/dimensões.

A teoria geracional é criticada por parte da doutrina, afirmando que pode induzir o intérprete ao erro de imaginar que uma geração seguinte substitui a geração anterior; além disso, ao enumerar as gerações, pode-se criar a equivocada ideia de antiguidade ou preferência de um rol de direitos em relação aos outros, criticando-se, ainda, a apresentação dos direitos humanos de forma fragmentada ou dividida quando estão todos interligados.

Não obstante referidas críticas, entende-se ser oportuna a classificação dos direitos humanos em gerações e/ou dimensões, destacando-se que, além do didatismo de referida classificação, é simples demonstrar em qual geração ou dimensão está situado cada direito humano fundamental.

Além disso, por óbvio que não estão referidos direitos estanques e imobilizados em cada geração, com evidente interconexão entre os mesmos, sempre sendo possível a discussão, nascimento e produção de novos direitos.

Nesse sentido diz a doutrina:

Apesar de não existir muita precisão sobre a consequência prática de considerarmos um direito como pertencente a uma 'quarta' ou 'quinta' geração, essas novas gerações ou dimensões apontadas pela doutrina auxiliam o estudioso a compreender o fenômeno da produção de novos direitos, também denominado *inexauribilidade dos direitos humanos*, para atender a recentes demandas sociais da atualidade. Com isso, em que pese as críticas a teoria das gerações continua a ser um instrumento didático de compreensão dos direitos humanos e sua *inexauribilidade* (sempre há novas demandas sociais, gerando novos direitos), não podendo, é claro, ser usada para impedir a *unidade* dos direitos humanos e uma visão *integral* desse conjunto de direitos, todos essenciais para uma vida humana digna.<sup>123</sup>

---

<sup>122</sup> MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 153.

<sup>123</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 58.

Feita essa digressão acerca das gerações e/ou dimensões dos direitos humanos fundamentais, demonstrando-se a inexauribilidade de referidos direitos, é possível afirmar que a democracia é um direito humano fundamental de 4ª geração e/ou dimensão, estando prevista expressamente nos arts. XXI e XXIX, item 2, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.

Diz referido diploma de grande abrangência e relevância:

Artigo XXI.

1. Todo homem tem o direito de tomar parte no governo de seu país, diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos.
2. Todo homem tem igual direito de acesso ao serviço público de seu país.
3. A vontade do povo será a base da autoridade do governo; esta vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade do voto.

Artigo XXIX.

1. *Omissis.*
2. No exercício de seus direitos e liberdades, todo homem estará sujeito apenas as limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.

O respeito à democracia é um direito humano fundamental expresso na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948, podendo-se afirmar que o regime democrático “já não é uma opção política entre muitas outras, mas a única solução legítima para a organização do Estado”.<sup>124</sup>

Apresenta-se como escoreita a definição de democracia como sendo um “regime político que repousa na vontade do povo”, consistindo em “um processo de afirmação do povo e da garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história”.<sup>125</sup>

Desta forma, afirma-se que a democracia é um direito humano fundamental e que a adequada gestão do Estado, além do respeito a todos os princípios constitucionais, implica em desdobramento de um governo democrático, constituindo-se em direito do cidadão.

Nesse contexto tem-se como relevante assegurar ao cidadão/administrado um governo regularmente eleito, respeitando-se a vontade da soberania popular e, quanto aos atos de gestão, deve-se respeitar todos os princípios constitucionais agasalhados no art. 37, *caput*, da

<sup>124</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Ob. cit.*, p. 231.

<sup>125</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 126.

Constituição Federal, além dos princípios explícitos e implícitos previstos na Carta Política de 1988 que objetivam uma boa administração.

O governo democrático deve observar a legalidade, moralidade, impessoalidade, eficiência, publicidade, proporcionalidade, razoabilidade, supremacia do interesse público, enfim, todos os princípios que, aplicados conjuntamente, implicam em uma gestão democrática, transparente e consentânea com as exigências constitucionais.

O fortalecimento da democracia passa necessariamente pelo respeito de referidos princípios, além de implicar na ampliação da participação popular nas decisões adotadas pelos agentes públicos.

Essa a novel concepção de democracia a ser implementada, principalmente nos países de democracia tardia e direitos ainda não sedimentados, onde a transparência não é a regra e a moralidade administrativa enfrenta sérias resistências, como o Brasil.

Deve-se aplicar as regras democráticas mediante políticas públicas no escopo de promover o “governo do poder visível”, definindo-se modernamente a democracia como “o governo do poder público em público”.<sup>126</sup>

Nesse contexto, deve-se afirmar que, para se atuar como gestor público, “não basta ser honesto. É preciso agir e se comportar honestamente. O exemplo da conduta é fundamental a fim de sinalizar os padrões aceitos socialmente”. Tal princípio enfrenta dificuldades em sua implementação, pois “demanda conscientização social”.<sup>127</sup>

Inúmeros são os recentes exemplos de desvios ou não execução de referido princípio, havendo um longo caminho a ser percorrido no Brasil para a implementação da democracia e do direito fundamental à moralidade administrativa na gestão pública.

Destacam-se dentre a casuística<sup>128</sup> diversos casos que apontam para um verdadeiro atraso no enfrentamento da questão.

---

<sup>126</sup> BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 98.

<sup>127</sup> FIGUEIREDO, Marcelo; GARCIA, Monica Nicida. *Corrupção e direito administrativo*. In: SPECK, Bruno Wilhelm. **Caminhos da transparência: análise dos componentes de um sistema nacional de integridade**. Campinas: Editora da Unicamp, 2002, p. 56.

<sup>128</sup> “Uma rápida passagem pelos julgamentos de nossos tribunais revela os casos mais comuns de violação ao princípio da moralidade: a dispensa de concurso para admissão de funcionário fora das hipóteses legais; a doação a particular de bem desapropriado por interesse social; a aposentadoria especial de parlamentares concedida após curtíssimo prazo de contribuição; a venda de lotes de terrenos pertencentes ao poder público; o aumento de

Por essa razão evolui-se para afirmar que o Estado Democrático de Direito deve ter, dentre suas características, um compromisso em possibilitar ao cidadão o acesso ao direito fundamental à boa administração pública, consistindo no “dever de observar nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais e correspondentes prioridades”.<sup>129</sup>

Como desdobramento do direito humano à democracia e do direito fundamental à boa administração pública, tem-se o direito a uma administração pública proba, sendo vedadas as condutas ilegais, que ferem os princípios constitucionais, notadamente o da moralidade administrativa.

Ademais, decorre do princípio da moralidade administrativa o princípio da probidade administrativa, exigindo dos agentes públicos uma postura pautada na boa-fé e na honestidade, não sendo compatível com a adoção de práticas desonestas e que busquem subverter o interesse público para favorecer o interesse privado, notadamente pelo fato de que a inobservância desse princípio acarreta a incidência do agente público na prática de ato de improbidade administrativa, prevista no art. 37, § 4º, da Constituição Federal e devidamente regulamentada pela Lei nº. 8.429/92.

Portanto, conclui-se que a democracia é um direito humano fundamental, sendo assegurado ainda ao cidadão o direito fundamental a uma boa administração pública, o que inclui o respeito a todos os princípios constitucionais, especialmente o da moralidade administrativa, devendo-se assegurar uma administração pautada nos limites da ética e da probidade administrativa.

### **1.5.2. Existe um direito humano anticorrupção?**

Realizada a conceituação dos direitos humanos, demonstrando-se suas evoluções geracionais ou suas dimensões e promovendo-se o estudo de seus núcleos normativos, resta

---

remuneração de agentes públicos ou políticos para vigorar na mesma legislatura; a contratação de servidores em período eleitoral; a utilização de contratos de publicidade com desvio de finalidade; a realização de despesas de viagens ao exterior sem necessidade e com um número exagerado de agentes; o empréstimo de dinheiro público a particular sem apoio legal ou moral”. FIGUEIREDO, Marcelo; GARCIA, Monica Nicida. *Ob. cit.*, p. 57.

<sup>129</sup> FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 21.

comprovada a importância da democracia como um direito humano fundamental expressamente positivado na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948.

Como desdobramento de um governo democrático tem-se a existência de uma administração pública que observe todos os princípios constitucionais explícitos e implícitos, destacando-se a moralidade administrativa e a probidade na condução da coisa pública.

Diante desse contexto, indaga-se: é possível afirmar ou sustentar a existência de um direito humano anticorrupção?

A resposta deve ser no sentido positivo, notadamente em razão da demonstração de que a corrupção vulnera o desenvolvimento do Estado, ataca suas instituições, impede o regular processo político e eleitoral, além de fragilizar a democracia.

Dessarte, pode-se afirmar que a corrupção “atinge os direitos humanos de maneira sombria e furtiva, pois, não se tratando de conduta violenta contra a pessoa, passa despercebida pela sociedade em geral”.<sup>130</sup>

É nesse contexto que alguns juristas começam a sustentar a existência de um direito humano anticorrupção de forma autônoma, combatendo essa mazela com a aplicação de todos os tratados e convenções de proteção aos direitos humanos vigentes.

Nessa toada encontram-se posições doutrinárias avançadas, apontando para a necessidade de se elevar a prática da corrupção à condição de “crime de interesse universal”, o qual deve ser proibido, combatido e punido em todas as sociedades, passando a existir “um direito fundamental a uma sociedade livre de corrupção” como inerente à condição humana, porque a vida, a liberdade, a dignidade humana, o acesso à saúde, educação, dentre outros “importantes valores humanos dependem desse direito”.<sup>131</sup>

Portanto, não remanesce nenhuma dúvida de que existe um direito humano de contraposição à corrupção, quer em razão de estar o combate à corrupção positivado em tratados e convenções internacionais, sendo obrigação dos países signatários enfrentar referida chaga que contamina todo o tecido social, quer, ainda, porque a corrupção implica em ataque direto e frontal ao Estado Democrático de Direito, sendo que qualquer agressão à democracia como

---

<sup>130</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Direitos humanos versus segurança pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 105.

<sup>131</sup> PIMENTEL FILHO, André. *Ob. cit.*, p. 111.

direito fundamental implica em uma afronta aos direitos humanos, devendo ser fortemente combatida.

Embora se trate de um direito de eficácia limitada, como os demais direitos difusos, que são de todos e de cada um, tais como o meio ambiente ecologicamente equilibrado, referido direito humano de resistência à corrupção avulta em relevância, notadamente em razão de sua defesa implicar, por via transversa, na defesa da democracia, da boa administração e das práticas políticas sadias, o que possibilita o triunfo do interesse público sobre o particular.

Ademais, todo o sistema de combate à corrupção deve ser analisado de forma interligada, cuidando-se de temário multifacetado e multidisciplinar, sendo que alçar a resistência à corrupção como direito fundamental – embora não resolva definitivamente o problema – ao menos apresenta o necessário destaque da matéria, permitindo-se a adoção de uma nova abordagem do tema e desenvolvendo-se uma cultura de integridade e probidade necessária na gestão da coisa pública. Devem referidos conceitos e práticas ser espalhados por todas as demais atividades do Estado e atos democráticos, especialmente pelo processo eleitoral, buscando-se o pleno respeito à vontade soberana do cidadão/eleitor.

É nesse sentido e com referido propósito que sustenta o presente trabalho existir um direito humano fundamental a uma sociedade e um Estado livres da corrupção, sendo referida situação inerente ao conceito de boa administração, voltada para o zelo e probidade na gestão da coisa pública.

## II. CORRUPÇÃO E POLÍTICA

Impossível conceber uma sociedade plenamente democrática e com todas as instituições funcionando adequadamente, senão por intermédio do exercício e da prática da política, com a existência de partidos de conteúdo programático, havendo debates sobre questões cruciais para a coletividade, respeitando-se o espaço apropriado para o antagonismo de ideias. Essa dinâmica é inerente ao Estado Democrático de Direito, não sendo exagero afirmar que “a política é o único poder ao alcance dos que não têm poder”.<sup>132</sup>

Não passa de pura fantasia imaginar uma sociedade sem a política e que será possível atingir um adequado nível de desenvolvimento, independentemente do funcionamento dos poderes constituídos, tampouco se apresenta como correto e consentâneo com a Constituição Federal de 1988, que assegura a independência e separação dos poderes (art. 2º, CF), defender que um poder se sobreponha aos demais usurpando suas prerrogativas e funções, notadamente porque “a doutrina da divisão e do equilíbrio entre os poderes sugere que nenhum poder deve estar acima do outro”.<sup>133</sup>

Indubitavelmente vivencia o país uma forte crise ética, moral, institucional e de representação, com conseqüente crise econômica, social e política, o que resulta na impossibilidade de pleno funcionamento dos poderes. Há na atualidade o crescimento de um fenômeno inerente ao ativismo judicial, passível de ser denominado como judicialização da política, chegando ao Poder Judiciário questões que deveriam ser debatidas e discutidas no âmbito do Poder Legislativo e do Poder Executivo.

Apresenta-se de forma visível a existência da judicialização da política sempre que os tribunais, no desempenho normal da sua atividade judicante, afetam de modo significativo as condições da ação política, ou de questões que originariamente deveriam ser resolvidas na arena política, com as regras próprias da política e não com a intervenção do Poder Judiciário.

A judicialização da política ganha maior destaque quando parte da classe política, inconformada com o resultado do debate no Parlamento ou pelo fato de ser minoria, ou diante da alegação de descumprimento de regras *interna corporis* (como o Regimento Interno da

---

<sup>132</sup> INNERARITY, Daniel. **A política em tempos de indignação**: a frustração política e os riscos para a democracia. Tradução: João Pedro George. Rio de Janeiro: LeYa, 2017, p. 18.

<sup>133</sup> AVRITZER, Leonardo. *Ob. cit.*, p. 136.

Câmara dos Deputados ou do Senado da República, por exemplo), delega a solução para os tribunais e, conseqüentemente, para o Poder Judiciário, o qual lida com questões e conflitos internos que deveriam ser resolvidos perante o Congresso Nacional.

Essa postura implica em renúncia ao debate de questões políticas no âmbito do próprio Parlamento ou entre o Parlamento e o Executivo, abandonando-se a luta e o debate democrático, o qual é transferido para uma contenda ou disputa judicial.

A forte influência do Poder Judiciário nas questões políticas também contribui para a politização do direito, havendo excesso de intervenção do Judiciário. Tal fato provoca uma alteração no funcionamento do sistema, valendo-se do conceito teorizado por Luhmann, não se apresentando como legítima a interferência do Poder Judiciário em questões próprias do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, o que causa uma invasão disruptiva e inadequada.<sup>134</sup>

Referida situação possui um outro viés, que se apresenta com graves conseqüências, passível de ser definido como politização da justiça, passando o Poder Judiciário a examinar e discutir temas apropriados e da competência do Parlamento ou do chefe do Executivo, em total inversão de papéis constitucionais, normalmente com graves prejuízos para a independência de harmonia dos poderes (art. 2º, Constituição Federal) e para o Estado Democrático de Direito.<sup>135</sup>

Ainda versando sobre esse fenômeno da politização da justiça e da judicialização da política, cada vez mais frequente no Brasil, notadamente em razão do atual momento de elevada crise institucional, afirma a doutrina:

A constituição em sentido moderno, enquanto acoplamento estrutural entre política e direito (os próprios tribunais constitucionais fazem parte desse acoplamento), sempre tem duas dimensões: Constituição como politização do direito e Constituição como juridificação da política. Isso significa: democracia e Estado de direito relacionam-se reciprocamente mediante a Constituição. Quando se fala de judicialização da política e politização do direito pretendem-se referir a um excesso, uma hipertrofia, em

---

<sup>134</sup> “A forma adotada pela teoria sistêmica para que haja uma homeostase entre o sistema social e o jurídico é a constante adequação das normas através do processo legislativo. Esse tem por escopo criar, através do consenso social, as linhas a serem seguidas pelos indivíduos integrantes da sociedade”. TRINDADE, André. **Para entender Luhmann e o direito como sistema autopoietico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 49.

<sup>135</sup> “Como se pode deduzir dos termos, ambos os temas vêm tendo um tratamento mais restrito, referindo-se especificamente à relação da atividade política do parlamento e do Executivo com o Judiciário. Em uma perspectiva, aponta-se para o excesso de atividade jurisdicional de controle do Legislativo e do governo, acentuando-se que, dessa maneira, reduz-se o espaço da discussão política e fica prejudicada a legitimação democrática. O mesmo fato, porém, pode ser interpretado como ‘politização da justiça’, desde que as cortes constitucionais estejam decidindo, fundamentalmente, de acordo com critérios políticos”. NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 235.

detrimento, respectivamente, do Estado de direito e da democracia. Nestes termos, a autonomia e o funcionamento de ambos os sistemas ficam prejudicados<sup>136</sup>.

Ademais, não se pode olvidar que padecem os integrantes do Poder Judiciário da necessária legitimidade popular em suas investiduras e, não obstante o respeito à meritocracia consistente na aprovação em concursos públicos para ingresso na carreira de magistrado, sobredita assunção a relevante cargo público diverge, e muito, dos demais integrantes dos poderes da República, que obtêm seus mandatos por intermédio do voto diretamente sufragado.

Dessa forma, configura rematado equívoco defender que, a pretexto do necessário combate à corrupção que lamentavelmente grassa no país, contaminando as instituições e o corpo político em quase sua totalidade, deve-se ampliar as prerrogativas do Poder Judiciário ou mesmo aplaudir práticas que implicam em usurpação ou diminuição dos demais poderes da República.

Acreditar que se valer do ativismo judicial, com a adoção de medidas muitas vezes discricionárias e até autocráticas, consiste no melhor caminho para a solução dos graves problemas de cunho político, muitos deles somente passíveis de definição ou conclusão quando do advento de ampla reforma política, alterando questões cruciais como sistemas eleitorais, financiamento de campanhas e partidário, regras escorregadas de processo eleitoral, dentre outras, inserindo modernas práticas e uma nova cultura política, implica em ingenuidade ou equívoco.

O ativismo judicial, que pode ser simplificado como “decisionismos praticados a partir de discricionariedades interpretativas”<sup>137</sup> em nada contribui para a solução dos graves impasses da democracia brasileira, notadamente após essa simbiose existente entre política e corrupção.

Importante nesta quadra apontar o conceito e os limites do ativismo judicial:

Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim, da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o *núcleo essencial* de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.<sup>138</sup>

<sup>136</sup> NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 194-195.

<sup>137</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 97.

<sup>138</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 116-117.

Essa atuação do Poder Judiciário, ao invés de buscar caminhos para os impasses e crises atualmente vivenciados, potencializa o problema e o fosso que separa o povo (cuja cidadania ainda não viceja plenamente) e as práticas políticas.

Debruçando-se sobre os malefícios do ativismo judicial, da judicialização da política e da politização da justiça, transcreve-se pensamento de filósofo do direito que afirma:

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscavam interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado o seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. Insiste em que os juízes apliquem a Constituição por meio da interpretação, e não por *fiat*, querendo com isso dizer que suas decisões devem ajustar-se à prática constitucional, e não ignorá-la. Um julgamento interpretativo envolve a moral política, e o faz da maneira complexa que estudamos em vários capítulos. Mas põe em prática não apenas a justiça, mas uma variedade de virtudes políticas que às vezes entram em conflito e questionam umas às outras.<sup>139</sup>

Relevante destacar a anuência e total concordância com essas lições, sendo necessário expressar oposição e contrariedade às decisões do Poder Judiciário que implicam menosprezo pela práxis da política, verdadeiro desrespeito aos poderes constituídos e, na maioria dos casos, representam saídas fáceis, muitas vezes populistas, pouco ortodoxas e de baixa reverência institucional.

Essa postura de judicialização da política e de politização da justiça, sob o argumento de combate à corrupção, não tem contribuído para o fortalecimento institucional e tampouco para a mudança de costumes da prática política e da adequada relação entre os poderes. Muito ao contrário, recentes episódios envolvendo o STF, o Congresso Nacional e a Presidência da República<sup>140</sup> demonstram o quão distante da almejada harmonia entre os poderes nos encontramos e quão perniciosa para a democracia se apresenta referida situação.

Ademais, o acréscimo da politização da justiça tem levado ao fenômeno definido como “criminalização da política”, podendo ser apontado como “consequência importante da análise

---

<sup>139</sup> DWORCKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 272.

<sup>140</sup> Reporta-se ao afastamento de Senador da República da Presidência do Congresso Nacional, afastamento de parlamentar eleito sem deliberação da Casa Legislativa, liminares impedindo a posse de Ministros de Estado, dentre outros casos de interferência na independência e harmonia dos Poderes nos moldes constitucionais (art. 2º, Constituição Federal).

reducionista da criminalização da corrupção no Brasil”, promovendo-se “a associação entre política e corrupção”.<sup>141</sup>

Ainda sobre as graves consequências da criminalização da política:

A despeito das influências diretas da corrupção política na vida do cidadão, o discurso daí decorrente passa a depositar todas as mazelas sociais na relação entre política e corrupção. Trata-se de um discurso que parece crítico, mas esconde os efeitos concretos na construção democrática. Os efeitos de uma compreensão ingênua da criminalização da corrupção gera o que Jessé Souza chama de *‘teatralização da política como espetáculo bufo’*, em que o conflito de interesses e ideias passa a ser entendido através da divisão entre *‘honestos’* e *‘corruptos’*. A política passa a ser representada de forma simplista e subjetivada, olvidando-se as reais bases de poder na sociedade.

Essa redução do político ao que ele não é tem a consequência direta em um fator fundamental para a compreensão do fenômeno da corrupção, que é o afastamento da população na participação política.<sup>142</sup>

Nesse sentido o presente trabalho busca apontar, ainda que sem a pretensão de exaurir o tema, as principais causas da corrupção política, ao sustentar a necessidade de uma reforma política sistemática, alterando-se preceitos da Constituição Federal, da legislação eleitoral e partidária e da legislação penal, além da defesa da necessidade de mudança de práticas políticas e a adoção de melhores critérios na escolha dos representantes.

Ademais, acredita-se que a solução dos graves problemas enfrentados pela política brasileira em todas as suas esferas de poder (corrupção, caixa dois, financiamento irregular de campanhas, corrupção eleitoral, lavagem de dinheiro, etc.) não se dará de afogadilho, com mudanças interpretativas e feitas de maneira autocrática pelo Poder Judiciário.

Tampouco se pretende sugerir a criminalização da política e o uso do direito penal como panaceia para solucionar males que nos afligem há séculos, desde o nascimento de nossa pátria.

Não e renão.

Entrementes, não se pode ignorar a necessidade de serem adotadas imprescindíveis mudanças aptas a afastarem a perniciosa simbiose existente entre a prática da corrupção e o exercício da má política (repise-se à exaustão não ser adequado associar de imediato e sem qualquer critério a prática da corrupção ao exercício da política).

---

<sup>141</sup> CACICEDO, Patrick. **Democracia e processo de criminalização da corrupção no Brasil**. Revista Brasileira de Ciências Criminais n.º 128. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 419.

<sup>142</sup> CACICEDO, Patrick. *Ob. cit.*, p. 419-420.

Vivencia o Brasil na atualidade, uma sucessão de revelações de práticas corruptas, gerando verdadeiros escândalos<sup>143</sup> que demonstram, sem margem para dúvidas, a falência do atual sistema político,<sup>144</sup> partidário e eleitoral. Referida situação é potencializada pelas conclusões oriundas da Operação Lava Jato<sup>145</sup> e seus desdobramentos, além de outras inúmeras investigações realizadas no âmbito policial ou encetadas pelo Ministério Público, quase todas levando à mesma conclusão de que, para se manter no poder e na política, foram realizadas negociatas e acertos tenebrosos, ao arripio da lei, configurando um enorme rol de crimes.

Afirma-se, logo de partida, que se deve buscar na própria política as reformas e saídas necessárias para os impasses e crises vivenciados, em situação de verdadeira autopoiese, valendo-se da teoria concebida por Niklas Luhmann da existência de sistemas (políticos e jurídicos) abertos em termos cognitivos e fechados em termos operativos.<sup>146</sup>

Cuida-se de uma solução a ser encontrada, valendo-se das regras concebidas pelo sistema jurídico; deve existir maior seriedade no combate à corrupção eleitoral e seus desdobramentos, tais como a criminalização do caixa dois, adequado regramento do financiamento eleitoral e partidário, exigência de regras claras de controle interno no âmbito

---

<sup>143</sup> “O que é que constitui um escândalo público? Ou, dito de outra forma, o que é que suscita escândalo no público? E qual é o momento em que nasce o escândalo? O momento em que nasce o escândalo é o momento em que se torna público um ato ou uma série de atos até então mantidos em segredo ou ocultos, na medida em que não podiam ser tornados públicos pois, caso o fossem, aquele ato ou aquela série de atos não poderiam ser concretizados. Pense-se aqui nas várias formas que pode assumir a corrupção pública, o peculato, a malversação, a concussão, o interesse privado em atos oficiais e assim por diante, apenas para dar exemplos banais, coisa corriqueira. Qual empregado público poderia declarar em público no momento em que é empossado em seu cargo, que irá se apropriar do dinheiro público (peculato) ou do dinheiro que embora não pertencente à administração pública é por ele apropriado por razões de ofício (malversação)? Qual empregado público afirmaria que irá constranger este ou aquele a dar-lhe dinheiro abusando da sua qualidade ou das suas funções (concussão) ou se servir do seu cargo para obter vantagens pessoais (interesse privado em atos oficiais)? É evidente que semelhantes declarações tornariam impossível a ação declarada, pois nenhuma administração pública confiaria um cargo a quem o fizesse. Esta é a razão pela qual semelhantes ações devem ser desenvolvidas em segredo e, uma vez tornadas públicas, suscitam aquela perturbação da opinião pública que se chama, precisamente ‘escândalo’”. BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002, p. 105.

<sup>144</sup> Em sentido contrário, afirmando que os escândalos fortalecem o sistema político, cita-se: “Segundo Norberto Bobbio, escândalo é a corrupção que vem a público. Portanto, se há corrupção, que haja escândalos! Dar publicidade à corrupção é sinal de robustez e não de fragilidade do sistema político”. ANASTASIA, Fátima; SANTANA, Luciana. *Sistema político*. In: AVRITZER, Leonardo *et al.* (Orgs.). 2. ed. **Corrupção: ensaios e críticas**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012, p. 307.

<sup>145</sup> “O nome Lava Jato decorre de que a investigação no início apurava a conduta de um doleiro que era proprietário de um posto de gasolina usado para lavagem de dinheiro”. CHEMIM, Rodrigo. *Ob. cit.*, p. 73.

<sup>146</sup> “O ponto de partida do conceito de *autopoiesis* consiste em que aquilo que se diz para as estruturas também vale para as operações. A questão das estruturas (autoestruturas) pode ser elucidada com maior clareza, quando o conceito de *autopoiesis* se coloca nesse lugar da exposição. (...) Quando, para explicar o conceito de *autopoiesis*, toma-se como ponto de partida o encerramento da operação, entende-se, então, por *autopoiesis*, que o sistema se produz a si mesmo, além de suas estruturas”. LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Tradução: Antonio C. Luz. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 119-120.

dos partidos políticos (regras de *compliance* intrapartidárias), estabelecimento de critérios bem delineados para a assunção aos mandatos eletivos, etc. É necessária maior seriedade e exigência nas escolhas políticas, não se admitindo, sob nenhuma hipótese, que sobredita mudança tenha como ponto de partida o ativismo do Poder Judiciário, alijando a política de suas competências e atribuições.

Deve-se destacar que “a política é uma atividade que tem de ser protegida tanto contra aqueles que querem corrompê-la, quanto contra aqueles que alimentam expectativas desmesuradas em relação a ela”.<sup>147</sup>

Dentro desse diapasão será desenvolvido o presente capítulo, com a necessária correlação entre corrupção e política, demonstrando ser possível, mesmo em um ambiente infecto, praticar a boa política, imune ou afastada da corrupção, desenvolvendo-se a possibilidade de maior consciência política e conseqüente politização da população e buscando-se mecanismos no sentido de estimular que diversos segmentos da sociedade voltem a participar das discussões políticas.

## **2.1. Evolução histórica das formas de punição da corrupção e sua tipificação penal no Brasil**

Foi abordado no capítulo anterior que, desde a nossa certidão de nascimento (Carta de Descobrimto elaborada pelo escrivão Pero Vaz de Caminha), já é possível extrair a gênese da corrupção, valendo-se do público para auferir benefícios privados e criando-se essa séria confusão de conceitos e interesses responsáveis por tantas mazelas até hoje vivenciadas.

A contar da origem mais remota constata-se a formação de uma nação com a ideia de “privilégios hereditários”,<sup>148</sup> herdados de um passado colonial que buscou expropriar toda a produção, com a distribuição de terras, poder e benesses aos integrantes da burocracia da Coroa, sendo que todos “queriam extrair do solo excessivos benefícios sem grandes sacrifícios”,<sup>149</sup>

---

<sup>147</sup> INNERARITY, Daniel. *Ob. cit.*, p. 139.

<sup>148</sup> HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 27. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014, p. 37.

<sup>149</sup> HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Ob. cit.*, p. 60.

pois “todo o serviço era feito por negros e mouros cativos, que não se distinguiam de bestas de carga, senão na figura”.<sup>150</sup>

Estava lançada a semente do patrimonialismo brasileiro, seguindo-se uma formação, de um lado, composta de aristocratas diretamente ligados ao Governo Português (leia-se ao Estado), nascendo uma sociedade estamental, restando evidente o “trânsito entre os estados, em estratificação ascendente: de riqueza à aristocracia e da aristocracia ao poder político”<sup>151</sup>, e, de outro, escravos e servos aliados de qualquer participação política.

Concomitantemente com essa cultura patrimonialista e de inversão do público para satisfazer o interesse privado, tem-se a preocupação, ao menos normativa e aparente, com o combate de práticas definidas como corruptas ou de ataque aos interesses da Coroa, punindo-se o contrabando,<sup>152</sup> a peita e o suborno.

Nos anos do Brasil Colônia, gênese de formação das estruturas burocráticas do Estado e da sociedade, afirma estudiosa da matéria que a corrupção “se tratava de uma prática generalizada em todos os níveis da burocracia colonial, para a qual concorria a baixa remuneração dos funcionários”.<sup>153</sup>

Importante registrar que, mesmo nesse contexto de corrupção difundida e espalhada, favorecida por negociação dos cargos e postos públicos, confusão entre o público e o privado, nepotismo, dentre outras mazelas, previa as Ordenações Filipinas (Livro V – Título 71) a possibilidade de punição da peita e do suborno.

O Livro V das Ordenações Filipinas teve sua vigência no período que vai de 1603 até 1830 (data em que entrou em vigor o Código Criminal do Império), sendo responsável por tipificar condutas ilícitas, estabelecer as penas aplicáveis e versar sobre a forma de apuração do ilícito penal (regras de procedimento).

O Título LXXI do Livro V das Ordenações Filipinas, epigrafoado com a ementa “Dos Oficiais Del-Rei que recebem serviços ou peitas e das partes que lhas dão ou prometem”, passa

---

<sup>150</sup> HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Ob. cit.*, p. 62.

<sup>151</sup> FAORO, Raymundo. *Ob. cit.*, v. 1, p. 146.

<sup>152</sup> “O contrabando foi, sem dúvida, a prática ilícita por excelência no mundo colonial. Objeto de uma legislação rigorosa, sobre ele recaía o estigma de equivaler ao furto do patrimônio régio do ponto de vista moral, era tido por ‘pernicioso’ à saúde da República”. ROMEIRO, Adriana. *Ob. cit.*, p. 53.

<sup>153</sup> ROMEIRO, Adriana. *Ob. cit.*, p. 65.

a definir os crimes de peita ou suborno,<sup>154</sup> estabelecendo as hipóteses que configuravam a prática hoje passível de ser enquadrada como corrupta, além das penas aplicáveis,<sup>155</sup> fixando, ainda, regras processuais para a prova da conduta inadequada dos oficiais da justiça ou da fazenda.<sup>156</sup>

Embora com referida previsão de punição para condutas definidas como atentatórias à dignidade da Coroa, hoje passíveis de serem enquadradas como corruptas, pode-se afirmar, com auxílio de especialistas no Período Colonial brasileiro, que a corrupção se alastrou e era largamente praticada, de forma generalizada e sem encobrimento, resultando tanto “dos baixos salários quanto da mentalidade patrimonial dos funcionários, agravada pelo ambiente de ‘decadência moral’ reinante entre homens que se sentiam ‘exilados em terra estrangeira’, e, portanto, mais vulneráveis a vícios como a ‘avareza’ e a ‘libertinagem’”.<sup>157</sup>

Com o Império foi editado o Código Criminal de 1830, sendo que referido diploma, no Título V, estabelecia os ilícitos contra a “Boa Ordem e Administração Pública”, situando nos arts. 130 a 134 os crimes de peita e suborno e especificando as penas cabíveis para cada ilícito.

Ao se estudar o Código Criminal do Império e os crimes de peita e suborno, que atualmente podem ser classificados como corrupção passiva e corrupção ativa, é importante observar que:

A doutrina do Código Criminal de 1830 utiliza “corrupção” de forma abrangente para a definição das mais diversas condutas. Tem-se a corrupção política e eleitoral, corrupção de testemunhas, bem como o uso do termo para qualquer ato criminal violador de uma prescrição determinada. Embora sejam sempre ligadas à imoralidade da ação, em várias situações não são específicas para os funcionários públicos.<sup>158</sup>

<sup>154</sup> “Defendemos a todos os desembargadores e julgadores, e a quaisquer outros oficiais, assim da Justiça como da nossa Fazenda e bem assim da nossa Casa, de qualquer qualidade que sejam, e aos da governança das cidades, vilas e lugares, e outros quaisquer que não recebam para si nem para filhos seus nem pessoas que debaixo de seu poder e governança estejam, dádvas algumas, nem presentes de pessoa alguma que seja, posto que com eles não tram requerimento de despacho algum”. **Ordenações Filipinas:** livro V. [organização] Sílvia Hunold Lara. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 222.

<sup>155</sup> “E quem o contrário fizer perderá qualquer ofício que tiver e mais pagará vinte por um do que receber, a metade para quem o acusar e a outra para nossa Câmara. E aquele que a tal presente der ou enviar perderá toda sua fazenda, isso mesmo a metade para nossa Câmara e a outra para quem o acusar, e perderá qualquer ofício ou ofícios, encargos e mantimentos, se os de nós tiver, e será degredado cinco anos para África”. **Ordenações Filipinas:** livro V. *Ob. cit.*, p. 223.

<sup>156</sup> “E nestes casos desta ordenação não bastarão três testemunhas singulares para perdimento dos ofícios, mas requerer-se-á prova bastante segundo disposição de direito”. **Ordenações Filipinas:** livro V. *Ob. cit.*, p. 227.

<sup>157</sup> ROMEIRO, Adriana. *Ob. cit.*, p. 66.

<sup>158</sup> FARIA, Alécia Alvim Machado. **Peita e suborno como delitos de corrupção no Brasil imperial (1824-1889)**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº. 131. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 26-27.

A peita é definida no art. 130 do Código de 1830 como “Receber dinheiro ou algum donativo, ou aceitar promessas, directa ou indirectamente, para praticar ou deixar de praticar, algum acto de officio contra ou segundo a lei”,<sup>159</sup> enquanto que o suborno está definido no mesmo Código, em seu art. 133, como “Deixar-se corromper por influencia ou peditório de alguém, para obrar o que não deve, ou deixar de obrar que dever”.<sup>160</sup>

Fundamental registrar que, embora o voto no Brasil Imperial fosse definido por critérios censitários e capacitários, situações que serão exploradas no próximo tópico, o Código Criminal do Império foi o primeiro diploma legal a se preocupar efetivamente com a corrupção eleitoral, ao tipificar referida conduta em seu art. 101, versando expressamente sobre a proibição da compra e venda de votos e alçando o direito ao voto como algo impossível de ser comercializado e alienado.<sup>161</sup>

Servindo de arremate com relação a essa análise da punição das práticas corruptas (definidas como peita ou suborno) no Código Criminal do Império, deve-se registrar que existiam exceções às regras de punição aos “funcionários comuns”, com diferença nas penas e no rito processual nas hipóteses de punição de juízes e Ministros de Estado.

A corrupção praticada por juízes apresentava a possibilidade de uma superpunição, considerada uma traição de grandes proporções. Encontrava-se positivada no art. 131,<sup>162</sup> estabelecendo *in thesi* como possível a aplicação da pena de morte.

Nesse sentido, diz a doutrina:

A redação do art. 131 permite, inclusive, a punição de juízes peitados ou subornados por pena de morte e prisão perpétua: só há limitação da punição atribuída ao juiz quando o condenado, apesar de ter recebido sentença com a pena de morte, ainda não tiver sido executado (caso em que atribui ao juiz peitado ou subornado a prisão perpétua). Assim, ao menos em tese, o juiz que condena uma pessoa à pena de morte e é responsabilizado criminalmente por peita ou suborno após sua execução poderia ser igualmente executado.<sup>163</sup>

<sup>159</sup> PIERANGELI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil: evolução histórica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 251.

<sup>160</sup> PIERANGELI, José Henrique. *Ob. cit.*, p. 252.

<sup>161</sup> “Art. 101. Solicitar, usando de promessas de recompensas ou de ameaças de algum mal, para que as Eleições para Senadores, Deputados, Eleitores, Membros dos Conselhos geraes ou das Camaras Municipaes, Juizes de Paz, e quaesquer outros empregados electivos, recaião ou deixem de recahir em determinadas pessoas ou para esse fim comprar ou vender votos”. PIERANGELI, José Henrique. *Ob. cit.*, p. 247-248.

<sup>162</sup> “Art. 131. Nas mesmas penas incorrerá o Juiz de Direito, de Facto ou Árbitro, que por peita der sentença, posto que justa seja. Se a sentença for injusta, a prisão será de seis mezes a dous annos; e se fôr criminal condemnatoria, soffrerá o peitado a mesma pena, que tiver imposto ao que condemnará, menos a de morte, quando o condemnado a não tiver soffrido caso em que se imporá ao réo a de prisão perpetua. Em todos estes casos, a sentença dada por peita será nulla”. PIERANGELI, José Henrique. *Ob. cit.*, p. 251.

<sup>163</sup> FARIA, Alécia Alvim Machado. *Ob. cit.*, p. 44.

O Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, instituído pelo Decreto nº. 847, de 11 de outubro de 1890, primeiro diploma penal após a Proclamação da República, praticamente repetiu os conceitos de peita e suborno.

Avista-se no Título V, definido como “Dos Crimes contra a Boa Ordem e Administração Publica” de referido Código Penal, a existência dos arts. 214 a 218, que estabelecem o crime de peita ou suborno, fixando as respectivas penas cabíveis, não havendo, contudo, qualquer distinção entre as penas aplicáveis para um juiz ou qualquer outro agente público.

Consigne-se que o Código Penal de 1890 não olvidou de expressamente estabelecer sanção para a prática da compra e venda de votos, fixando no Título IV (“Dos Crimes contra o Livre Gozo e Exercício dos Direitos Individuais”), em seu Capítulo I (“Dos Crimes contra o Livre Exercício dos Direitos Políticos”), os crimes de compra de votos (art. 166)<sup>164</sup> e venda do voto por parte do eleitor (art. 167).<sup>165</sup>

A Consolidação das Leis Penais de 1932, aprovada e adotada pelo Decreto nº. 22.213, de 14 de dezembro de 1932, em seu Título V (“Dos Crimes contra a Boa Ordem e a Administração Pública”), novamente repete a tipificação da peita ou suborno, fixando penas nos arts. 214 a 218, com expressa previsão de prisão e perda do emprego público.

Referida Consolidação das Leis Penais também estabelece reprimenda para a corrupção eleitoral, novamente punindo a compra e venda de voto ao estabelecê-la no Título IV, Capítulo I (“Dos Crimes contra o Livre Exercício dos Direitos Políticos”), especificamente no art. 173, § 3º, de mencionado diploma.<sup>166</sup>

Avançando-se um pouco mais na análise da legislação penal brasileira, chega-se ao Código Penal vigente, instituído pelo Decreto-Lei nº. 2.848, de 07 de dezembro de 1940, entrando em vigor em todo o território nacional em 1º de janeiro de 1942 (art. 361).

---

<sup>164</sup> “Art. 166. Solicitar, usando de promessas ou ameaças, voto para certa e determinada pessoa, ou para esse fim comprar votos, qualquer que seja a eleição a que se proceda:

Penas – de prisão celular por três mezes a um anno, e de privação dos direitos políticos por dous anos”. PIERANGELI, José Henrique. *Ob. cit.*, p. 291.

<sup>165</sup> “Art. 167. Vender o voto:

Penas – de prisão celular por três mezes a um anno, e de privação dos direitos políticos por dous annos”. *Idem, ibidem.*

<sup>166</sup> “Art. 173. *Omissis.*

§ 3º. Offerecer, promover, solicitar, exigir ou receber dinheiro, dádiva ou qualquer vantagem para obter o dar o voto, ou para conseguir abstenção, ou para abster-se de votar:

Pena – de prisão celular por três mezes a dois annos”. PIERANGELI, José Henrique. *Ob. cit.*, p. 358.

Referido Código Penal foi o primeiro a banir a tipificação de peita ou suborno, passando a expressamente versar sobre os crimes de corrupção passiva (art. 317, Código Penal) e corrupção ativa (art. 333, Código Penal), sendo referidos crimes estabelecidos no Título XI (“Dos Crimes contra a Administração Pública”).

No Capítulo I do Título XI do Código Penal são tipificados/elencados os crimes próprios praticados por funcionários públicos contra a administração em geral (arts. 312 a 326), limitando-se o art. 327 a definir o conceito penal de funcionário público; no Capítulo II avistam-se os crimes praticados por particular contra a administração em geral (arts. 328 a 337).

Importante registrar que, diferentemente dos anteriores diplomas penais até então existentes, o Código Penal de 1940 não estabeleceu um capítulo de crimes contra o exercício dos direitos políticos ou de proteção da democracia, sendo que, somente em 1965, com o advento do Código Eleitoral (Lei nº. 4.737/65), passou-se a tipificar os crimes eleitorais (arts. 289 a 354). Dentre esses ilícitos penais destaca-se a corrupção eleitoral (art. 299, Código Eleitoral), enquadrando-se em um único dispositivo a corrupção eleitoral ativa (candidato ou cabo eleitoral que compra o voto ou oferece qualquer tipo de vantagem ou promessa de recompensa) e a corrupção eleitoral passiva (eleitor que negocia seu próprio voto).

Versando sobre a forma utilizada para enquadrar penalmente a corrupção eleitoral, diz a doutrina:

O legislador do Código Eleitoral certamente inspirou-se nesses preceitos do Código Penal ao erigir o tipo inscrito no vertente art. 299, comumente designado corrupção eleitoral. *Mutatis mutandis*, no lugar do funcionário público, entrou o eleitor, em torno do qual gira o marco legal protetivo.<sup>167</sup>

Passar-se-á a promover a análise de outros dispositivos legais, espalhados em vários ordenamentos jurídicos que possuem como espectro o combate à corrupção.

Nesse contexto, não se pode olvidar, consoante afirmado alhures, da importância da Lei nº. 8.666/93, que regulamenta o art. 37 da Constituição Federal, ao estabelecer as regras do processo licitatório, além de tipificar os crimes praticados contra o adequado procedimento das licitações, notadamente as condutas que buscam fraudar ou dificultar o caráter competitivo dos certames a serem deflagrados no escopo de viabilizar que o poder público adquira bens ou serviços sempre pelo menor preço ou com maior qualidade.

---

<sup>167</sup> GOMES, José Jairo. **Crimes e processo penal eleitoral**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 53.

A lei de “lavagem” ou ocultação de capitais, vulgarmente batizada de lei de “lavagem de dinheiro” (Lei nº. 9.613/98), também se constitui em relevante ferramenta no combate à corrupção, tendo tipificado a conduta e criado mecanismos de combate à lavagem de ativos/capitais, a exemplo do Conselho de Atividades Financeiras – COAF, vinculado ao Ministério da Fazenda.

Referido diploma sofreu substancial alteração com o advento da Lei nº. 12.683/2012, passando a estabelecer que *in thesi* todas as condutas ilícitas tipificadas como infração penal (crimes e contravenções) podem produzir produtos ou rentabilidade financeira que abastecem a prática de lavagem de capitais, o que inclui, por óbvio, os crimes de corrupção (ativa e passiva) e corrupção eleitoral.

Registre-se que a lavagem de capitais possui como bem jurídico tutelado a administração da justiça.<sup>168</sup>

Também se destaca em importância no combate às práticas corruptas a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº. 101/2000), a qual tem por objetivo “submeter a administração à disciplina orçamentária, estabelecendo metas de resultados entre receita e despesa”, servindo de “instrumento preventivo à prática corruptiva”.<sup>169</sup>

Como forma de dar efetividade à Lei de Responsabilidade Fiscal, notadamente na execução orçamentária, tem-se o advento da Lei nº. 10.028/2000, que altera o Título XI – Dos Crimes contra a Administração Pública do Código Penal para inserir o Capítulo IV – Dos crimes contra as Finanças Públicas, tipificando as condutas elencadas nos arts. 359-A a 359-H.

Como afirmado no capítulo anterior, também merece destaque o advento da Lei nº. 10.467, de 11 de junho de 2002, que veio ao mundo jurídico com intuito de atender determinação expressa da Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais. Resultou tal Convenção de estudos e

---

<sup>168</sup> “A lavagem aqui é entendida como um processo de mascaramento que não lesiona o bem originalmente violado, mas coloca em risco a operacionalidade e a credibilidade do sistema de Justiça, por utilizar complexas transações a fim de afastar o produto de sua origem ilícita e com isso obstruir seu rastreamento pelas autoridades públicas. Macula-se o desenvolvimento satisfatório da atividade de potestade judicial. Vale notar que a administração da justiça é considerada aqui sob uma perspectiva ampla, compreendendo o exercício da atividade jurisdicional e de todos os demais institutos envolvidos na solução institucional de conflitos e na apuração de fatos necessários para tal”. BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais – comentários à Lei 9.613/1998 com alterações da Lei nº. 12.683/2012.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 53.

<sup>169</sup> LEITE, Glauco Costa. *Ob. cit.*, p. 82.

debates promovidos pela OCDE, sendo que mencionado diploma legal inseriu o Capítulo II-A no Título X do Código Penal para tipificar os crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira, expressamente positivando os crimes de corrupção ativa em transação comercial internacional (art. 337-B) e tráfico de influência em transação comercial internacional (art. 337-C).

Ainda avançando nas mudanças legislativas existentes em torno dos delitos de corrupção, importante registrar que, até o ano de 2003, as penas para a corrupção ativa e passiva (arts. 317 e 333, Código Penal) eram de reclusão de 01 a 08 anos, sendo que a Lei nº. 10.763, de 12 de novembro de 2003, majorou referidas reprimendas, passando a pena mínima para 02 anos e a máxima para 12 anos de reclusão; além disso, referido diploma altera o art. 33, § 4º do Código Penal, condicionando a progressão de regimes do réu condenado por crime contra à administração pública ao efetivo ressarcimento ou reparação do dano provocado, com os acréscimos legais.

Cuida-se de *novatio legis in pejus* somente devendo incidir e ser aplicada aos casos a contar de sua vigência, sendo certo que o objetivo do legislador ao alterar as penas mínimas foi impedir que os acusados pelos crimes de corrupção (ativa ou passiva) pudessem usufruir da suspensão condicional do processo (art. 89, Lei nº. 9.099/95), além de estabelecer um mecanismo que busque implementar a devolução dos valores ou bens desviados do patrimônio público.<sup>170</sup>

Embora de constitucionalidade duvidosa, notadamente ao se condicionar a progressão de regime e a adequada individualização da pena, garantia constitucional agasalhada no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, inviabilizando o exercício de um benefício previsto na Lei de Execução Penal (Lei nº. 7.210/84), tal situação foi enfrentada pelo STF ao se debruçar sobre pedidos de execução da pena formulados pelos réus condenados no bojo da Ação Penal nº. 470/MG (“Mensalão”), sendo declarada, por maioria, a constitucionalidade dessa inovação legislativa.<sup>171</sup>

---

<sup>170</sup> “Introduziu a Lei 10.763, de 12 de novembro de 2003, mais um empecilho à progressão de regime, demandando que o condenado por crime contra a Administração Pública, ainda que possua merecimento, seja obrigado a reparar previamente o dano causado ou devolver o produto do ilícito. Tal reclamo é em nosso entender inconstitucional e, além de tudo, de pouca utilidade. (...) não há, como função ou finalidade da pena, a meta de reparação do dano à vítima, seja ela quem for”. NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 360.

<sup>171</sup> “Quanto à alegada inconstitucionalidade do referido dispositivo legal, a Corte destacou que, em matéria de crimes contra a administração pública — como também nos crimes de colarinho branco em geral —, a parte

Por último, dentro de referida análise da evolução legislativa no combate à corrupção, deve-se destacar que, além das leis de conteúdo penal (como as que foram acima mencionadas), existem muitas outras que buscam a responsabilidade civil ou administrativa do agente público, exigindo maior transparência na administração pública, bem como, o respeito aos princípios constitucionais agasalhados no art. 37 da Constituição Federal.

Nesse contexto sobressaem os seguintes diplomas:

- i. Lei nº. 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) – tutela dos direitos coletivos e difusos; destaca-se que, dentre referidos direitos, encontra-se a moralidade administrativa, sendo titularizada tal demanda prioritariamente pelo Ministério Público, podendo vir antecedida de Inquérito Civil preparatório também conduzido pelo *Parquet*;
- ii. Lei nº. 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) – cuida-se de diploma de grande envergadura no combate às práticas atentatórias à probidade administrativa, viabilizando o respeito aos princípios constitucionais esculpido no art. 37, *caput*, da Constituição Federal; são tipificadas condutas definidas como ímprobas (arts. 9º a 11) e estabelecidas as sanções (art. 12), as quais possuem três naturezas: a) política (suspensão dos direitos políticos); b) civil (perda de bens ou valores acrescidos ilicitamente por condutas ímprobas, ressarcimento integral do dano e multa); c) administrativa (perda de função pública e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos do poder público);
- iii. Lei nº. 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação) – trata-se de importante diploma apto a permitir ao cidadão a exigência da observância dos princípios constitucionais da publicidade e da transparência das contas públicas, passando a exigir a ampla divulgação (inclusive pela internet por intermédio dos portais) dos atos de governo e das despesas públicas;

---

verdadeiramente severa da pena, a ser executada com rigor, haveria de ser a de natureza pecuniária. Esta, sim, teria o poder de funcionar como real fator de prevenção, capaz de inibir a prática de crimes que envolvessem apropriação de recursos públicos. Por outro lado, a imposição da devolução do produto do crime não constituiria sanção adicional, mas, apenas a devolução daquilo que fora indevidamente apropriado ou desviado. Ademais, não seria o direito fundamental à liberdade do condenado que estaria em questão, mas, tão somente, se a pena privativa de liberdade a ser cumprida deveria se dar em regime mais favorável ou não, o que afastaria a alegação quanto à suposta ocorrência, no caso, de prisão por dívida. Outrossim, a norma em comento não seria a única, prevista na legislação penal, a ter na reparação do dano uma importante medida de política criminal”. (EP 22, ProgReg – AgR/DF – Rel. Min. Roberto Barroso, j. 1712.14 - EP 22 – AP 470/MG) – Informativo nº 772/STF.

- iv. Lei nº. 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) – conforme já abordado no capítulo anterior trata-se de lei que objetiva punir as práticas atentatórias à moralidade e probidade das relações comerciais e negociais, envolvendo pessoas jurídicas que prestam serviços à administração pública. Aplicam-se diversas sanções de cunho administrativo, prevendo-se, inclusive, a possibilidade de acordo de leniência (art. 16) e instituindo-se a possibilidade de colaboração na busca de identificação de ilegalidades administrativas, negociando-se a sanção a ser aplicada em desfavor da pessoa jurídica que lesionou os cofres públicos;
- v. Lei nº. 12.813/2013 – aborda as hipóteses de conflitos de interesses públicos e privados, estabelecendo período de quarentena<sup>172</sup> para que servidores públicos voltem à iniciativa privada e protegendo o poder público em razão das diversas informações privilegiadas de que dispõe referido agente público.

Portanto, além dos ilícitos penais devidamente estampados nas diversas normas acima mencionadas, fazendo-se, inclusive, o esboço histórico da punição da corrupção e da corrupção eleitoral no Brasil, tem-se o surgimento de leis de conteúdo cível-administrativo voltadas para a prevenção ou o combate à corrupção. Busca-se a probidade administrativa, representando-se importantes marcos históricos a serem enfatizados, sendo úteis, inclusive, na sedimentação de conceitos e formação cultural que contribuirá para o combate à corrupção eleitoral em suas mais variadas formas e facetas.

## **2.2. Do voto censitário ao voto fragmentado: um longo caminho**

Importante promover um traçado, ainda que resumido, da evolução histórica da escolha dos representantes (primeiramente em eleições indiretas) na qual sempre predominou a vontade da Coroa (quando do Brasil Colônia inexistia uma legislação própria, vigorando, nesse particular, as Ordenações Filipinas), perpassando pelo atendimento aos poderes do Monarca

---

<sup>172</sup> “Por quarentena se entende o conjunto de normas jurídicas que limitem a participação de ex-servidores públicos, incluindo os de alto escalão, na gestão de certos atos e em geral em situações que possam levar ao aproveitamento indevido da condição de ex-servidor público, em um prazo razoável. Sua necessidade se origina daquilo que o servidor público adquire no exercício de sua função, informação privilegiada, contatos ou influências que possa utilizar através da gestão privada, em benefício próprio ou de terceiros. O termo tem origem na prática de isolamento preventivo a que se submetem pessoas e animais, durante um período (normalmente de 40 dias), por razões sanitárias”. FEOLI, Ludovico. *Quarentena*. In: AVRITZER, Leonardo *et al.* (Orgs.). 2. ed. **Corrupção: ensaios e críticas**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012, p. 490.

(quando do Brasil Império, sob a vigência da Constituição de 1824, em que o sufrágio era restrito e censitário) e dos líderes políticos locais – coronelismo – quando da primeira República.

Não se pode olvidar que existiram, na história do Brasil Republicano, período de ditaduras que obstaram a evolução da escolha democrática (ditadura Vargas instaurada com a Constituição de 1937 e instituição do Estado Novo, que perdurou até 1945 e o período de exceção implantado nos governos militares com a deposição do presidente eleito em 1964, sendo concluído em 1985 com eleição indireta de um presidente civil<sup>173</sup>), até se chegar ao estágio atual, sendo estampada a necessidade do pleno respeito ao sufrágio universal e ao voto direto, secreto, com valor igual e periódico, respaldado como cláusula pétrea estampada nos arts. 14 e 60, § 4º, II, da Constituição Federal de 1988.

Promover-se-á referida análise histórica, mediante a apresentação de um apanhado das formas de composição e realização do prélio eleitoral, bem como do principal cancro que sempre afetou a existência de eleições verdadeiramente livres em nosso país: a corrupção eleitoral.

A fraude e o logro à vontade do eleitor possuem raízes profundas no Brasil, desde o momento onde se conspurcava o resultado das eleições promovendo-se a prática de atos de corrupção realizados às escancaras em episódios definidos jocosamente de “eleições de bico de pena” e “sistema de degola”, até o sistema atualmente vigente, no qual, consoante será mais bem esmiuçado adiante, nem sempre a vontade do eleitor prevalece.

A tradição de escolha pelo voto (ainda que não universal) no Brasil deu-se com a votação para os representantes das Câmaras de Vereadores, posto que “a importância da câmara avulta nos períodos da Colônia e do Império, nos quais não tínhamos o executivo local como órgão diferenciado e autônomo”.<sup>174</sup>

Aplicava-se em referido processo eleitoral o que se encontrava estabelecido nas Ordenações Filipinas (Título 67 do Livro I). Ainda no Brasil Colônia, a doutrina dá conta que, em 1821, D. João VI convocou eleições gerais para escolha de representantes aptos a

---

<sup>173</sup> O término da ditadura militar deflagrada em 1964 deu-se com a eleição indireta pelo Congresso Nacional de Tancredo Neves para a Presidência da República, representando o “reencontro com a democracia, depois da mais duradoura intervenção militar da história republicana. De 31 de março de 1964 a 15 de março de 1985. Vinte anos, onze meses e quinze dias”. COUTO, Ronaldo Costa. **História indiscreta da ditadura e da abertura – Brasil: 1964-1985**. 3. ed. São Paulo: Record, 1999, p. 345.

<sup>174</sup> LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997, p. 127.

elaborarem a Carta Constitucional da Monarquia de Portugal, sendo que essa “foi a primeira vez que houve uma votação para cargos gerais, já que antes as eleições se restringiam à escolha dos membros do Legislativo local”.<sup>175</sup>

Em 1881 promulgou-se a Lei Saraiva, estabelecendo-se em todo o Império a eleição direta e elevando-se o censo para o alistamento.

Portanto, durante o Brasil Império, vigorava a figura do voto censitário e, para se constituir eleitor, dever-se-ia possuir uma renda anual igual ou superior a duzentos mil réis em bens de raiz, quantia bastante considerável para a época; já para se candidatar ao Parlamento, a renda deveria ser igual ou superior a quatrocentos mil réis.

Verifique-se que se estava diante da existência do sufrágio restrito (tanto pelo critério censitário como capacitário), restando excluídos os que não possuíam referida renda financeira, as mulheres, os escravos (evidentemente) e os analfabetos (imensa maioria da população).

Logo, diante das características vigentes no Império, o direito ao voto (que se realizava de forma indireta) consistia em privilégio de poucos.

Com o advento da Constituição de 1891 (primeira Carta Constitucional da República), ampliou-se o direito ao sufrágio (embora, ainda mantido como censitário indireto, posto que vedado o direito ao voto dos mendigos), inexistindo previsão do direito ao voto para as mulheres (somente conquistado em 1932), além de se excluírem os analfabetos e os praças de pré (militares que não ocupavam qualquer patente e não possuíam formação superior).

Abordando as fraudes mais comuns durante o processo eleitoral brasileiro, diz a doutrina:

Duas falsificações mais importantes dominavam as eleições da Primeira República: o *bico de pena* e a *degola* ou *depuração*. A primeira era praticada pelas mesas eleitorais, com funções de junta apuradora: inventavam-se nomes, eram ressuscitados os mortos, e os ausentes compareciam; na feitura das atas, a pena todo-poderosa dos mesários realizava milagres portentosos. A segunda metamorfose era obra das câmaras legislativas no reconhecimento de poderes: muitos dos que escapavam das ordálias preliminares tinham seus diplomas cassados na provação final.<sup>176</sup>

Advém dessa época a figura do coronel político, com ascendência e predominância nas Regiões Norte e Nordeste, sendo que referidos coronéis eram grandes proprietários de terra,

---

<sup>175</sup> VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. **Elementos de Direito Eleitoral**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 14.

<sup>176</sup> LEAL, Victor Nunes. *Ob. cit.*, p. 255-256.

possuidores de patrimônio e renda, configurando-se em pessoas com prestígio político e social, responsáveis por impor sua forma de pensamento a uma enorme massa de famintos e iletrados que constituíam o Brasil eminentemente rural das décadas de 20, 30 e 40 do século passado.

Advém do mandonismo imposto pelo “coronel político”<sup>177</sup> as figuras do “voto de cabresto” e do “curral eleitoral”, mormente pelo fato de que os grandes proprietários de terra recebiam as urnas e realizavam as eleições em suas fazendas, havendo evidente ingerência e influência no resultado do pleito; impunha-se ao trabalhador rural analfabeto ou semialfabetizado a vontade de seu patrão ou líder político (em verdadeira relação de suserano e vassalagem), descambando para a existência de fraudes eleitorais.

Dando azo ao propósito de moralizar as eleições no país e viabilizando o respeito a representação popular, além de se ampliar o direito ao sufrágio, buscando-o torná-lo universal, a Revolução de 1930 desaguou na aprovação do Decreto nº. 21.076, de 24 de fevereiro de 1932, criando o Código Eleitoral. Esse diploma teve vários pontos de inovação, podendo-se afirmar que “instituiu o voto feminino, baixou a 18 anos o limite de idade para ser eleitor e deu segurança efetiva ao sigilo do sufrágio”.<sup>178</sup>

Subsequentemente a referido interstício deu-se a edição de um novo Código Eleitoral com o advento da Lei nº. 1.164, de 24 de julho de 1950, tendo o mesmo vigorado por 15 anos, passando o atual Código Eleitoral (Lei nº. 4.737, de 15 de julho de 1965) a ter vigência desde então.

O direito ao voto no Brasil percorreu um longo caminho, partindo de um sufrágio restrito (censitário e capacitário) para o sufrágio universal, tal qual previsto e respaldado pela Carta Magna de 1988 (art. 14), considerando-se universal “o sufrágio quando se outorga o direito de votar a todos os nacionais de um país, sem restrições derivadas de condições de nascimento, de fortuna e capacidade especial”.<sup>179</sup>

---

<sup>177</sup> “Qualquer que seja, entretanto, o chefe municipal, o elemento primário desse tipo de liderança é o “*coronel*”, que comanda discricionariamente um lote considerável de *votos de cabresto*. A força eleitoral empresta-lhe prestígio político, natural coroamento de sua privilegiada situação econômica e social de dono de terras. (...). Esta ascendência resulta muito naturalmente da sua qualidade de proprietário rural. A massa humana que tira a subsistência das suas terras vive no mais lamentável estado de pobreza, ignorância e abandono”. LEAL, Victor Nunes. *Ob. cit.*, p. 42-43.

<sup>178</sup> VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. **Elementos de Direito Eleitoral**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 257.

<sup>179</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 351.

O exercício ao sufrágio ainda pode ser classificado como ativo (direito de votar inerente a todo nacional, maior de 16 anos e alistável) e passivo (o direito de ser votado – capacidade de postular determinados cargos públicos, desde que preenchidas as condições de elegibilidade expressas no art. 14, § 3º, da Carta Política), inclusive o requisito da idade variável a depender do cargo postulado previsto no art. 14, § 3º, VI, da Constituição Federal.

Como materialização do exercício do sufrágio tem-se o voto, destacando-se, dentre as características do voto universal, o fato de ser livre: “manifesta-se não apenas pela preferência a um candidato entre os que se apresentam, mas também pela faculdade até mesmo de depositar uma cédula em branco na urna ou de anular o voto”.<sup>180</sup>

Além disso, o voto é direto,<sup>181</sup> ou seja, o sufrágio ocorre sem a necessidade de intermediários, e secreto,<sup>182</sup> buscando-se resguardar o eleitor e evitar pressões em seu desfavor.

Por fim, tem-se como característica do voto o fato de ser igual (*one person, one vote* – um homem, um voto),<sup>183</sup> segundo previsão esculpida no art. 14 da Constituição Federal de 1988.

Entrementes, não obstante referidas definições estampadas no texto da Constituição Federal de 1988, vive-se na atualidade, notadamente em razão do sistema proporcional, a hipótese dos votos fragmentados, significando que nem sempre o candidato que recebeu a maior

---

<sup>180</sup> SILVA, José Afonso da. *Ob. cit.*, p. 359.

<sup>181</sup> Importante registrar que a Constituição Federal de 1988 consagra o voto direto; entretanto, também prevê a possibilidade de eleições indiretas para o Poder Executivo, na hipótese do art. 81, § 1º.

<sup>182</sup> “Desde a década de 1860, o voto secreto era adotado em diversos países como mecanismo fundamental para garantir maior legitimidade às eleições. Em geral, a prática do voto secreto era acompanhada de duas medidas: a impressão de uma cédula oficial, que substituía as antigas cédulas confeccionadas e distribuídas pelos partidos; e a criação de um espaço privado, onde o eleitor deveria preencher a cédula. O objetivo dessas medidas era evitar que os eleitores fossem coagidos na sua escolha. No Brasil, a adoção do voto secreto era um tema que dividia os legisladores. A lei eleitoral de 1892 já assegurava que o ‘escrutínio é secreto’. O segredo era garantido pelo fato de o voto ter de ser colocado em um invólucro. Tal medida não evitava a coação das lideranças políticas locais, que poderiam, por exemplo, obrigar o eleitor a mostrar seu voto ou até substituir sua cédula no caminho para o local de votação”. NICOLAU, Jairo. **Eleições no Brasil: do império aos dias atuais**. Rio de Janeiro: Zahar, 2012, p. 67.

<sup>183</sup> O princípio da igualdade política materializado na expressão “*one person, one vote*” foi objeto de relevante discussão no âmbito da jurisprudência constitucional, sendo “formulado pela primeira vez no julgado do caso *Gray v. Sanders*, em 1963, no qual a Suprema Corte dos Estados Unidos julgou inconstitucional o sistema eleitoral adotado na Geórgia, que conferia pesos desiguais aos votos de eleitores residentes em diferentes condados. No julgamento a Corte acolheu o argumento do Ministro Willian Douglas, no sentido de que ‘*the conception of political equality (...) can me anonly onething – one person, one vote*’”. SARMENTO, Daniel; OSÓRIO, Aline. **Uma mistura tóxica: política, dinheiro e o financiamento das eleições**. Direitos, Democracia e República: escritos de direito constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 115.

votação é o eleito, além de existirem regras muito específicas de contagem de votos e coligações partidárias.

Convém explicar: adota-se no Brasil o sistema de eleição proporcional para os cargos do Parlamento (exceto para o cargo de Senador, cuja eleição é majoritária).

A eleição proporcional (art. 17, § 1º, Constituição Federal), sempre muito criticada por estudiosos do assunto, implica na possibilidade de os votos de um candidato servirem para a eleição de outro da mesma coligação partidária, sendo que “a simplicidade do ato de votar dá lugar a um sistema completo de fórmulas, aparentes enigmas (candidatos com muitos votos ficam de fora enquanto outros, com poucos votos são eleitos)”.<sup>184</sup>

Tal situação, consistindo em um sistema de lista com os nomes dos inscritos por referidos partidos, batizada de “nominata”, permite a associação entre os mesmos, viabilizando a soma de todos os votos válidos nos candidatos da coligação e da própria legenda dos partidos, possibilitando que campeões de votos arrastem outros candidatos sem expressão eleitoral.<sup>185</sup>

Tamanhas as críticas apresentadas às distorções praticadas por mencionado regime de coligação partidária (fazendo com que o eleitor vote em um candidato e contribua para a eleição de outros), criando-se um congresso fragmentado e de baixa representação, que o mesmo não resistiu e será abolido a contar das eleições de 2020, conforme estabelece a Emenda Constitucional nº. 97/2017 (alteração inserida no art. 17, § 1º, Constituição Federal).

Apesar de discutida por vários meses, foi aprovada de afogadilho, por um Parlamento envolto em denúncias de corrupção, um arremedo de reforma política, produzida às pressas e sem ouvir os especialistas, resultando na promulgação da Emenda Constitucional nº. 97, de 04 de outubro de 2017.

Registre-se que sobredita emenda ao texto constitucional passou a vedar as coligações partidárias nas eleições proporcionais, estabelecendo normas para acesso pelos partidos

---

<sup>184</sup> NICOLAU, Jairo. **Representantes de quem?:** os (des)caminhos do seu voto da urna à Câmara dos Deputados. Rio de Janeiro: Zahar, 2017, p. 22.

<sup>185</sup> “O que boa parte dos eleitores não sabe é que reside justamente aí, na lista de candidatos de cada partido (ou coligação), o aspecto central do sistema eleitoral brasileiro. Antes das eleições, os partidos elaboram uma lista de candidatos, que é conhecida no meio político como nominata. Se dois ou mais partidos estiverem coligados, a nominata é composta por candidatos indicados pelos partidos da coligação. O que significa que, independentemente do número de partidos que componham a coligação, essa lista será única”. NICOLAU, Jairo. *Ob. cit.*, p. 27.

políticos aos recursos do fundo partidário e ao tempo de propaganda eleitoral no rádio e na televisão (direito de antena).

Cuida-se de mudança esperada por parte dos acadêmicos e estudiosos do assunto, extirpando as coligações nas eleições proporcionais a contar de 2020 (art. 2º, EC nº. 97/2017), ou seja, no pleito de 2018, continuam valendo as regras de coligações partidárias, inclusive para atingir coeficiente eleitoral nas eleições proporcionais.

Foi inserida, ainda, a cláusula de barreira ou de desempenho, estabelecendo-se critérios para a obtenção dos recursos do fundo partidário (art. 17, § 3º, I e II, Constituição Federal, e art. 3º, EC nº. 97/2017).

Um dos grandes problemas do voto fragmentário existente hoje no Brasil diz respeito ao excessivo número de partidos políticos em funcionamento e com direito ao uso do fundo partidário, que inclusive passou a ser melhor regulamentado pela Lei nº. 13.487, de 06 de outubro de 2017 (cria o Fundo Especial de Financiamento de Campanha), e pela Lei nº. 13.488, de 06 de outubro de 2017 (altera o Código Eleitoral, a Lei 9.504/97 e a Lei 13.165/2015 – Minirreforma Eleitoral).

Referidas leis foram publicadas em edição extraordinária do Diário Oficial da União, poucas horas antes da data limítrofe estabelecida para terem validade no pleito eleitoral de 2018, nos termos do art. 16 da Constituição Federal, demonstrando-se o improviso e casuísmo com que são tratados pela classe política temas de extrema relevância no processo eleitoral brasileiro, estando referidos temários na gênese da discussão acerca da corrupção eleitoral.

Não obstante o pluripartidarismo seja algo absolutamente relevante e inerente à existência do Estado Democrático de Direito (art. 17, *caput*, Constituição Federal), devendo-se permitir o pleno e amplo funcionamento dos partidos políticos,<sup>186</sup> tem-se no Brasil uma grande facilidade na criação de agremiações partidárias e principalmente no acesso aos recursos

---

<sup>186</sup> “A Constituição praticamente não impôs controle qualitativo aos partidos, mas contém a possibilidade de que venha a existir por via de lei, quando, entre os preceitos a serem observados, coloca o de ‘funcionamento parlamentar de acordo com a lei’. É que o controle qualitativo se realiza pela instituição de mecanismos normativos que limitam as possibilidades de ampliação *ad libitum* dos partidos políticos, e atua não no momento da organização, mas no seu funcionamento, e pode consistir na exigência de que obtenham em eleições gerais, para a Câmara dos Deputados, o apoio expresso em votos de uma percentagem mínima do eleitorado nacional em certo número de Estados, a fim também de vigorar, na prática, o caráter de nacionais”. SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 241.

públicos do fundo partidário que financia as eleições e campanhas eleitorais, presenciando-se diversas distorções.

O elevado número de partidos existentes em nosso meio, além de provocar enorme fragmentação política, com dificuldade em se identificar o conteúdo programático de referidas agremiações (existindo diversos partidos sustentando as mesmas bandeiras, sem a defesa ideológica de questões cruciais para o necessário debate político),<sup>187</sup> fomenta o surgimento de partidos instantâneos ou de ocasião, completamente despidos de uma consistência ideológica.<sup>188</sup>

Tudo isso impulsiona a existência do “caciquismo” e a manutenção de grave confusão entre o público e o privado na gestão e direção partidária, notadamente com o uso das verbas oriundas do fundo partidário, brotando inúmeras denúncias de malversação dos recursos destinados às agremiações políticas por parte de seus dirigentes e pululando notícias do esbanjamento do fundo partidário com aquisição de objetos de luxo para deleite dos integrantes do diretório do partido, tais como aeronaves, fretamento de veículos, compra de imóveis ou pagamento de aluguéis em valores desproporcionais, custeio de despesas do cotidiano como refeições para seus gestores e filiados, realização de festas e confraternizações, doação de presentes e brindes para os militantes e simpatizantes, dentre outras situações aptas a configurarem práticas corruptas.

Ademais, não se pode olvidar que, ao se promover o desvio ou malversação de recursos públicos que devem ser destinados ao fortalecimento da democracia, na defesa do conteúdo programático dos partidos políticos e nas disputas eleitorais, há grave situação que contribui para o aumento da fragmentação partidária.

Graças a essa situação caótica atualmente vivenciada que somente será solucionada em definitivo com a realização da inadiável e imprescindível reforma política, tem-se uma enorme fragmentação do voto, além de uma verdadeira banalização na criação e funcionamento de partidos políticos, contando o país na atualidade com 35 (trinta e cinco) partidos devidamente

---

<sup>187</sup> “A política perdeu sua essência ideológica e, simultaneamente, tornou-se personalizada. A personalização da decisão eleitoral está bem relacionada a esse mercado eleitoral amorfo e desprovido de ideologia”. INNERARITY, Daniel. *Ob. cit.*, p. 45.

<sup>188</sup> “Enquanto isso ocorria, os partidos foram sofrendo uma transformação que os tem afastado da realidade social. Por um lado, a distância entre os cidadãos e os partidos aumentou, ao mesmo tempo que diminuíram as diferenças entre os partidos, com ambos os processos reforçando-se mutuamente e provocando uma indiferença da cidadania em relação ao mundo da política em geral”. INNERARITY, Daniel. *Ob. cit.*, p. 46.

registrados no TSE, sendo que “O Brasil tem atualmente (2016) um número de partidos representados na Câmara dos Deputados (28) superior ao de qualquer outra democracia”.<sup>189</sup>

Mais alarmante que o número de partidos existentes (35 – trinta e cinco) e com assento na Câmara dos Deputados (28 – vinte e oito) é a quantidade de pedidos de registro perante o TSE, contabilizando o Tribunal atualmente 70 (setenta) novos partidos em formação.<sup>190</sup>

Eis situação grave que merece ser prontamente enfrentada, não havendo o menor laivo de dúvida de que essa excessiva fragmentação partidária (quase uma pulverização completa e absoluta do Parlamento, sem qualquer identificação partidária) contribui de forma decisiva para o aumento da corrupção eleitoral, proporcionando que práticas nefastas venham a ser reiteradas.

### 2.3. Financiamento de campanhas eleitorais, contribuição privada e corrupção

Uma das grandes questões jurídicas da atualidade diz respeito ao financiamento político,<sup>191</sup> não sendo delimitado pela Constituição Federal um determinado e específico modelo de financiamento de campanhas eleitorais e de subsídio partidário.

Pode-se definir financiamento de campanhas eleitorais como “todos os recursos materiais que um candidato ou partido empregam com a finalidade de captar votos”,<sup>192</sup> merecendo ser grifado que, hodiernamente, no Brasil, tem-se a disponibilização de recursos públicos para referida finalidade como, também, existe a previsão de financiamento privado, adotando-se um modelo misto.

A destinação de recursos públicos oriundos de dotação orçamentárias da União, arrecadação com o pagamento de multas e penalidades eleitorais e doações à conta do Fundo

---

<sup>189</sup> NICOLAU, Jairo. *Ob. cit.*, p. 27.

<sup>190</sup> Tribunal Superior Eleitoral. Partidos em formação. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos/criacao-de-partido/partidos-em-formacao>>. Acesso em: 21 dez. 2017.

<sup>191</sup> “O termo financiamento político se refere tanto ao financiamento de partidos políticos e candidatos durante o período eleitoral como ao financiamento de partidos entre eleições. A utilização de um mesmo termo para se referir ao financiamento de partidos e de campanhas eleitorais é necessária, pois em muitos casos a circulação de recursos entre campanhas e partidos torna as fronteiras entre essas formas de financiamento tênues ou inexistentes”. BOURDOUKAN, Adla Youssef. **O bolso e a urna: financiamento político em perspectiva comparada**. Tese (Doutorado em Ciência Política), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 27.

<sup>192</sup> AGRA, Walber de Moura. **Financiamento eleitoral no Brasil**. Tomo de Direito Administrativo e Constitucional, maio de 2017, p. 10. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br>>. Acesso em: 30 out. 2017.

Partidário, além de disponibilizar as propagandas eleitorais gratuitas no rádio e na televisão (direito de antena), implica, indubitavelmente, na existência de um financiamento público eleitoral, injetando-se dinheiro pertencente ao povo no fortalecimento da democracia, na disputa eleitoral, o que demonstra “um reconhecimento de que os partidos desempenham um papel insubstituível nos sistemas representativos”.<sup>193</sup>

Muito se discute acerca da necessidade de se vetar por completo o financiamento político privado (doações de pessoas físicas e dos próprios candidatos), limitando-se apenas e tão-somente ao financiamento público, implicando tal postura em diminuição da corrupção.

Sustenta-se equivocada essa correlação. O financiamento público é relevante e viabiliza maiores elementos de transparência e fiscalização, entretanto, soaria ingênuo imaginar que o financiamento público, sem a adoção de outros critérios que dependem, inclusive, de mudanças legislativas, extirparia a corrupção existente no âmbito eleitoral.

Nesse sentido, posiciona-se a doutrina especializada:

O financiamento público como forma de combate à corrupção é uma solução falaciosa para um problema real, pois enquanto os benefícios potenciais continuarem sendo maiores que os riscos, é possível que partidos e candidatos continuem clandestinamente buscando recursos privados para somar aos recursos públicos, de forma que os problemas da influência desproporcional de interesses econômicos e da corrupção não seriam solucionados com a adoção do financiamento público. As únicas medidas que poderiam conter a corrupção são a existência de regras claras, de controle rigoroso e de perspectiva de punição para os infratores – as mesmas medidas que funcionariam na ausência do financiamento público.<sup>194</sup>

Além da direta disponibilização de recursos públicos para subsidiar as eleições e o funcionamento dos partidos políticos, tem-se a possibilidade do financiamento partidário privado, constituindo em “uma fonte democrática de contribuição uma vez que é uma forma do cidadão exercer sua participação política” e compondo-se em “uma maneira de relacionar o indivíduo e os partidos, como representantes oficiais da sociedade”.<sup>195</sup>

O financiamento privado, entretanto, está limitado à participação direta do eleitor pessoa física ou o próprio candidato, vedando-se, por completo, após o julgamento da ADI nº. 4650 pelo STF, a participação de pessoa jurídica no financiamento eleitoral.

---

<sup>193</sup> AGRA, Walber de Moura. *Ob. cit.*, p. 11.

<sup>194</sup> BOURDOUKAN, AdlaYoussef. *Ob. cit.*, p. 50.

<sup>195</sup> AGRA, Walber de Moura. *Ob. cit.*, p. 13.

Indubitavelmente os diversos escândalos de corrupção recentemente divulgados em nosso país orbitam em torno do inadequado financiamento de campanhas eleitorais, notadamente em razão da transformação de uma contribuição eleitoral (inicialmente vista como algo salutar e inerente à democracia) em verdadeiro investimento empresarial com objetivo de lucro, promovendo-se a captação do político e passando o poder econômico a impor suas condições para efetuar contribuições.<sup>196</sup>

Ademais, restou comprovado, após as apurações encetadas pela Polícia Federal e pelo Ministério Público Federal, que, em muitas dessas “doações” eleitorais destinadas aos pleitos disputados nas eleições gerais para presidente da República, governadores, senadores, deputados federais e deputados estaduais e distritais, os vultosos valores que eram doados por empresas privadas as quais mantinham negócios ou eram fiscalizadas pelo poder público foram decisivos no resultado final da disputa eleitoral.

Mais ainda: comprovou-se pela análise dos dados constantes no sítio eletrônico do TSE um crescimento vertiginoso em referidas doações lideradas por pessoas jurídicas, sendo que existe uma concentração dos segmentos de referidas empresas (construção civil, bancos e indústria pesada).

Além disso, a experiência recente na apuração de crimes e na fiscalização eleitoral demonstrou que as sociedades empresariais, ao efetuarem doações para os partidos políticos e candidatos, faziam em valores e percentuais para todos os principais concorrentes (sendo esses valores bem próximos para candidatos adversários com chances de vitórias ou que disputaram o segundo turno).

Insiste-se, ainda, que as empresas que despontam como campeãs em doação são oriundas de setores fortemente influenciados pela regulamentação e fiscalização estatal, além de manter contratos diretos com o poder público, a exemplo das construtoras, destacados alvos empresariais da Operação Lava Jato, merecendo realce que as principais empresas da construção civil do país efetuaram contribuição financeira para as eleições realizadas nas duas

---

<sup>196</sup> “O mero tomar parte ou se fazer presente nesse processo, pois não há como o poder econômico, enquanto poder econômico mesmo, participar do pleito sem dar as cartas ou pôr as mangas de fora. Sem comandar factualmente as coisas. Sem dobrar à sua força pecuniária ou fazer vergar ao seu peso patrimonial-financeiro-corporativo a espinha dorsal da vontade do eleitor”. BRITTO, Carlos Ayres. *Empresa que financia campanha eleitoral comete abuso de poder econômico*. LEITE, George Salomão et al. (Orgs.). **Ontem, os códigos! Hoje, as constituições:** homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 235.

últimas décadas, sendo impossível dissociar referida forma de arrecadação financeira com a prática do caixa dois, da corrupção eleitoral e do desequilíbrio nas disputas eleitorais.

Sobredita situação obriga a concluir que esse modelo de contribuição eleitoral era uma espécie de investimento a ser cobrado quando da posse dos eleitos, dando-se por intermédio de contratos firmados, licitações vencidas, medidas provisórias e projetos de lei apresentados, regulando determinados setores da economia ou estabelecendo critérios tributários, dentre outras questões, restando evidenciado que referida postura, além de deixar vulnerável a democracia, implicando no afastamento da participação popular e em verdadeira crise política, tornava “os candidatos e partidos políticos fortemente dependentes de poucas empresas para suas candidaturas. E – não sejamos inocentes – não se deve esperar que o *almoço seja gratuito*”.<sup>197</sup>

Ademais, estabeleceu-se um círculo vicioso entre o financiador (doador eleitoral), o partido político e o candidato que recebeu referida doação (financiado), podendo-se afirmar que essa participação intensa do poder econômico “aumenta a influência dos mais ricos sobre o resultado das eleições, além de criar incentivos a relações promíscuas e favorecimentos entre candidatos e seus financiadores”.<sup>198</sup>

Esse não é um fenômeno brasileiro, existindo em várias democracias, resultando evidente a captura do político pelo poder econômico, pautando as deliberações do parlamento<sup>199</sup>.

A participação excessiva da iniciativa privada nas eleições, por intermédio do financiamento de campanhas eleitorais, de partidos políticos e de candidatos, além de malbaratar o princípio da igualdade política, arranha o princípio republicano, esculpido no art. 1º da Constituição Federal de 1988, passando a ideia de coisa pública (*res publica*) como algo pertencente a todos, a ser gerido de forma impessoal e dentro dos parâmetros da legalidade,

---

<sup>197</sup> SARMENTO, Daniel; OSÓRIO, Aline. *Ob. cit.*, p. 119.

<sup>198</sup> SARMENTO, Daniel; OSÓRIO, Aline. *Ob. cit.*, p. 114.

<sup>199</sup> “No es necesario traer a colación el ejemplo de los Estados Unidos, donde, pese a las graves matanzas en las escuelas, no se consigue sacar adelante una ley que haga más difícil la adquisición de armas por parte de sujetos con antecedentes penales o enfermos mentales, debido a la oposición de un grupo de senadores financiado por el lobby de las armas”. FERRAJOLI, Luigi. **Los derechos e sus garantías**: conversación con Mauro Barberis. Madrid: Editorial Trotta, 2016, p. 122.

sendo difícil compatibilizar a ideia de República com “a captura dos agentes públicos por interesses privados de agentes econômicos”.<sup>200</sup>

Essa efetiva atuação financeira e econômica nas eleições brasileiras pode ser demonstrada com os seguintes números: na eleição do segundo turno para Presidente da República no ano de 2014, a arrecadação dos partidos políticos superou a estratosférica cifra de 800 milhões de reais, quase duas vezes o valor arrecadado na eleição de 2010, correspondendo, ainda, ao décuplo do que fora recolhido em doações na eleição de 2002.<sup>201</sup>

Esse protuberante crescimento das contribuições para os partidos políticos e candidatos em sucessivas campanhas eleitorais gerais para os principais cargos da República “não se deve à inovação legislativa específica ou impulso cívico da sociedade brasileira. Vimos, isso sim, a consolidação da influência do poder econômico na vida de partidos políticos, parlamentares e governos”.<sup>202</sup>

Ademais, essa forma equivocada de financiamento das eleições e, em *ultima ratio*, da própria democracia, desaguou no maior escândalo de corrupção político-eleitoral existente no país, denominado de Lava Jato, resultando em maxi-processos de corrupção em várias esferas do Poder Judiciário brasileiro, envolvendo, de um lado, empresários, construtores, empreiteiros, lobistas, intermediários de toda sorte, doleiros, operadores do mercado financeiro e, do outro, dirigentes partidários e políticos que alcançaram mandatos eletivos com o uso do dinheiro sujo da corrupção.

Essa cultura da captação do político eleito pelo poder econômico, tornando-o refém não de causas de interesse da coletividade, mas de demandas que contemplam ou beneficiam o segmento político que patrocinou sua eleição, provoca verdadeiro desajuste e agressão aos postulados constitucionais (como o da igualdade política e o princípio republicano, por exemplo), impulsionando a “plutocratização” da nossa vida política.

Ademais, referida forma de contribuição eleitoral por pessoas jurídicas tornou as eleições absolutamente desiguais, sendo que o sucesso ou fracasso de um determinado candidato na disputa eleitoral está diretamente ligado ao montante de recursos investidos e não

---

<sup>200</sup> SARMENTO, Daniel; OSÓRIO, Aline. *Ob. cit.*, p. 115.

<sup>201</sup> STF – ADI 4650, Rel. Min. Luiz Fux, j. 17.09.2015, DJe 24.02.2016.

<sup>202</sup> MOHALLEM, Michael Freitas. *Doação ou investimento? Alternativas ao financiamento desigual de campanhas eleitorais*. In: FALCÃO, Joaquim (Org.). **Reforma eleitoral no Brasil: legislação, democracia e internet em debate**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015, p. 101.

às ideias defendidas e debatidas e às proposituras apresentadas pelos oponentes, sendo que o abuso do poder econômico implica em “intromissão no circuito das eleições populares, porque interfere na livre e consciente vontade do eleitor”.<sup>203</sup>

Passou-se a considerar como urgente e reprovável o financiamento privado por intermédio de doações empresarias para as campanhas eleitorais, apontando-se como pernicioso a parceria entre o poder político e o poder econômico, o que provoca efeitos deletérios, com “todo tipo de voluntarismo, ambição, fraude, cooptação, violência física e psicológica, corrupção e práticas do gênero”, devendo-se evitar esse contato e mistura entre o poder político e o poder econômico; é necessário que “toda rédea curta se faça interpretativamente necessária”.<sup>204</sup>

Nesse contexto foi proposta pela OAB a ADI nº. 4650/DF – declaração de inconstitucionalidade da doação privada de pessoas jurídicas, prevista tanto na Lei nº. 9.096/95 (Lei Orgânica dos Partidos Políticos), como na Lei nº. 9.504/97 (Lei das Eleições).

Objetivava o pedido inicial a proibição total de qualquer doação de pessoa jurídica (anteriormente sendo possível até o limite de 2% de seu faturamento bruto no ano anterior ao pleito eleitoral – art. 81, Lei nº. 9.094/97), o estabelecimento de teto nos gastos das campanhas eleitorais, além da proibição do próprio candidato doar para sua campanha, sendo limitado ao teto dos gastos fixados para sua campanha eleitoral (art. 23, § 1º, II, Lei nº. 9.504/97).

Referida ADI suscitou grandes debates, no âmbito tanto do STF (foro competente para sua discussão, tendo o Ministro Luiz Fux, na condição de Relator, determinado a realização de audiência pública no escopo de ouvir especialistas), como na Academia, no Parlamento, nos meios de comunicação e, principalmente, entre a classe política.

Ao final de excruciante tramitação, a ADI nº. 4650 foi julgada procedente em parte, por maioria, com a conclusão do julgamento em 17 de setembro de 2015, sendo o inteiro teor do acórdão publicado no Diário de Justiça Eletrônico do dia 24 de fevereiro de 2016.<sup>205</sup>

---

<sup>203</sup> BRITTO, Carlos Ayres. *Ob. cit.*, p. 234.

<sup>204</sup> BRITTO, Carlos Ayres. *Ob. cit.*, p. 241.

<sup>205</sup> “Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente para assentar apenas e tão somente a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto do art. 31 da Lei nº 9.096/95, na parte em que autoriza, a *contrario sensu*, a realização de doações por pessoas jurídicas a partidos políticos, e pela declaração de inconstitucionalidade das expressões ‘*ou pessoa jurídica*’, constante no art. 38, inciso III, e ‘*e jurídicas*’, inserta no art. 39, *caput* e § 5º, todos os preceitos da Lei nº 9.096/95”. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso ao voto integral em: 30 out. 2017.

O Voto-Vencedor fundamenta a vedação de doação para campanhas eleitorais realizada por empresas no fato de que as pessoas jurídicas não estão legitimadas a participar diretamente do processo democrático de escolha eleitoral; além disso, cuida-se de voto permeado de dados coletados no sítio eletrônico do TSE ou ainda fornecidos por especialistas que se habilitaram como *amicus curiae* ou participaram da audiência pública designada para debater o tema.

Destaca-se de referido voto a seguinte afirmação: “No pleito de 2010, por exemplo, apenas 1% dos doadores, o que equivale a 191 empresas, foi responsável por 61% do montante doado”, concluindo-se adiante que “os dez principais financiadores – em geral construtoras, bancos e indústrias – contribuíram com aproximadamente 22% do total arrecadado”.

Ficou claro para o STF a perniciosa influência das empresas privadas no resultado do processo eleitoral e como referida interferência tem total ligação ou pertinência com o acréscimo de práticas corruptas desenvolvidas ou mantidas pelos agentes públicos.

Durante o julgamento de mencionada ADI debateu-se que impedir a doação de pessoas jurídicas implicaria em violar a liberdade de expressão dos doadores, silenciando a possibilidade de participação política da classe empresarial.

Referida assertiva efetivamente não merece prosperar. Nesse sentido, novamente apresenta a doutrina:

O exercício de direitos políticos é incompatível com a essência das pessoas jurídicas. Por certo, uma empresa pode defender bandeiras políticas, como a de direitos humanos, causas ambientais etc., mas daí a bradar pela sua indispensabilidade no campo político, investindo vultosas quantias em campanhas eleitorais, dista uma considerável distância. É o que defende o saudoso filósofo norte-americano Ronald Dworkin: as “empresas são ficções legais. Elas não têm opiniões próprias para contribuir e direitos para participar com a mesma voz e voto na política”. Assim é que autorizar que pessoas jurídicas participem da vida política seria, em primeiro lugar, contrário à essência do próprio regime democrático.<sup>206</sup>

Ademais, após criteriosa análise, constatou-se que todas as principais empresas privadas que participaram do pleito eleitoral efetuavam doações praticamente para todos os candidatos com potencial eleitoral, buscando não desagradar os possíveis eleitos, não havendo que se falar em liberdade de expressão. Desse modo, merece destaque:

Se a maior parte das doações efetuadas não expressa preferências políticas dos doadores, elas não podem ser concebidas como exercício da liberdade de expressão,

---

<sup>206</sup> FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. **Novos paradigmas do direito eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 75-76.

mas como ações pragmáticas, voltadas à obtenção de possíveis favores dos eleitos ou à neutralização de possíveis perseguições. Trata-se de negócios e não de discurso.<sup>207</sup>

Essa situação motivou o STF a concluir que:

A doação por pessoas jurídicas consubstancia, sim, fato de desequilíbrio nos certames eleitorais, máxime porque os limites máximos previstos na legislação, em vez de inibir, estimulam que as maiores empresas façam maiores doações. Diante desse quadro, eu indago: é salutar, à luz dos princípios democrático e republicano, a manutenção de um modelo como esse, que permite a captura do político pelos titulares do poder econômico? Aqui também a resposta se afigura negativa.<sup>208</sup>

O Relator finaliza o seu voto afirmando ser necessário criar mecanismos para coibir a “indesejada ‘plutocratização’ da política brasileira”.<sup>209</sup>

Sobre a plutocratização do processo político, afirma a doutrina:

A rigor, aludido modelo importa as iniquidades existentes, no aspecto econômico, para as disputas eleitorais. Deveras, não raro verificamos a ocorrência de pactos não republicanos, porquanto estimulam um ambiente de favorecimentos particulares e promíscuos entre as empresas doadoras e os agentes políticos investidos no mandato, mormente na pactuação de contratos com o Poder Público e deturpando a gestão correta da *res pública*.<sup>210</sup>

Julgada pelo STF a inconstitucionalidade das doações privadas formuladas por pessoas jurídicas (independentemente do valor), foram realizadas as eleições municipais de 2016 sem a possibilidade da participação das empresas no prélio eleitoral.

Importante registrar que sobredito pleito foi organizado com a observância de prazos mais curtos para a campanha eleitoral (fruto da Minirreforma Eleitoral materializada na Lei nº. 13.165/2015), objetivando reduzir os gastos com publicidade eleitoral e material de campanha.

Não obstante a ausência de contribuição de pessoa jurídica, remanesceram as denúncias de fraudes e da prática de corrupção eleitoral, desta feita com a suspeita de que beneficiários do Programa Bolsa-Família tenham contribuído com mais de 75 milhões de reais para

---

<sup>207</sup> SARMENTO, Daniel; OSÓRIO, Aline. *Ob. cit.*, p. 126.

<sup>208</sup> STF – ADI 4650, Rel. Min. Luiz Fux, j. 17.09.2015, DJe 24.02.2016.

<sup>209</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>210</sup> FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. *Ob. cit.*, p. 83.

campanhas de vereadores e prefeitos, despertando a atenção do TSE e dos órgãos de fiscalização e controle – TCU, Polícia Federal e Ministério Público Federal.<sup>211</sup>

Portanto, diante da proibição expressa da doação eleitoral por parte de pessoas jurídicas, o Congresso Nacional passou a discutir a criação de um Fundo para o Financiamento das Campanhas Eleitorais, notadamente pelo fato de que é impossível realizar campanhas eleitorais e fortalecer a democracia sem o uso de recursos financeiros.

Eis o nó-górdio a ser desatado: assim como não é possível a realização de pleitos eleitorais, divulgação de programas partidários e apresentação de propostas por parte dos candidatos durante a propaganda eleitoral, sem o gasto de recursos financeiros, notadamente em um país continental como o Brasil, o uso desmensurado do dinheiro, sem adequados critérios de contenção e fiscalização, pode asfixiar a democracia.

É preciso buscar um ponto de equilíbrio, pois “o acesso desigual a recursos financeiros durante a disputa eleitoral permite o surgimento de espaços privilegiados de acesso ao poder”;<sup>212</sup> por outro lado, sem o uso de recursos (público, privados ou de ambos os segmentos), não é possível realizar campanhas eleitorais.

Demonstrando a importância de se adotar uma saída proporcional entre a busca do fortalecimento da democracia, o financiamento eleitoral e o uso do dinheiro, sem descambar para a corrupção, cita-se:

Democracia e dinheiro coexistem sob tensão quando o assunto é campanha eleitoral. Ainda que a realização da democracia em contextos atuais dependa de vultosos recursos, seu uso excessivo ou desigual pode corroê-la. O princípio de que os indivíduos são igualmente partícipes do processo de construção da política depende de que suas capacidades de controle e influência sejam também equivalentes.<sup>213</sup>

É justamente nesse momento conjuntural, pós-julgamento pelo STF da impossibilidade de contribuição eleitoral por pessoa jurídica (ADI nº. 4650), de redução dos prazos das campanhas eleitorais (buscando uma diminuição nas despesas dos pleitos eleitorais – Lei nº. 13.165/2015), de maior transparência das doações eleitorais, de denúncias da prática de corrupção visando interferir no processo eleitoral, dentre outros fenômenos vivenciados, passou

---

<sup>211</sup> BRASIL. MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL. Disponível em: <<http://mds.gov.br/assuntos/bolsa-familia>>. Acesso em: 30 out. 2017.

<sup>212</sup> MOHALLEM, Michael Freitas. *Ob. cit.*, p. 103.

<sup>213</sup> MOHALLEM, Michael Freitas; COSTA, Gustavo Salles da. **Crowdfunding e o futuro do financiamento eleitoral no Brasil**. Revista Estudos Eleitorais, v. 10, n. 2. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, p. 157.

o Parlamento brasileiro a debater novas formas de financiamento das disputas eleitorais, de repasse de recursos financeiros do Fundo Partidário, buscando, inclusive, diminuir a fragmentação partidária do país, promovendo a distribuição de recursos, em sua maior parte, entre os partidos com efetiva representação na Câmara dos Deputados, além de criar um fundo com o objetivo de subsidiar os pleitos eleitorais.

Dentro desse contexto tem-se a promulgação da Emenda Constitucional nº. 97, de 04 de outubro de 2017, e a edição das Leis nº. 13.487 e nº. 13.488, ambas de 06 de outubro de 2017, entrando em vigor na data de sua publicação (edição extra do Diário Oficial da União do dia 06 de outubro 2017), responsáveis por regradar as eleições a partir do ano de 2018.

A Lei nº. 13.487, de 06 de outubro 2017, criou o Fundo Especial de Financiamento de Campanha – FEFC, sendo constituído por dotações orçamentárias da União em ano eleitoral, em valor equivalente ao definido pelo TSE, para cada eleição, além de 30% (trinta por cento) dos recursos da reserva específica do direito de antena (redação do art. 16-C, I e II, Lei nº. 9.504/97, inserido por referida norma).

Portanto, tem-se com a criação do FEFC um mecanismo apto a permitir a utilização de recursos de financiamento público, partindo diretamente do Tesouro Nacional (art. 16-C, § 2º, fixado pelo TSE, com ampla publicidade e fiscalização).<sup>214</sup>

Além de referido Fundo de Financiamento de Campanha, a Lei nº. 13.488, de 06 de outubro 2017, criou duas novas possibilidades de financiamento privado de campanhas eleitorais, quais sejam: o *crowdfunding* (art. 23, IV, Lei nº. 9.504/97, com redação dada pela Lei nº. 13.488/2017) e a comercialização de bens e serviços, bem como a realização de eventos pelo próprio candidato e pelos partidos políticos (art. 23, V, Lei nº. 9.503/97, com redação da Lei nº. 13.488/2017).

---

<sup>214</sup> “Como maior destaque da reforma, a Lei 13.487 criou o Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC). Aponta-se que os valores envolvidos serão na ordem de 1,7 bilhão de reais. Ainda não há, contudo, um dado preciso que permita saber o valor final que esse fundo atingirá. O que existem são meras estimativas. Ele será formado com o remanejamento do orçamento de 2018, de modo que 30% dos recursos destinados às emendas de bancada de execução obrigatória serão transferidas para o FEFC e, a esse valor, será acrescido o valor da compensação fiscal devida às emissoras de rádio e televisão pela veiculação da propaganda partidária, que deixará de existir a partir do início do próximo ano”. SILVA, Henrique Neves da. **O saldo da reforma eleitoral**: as regras para as eleições de 2018. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/e-leitor/o-saldo-da-reforma-eleitoral-09102017>>. Acesso em: 30 out. 2017.

O Brasil não tem uma cultura de contribuição privada de pessoas físicas, com destaque na arrecadação das campanhas eleitorais,<sup>215</sup> havendo um distanciamento do cidadão da participação da campanha diretamente com sua colaboração financeira, diferentemente do que ocorre em diversos países europeus e nos Estados Unidos da América.

Nesse sentido surge o financiamento coletivo, valendo-se de aplicativos hospedados em endereços eletrônicos. São doações pulverizadas em pequenos valores, realizadas sem burocracia, feitas pela internet, permitindo uma maior participação individual no debate político.

Dar a esse tipo de financiamento coletivo o nome de *crowdfunding* ou financiamento participativo constitui “uma nova forma de mobilização política”, referindo-se “a um tipo de mobilização cívica de pessoas que sentem que a sua participação pode ser mais efetiva e mais direta, criando laços mais profundos entre os componentes da comunidade e fomentando o sentimento de cidadania”.<sup>216</sup>

Cuida-se de novidade que tem de ser adequadamente desenvolvida e estimulada, permitindo uma maior participação do cidadão no processo eleitoral. Nesse sentido,

O alvo principal do *crowdfunding* são as pequenas doações, que juntas formam um valor compatível para arcar com um projeto que se apoia. Quando se está falando de campanhas eleitorais, a tendência é que os principais beneficiários sejam candidatos que não possuem apoio partidário, seja pelo Fundo Partidário, seja pela ausência de suporte da elite do partido. Candidatos carentes das condições mínimas de realizar uma campanha competitiva, seguramente, seriam os primeiros a aderir ao financiamento coletivo, mobilizando o seu eleitorado, o seu bairro, aqueles que creem em suas propostas.<sup>217</sup>

Quem sabe a inserção de referida forma de financiamento eleitoral no Brasil não seja um começo de aproximação do eleitor com a política (considerando o atual afastamento, por razões óbvias), evitando-se candidatos tradicionalmente envolvidos com denúncias de corrupção e permitindo-se a renovação dos quadros políticos e uma maior participação dos jovens, além de uma nova forma de exercício de cidadania.

---

<sup>215</sup> “Nas eleições de 2014, a candidata vencedora recebeu de pessoas físicas apenas 0,6% do total arrecadado, enquanto o segundo colocado obteve nada mais do que 3,8%”. MOHALLEM, Michael Freitas. *Ob. cit.*, p. 107.

<sup>216</sup> SANTANO, Ana Cláudia. **O financiamento coletivo de campanhas eleitorais como medida econômica de democratização das eleições**. Revista Estudos Eleitorais, v. 11, n. 2. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, p. 37.

<sup>217</sup> SANTANO, Ana Cláudia. *Ob. cit.*, p. 49.

O eleitor que entra em um endereço eletrônico e faz uma contribuição, por mais modesta que seja, envolve-se com a campanha e passa a ter interesse em eleições limpas, valorizando o debate e a discussão de ideias, devendo ser escolhidos os candidatos que conseguirem apresentar as melhores propostas e não aquele que teve a campanha mais rica e se valeu da compra de votos.

É um tímido começo de mudança, sendo aplaudido pelos estudiosos no assunto que afirmam:

O caminho da arrecadação de pessoas físicas traz mais benefícios do que apenas o dinheiro. Eleitores que doam tornam-se parte da campanha. O sucesso ou fracasso passa a ter relação direta com o indivíduo, cujo comprometimento tende a ser maior. O passo da doação também é precedido de esclarecimentos. Tal como o consumidor atual que busca referências e comparações antes do clique final da compra, aquele que doa para um candidato ou partido provavelmente antecipa sua decisão de voto no momento da doação por meio de informação, referências e ideologia.<sup>218</sup>

Portanto, trata-se de importante inovação inserida pela Reforma Eleitoral recentemente aprovada, possibilitando que candidatos e partidos políticos de todas as matizes consigam reunir seus militantes, filiados, simpatizantes e eleitores e busquem no financiamento coletivo uma forma de permitir a disputa eleitoral em igualdade de condições com candidatos mais tradicionais, integrantes de partidos políticos enraizados no poder ou de maior organicidade.

A outra inovação diz respeito à possibilidade de venda de bens, serviços ou a realização de eventos com o propósito de arrecadar recursos para determinado candidato ou partido político.

É também uma forma de permitir maior participação da coletividade na arrecadação de fundos para a campanha eleitoral, viabilizando pequenas arrecadações que possuem elevado significado, notadamente pela participação direta do eleitor no evento, interagindo com o candidato ou líderes de determinada agremiação partidária.

Também se revela acertada referida forma de arrecadação, concebida como meio de subsidiar a ausência da contribuição das empresas privadas nas campanhas eleitorais (situação até então predominante).

Saem de cena as grandes corporações, as poderosas empresas que mantêm relação direta com o poder público e seus representantes e entra no campo das disputas eleitorais e no jogo

---

<sup>218</sup> MOHALLEM, Michael Freitas; COSTA, Gustavo Salles da. *Ob. cit.*, p. 164.

democrático o cidadão, o eleitor, o contribuinte, que poderá participar mais diretamente do processo eleitoral.

Essa é a expectativa, tendo referido modelo grande possibilidade de representar um combate efetivo e ataque à corrupção eleitoral existente no financiamento político, devendo ser destacado que a “corrupção com origem no financiamento de campanhas abrange uma série de facetas, desde a intermediação de benefícios administrativos, passando pelas decisões políticas enviesadas até o abuso de recursos públicos para a reeleição de candidatos”.<sup>219</sup>

Por fim, importante registrar que a Lei nº. 13.488, de 06 de outubro de 2017, em seus arts. 5º, 6º e 7º, estabeleceu limites de gastos de campanhas para os candidatos aos cargos de presidente da República, governadores, senadores, deputados federais e deputados estaduais nas eleições gerais que serão realizadas no ano de 2018.

A imposição de limites ou tetos de gastos implica em relevante medida moralizadora<sup>220</sup> e que permite melhor fiscalização das despesas e dos gastos realizados nas campanhas eleitorais.

Pode-se concluir essa parte do presente estudo aduzindo que o financiamento eleitoral na atualidade é misto, com a participação de recursos públicos e privados, podendo ocorrer da seguinte forma:

- a) Recursos oriundos do FEFC a ser definido pelo TSE com recursos remanejados do orçamento, acrescidos dos valores da compensação fiscal devida às emissoras de rádio e televisão pela veiculação de propaganda partidária que deixará de existir nos anos de eleição – art. 16-C da Lei nº. 9.504/97, com a redação da Lei nº. 13.487/2017;
- b) Recursos financeiros oriundos do Fundo Partidário, regulamentado pela Lei nº. 9.096/95, compostos pelos valores arrecadados com o pagamento das multas e demais penalidades pecuniárias aplicadas nos termos da legislação eleitoral, além dos aportes atinentes à dotação orçamentária para referido fundo;

---

<sup>219</sup> SPECK, Bruno Wilhelm. *O financiamento político e a corrupção no Brasil*. In: BIASON, Rita de Cássia (Org.). *Temas de corrupção política*. São Paulo: Balão editorial, 2012, p. 95.

<sup>220</sup> “Os defensores dessa medida afirmam que os altos custos das campanhas eleitorais trazem dois problemas: em primeiro lugar, diminuem as chances dos candidatos com menos dinheiro. Em segundo lugar, os altos custos das campanhas políticas poderiam ser um fator indutor da corrupção, uma vez que a arrecadação de recursos se torna o ponto central das campanhas. A imposição de limites também contribuiria para diminuir as dissiparidades em termos de recursos entre candidatos e/ou partidos”. BOURDOUKAN, Adla Youssef, *Ob. cit.*, p. 30-31.

- c) Provisões direcionadas à propaganda eleitoral gratuita no rádio e televisão (direito de antena) nos termos e períodos expressamente regulados nos arts. 44 e seguintes da Lei nº. 9.507/97;
- d) Doação de pessoas físicas em dinheiro ou valores estimáveis em dinheiro, limitada a 10% (dez por cento) dos rendimentos brutos auferidos pelo doador no ano anterior à eleição (art. 23, § 1º, Lei nº. 9.504/97);
- e) Utilização de recursos próprios do candidato em sua campanha até o limite de gastos estabelecido para o cargo ao qual concorre (art. 23, § 1º-A, Lei nº. 9.504/97);
- f) Doações coletivas pela internet (*crowdfunding*) nos termos do art. 23, § 4º, IV, da Lei nº. 9.504/97 com a redação instituída pela Lei nº. 13.488/2017;
- g) Comercialização de bens ou serviços e a promoção de eventos pelos candidatos ou partidos políticos (art. 23, § 4º, V, Lei nº. 9.504/97, com a redação estabelecida pela Lei nº. 13.488/2017).

Essas são as formas de financiamento político hoje vigente no ordenamento jurídico brasileiro, destacando-se um financiamento misto das campanhas e pleitos eleitorais, predominando a disponibilização de recursos públicos.

De qualquer sorte, com a vedação da doação das empresas privadas e a criação de um Fundo Público para financiar as campanhas eleitorais, coloca-se novamente o cidadão no epicentro das decisões políticas, reafirmando o princípio de que o poder emana do povo e não de empresas e grandes corporações que buscam lucro e a defesa de seus interesses, restando comprovado nesse modelo, declarado inconstitucional pelo STF quando do julgamento da ADI nº. 4650, que “o que garante a vitória de um candidato não é tanto a popularidade ou qualidade de suas propostas, mas a quantidade de recursos que consegue angariar”.<sup>221</sup>

Resta, com o advento de referidas inovações inseridas tanto por decisões judiciais, especialmente pela ADI nº. 4650 do STF, como pelas alterações legislativas (Emenda Constitucional nº. 97/2017, Lei nº. 13.487/2017 e Lei nº. 13.488/2017), buscar dar efetividade à vontade do eleitor, mediante a luta para a existência de eleições limpas, afastando-se o abuso

---

<sup>221</sup> SARMENTO, Daniel; OSÓRIO, Aline. *Ob. cit.*, p. 117.

do poder econômico e financeiro dos pleitos eleitorais, além de permitir a existência de um debate saudável de ideias entre os pleiteantes aos cargos públicos eletivos e respeitar a vontade soberana do eleitor, o sufrágio universal, secreto e periódico, bem como o princípio republicano.

Com o enraizamento de referidas práticas políticas, de cunho evidentemente moralizante, passando o país a contar com eleições limpas, buscar-se-á afastar a influência do poder econômico e corporativo das empresas na eleição dos candidatos e no prélio eleitoral, certamente contribuindo para a diminuição da corrupção e da promiscuidade até então existente entre grandes empresas e candidatos eleitos.

#### **2.4. Caixa dois eleitoral, lacuna normativa e a necessária tipificação**

Questão tormentosa na doutrina penal e que possui total correlação com o tema da corrupção eleitoral e do financiamento político diz respeito à existência do caixa dois eleitoral.

As opiniões são as mais variadas, existindo desde aqueles que defendem já existir a tipificação para referida conduta, materializado no art. 350 do Código Eleitoral, ou, ainda, estudiosos que afirmam inexistir lacuna normativa apta a justificar a erigir o financiamento ilegal de campanhas como um novo ilícito penal; há também aqueles outros (com os quais se filia o autor desta tese) que sustentam a necessidade de tipificação do financiamento ilegal e da contabilidade paralela no âmbito da estrutura partidária como crimes autônomos, açambarcando as condutas do particular que promove a doação ilegal e a do candidato e dirigente partidário que recebem e utilizam referidos recursos, desigualando a disputa eleitoral e atentando contra a democracia.

Defende-se a necessidade da tipificação do caixa dois eleitoral, além da tipificação da conduta equivalente à lavagem de capitais para fins eleitorais, não pela crença de que alçar referidas condutas a ilícitos penais eleitorais, por si só, implicaria em panaceia para gravíssimo problemas existente nas eleições brasileiras, mas pelo entendimento de que existe grave lacuna normativa, restando vulnerabilizado relevante bem jurídico penal.

Desde o julgamento da Ação Penal 470 pelo STF (“Mensalão”),<sup>222</sup> após a apresentação como tese de defesa de alguns dirigentes partidários e detentores de mandatos eletivos de que receberam durante a campanha eleitoral “recursos não contabilizados”,<sup>223</sup> se intensificou o debate acerca da tipificação do crime de caixa dois eleitoral como crime autônomo, violando a regularidade do pleito eleitoral e atentando contra as eleições livres e o Estado Democrático de Direito.

Hodiernamente, parte das condutas análogas ao que se poderia definir como caixa dois eleitoral são enquadradas, em um enorme esforço hermenêutico, tisonando o princípio penal da taxatividade, no art. 350 do Código Eleitoral.<sup>224</sup>

Existem diversos processos criminais eleitorais tramitando nas Cortes Eleitorais e no STF para apurar recursos não contabilizados em campanhas eleitorais (vulgarmente denominado como caixa dois) como sendo o crime de falsidade ideológica eleitoral, notadamente em razão da obrigatoriedade de prestação de contas perante a Justiça Eleitoral.

Nesse sentido, entende a doutrina que a objetividade jurídica do tipo penal estampado no art. 350 do Código Eleitoral é a fé pública eleitoral, restando configurando o ilícito “quando, nas prestações de contas exigidas pelos arts. 28 e 29 da Lei nº. 9.504/97 (Lei das Eleições), o candidato omite receitas ou gastos, ou presta informações distintas das que deveria prestar”.<sup>225</sup>

Entrementes, o fato de se buscar a realização de enquadramento no art. 350 do Código Eleitoral não supre a lacuna normativa existente, notadamente pelo fato de que referida conduta somente atinge o candidato responsável pela prestação das contas, deixando completamente impunes todos aqueles que arrecadaram e doaram recursos que não foram contabilizados na

---

<sup>222</sup> “Doações eleitorais e partidos políticos representam, já há algum tempo, um problema jurídico de difícil apreensão para o direito penal. Essas doações podem ser seguidas da não contabilização dos recursos, em contrariedade aos termos legais, com o que surge o problema do vulgarmente chamado *caixa dois eleitoral*”. LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. *Financiamento de partidos políticos, caixa dois eleitoral e corrupção*. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. *Crime e política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*. Rio de Janeiro: Editora da FGV, 2017, p. 135.

<sup>223</sup> O STF, ao julgar o *meritum causae* da Ação Penal 470/MG, afastou a tese de defesa de que houve caixa dois eleitoral e condenou parte dos acusados pela prática de corrupção ativa (art. 333, Código Penal) e passiva (art. 317, Código Penal), considerando que houve compra de votos de parlamentares para participarem de votações importantes realizadas na Câmara dos Deputados e não mera doação eleitoral “não contabilizada”.

<sup>224</sup> 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 cinco a quinze dias-multa, se o documento é público, e reclusão até três anos e pagamento de três a dez dias-multa, se o documento é particular.

<sup>225</sup> GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Crimes eleitorais e processo penal eleitoral**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 119.

campanha eleitoral, além de não haver qualquer punição pela utilização de recursos oriundos de fontes vedadas pela legislação eleitoral.

Mesmo diante de conduta que reputo grave e atentatória à lisura e igualdade do pleito eleitoral, existem estudiosos que afirmam ser desnecessário tipificar referida prática como ilícito penal, notadamente por entenderem inexistir uma lacuna de punibilidade:

Em primeiro lugar, não há clareza sobre o bem jurídico protegido pelo caixa dois eleitoral. O caixa dois eleitoral pode estar associado aos delitos de corrupção pública, e visaria a tutelar a higidez da Administração Pública. Essa conduta, de outro lado, poderia afetar bens jurídicos de natureza essencialmente eleitoral. A igualdade dos pleitos eleitorais surgiria como candidato. [...] Essa incerteza quanto ao objeto que se pretende proteger decorre de uma incompreensão do conceito de caixa dois eleitoral, o segundo esclarecimento que deve ser realizado. O que não se pode definir, tampouco se deve criminalizar.<sup>226</sup>

O autor da presente tese discorda dessa posição por entender existir relevante lacuna normativa, restando desprotegido importante bem jurídico, consistindo na necessária punição aos atos atentatórios à democracia, a regularidade dos pleitos eleitorais, a lisura e igualdade da disputa pelos candidatos e à corrupção eleitoral.

Com efeito, a arrecadação de recursos ou o recebimento de bens ou valores não contabilizados, por partidos políticos ou candidatos, durante o pleito eleitoral, fora do controle e fiscalização da justiça eleitoral, implica em “perigo para a legitimidade das eleições e do sistema democrático”.<sup>227</sup>

Além disso, avulta a importância na tipificação da conduta definida como caixa dois eleitoral, notadamente porque referida prática, comumente adotada nas eleições brasileiras, “fere o dever de transparência dos candidatos, uma vez que as prestações de contas permitem ver pela identificação de seus doadores, quais são os interesses com os quais estão comprometidos”.<sup>228</sup>

Ademais, não se pode olvidar que o caixa dois eleitoral está umbilicalmente ligado à prática do crime de corrupção eleitoral e à compra direta de votos, pois “como a despesa com a compra de votos não pode ser declarada, os recursos utilizados para tal fim em geral não

---

<sup>226</sup> LEITE, Alaor. *É necessária a tipificação do crime de “caixa 2” eleitoral?* **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, ano 25, n. 295, p. 3, 2017.

<sup>227</sup> CABELEIRA, Vinícius. *É necessária a tipificação do crime de “caixa 2” eleitoral?* **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, ano 25, n. 295, p. 2, 2017.

<sup>228</sup> CABELEIRA, Vinícius. *Idem*.

tramitam pela conta de campanha. Durante o período eleitoral, as notícias de candidatos comprando votos com dinheiro em espécie chegam às centenas”.<sup>229</sup>

Importante não olvidar que a criminalização do caixa dois não é uma mera faculdade do legislador ordinário. Em verdade, referida postura tem decorrência de imposição contida na Convenção de Mérida (art. 7, parágrafos 2 e 3),<sup>230</sup> com expressa preocupação com o financiamento ilegal de campanhas eleitorais e de partidos políticos, estabelecendo-se que cada Estado-Parte adotará providências no escopo de definir critérios para a eleição de cargos públicos, abolindo a possibilidade de interferência de práticas corruptas na assunção e eleição para ocupar referidos cargos, além de estabelecer a necessidade de serem editadas regras claras de financiamento eleitoral e de partidos políticos, sempre respeitando a transparência.

Evidente, portanto, a relevância da tipificação do caixa dois eleitoral, existindo verdadeiro vazio normativo, o que torna vulnerável importante bem jurídico penal.

Mesmo com a necessidade de tipificar referida conduta, por se entender que existe visível hiato de punibilidade, e estando claro o bem jurídico que se pretende proteger, a discussão do temário no Parlamento não está ocorrendo da melhor forma, nem seguindo a técnica adequada.

Explicando melhor: novamente o legislador brasileiro está debatendo relevante projeto de lei penal, buscando tipificar condutas de afogadilho, porém ocorre a repetição desse erro crasso que já resultou na confecção de leis dúbias, desconexas, com vícios de redação e sentido.

Idêntico risco tem ocorrido na tipificação do crime autônomo de caixa dois eleitoral, constando sua definição no PL 4.850 de 2016, assim ementado: “Estabelece medidas contra a corrupção e demais crimes contra o patrimônio público e combate o enriquecimento ilícito de agentes públicos”.

---

<sup>229</sup> CABELEIRA, Vinícius. *Idem, ibidem*.

<sup>230</sup> Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção

Artigo 7. *Omissis*.

1. *Omissis*.

2. Cada Estado Parte considerará também a possibilidade de adotar medidas legislativas e administrativas apropriadas, em consonância com os objetivos da presente Convenção e de conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, a fim de estabelecer critérios para a candidatura e eleição a cargos públicos.

3. Cada Estado Parte considerará a possibilidade de adotar medidas legislativas e administrativas apropriadas, em consonância com os objetivos da presente Convenção e de conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, para aumentar a transparência relativa ao financiamento de candidaturas a cargos públicos eletivos e, quando proceder, relativa ao financiamento de partidos políticos.

Trata-se de PL deflagrado perante a Câmara dos Deputados, depois de movimento capitaneado pelo Ministério Público Federal batizado de “10 Medidas contra a Corrupção”.

Referida iniciativa ganhou apoio de vários segmentos da sociedade civil organizada e conseguiu, em curto espaço de tempo, na esteira da divulgação dos escândalos de corrupção descobertos no bojo da Operação Lava Jato, amearhar mais de 2 milhões de assinaturas, aportando no Parlamento como PL de iniciativa popular (art. 14, III, Constituição Federal).

Em verdade, toda a comunidade jurídica apresentou diversas críticas ao aqodamento na discussão dessas “10 Medidas contra a Corrupção”, apontando diversas inconstitucionalidades e ilegalidades na propositura original, fruto de uma concepção de normas que agradam ao Ministério Público Federal, porém atropelam garantias constitucionais, contendo referida propositura flagrantes ilegalidades, tudo em nome do combate à corrupção.

Valendo-se do conceito de pós-democracia, atribuído inicialmente ao cientista político inglês Colin Crouch, utilizado para designar momentos em que “há o pleno funcionamento (formal) das instituições democráticas (eleições, liberdade de expressão etc.), mas no qual a dinâmica democrática progressivamente desaparece”,<sup>231</sup> cita-se posicionamento que consiste em criticar projetos de lei ou condutas de autoridades que configuram arbitrariedade ou agressão às garantias fundamentais, valendo-se do “combate à corrupção” como espécie de escudo protetivo, apto a legitimar a prática de restrição de direitos.

Nesse sentido, afirma a doutrina:

Na pós-democracia, recorre-se engenhosamente ao discurso do ‘combate à corrupção’ com a finalidade política de autorizar a corrupção do sistema de direitos e garantias fundamentais, vistos como obstáculos ao mercado e à gestão da pobreza através do Sistema de Justiça Criminal. Não por acaso, cada proposta de ampliação do poder penal direcionado ao combate à corrupção significa a restrição de direitos e de garantias processuais de investigados ou acusados.

O Estado Pós-Democrático, em suma, revela-se uma forma corrompida do Estado Democrático de Direito. No entanto, essa corrupção é vista como natural. Mais do que isso, o Estado Pós-Democrático torna-se o *locus* de uma nova expressão da corrupção que envolve Estado e mercado, ainda mais difícil de controlar. Diante do fracasso ou mesmo da falta de interesse em identificar ou reprimir essas novas corrupções, utiliza-se o significante ‘corrupção’ com a função política de justificar o afastamento de limites ao poder.<sup>232</sup>

---

<sup>231</sup> CASARA, Rubens R. R. **Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017, p. 23.

<sup>232</sup> CASARA, Rubens R. R. *Ob. cit.*, p. 216-217.

A pós-democracia pode ensejar um crescimento ainda maior da despolitização, apontando para um esgotamento do sistema político, o que configura situação extremamente pernicioso para as estruturas do estado democrático de direito,<sup>233</sup> sendo que essa “estratégia ‘despoliticizadora’ começa por deslocar problemas densamente políticos para as várias ‘arenas’ contemporâneas”.<sup>234</sup>

Esse o grave perigo em se aplaudir de afogadilho, sem maior reflexão, as famosas “10 Medidas contra a Corrupção”.

Entrementes, mesmo malfadado projeto estando permeado de inconstitucionalidades e de tentativas de supressão ou restrição de garantias fundamentais, no que diz respeito à tipificação da conduta penalmente definida como “caixa dois eleitoral”, acredita-se haver acerto na postura, diante da visível lacuna de punibilidade.

Nesse contexto também se apresenta, e neste caso com razão (não quanto à necessidade de se criminalizar o caixa dois, mas com relação à forma e às bases em que a proposta foi oferecida), forte crítica doutrinária assim delineada:

A proposta de criminalização do caixa dois eleitoral realizada pelo MPF no âmbito das “10 Medidas Contra a Corrupção”, abraçada pelo PL 4.850/2016, não significa necessariamente uma forma (antecipada) de punição da corrupção, ao contrário do que faz crer o discurso propagandístico – um case sucesso de *marketing*, mas um retumbante fracasso jurídico.<sup>235</sup>

A redação constante na proposta originária que desaguou na Câmara dos Deputados com o objetivo de tipificar o caixa dois eleitoral e a lavagem de capitais para fins eleitorais implicava na alteração da Lei nº. 9.504/97 (Lei das Eleições) com a inserção dos arts. 32-A e 32-B,<sup>236</sup> ocorrendo grave omissão no texto do PL apresentado, notadamente em razão de não se preocupar em enquadrar a conduta do financiador irregular da campanha eleitoral.

---

<sup>233</sup> “A crescente abstenção dos eleitores, a redução dos filiados em partidos, o baixo nível de empenhamento, o desinteresse pela política activa, o afastamento dos jovens, muitos deles desempregados, constituem outros sinais do cansaço do sistema político no seu conjunto”. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Pós-democracia, pós-constitucionalismo, pós-positivismo*. LEITE, George Salomão et al. (Orgs.). **Ontem, os códigos! Hoje, as constituições**: homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 251.

<sup>234</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Idem, ibidem*.

<sup>235</sup> LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. *Ob. cit.*, p. 161.

<sup>236</sup> 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.

Referida situação não passou despercebida pela doutrina especializada, que, ao criticar o projeto originário, afirmou:

Nada se lia na proposta original do MPF sobre o ato de financiar irregularmente campanhas políticas. O foco estava, portanto, no polo passivo, eis que os doadores permaneciam fora do alcance das pretendidas normas. Na justificativa do projeto não é possível encontrar uma linha sobre essa limitação. No entanto, na Câmara dos Deputados, o tipo penal foi consideravelmente ampliado, como se viu, eis que agora também se quer punir a conduta do polo ativo – uma vez mais, sem justificativa.<sup>237</sup>

Ao ser debatido perante Comissão Especial que agrupou as propostas de emenda dos parlamentares e ouviu a comunidade sobre as já mencionadas “10 Medidas contra a Corrupção”, passou o crime de caixa dois eleitoral a prever expressamente a punibilidade de quem vier a doar, contribuir ou fornecer recursos, valores, bens ou serviços, configurando o financiamento político ilegal, inserindo o art. 354-A<sup>238</sup> no Código Eleitoral; quanto à lavagem de dinheiro para fins eleitorais, foi incluído pelo art. 107 do PL 4850, o § 2º-A<sup>239</sup> no art. 1º da Lei nº. 9.631/98 (Lei de Lavagem de Dinheiro), conforme atesta a redação final do PL 4.850/2016 aprovada pela Câmara dos Deputados em dois turnos e remetida para o Senado da República.

Portanto, embora passível de críticas pelo açodamento do debate no Parlamento ou por eventuais equívocos na redação final votada, acredita-se que a criminalização do caixa dois

---

§ 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.

Art. 32-B. Ocultar ou dissimular, para fins eleitorais, a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal, de fontes de recursos vedadas pela legislação eleitoral ou que não tenham sido contabilizados na forma exigida pela legislação. Pena – reclusão, de três a dez anos, e multa.

§ 1º. Incorrem nas mesmas penas quem utiliza, para fins eleitorais, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal, de fontes de recursos vedadas pela legislação eleitoral ou que não tenham sido contabilizados na forma exigida pela legislação.

§ 2º. A pena será aumentada de um terço a dois terços, se os crimes definidos neste artigo forem cometidos de forma reiterada.

<sup>237</sup> LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. *Ob. cit.*, p. 153.

<sup>238</sup> Caixa dois eleitoral

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 do caput e do § 1º quem doar, contribuir ou fornecer recursos, valores, bens ou serviços nas circunstâncias neles estabelecidas.

<sup>239</sup> Art. 107. Os arts. 1º e 17-C da Lei nº. 9.613, de 3 de março de 1998, passam a vigorar com a seguinte redação: “Art. 1º.

§ 2º-A. Constitui crime contra a ordem econômico-financeira a prática das condutas previstas no caput e §§ 1º e 2º na atividade eleitoral ou partidária, incorrendo o agente nas penas neles cominadas”.

eleitoral, que inclusive não pode ser aprovado com esse *nomen juris*,<sup>240</sup> devendo o legislador ter o cuidado de alterá-lo para contabilidade paralela no financiamento partidário e eleitoral.

Registre-se que não se parte da ingênua premissa de que a criminalização de condutas implica em solução de todos os males, funcionando como panaceia, notadamente em situação de extrema gravidade e complexidade como o financiamento de campanhas eleitorais.

Evidentemente que a tipificação do caixa dois – necessária para evitar que se promova doação ilegal e sem registro e a contabilização dos recursos sofra as consequências de seus atos, a fim de equalizar a disputa eleitoral e impedir o abuso do poder econômico e político – representa um marco importante; entretanto, outros passos também devem ser dados nessa caminhada em busca de eleições limpas e efetivamente livres de abuso.

Ademais, não se pode olvidar da existência de dispositivos na própria lei eleitoral aptos a demonstrarem (com maior celeridade que o processo penal eleitoral) que o inadequado e reprovável financiamento de campanhas eleitorais pode acarretar sérias consequências eleitorais.

Nesse diapasão merece especial destaque a previsão contida no art. 30-A da Lei nº. 9.504/97 inserido no ordenamento jurídico após o advento da Lei nº. 11.300/06, alçando o financiamento e os gastos ilícitos de campanha à condição de ilícito civil eleitoral de natureza gravíssima, possibilitando, inclusive, a cassação do registro ou do diploma do candidato eleito, desde que demonstrado que referida eleição deu-se com abuso do poder econômico e com financiamento irregular.

Portanto, sem prejuízo da criminalização do caixa dois eleitoral, deve-se intensificar o ajuizamento de demandas perante a Justiça Eleitoral no intuito de apurar eventual prática de ilegalidades no âmbito do financiamento eleitoral, postulando-se pela incidência do art. 30-A da Lei nº. 9.507/97.

Nesse sentido, posiciona-se a doutrina:

É certo que a prestação de contas que oculte dados relevantes configura crime passível de pena privativa de liberdade (artigos 348, 349 e 350 do Código Eleitoral). A

---

<sup>240</sup> “Não há como deixar de anotar que causa estranhamento a utilização do *nomen iuris* ‘caixa dois eleitoral’ no Projeto de Lei, eis que não se trata de conceito técnico, mas de designação coloquial. Seria algo como utilizar na lei expressões como ‘ladrão’, ‘escroque’ e outras. O exemplo do art. 11 da Lei nº. 7.492/1986 (contabilidade paralela em instituição financeira) estava à disposição dos reformadores, caso eles desejassem observar o ordenamento jurídico como um todo antes de propor um ‘pacote de medidas’”. LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. *Ob. cit.*, p. 153.

previsão, todavia, não supre a necessidade de medidas eleitorais no sentido estrito, já que a responsabilidade penal é pessoal e limitada, além de terem, as ações penais, procedimentos mais longos e incompatíveis com a dinâmica que o processo eleitoral exige. Por esta mesma razão, a proposta de criação de um novo tipo penal criminalizando o caixa dois, sugestão que já circulou inclusive durante a campanha eleitoral de 2014, nem inova, nem resolve o impasse. O financiamento do ilícito de campanha deve produzir efeitos eleitorais: afastar o candidato da disputa ou cassar-lhe o mandato deslealmente conquistado, além de acarretar a inelegibilidade temporária.<sup>241</sup>

Entende-se que uma coisa não exclui a outra, ou seja: deve-se a um só tempo intensificar a fiscalização, buscando maior transparência de todo o processo eleitoral, principalmente do financiamento das campanhas eleitorais, promovendo-se o ajuizamento, quando cabível, das ações cíveis eleitorais, sempre que ficar demonstrado o financiamento político indevido, apto a configurar caixa dois, devendo-se aplicar o contido no art. 30-A da Lei nº. 9.504/97.

Referida postura não implica em qualquer óbice ou prejuízo à tipificação do crime de contabilidade paralela eleitoral (caixa dois eleitoral), devendo-se concluir a tramitação no Parlamento brasileiro dos projetos de lei que buscam etiquetar referida conduta como crime. Entende-se como relevante a criminalização de práticas arraigadas no cotidiano das nossas campanhas eleitorais, protegendo-se relevante bem jurídico que hoje se encontra desguarnecido, além de preencher grave lacuna de punibilidade que existe desde a edição das regras eleitorais de financiamento de campanhas.

Ademais, a história recente do país demonstra quão pernicioso é o uso e abuso do financiamento ilícito eleitoral, resultando em escândalos de graves e elevadas proporções.

## **2.5. Fragmentação partidária e ausência de regras de conformidade no controle interno dos partidos políticos**

Uma das questões mais relevantes no estudo da corrupção eleitoral e seus desdobramentos diz respeito à capacidade de se estabelecer um sistema partidário que funcione adequadamente, prestando contas ao eleitor e aos órgãos de controle, fazendo-o de forma devida

---

<sup>241</sup> GÓES, Silvana Batini César. *Alterações pontuais na Lei das Eleições podem auxiliar no combate ao caixa dois*. In: FALCÃO, Joaquim (Org.). **Reforma eleitoral no Brasil**: legislação, democracia e internet em debate. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015, p. 129.

e satisfatória (*electoral accountability*) e buscando-se dar equilíbrio a todo sistema político, isso porque “os partidos políticos são atores indispensáveis na estruturação de qualquer democracia, sendo inexistente uma democracia sem tais organizações”.<sup>242</sup>

Referida situação ganha especial destaque diante de um quadro de evidente fragmentação partidária, beirando o caos.

Existem no país hoje 35 (trinta e cinco) partidos políticos efetivamente criados, recebendo recursos do fundo partidário e aptos a disputarem o pleito eleitoral de 2018, sendo que, desse total, 26 (vinte e seis) possuem representantes na Câmara dos Deputados, estando devidamente representados com pelo menos um deputado em suas fileiras (eleitos ou que migraram para referida agremiação após a sua criação).

O surgimento de partidos políticos no país ocorre com enorme velocidade, não havendo um verdadeiro componente ideológico apto a embasar a criação da maioria das agremiações, sendo as mesmas fundadas para atender a interesses locais, pessoais ou de determinados segmentos bem específicos.

Existe enorme casuísmo na criação e funcionamento dos partidos políticos no Brasil, não sendo possível destacar uma identificação genuína entre o eleitor e as agremiações partidárias que apresentam nomes de filiados para disputarem os pleitos eleitorais, notadamente nas eleições proporcionais.

Novamente a doutrina:

No Brasil a identificação partidária se mantém relativamente baixa (Kinzo,2005), além disso, há claros indicativos de que aqueles que afirmam gostar de algum partido, na maioria das vezes, não escolhem seu candidato no Legislativo com base na própria identificação (Paiva e Tarouco, 2011). Tornou-se frequente considerar não só a fraqueza das agremiações na arena eleitoral (Pereira e Mueller, 2003), como também a alta personalização do voto, principalmente na arena legislativa (Nicolau, 2006).<sup>243</sup>

Além de não haver uma identificação do eleitor com o partido a que pertence o candidato em que votou (sendo muito forte a tendência do eleitorado brasileiro em votar em um nome de determinado político e não nas agremiações, exatamente pela ausência de identificação ideológica), tem-se como consequência da fragmentação partidária uma elevada desinformação

---

<sup>242</sup> REBELLO, Maurício Michel. **A fragmentação partidária no Brasil: visões e tendências.** 36º Encontro Anual da ANPOCS. AREA: GT10 - Estudos legislativos, São Paulo, 2012, p. 1.

<sup>243</sup> REBELLO, Maurício Michel. *Ob. cit.*, p. 22.

acerca das legendas partidárias e de suas posturas junto ao governo (se atua como apoio ou oposição ao governo).

Nesse sentido,

A grande fragmentação partidária pode produzir enormes dificuldades na clareza de responsabilidade, informação imprescindível para qualquer avaliação retrospectiva. Ao deparar-se com um volume tão grande de partidos relevantes o eleitor tem enormes custos para informar-se e, mais especificamente, responsabilizá-los. Esta situação imporia um custo ainda maior na capacidade do mandante premiar ou punir o mandatário, afinal, quem é governo? Quais são os partidos responsáveis pela implementação de políticas públicas?<sup>244</sup>

Aliado a esses graves problemas, deve-se acrescentar um outro referente ao controle, dado que inexistem regras sérias de controle e fiscalização partidária no Brasil, especialmente com relação aos recursos públicos oriundos do Fundo Partidário, havendo grande dificuldade em fiscalizar um número excessivo de partidos políticos.

Dessarte, podem-se citar como efeitos deletérios da fragmentação partidária os seguintes:

- i. Estorvo na governabilidade, notadamente em se tratando de um governo presidencialista, tornando-se necessário fazer diversas composições, buscando o consenso e a aprovação de projetos enviados pelo Poder Executivo para o Poder Legislativo (presidencialismo de coalizão), sendo que os últimos escândalos políticos envolvendo o Presidente da República transformaram o presidencialismo de coalizão em presidencialismo de cooptação;
- ii. Ausência de identificação do eleitor com os partidos políticos, o que implica em votação nominal, prejudica o fortalecimento das legendas e cria um emaranhado de partidos desprovidos de real sentido ideológico;
- iii. Falta de clareza com relação às responsabilidades dos partidos políticos, além de diluir a cobrança do eleitor que constantemente se confunde com as siglas e campanhas de referidas agremiações;
- iv. Dificuldade na fiscalização e controle interno de todas as agremiações políticas (*accountability*).

---

<sup>244</sup> REBELLO, Maurício Michel. *Ob. cit.*, p. 25.

Referida fragmentação acaba funcionando como mola propulsora da corrupção eleitoral, especialmente em razão da utilização de alguns partidos políticos como legenda de aluguel, sendo comercializado o apoio e o consequente tempo de televisão e rádio nas propagandas eleitorais durante o período eleitoral, além de serem utilizados como trampolim para outras legendas ou candidatos.

Indubitavelmente referidas situações contribuem para a criação de um ambiente propício a proliferação da corrupção eleitoral.

Demonstrando a seriedade do problema, tem-se uma outra questão que merece ser enfrentada: além dos 35 (trinta e cinco) partidos políticos existentes na atualidade, encontram-se tramitando no TSE 70 (setenta) pedidos de registros de partidos políticos.

Descobre-se pela própria nomenclatura das agremiações a enorme repetição de temários e bandeiras supostamente defendidas por referidos partidos políticos, havendo uma verdadeira superposição: por exemplo, vários partidos como representantes da causa ambiental ou ecológica ou várias agremiações como representantes da democracia cristã.

Além disso, resta evidenciada a falta de seriedade de propósitos em diversos pedidos de formação de partidos que tentam nascer com os sugestivos nomes de “Corinthiano”, “Piratas”, “Manancial”, “Animais”, “Liga”, “Iguais”, entre outros.<sup>245</sup>

Evidente a necessidade de se intensificar o controle das agremiações políticas, restando comprovado que o atual sistema de fiscalização partidária encetado pelo TSE não funciona a contento, sendo várias as denúncias de malversação de recursos do fundo partidário e de inadequada gestão das agremiações políticas, consistindo um partido político em fonte de

---

<sup>245</sup> Dentre esses partidos em formação, pode-se destacar os seguintes: IDE – Igualdade, PCS – Partido Carismático Social, UDC do B – União da Democracia Cristã do Brasil, MANANCIAL – Partido Manancial Nacional, PSPC – Partido da Segurança Pública e Cidadania, MB – Partido Muda Brasil, PDSP – Partido Democrático dos Servidores Públicos, TRIBUNA – Tribuna Popular, IGUAIS – IGUAIS, PLS – Partido da Liberdade Solidarista, PISC – Partido da Integração Social e Cidadania, PE – Partido do Esporte, FB – Força Brasil, PPLE – Partido Popular da Liberdade de Expressão Afro-Brasileira, PAT – Partido Alternativo do Trabalhador, PUMA – Partido Universal do Meio Ambiente, PAIS – Partido pela Acessibilidade e Inclusão Social, INOVABRASIL – Partido do Pequeno e Micro Empresário Brasileiro, PNC – Partido Nacional Corinthiano, PMBR – Partido Militar Brasileiro, PCI – Partido da Cidadania, PDECO – Partido dos Defensores da Ecologia, PACO – Partido Conservador, MCC – Movimento Cidadão Comum, PIRATAS – Partido Pirata do Brasil, ANIMAIS – Partido Político Animais, PF – Partido Federalista, PFB – Partido da Família Brasileira, PODE – Partido de Organização Democrática dos Estudantes e LIGA – Liga Democrática Liberal. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos/criacao-de-partido/partidos-em-formacao>>. Acesso em: 21 dez. 2017.

receitas e de poder; talvez por isso se explique o excessivo número de pedidos de partidos em formação tramitando no cartório da Justiça Eleitoral.

Imperioso aplicar as regras de combate à corrupção (controle interno e de conformidade e regras de *compliance*) aos partidos políticos.

Com efeito, a inserção de práticas de *compliance* eleitoral nos partidos brasileiros se revela urgente e essencial, não só para assegurar uma maior fidedignidade na prestação de contas feita ao TSE, mas também para garantir a regularidade das doações eleitorais recebidas pela agremiação, evitando-se a prática de caixa dois.

Além disso, referida postura implica em importante mecanismo para a realização de uma “*due diligence*” (devida diligência) nos terceiros doadores, ou seja, a execução de um procedimento para verificar a origem lícita dessas doações.

Nesse sentido, tem-se como importante registrar que a doutrina pátria já defende a incidência da Lei nº. 12.846/2013 (Lei anticorrupção das pessoas jurídicas para açambarcar as agremiações partidárias), afirmando: “também se inscrevem na presente Lei os partidos políticos matriculados no Tribunal Superior Eleitoral e seus institutos, todos subsidiados pelo Estado na qualidade de pessoas jurídicas de Direito Privado que são”.<sup>246</sup>

Nesse sentido ganha especial destaque a tramitação no Senado da República do PLS nº. 60/2017, de autoria do Senador Ricardo Ferraço (PSDB/ES). Referido PLS altera a Lei nº. 9.096, de 19 de setembro de 1995, para aplicar aos partidos políticos as normas legais sobre responsabilidade objetiva e *compliance* e estimular no plano interno das agremiações partidárias a existência de um código de conduta e um programa de integridade e auditoria.

O projeto inclui os arts. 30-A e 37-B na Lei nº. 9.096/95 (Lei Orgânica dos Partidos Políticos),<sup>247</sup> para inserir referidas regras de controle, colhendo-se da exposição de motivos a seguinte passagem:

---

<sup>246</sup> CARVALHOSA, Modesto. *Ob. cit.*, p. 60-61.

<sup>247</sup> Art. 30-A. Os partidos políticos respondem objetivamente pela prática de atos contra a administração pública por seus dirigentes, nessa condição.

§ 1º A responsabilização do partido político não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe de ato ilícito.

§ 2º O partido político será responsabilizado independentemente da responsabilização individual das pessoas referidas no § 1º.

§ 3º Os dirigentes ou administradores somente serão responsabilizados por atos ilícitos na medida de sua culpabilidade.

Em outras palavras, se o legislador brasileiro entendeu possível legislar sobre o funcionamento interno de uma empresa privada para coibir sua participação em atos ilícitos contra a Administração Pública, com muito mais razão pode fazê-lo com relação aos partidos políticos, entes cuja íntima relação com a formação do Estado e própria existência do regime democrático é evidente a todos.

Não é demais recordar que os partidos políticos detêm com exclusividade, no Brasil, a condição de veículo da representação da soberania popular, uma vez que a filiação partidária é condição de elegibilidade.

As normas que constam da Lei nº. 12.846, de 2013, e que nos parecem podem inspirar esta nova norma e contribuir para afirmação da ética no funcionamento dos partidos políticos, são aquelas que constam dos arts. 2º e 5º da Lei, por um lado, pelo fato de responsabilizar a pessoa jurídica e tipificar os delitos a que se refere.

Por outro lado, compreendemos que pode contribuir ao aperfeiçoamento institucional do funcionamento dos partidos políticos aplicar a norma que consta do art. 7º, caput, da Lei, e, designadamente, o seu inciso VIII, pelo fato de determinar que o Estado, na aplicação da pena, levará em consideração a existência dos mecanismos de controle interno aqui aludidos.<sup>248</sup>

Apresenta-se como imprescindível no combate à corrupção eleitoral que se promova a criação de mecanismos que dificultem a sobrevivência e proliferação de partidos políticos desprovidos de qualquer ideologia e que não atinjam uma votação mínima, não contribuindo em absolutamente nada para o fortalecimento democrático.

Ademais, merece registro o enorme desgaste existente na imagem dos partidos políticos perante a população, resultando evidente a ausência de credibilidade das siglas partidárias, chegando-se a tal ponto que existe em curso um movimento para promover a alteração de nomenclatura dos partidos políticos, suprimindo a palavra partido da agremiação,<sup>249</sup> juntamente em razão da baixa confiança da população nas agremiações hoje existentes, especialmente com o envolvimento de várias siglas em diversos escândalos de corrupção.

---

§ 4º Constituem atos contra a Administração Pública aqueles que atentem contra o patrimônio público ou os princípios da Administração Pública, assim definidos:

I – prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;

II – financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo incentivar a prática de atos ilícitos previstos nesta Lei;

III – utilizar-se de interposta pessoa, física ou jurídica, para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos atos praticados;

IV – dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação.

Art.37-B. Na aplicação das penas referidas neste Título, será levada em consideração a existência de mecanismos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito do partido político.

<sup>248</sup> <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/128349>. Acesso em: 21 dez. 2017.

<sup>249</sup> Várias foram as mudanças iniciadas com o DEM – Democratas (antigo PFL), passando pelo AVANTE (PT do B), PODEMOS (PTN), Patriotas (PEN), LIVRES (PSL), MDB (PMDB). Disponível em: <<https://www.tse.jus.br>>. Acesso em: 22 dez. 2017.

Definitivamente o problema político do país não é a falta ou escassez de partidos políticos, muito ao contrário.

Nesse sentido merece aplauso o advento da Emenda Constitucional nº. 97/2017, que institui cláusula de desempenho ou barreira para que os partidos políticos tenham acesso ao fundo partidário, sendo estabelecidos percentuais gradativos para as eleições de 2018, 2022, 2026 e 2030, quando então somente participarão do rateio do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão os partidos políticos que conseguirem 3% (três por cento) dos votos válidos distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação ou consigam eleger pelo menos 15 (quinze) deputados federais distribuídos em um terço das unidades da Federação.

Eis medida salutar e necessária, que veio em momento oportuno, notadamente após o envolvimento das siglas partidárias nos diversos escândalos de corrupção recentes do país.

Além disso, apresenta-se como extremamente oportuna a aprovação pelo Congresso Nacional do PLS nº. 60/2017, que cria normas de *accountability*, melhorando o controle interno no âmbito dos partidos políticos, submetendo as penalidades contidas na Lei nº. 12.846/2013, e estabelecendo regras de conformidade e controle no âmbito das agremiações políticas.

Evidentemente que todas essas necessárias inovações, concomitantemente atuando, implicam em mecanismos aptos a combater a corrupção eleitoral que nasce e é gestada no seio dos partidos políticos, fruto de um sistema que se apresenta obsoleto e propício à prática delituosa, como infelizmente têm demonstrado as recentes operações policiais envolvendo políticos e a política.

Urge que se promova a adoção de mudanças profundas, evitando-se a estigmatização da política e o afastamento das pessoas com ideais da militância política.

Impende que sejam adotadas referidas mudanças, não sendo mais possível conviver com práticas políticas e administrativas as quais fomentam a corrupção eleitoral que tantos prejuízos causa à democracia.

## **2.6. Corrupção sistêmica e urgência na realização de reforma política**

Adotando-se a conceituação de Niklas Luhmann como referencial, valendo-se de sua teoria dos sistemas, pode-se afirmar que tanto o sistema jurídico como o sistema político

possuem como principais características o fato de serem autopoieticos,<sup>250</sup> apresentando autorreferencialidade e contando com o acoplamento estrutural da Constituição Federal.<sup>251</sup>

O sistema autopoietico tem como principal traço caracterizador o fato de ser operativamente fechado<sup>252</sup> e cognitivamente aberto, sendo “capaz de esboçar uma distinção entre si mesmo e outros sistemas em funcionamento na sociedade”.<sup>253</sup>

No Estado Democrático de Direito<sup>254</sup> a relação entre o sistema jurídico e o sistema político é intrínseca, estando ambos interligados pela Constituição Federal, havendo plena comunicação entre referidos sistemas; deve-se evitar, contudo, que um sistema se sobreponha ao outro (alopoiese).

Debruçando-se sobre o tema, afirma a doutrina:

Esse acoplamento estrutural concretiza-se e realiza-se mediante procedimentos constitucionalmente instituídos, a saber, os judiciais, os administrativos, os legislativo-parlamentares, os eleitorais e os democráticos diretos, numa escala que vai de uma ênfase na racionalidade jurídica nos primeiros (judiciais) a uma prevalência da racionalidade política nos últimos (parlamentares, eleitorais e democráticos diretos). Dessa maneira, há uma legitimação política (democrática) do direito e uma legitimação jurídica (*rule of law*) da política. Evidentemente, a relação estabelecida pela Constituição enquanto acoplamento estrutural não é de harmonia, mas sim uma relação paradoxal de complementação e tensão recíprocas.<sup>255</sup>

É desse tensionamento recíproco entre o sistema jurídico e o sistema político que surge o grave problema da corrupção sistêmica, sobrepujando-se um sistema pelo outro, o que leva “à generalização em experiências jurídicas típicas da modernidade periférica, atingindo o próprio princípio da diferenciação funcional e resultando na alopoiese do direito”.<sup>256</sup>

<sup>250</sup> “Autopoiese pressupõe que o sistema reproduz todos os seus elementos a partir de suas próprias operações (autorreferência)”. GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade** na obra de Niklas Luhmann. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 50.

<sup>251</sup> “A Constituição assume a forma de acoplamento estrutural, na medida em que possibilita influências recíprocas permanentes entre direito e política, filtrando-as”. NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 97.

<sup>252</sup> “Fechamento operativo significa tão somente que a autopoiese do sistema pode ser executada unicamente com suas próprias operações e que a unidade do sistema pode ser reproduzida somente com as operações do próprio sistema, e, no sentido inverso, o sistema não pode operar em seu ambiente; portanto, não pode se ligar a seu ambiente usando as próprias operações do sistema”. LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução: Sérgio Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 589.

<sup>253</sup> LUHMANN, Niklas. *Ob. cit.*, p. 545.

<sup>254</sup> Luhmann conceitua o Estado de Direito como sendo aquele “no qual as competências da administração pública encontram-se limitadas pelo direito e no qual só elas podem atuar em inteira concordância com a lei”. LUHMANN, Niklas. *Ob. cit.*, p. 567.

<sup>255</sup> NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. 4ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 57.

<sup>256</sup> NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 241.

Versando sobre a alopoiese, cita-se a doutrina:

A partir da sociedade envolvente, os sistemas jurídico e político são bloqueados generalizadamente na sua autoprodução consistente por injunções heterônomas de outros códigos e critérios sistêmicos, assim como pelos particularismos difusos que persistem na ausência de uma esfera pública pluralista. No interior do Estado, por sua vez, verificam-se intrusões destrutivas do poder na esfera do direito. Em face da sociedade como contexto do Estado, pode-se falar de alopoiese social do direito por força da prevalência de outros códigos de preferência sobre o código 'lícito/ilícito'. Isso significa que não estão definidas claramente as fronteiras de uma esfera de juridicidade.<sup>257</sup>

Portanto, deve-se evitar que um sistema se sobreponha ao outro, buscando-se interação entre o sistema jurídico e o político.

Infelizmente a convivência harmônica entre o sistema jurídico e o sistema político, embora ideal, apresenta-se como bastante rarefeita, havendo constante irritação normativa, comumente provocada pela inobservância do sistema político das regras contidas no sistema jurídico. É evidente referida situação quando identificada a prática da corrupção, com especial destaque para a corrupção eleitoral encetada a fim de burlar as regras inerentes às disputas eleitorais atacando, ao fim e ao cabo, a própria ideia de Estado Democrático de Direito, levando ao que pode ser definido como corrupção política.

Sobre o assunto, afirma a doutrina:

Com relação ao controle da corrupção política no Brasil, entendemos que, realmente, são necessárias exigências excessivas do Direito Positivo em relação ao exercício da Política dentro de um contexto de Ética de responsabilidade, no sentido adotado por Max Weber, para que se permita a máxima redução da corrupção política e a máxima concretização dos direitos sociais delineados pela Carta Magna de 1988. Sempre há, então, que se questionar a legalidade e legitimidade das modificações jurídicas tendentes a afrouxar o controle da corrupção política individualmente considerada, sem perder de vista, por exemplo, a dimensão, o fenômeno da corrupção sistêmica constantemente exercida pelo sistema político no sistema jurídico.<sup>258</sup>

Nesse sentido, tem-se como relevante destacar a necessidade imperiosa de adoção de reformas necessárias e aptas a evitarem o desenvolvimento de hipóteses de corrupção política.

Dentre essas mudanças (inclusive do texto constitucional, da lei ordinária e dos costumes políticos), merece especial relevo a reforma política que lamentavelmente não conta

<sup>257</sup> NEVES, Marcelo. *Ob. cit.*, p. 239.

<sup>258</sup> BOTELHO, Ana Cristina Melo de Pontes. **Corrupção política: uma patologia social**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 101.

com a preocupação e apoio de parte significativa dos integrantes do Parlamento, sendo adiada e postergada, mesmo diante dos sucessivos escândalos de corrupção política vivenciados.

Acerca da premente necessidade de adoção de reformas, afirma-se que “o primeiro passo seria pensar em quais são as reformas necessárias para as nossas instituições políticas e quais os mecanismos jurídicos que poderiam propiciar o incremento da punibilidade para os agentes desencadeadores da corrupção, tanto em sua forma individual como em sua forma sistêmica”.<sup>259</sup>

Inserida nesse contexto, ganha especial destaque a reforma política que se apresenta como polêmica, inadiável e imprescindível para alterar o carcomido sistema político e eleitoral vigente, modificando as regras das coligações partidárias e criando mecanismos para reduzir a elevada fragmentação partidária que obriga a realização de grandes alianças e cooptação de parlamentares pelo Chefe do Poder Executivo (presidencialismo de coalização),<sup>260</sup> além de alterar diversas normas que estão obsoletas e que são comprovadamente focos de corrupção política.

Sobre o momento adequado para o início de uma verdadeira reforma política, entendem os especialistas que urge a adoção de referida providência, ao afirmarem:

Nada é mais poderoso do que uma ideia cujo tempo chegou, diz o ditado. Será que o tempo da reforma política chegou?  
Alguns fatores parecem dizer que sim.  
Primeiro, é a experiência das eleições de 2014, a insatisfação quase comum com a maneira como está regulada. Desde a escolha de candidatos, a campanha, a mentira como programa partidário, o financiamento, os partidos de aluguel, o mau uso das mídias sociais, até a apuração através das urnas eletrônicas.  
Segundo, é a existência do novo Congresso, recomeço político, oportunidade de retomar pautas estruturantes e de longo prazo. Logo, logo, este novo Congresso estará envolvido em pautas de conjuntura.  
Terceiro, se o Congresso não o fizer, o Supremo o fará, querendo ou não, da maneira do caso a caso, desconexa.<sup>261</sup>

<sup>259</sup> BOTELHO, Ana Cristina Melo de Pontes. *Ob. cit.*, p. 113.

<sup>260</sup> “O Executivo brasileiro possui capacidade de governar, mas a adquire pagando por isso um alto preço, comprometendo sua capacidade administrativa e a reputação do Congresso. O funcionamento do sistema político brasileiro adquiriu o seguinte formato após 1988: as eleições são fortemente fragmentadas, com o partido do presidente conseguindo em torno de 20% da representação no Congresso”. AVRITZER, Leonardo. *Governabilidade, sistema político e corrupção no Brasil*. In: AVRITZER, Leonardo; FILGUEIRAS, Fernando (Orgs.). **Corrupção e sistema político no Brasil**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 50.

<sup>261</sup> FALCÃO, Joaquim. *Reforma de uma só vez ou por etapas?* In: FALCÃO, Joaquim (Org.). **Reforma eleitoral no Brasil: legislação, democracia e internet em debate**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015, p. 13-14.

Repise-se o que foi anteriormente afirmado: as alterações pontuais provocadas pela Emenda Constitucional nº. 97/2016 e pelas Leis nº. 13.487/2017 e 13.488/2017 não podem ser definidas como reforma política.

Em verdade cuidou-se de um remendo circunstancial, resolvendo prioritariamente a questão do financiamento político, não sendo enfrentados temas cruciais e de maior relevo na opinião de especialistas, como, por exemplo, o fim da obrigatoriedade do voto e a instituição do modelo eleitoral distrital misto (em que metade das cadeiras do Legislativo é ocupada pelos mais votados nos distritos eleitorais em que os Estados e cidades seriam divididos e a outra metade, por meio do atual modelo ou por lista de candidatos pré-ordenada pelos partidos).

Infelizmente, em todas as tentativas de reforma política das últimas décadas, prevaleceu sempre o imprevisto, a falta de entendimento mínimo entre os grandes partidos, o que demonstra total descompasso entre o que pensa e almeja a população e como atua o nosso Parlamento.

Em verdade, ao invés de condutas moralizantes, sempre buscam um meio de ressuscitar preceitos e normas na tentativa de amenizar as regras de fiscalização e de controle de partidos e candidatos.

Essa negligência deliberada do Parlamento em enfrentar um tema que urge tem impulsionado a judicialização da política, sendo que, em várias ocasiões, coube ao Poder Judiciário, para o bem ou para o mal, realizar mudanças de maior vulto. Houve provocação do Judiciário principalmente em razão da omissão, muitas vezes deliberada, do Parlamento.

Dentre referidas decisões adotadas pelo Poder Judiciário, além do já destacado julgamento da ADI nº. 4650, declarando o STF a proibição do financiamento empresarial das campanhas, há a discussão acerca das regras de fidelidade partidária, fixadas por Resolução do TSE,<sup>262</sup> posteriormente abrandadas pelo próprio Poder Judiciário<sup>263</sup> e depois regulamentadas

---

<sup>262</sup> O Tribunal Superior Eleitoral, nos termos do art. 23, XVIII, do Código Eleitoral, editou a Resolução nº. 22.610/07, após as decisões adotadas pelo STF no bojo dos Mandados de Segurança nº 26.602, 26.603 e 26.604, fixando as hipóteses de justa causa para autorizar a desfiliação partidária e como se daria a tramitação de feito para apurar a conduta dos “trânsfugas” eleitos por um partido e que migraram para outra agremiação partidária.

<sup>263</sup> O STF julgou a ADI nº. 5081, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, em 27.05.2015, decidindo que não se aplica aos cargos majoritários (prefeito, governador, senador e Presidente da República) a regra de perda do mandato em favor do partido, por infidelidade partidária, referente aos cargos do sistema proporcional (vereadores, deputados estaduais, distritais e federais).

pela Emenda Constitucional nº. 91/2016, que cria a famosa “janela partidária”,<sup>264</sup> e pela Lei nº. 13.165/2015 (minirreforma eleitoral), inserindo o art. 22-A na Lei nº. 9.096/95.<sup>265</sup>

Esse é o estado da arte na atualidade, reiterando-se a imprescindibilidade de uma reforma política séria, verdadeira, com ampla discussão na sociedade e com a participação e o auxílio da Academia. Devem-se expurgar do ordenamento jurídico diversos preceitos normativos impeditivos do fortalecimento da democracia, permitindo a realização das ideias democráticas em sua plenitude, respeitando-se a vontade soberana do povo/eleitor, além de possibilitar uma melhor qualidade da representação política, combatendo-se o uso indevido de recursos públicos no financiamento político e evitando-se a fragmentação partidária e, ao fim e ao cabo, minimizando e combatendo a corrupção política e eleitoral.

Nesse sentido, cita-se:

O Brasil realizou a sua transição para a democracia sem alterar regras básicas de seu sistema político. A organização partidária, o sistema eleitoral, o financiamento dos partidos e a relação entre Executivo e Legislativo permaneceram fortemente inalterados desde 1985, ao passo que outras estruturas de poder foram amplamente modificadas. As formas de participação e as novas prerrogativas do Judiciário são exemplos de algumas arenas políticas que tiveram fortes mudanças depois de 1988.<sup>266</sup>

Portanto, deve-se pensar uma reforma política de verdade, alterando-se questões estruturais e evitando-se o casuísmo que ocorre na véspera de cada eleição com edição de Emendas Constitucionais pontuais, além de leis que alteram topicamente a Lei das Eleições (Lei 9.504/97), a Lei dos Partidos Políticos (Lei nº. 9.096/95) e o Código Eleitoral (Lei nº. 4.737/65).

Ademais, afirma-se categoricamente que a “sucessão de escândalos na política é mais do que uma prova de que o sistema não funciona, ressaltando-se que o quadro partidário

---

<sup>264</sup> “Art. 1º É facultado ao detentor de mandato eletivo desligar-se do partido pelo qual foi eleito nos trinta dias seguintes à promulgação desta Emenda Constitucional, sem prejuízo do mandato, não sendo essa desfiliação considerada para fins de distribuição dos recursos do Fundo Partidário e de acesso gratuito ao tempo de rádio e televisão”.

<sup>265</sup> “Art. 22-A. Perderá o mandato o detentor de cargo eletivo que se desfiliou, sem justa causa, do partido pelo qual foi eleito.

Parágrafo único. Consideram-se justa causa para a desfiliação partidária somente as seguintes hipóteses:

I - mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário;

II - grave discriminação política pessoal; e

III - mudança de partido efetuada durante o período de trinta dias que antecede o prazo de filiação exigido em lei para concorrer à eleição, majoritária ou proporcional, ao término do mandato vigente”.

<sup>266</sup> AVRITZER, Leonardo. *Governabilidade, sistema político e corrupção no Brasil*. Ob. cit., p. 57.

nacional, viciado, reproduz uma situação absolutamente inadequada para o país”,<sup>267</sup> existindo a necessidade de permanecer com esse debate vivo e presente; não se deve conformar com os remendos apresentados a cada ano, sob a roupagem de uma reforma política, sem, contudo, alterar questões estruturantes.

Uma verdadeira reforma política tem que discutir seriamente – enfrentando todos os argumentos – os seguintes temas:

- i. Financiamento eleitoral com a criação de mecanismos que viabilizem uma maior participação do cidadão, estimulando a existência de partidos com forte conteúdo programático;
- ii. Especificação mais direta e adequada de formas de fiscalização e transparência, especialmente quanto aos limites de gastos nas campanhas eleitorais;<sup>268</sup>
- iii. Voto distrital misto, com candidatos em lista aberta ou fechada apresentados pelos partidos e candidatos eleitos por distrito eleitoral;
- iv. Limite da reeleição para os cargos do Poder Legislativo e fim da reeleição para o Poder Executivo com o aumento do prazo dos mandatos de 04 para 05 anos, havendo coincidência das eleições (presidente da República, governador, senador, deputado federal, deputado estadual e distrital, prefeito e vereador);
- v. Fortalecimento do Parlamento, com a exigência da mudança de práticas e costumes hoje adotados pelo Congresso Nacional, especialmente com a vedação de posturas reprováveis e de flagrante cooptação de congressistas, tais como a liberação de emendas parlamentares às vésperas de votações importantes para o país, reforçando a ideia do “toma lá, dá cá”;
- vi. Debate acerca da obrigatoriedade do voto, ampliando-se a possibilidade do voto facultativo;
- vii. Redefinição da fidelidade partidária e do financiamento dos partidos políticos;

---

<sup>267</sup> ARAGÃO, Murillo de. **Reforma política**: o debate inadiável. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014, p. 97.

<sup>268</sup> “O limite de gastos é tão ou mais fundamental do que as regras de financiamento para que a campanha eleitoral seja efetivamente mais justa”. ARAGÃO, Murillo de. *Ob. cit.*, p. 99.

- viii. Criação de uma cláusula de barreira que funcione verdadeiramente, cumprindo-se as restrições impostas na norma, buscando evitar a proliferação de partidos de aluguel, completamente desprovidos, em sua grande maioria, de qualquer conteúdo ideológico, como ocorre na atualidade;
- ix. Estabelecimento de regras de controle interno e de conformidade (*compliance*) no âmbito dos Partidos Políticos.

Essas são algumas das questões de fundo que merecem ser debatidas pelo Parlamento brasileiro, com toda a população, além de entidades da sociedade civil organizada (OAB, CNBB, AMB, UNE, centrais sindicais, confederações empresariais, etc.), dentre outras instituições sérias e devotadas a auxiliarem na busca por uma alteração nas práticas políticas vigentes.

Resta sobejamente comprovado que as atuais ações político-partidária-eleitorais, além de entrarem em completo e absoluto descompasso com o pensamento e as exigências da sociedade, entraram em completo colapso, notadamente em razão da aproximação entre o exercício da política, o mal uso de recursos financeiros, a disputa de mandatos eletivos e a prática de crimes.

Nesse aspecto, tem-se que a realização da reforma política, a diminuição da fragmentação partidária, a exigência de controle de conformidade (*compliance*) no âmbito dos partidos políticos, a adoção de sanções eleitorais rígidas, o rigoroso combate ao uso de caixa dois e à corrupção eleitoral (*de lege ferenda*) são imprescindíveis para evitar, ou ao menos minimizar, as inúmeras irregularidades denunciadas a cada dia, implicando em uma corrupção sistêmica e conseqüente rebaixamento da política.

### III. DOS CRIMES DE CORRUPÇÃO, BEM JURÍDICO TUTELADO E DA CORRUPÇÃO ELEITORAL

No primeiro capítulo do presente trabalho, ao se definir corrupção como algo pútrido, deteriorado, contaminado, desvirtuado, adulterado e inadequado, demonstrou-se o seu conceito geral, como uma conduta atentatória à ética<sup>269</sup> e à postura retilínea que se deve manter nas relações privadas entre os indivíduos e entre estes e empresas, nas relações públicas entre o cidadão e o Estado e entre os agentes políticos ocupantes de funções públicas representantes daquele.

Além disso, foram apresentados diversos tipos penais que, embora utilizem a palavra corrupção em seu *nomen iuris*,<sup>270</sup> não atentam diretamente contra os princípios constitucionais da administração pública, agasalhados no art. 37, *caput*, da Constituição Federal e não resultam no pagamento ou recebimento indevido de suborno, propina ou qualquer outra vantagem indevida em razão de cargo ou função pública, conspurcando a moralidade administrativa e a boa-fé que devem nortear as condutas realizadas pelos agentes públicos na gestão da coisa pública.

Referidos ilícitos não são o objeto do presente trabalho, que objetiva analisar a corrupção enquanto fenômeno geral, passando a apresentar sua adequada conceituação, principalmente do bem jurídico penalmente tutelado. Verificam-se as práticas definidas como corruptas e que são atentatórias à administração pública e aos interesses da coletividade, praticadas com destreza e enorme sutileza,<sup>271</sup> de formas encobertas,<sup>272</sup> desviando atos de ofício a serem praticados pelo agente público, além de figurarem dentre os envolvidos particulares de

---

<sup>269</sup> “Toda relação de corrupção é uma questão ética, porque se objetiva na adoção, por parte de duas ou mais pessoas, de um procedimento que atende a seus próprios interesses, mas atenta contra a saúde do tecido social e agride princípios básicos de convivência”. BARROS FILHO, Clóvis de; PRAÇA, Sérgio. **Corrupção: parceria degenerativa**. Campinas: Papyrus 7 Mares, 2014, p. 20.

<sup>270</sup> Corrupção ou poluição de água potável (art. 271, Código Penal), corrupção de substância alimentícia (art. 272, Código Penal), corrupção de produtos terapêuticos ou medicinais (art. 273, Código Penal) e a corrupção de menores (art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/90).

<sup>271</sup> “Corrupção lembra crime. Mas a violência física dá lugar à astúcia, à sagacidade. Assim, o corrupto é, sim, um bandido. Mas não um bandido qualquer. Sem sangue e sem armas. Também não tem nada a ver com um reles batedor de carteiras. Com pequenos furtos ou migalhas. Com mera sobrevivência”. BARROS FILHO, Clóvis de; PRAÇA, Sérgio. *Ob. cit.*, p. 21.

<sup>272</sup> “A prova da corrupção ativa (e também da passiva) é um dos mais complexos problemas existentes, na prática, nos processos dessa natureza. A dificuldade abrange tanto a materialidade – prova da existência do delito – quanto a autoria. Afinal, é um crime tipicamente camuflado, sem nenhuma visibilidade – como ocorre com os chamados *delitos de sangue*”. NUCCI, Guilherme de Souza. *Ob. cit.*, p. 31.

elevado poder econômico e agentes políticos que podem ser enquadrados como delinquentes do “colarinho branco”.<sup>273</sup>

Após a definição da corrupção ativa e da corrupção passiva nos moldes tipificados nos arts. 333 e 317 do Código Penal, promover-se-á a análise acerca da necessidade de tipificar o enriquecimento ilícito do agente público (objeto de debates na atualidade, constando no PL nº. 4.850/16 – “10 Medidas contra a Corrupção”).

Ademais, realizar-se-á a conceituação do bem jurídico tutelado nos crimes de corrupção, para finalmente serem abordadas as práticas que se revestem de abuso do poder político, econômico e na compra de votos durante o processo eleitoral, configurando o crime de corrupção eleitoral (art. 299, Código Eleitoral).

Por fim, buscar-se-á demonstrar o desvalor da ação nas condutas que se enquadram no conceito de corrupção eleitoral, apontando-se as semelhanças e diferenças com a prática da corrupção comum que atenta contra a administração pública.

### **3.1. Dos crimes de corrupção ativa (art. 333, Código Penal) e corrupção passiva (art. 317, Código Penal)**

A corrupção nas relações com o Estado lamentavelmente se caracteriza por ser uma prática arraigada nos costumes da sociedade. Conserva-se por largo interstício,<sup>274</sup> resulta em inúmeros prejuízos para a administração pública brasileira em todas as suas esferas de governo e provoca sérios danos para a coletividade, restando desviados recursos do Estado que poderiam ser destinados a contemplar prioridades constitucionais, tais como: atendimento à saúde, cujos problemas assistenciais são os mais variados (falta de médicos, leitos, medicamentos, hospitais

---

<sup>273</sup> “Crime de colarinho branco pode ser definido aproximadamente como um crime cometido por uma pessoa de respeitabilidade e alto *status* social no curso de sua atividade. (...). Os criminosos do colarinho branco dos dias atuais são mais suaves e menos diretos que os barões do roubo do último século, mas não são menos criminosos”. SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco**: versão sem cortes. Tradução: Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2016, p. 34-35.

<sup>274</sup> “A venalidade e o abuso (desvio) de poder, são um mal que circunda a Administração Pública desde a Antiguidade, fruto da avidez, do apego ao poder, do protecionismo dos apaniguados, das sinecuras e do afrouxamento dos deveres cívicos por parte daqueles que detêm parcela do poder estatal, estimulados pelos corruptores que concebem o Estado como mero instrumento colocado a serviço dos seus interesses pessoais”. PRADO, Luiz Regis. **Tratado de direito penal brasileiro**: parte especial. v. VII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 125-126.

equipados, etc.); segurança pública, estando algumas cidades do Brasil entre as mais violentas do mundo; educação, merecendo destaque o baixo desempenho dos alunos da rede pública quando submetidos a exames de proficiência; habitação, com um enorme déficit de residências e moradias populares; investimento em infraestrutura (estradas, rodovias, portos, aeroportos, etc.), dentre outros, passando referidos recursos desviados a enriquecer agentes políticos inescrupulosos que criam enormes esquemas de perpetuação do poder e desvio de valores do erário, subvertendo o patrimônio público (*res publica*), o qual é convertido em ganhos privados (*cosa nostra*).

Esse assunto encontra-se na ordem do dia em razão dos inúmeros escândalos vivenciados, sempre envolvendo servidores públicos desonestos, normalmente responsáveis pelo exercício de atribuições com alguma esfera de poder discricionário (fiscais, policiais, técnicos responsáveis por execução orçamentária, membros de comissão de licitação, etc.), agentes políticos (desde o mais modesto vereador até Presidente e ex-Presidentes da República) que traem os mandatos outorgados pelo povo e particulares (empresários, lobistas, doleiros, agentes do mercado financeiro e todo tipo de intermediários) gananciosos e que objetivam potencializar seus lucros em detrimento da coletividade.

Referidos servidores públicos (normalmente indicados politicamente para ocupar cargos relevantes e com poder decisório) representam a significativa minoria dos ocupantes das funções públicas, porém, com suas reprováveis condutas, provocam um enorme estrago e elevado prejuízo ao erário. Contaminam a administração pública e irradiam essas nefandas práticas – notadamente ao adotarem o recebimento de propina como *modus vivendi* –, promovendo a mercancia de suas funções públicas e das decisões adotadas (objetivando interesses pessoais e não o interesse público), além de se enriquecerem e potencializarem os ganhos de capital de empresários e especuladores inescrupulosos, sempre à custa do patrimônio público e do desenvolvimento social.

É nesse contexto, lamentavelmente atual e com revelações diárias de novos golpes, esquemas e fraudes, normalmente investigadas nas já célebres “operações” encetadas pela Polícia Federal ou “Força Tarefa” envolvendo vários órgãos públicos (Polícia Federal, Ministério Público Federal, Receita Federal, etc.), que deve ser realizado o estudo dos crimes de corrupção ativa e corrupção passiva, agasalhados no nosso ordenamento jurídico (arts. 333 e 317, Código Penal) como crimes autônomos.

O legislador brasileiro não optou pela bilateralidade no momento de tipificar o crime de corrupção,<sup>275</sup> promovendo a separação da corrupção ativa e da corrupção passiva, sendo perfeitamente possível a punição do corruptor, independentemente da punição do corrompido e vice-versa, além de se etiquetarem as condutas em tipos penais distintos e independentes, de modo que a comprovação de um deles não pressupõe, necessariamente, a do outro.

Em outras palavras, pode haver a corrupção ativa na modalidade “oferecer”, por exemplo, e não existir a corrupção passiva, diante da recusa do agente público honesto em obter vantagem indevida; por outro lado, também se apresenta como possível existir a prática da corrupção passiva, na modalidade “solicitar”, v.g., não havendo a anuência do particular.

Ademais, as penas abstratamente cominadas para a corrupção ativa e passiva são rigorosamente iguais (reclusão de 02 a 12 anos), havendo exceção apenas com relação à corrupção passiva privilegiada (art. 317, § 2º, Código Penal).

Pode-se definir a corrupção passiva como a aceitação, o recebimento ou a solicitação de promessa de vantagem indevida por parte de funcionário público, feita diretamente ou por interposta pessoa, em razão das atribuições de sua função. Consiste no recebimento, aceitação ou pedido de vantagem indevida para fazer ou deixar de fazer algo inerente ao exercício de cargo público. Cuida-se de mercantilizar os interesses públicos e o exercício de função pública que deve ser desempenhada em prol da coletividade.

Acerca da vantagem indevida existe discussão doutrinária se necessariamente deve estar ligada ao ganho patrimonial<sup>276</sup> ou pode ser concretizada com um proveito desvinculado do valor econômico.<sup>277</sup>

O autor desta tese posiciona-se pela adoção da forma mais ampla, entendendo como perfeitamente possível configurar a existência de vantagem indevida (*rectius* ilícita) independentemente de um êxito ou ganho diretamente econômico.

---

<sup>275</sup> “A concepção bilateral da corrupção pressupõe que, em tal delito, o funcionário e o particular engendram a prática de um ato a ser executado por aquele, em razão da as função pública, mediante a obtenção de vantagem ou promessa de obtê-la, havendo, portanto, uma necessária convergência de vontades entre eles”. PRADO, Luiz Regis. *Ob. cit.*, p. 130.

<sup>276</sup> “Há de representar um *pretium no mercado* ou *compra e venda* do ato funcional: dinheiro ou qualquer utilidade material”. HUNGRIA, Néilson. *Ob. cit.*, p. 370.

<sup>277</sup> “Porém, há de se notar que os interesses, mesmos os materialistas na sociedade são extremamente volúveis, nem sempre girando em torno de dinheiro”. NUCCI, Guilherme de Souza. *Ob. cit.*, p. 18.

É preciso combater o conflito de interesses ao se criar uma cultura anticorrupção e buscar coibir que funcionários públicos utilizem seus cargos em benefício privado, separando os interesses econômicos das obrigações do agente público e proibindo o servidor de utilizar informações privilegiadas e de aceitar presentes, dádivas, facilidades ou qualquer outro tipo de vantagem externa.

A corrupção ativa, por seu turno, pode ser sintetizada como sendo a conduta de oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício, tratando-se de “tipo autônomo/misto, alternativo/incongruente, comum e de mera atividade”.<sup>278</sup> É a conduta do particular que oferece vantagem indevida ou qualquer tipo de pagamento para o servidor público com intuito de obter favores praticados pelo agente público no exercício ou em razão do cargo, praticando ato de ofício;<sup>279</sup> busca o particular a compra de boas relações ou de decisões do agente público, ao pagar pelo que não se encontra à venda.

É fundamental para a discussão do tipo penal corrupção ativa que se demonstre a existência de uma vantagem indevida, lecionando a doutrina:

Por vantagem indevida tanto se pode entender a vantagem que não precisaria ser paga como a vantagem que não poderia ser paga. O crime de corrupção obviamente se refere às vantagens que não podem ser pagas – isto é, vantagens de pagamento, solicitação, promessa etc. proibidos; no entanto, a menos que se defenda um absoluto puritanismo asséptico dos funcionários públicos e uma completa proibição do recebimento de vantagens em razão da função, que provavelmente não coincide com os valores dominantes de nossa sociedade, nem toda vantagem que não precisa ser paga necessariamente será uma vantagem que não pode ser paga.<sup>280</sup>

O mesmo autor apresenta uma hipótese atual e corriqueira, demonstrando situação limítrofe, na qual mesmo havendo reprovação moral da coletividade na conduta descrita, resta clara a obtenção de vantagem por parte do servidor público. Tal situação não configura os crimes de corrupção (ao menos no sentido estrito de enquadramento dos tipos penais etiquetados nos arts. 317 e 333 do Código Penal).

---

<sup>278</sup> PRADO, Luiz Regis. *Ob. cit.*, p. 258.

<sup>279</sup> “O ato de ofício é exatamente a atribuição inerente à função pública, à esfera de realização do funcionário, algo que somente ele pode empreender – e não pessoa fora dos quadros administrativos”. NUCCI, Guilherme de Souza. *Ob. cit.*, p. 19.

<sup>280</sup> QUANDT, Gustavo de Oliveira. *O crime de corrupção e a compra de boas relações*. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Orgs.). **Crime e Política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 67.

Eis o caso que demonstra, com precisão cirúrgica, como funciona a compra de boas relações (iniciativa do particular envolvendo o agente público), sem configurar, contudo, o ilícito penal de corrupção:

Um exemplo de grande importância prática é a solicitação e fruição, por magistrados e outros funcionários públicos de alto escalão, de patrocínios e auxílios de empresas públicas e privadas para a promoção de eventos de classe: a insistência com que a imprensa divulga a realização desses eventos reflete o fato de que, na visão de muitos, a aceitação de tal tipo de vantagem põe em dúvida a imparcialidade dos juízes nos julgamentos das causas que envolvam seus patrocinadores. No entanto, abstraído do fato de que, por questões óbvias, a jurisprudência jamais enxergará nesses casos algum crime de corrupção, o critério da venalidade encontra aí seu limite; vende a toga o juiz que aceita patrocínio (ainda que parcial) para se hospedar em resort à beira-mar para debater a economia brasileira?<sup>281</sup>

Tanto quanto sutil, tem-se como relevante a distinção, podendo-se afirmar que a “aceitação de vantagens injustificadas oferecidas pelo particular interessado apenas em aproximar-se do funcionário, sem vistas a uma contraprestação específica e imediata, não constituiria corrupção passiva”.<sup>282</sup>

Em outras palavras, somente restará configurada a corrupção passiva e também a ativa na hipótese em que ficar comprovado que o oferecimento de vantagem ao agente público está vinculado à comercialização de um ato de ofício, não se amoldando ao ilícito penal a “compra de boas relações” pelo particular.

Além dos tipos penais estampados no Código Penal nos arts. 317 e 333, existem outros dispositivos na legislação extravagante que tutelam a moralidade no serviço público, a probidade administrativa, a impessoalidade na prática dos atos administrativos e a economicidade no gasto dos recursos da coletividade, estando diretamente vinculados às condutas definidas *latu sensu* como corruptas, tendo como vítimas a administração pública, o erário e toda a sociedade.

Entretanto, sobreditos dispositivos legais não serão objeto de análise no presente estudo, servindo a conceituação da corrupção ativa e passiva para ser cotejada com a análise do crime de corrupção eleitoral doravante esmiuçado.

---

<sup>281</sup> QUANDT, Gustavo de Oliveira. *Ob. cit.*, p. 72.

<sup>282</sup> QUANDT, Gustavo de Oliveira. *Ob. cit.*, p. 73.

### 3.2. Da necessidade de tipificação do enriquecimento ilícito do agente público

Discute-se muito na atualidade, como uma medida relevante e imprescindível no combate à corrupção, que se promova a tipificação do enriquecimento ilícito do agente público.

Referida propositura consta das célebres “10 Medidas contra a Corrupção” apresentadas de afogadilho pelo Ministério Público Federal, exibindo justificativas para a alteração legislativa com a inserção de proposições materializadas em referidas medidas, sendo que, em sua grande maioria, se apresentam desprovidas de adequada reflexão e juridicidade.

Dentre tais propostas existem algumas que incorrem em situações de flagrante inconstitucionalidade, podendo-se citar, à guisa de exemplo, a proposta inicial de utilização de provas ilícitas obtidas de “boa-fé”, como se fosse possível prova ilícita amealhada de “boa-fé”, ou, ainda, o estabelecimento de um “teste de integridade” a ser submetido como requisito para o ingresso em determinadas carreiras públicas ou a restrição de recursos processuais penais, tais como o fim dos Embargos Infringentes e de Nulidade e a limitação ao *habeas corpus*, estabelecendo-se a propositura original subscrita pelo Ministério Público Federal como condição de procedibilidade de referida ação constitucional à existência de prisão *strictu sensu* (demonstração da privação da liberdade como requisito para conhecimento da ação de *habeas corpus*).

Registre-se que, embora referidas medidas tenham recebido aplausos do público e conseguido amealhar assinaturas em profusão, fruto de uma campanha de mobilização desenvolvida pelo Ministério Público Federal, possuem algumas delas necessidade de aprovação pelo Congresso Nacional, considerando-se a existência de lacunas de punibilidade ou obsolescência da legislação penal e processual vigente. Entrementes, merecem ser acoimadas de açodadas e atécnicas, devendo passar por adequado escrutínio do Parlamento (rejeição de algumas proposições que colidem com a Constituição Federal, além da necessidade de apresentação de emendas a várias outras proposições) e do Poder Executivo (veto) antes de se tornarem lei, notadamente após o recebimento das diversas críticas embasadas da comunidade jurídica.<sup>283</sup>

---

<sup>283</sup> “A proposta do MPF de criminalizar o enriquecimento ilícito é infundada e apressada. Ela se baseia em considerações policiais de facilitação da prova, incompatíveis com a ideia de culpabilidade e a presunção de inocência, e que, ainda por cima, parecem ser de duvidosa eficácia”. GRECO, Luís. *Reflexões provisórias sobre o*

Especificamente com relação ao enriquecimento ilícito do agente público, questão relevante e que vem sendo objeto de discussão em várias partes do mundo, o Ministério Público Federal, ao apresentar a propositura de tipificação da conduta, estampa como principal justificativa para criminalizar o enriquecimento ilícito o fato de configurar essa postura uma “prova indireta da corrupção”.

Eis equivocada explicação e justificativa para um projeto que, nesse aspecto, tem seus méritos. Com efeito, não se pode objetivar a tipificação de uma conduta por ela representar a prova da prática de outros crimes. Sobredita proposta, além de desprovida de técnica, implica em agressão ao texto constitucional, ofendendo os princípios da legalidade,<sup>284</sup> da culpabilidade penal<sup>285</sup> e da presunção constitucional de inocência (art. 5º, LVII, Constituição Federal).

Comentando essa propositura e as justificativas ofertadas pelo Ministério Público Federal (proponente e mentor intelectual das “10 Medidas contra a Corrupção”), diz a doutrina:

A única virtude desse argumento é a sinceridade. De resto, se tudo o que se puder dizer contra determinado comportamento é que ele seria prova indireta de outro, ter-se-á uma chamada pena de suspeita, o que contraria o *princípio da culpabilidade* e um de seus principais correlatos processuais, a *presunção de inocência*. O princípio da culpabilidade contém, como núcleo, o direito de ser condenado e punido apenas pelo que realmente se fez. A condenação e a punição pelo crime que se propõe introduzir contém, assim, uma mentira: não é por enriquecer, e sim por ter praticado atos de corrupção ou de peculato, é que estaremos condenando. Ocorre que esses atos não se conseguem comprovar, com o que fica manifesta a violação dos princípios mencionados.<sup>286</sup>

Mesmo com referidas críticas (todas legítimas, registre-se), entende-se que, após apontado adequadamente o bem jurídico violado, é necessário tipificar o crime de enriquecimento ilícito do servidor público que consegue acumular e amealhar patrimônio

---

*crime de enriquecimento ilícito*. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Orgs.). **Crime e política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito**. Rio de Janeiro: Editora da FGV, 2017, p. 283.

<sup>284</sup> “O limite que impõe este princípio formal condiciona a atuação do Estado durante todo o processo criminal; isto é, influi na forma do estabelecimento da lei, dos delitos e de suas penas, de seus procedimentos e da forma de cumprimento das penas. As exigências que derivam da *lex previa*, *lex scripta*, *lex stricta* e da *lex certa* constituem todo um referente garantista que confronta a vocação arbitrária do Estado”. BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um direito penal democrático**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 146.

<sup>285</sup> “El principio de culpabilidad impone que la pena sólo sea aplicada si, em primer lugar, el autor pudo conocer la antijuridicidad de su hecho, si pudo comprender y si pudo comportarse de acuerdo con esa comprensión”. BACIGALPO, Enrique. **Principios constitucionales de derecho penal**. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1999, p. 158.

<sup>286</sup> GRECO, Luís. *Ob. cit.*, p. 278.

incompatível com os seus rendimentos oficiais, desde que instado a apresentar a prova da aquisição regular e não o faça de maneira convincente.

Ademais, apresenta-se como relevante destacar que referida tipificação também deve alcançar as hipóteses de utilização de interposta pessoa (vulgos “laranjas” ou “testas de ferro”) na aquisição patrimonial, facilitando com referida conduta a ocultação patrimonial do agente público.

Acredita-se que a adequada tipificação do enriquecimento ilícito, indevido e injustificado do agente público durante o exercício de suas funções públicas importa em relevante desdobramento no combate à corrupção.

Deve-se consignar que existe uma tendência mundial de criminalização do enriquecimento ilícito do servidor ou agente público que passe a revelar exteriores sinais de riqueza absolutamente incompatível com os seus rendimentos declarados e oficiais.

Merece registro que sobredita conduta encontra-se tipificada em vários países da América do Sul, os quais possuem problemas com a corrupção política, similares aos enfrentados pelo Brasil, como Argentina,<sup>287</sup> Peru, Paraguai e Bolívia, da América Central, como Panamá e Costa Rica, e da Europa, como Portugal e Espanha.

Ao analisar o bem jurídico protegido por referida alteração penal, a doutrina argentina afirma que: “Este tipo penal intenta proteger la imagen de probidad y transparencia de la administración, evitando que los encargados de los negocios ‘públicos’ realicen conductas indebida sen el afán de acrecentar su patrimonio”.<sup>288</sup>

Trata-se de tipificação polêmica e com grande possibilidade de resvalar em inconstitucionalidade, notadamente em razão do propósito de se punir condutas antecedentes, sem a devida prova, conspurcando-se o princípio da legalidade estrita em matéria penal, ou, ainda, não se observando a garantia constitucional da presunção ou do estado de inocência.

---

<sup>287</sup> De acordo com o previsto no art. 268º, n.º.2, do Código Penal Argentino, com o *nomen iuris* de “Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados”, pune-se o enriquecimento ilícito do funcionário ou empregado público que, devidamente notificado, não justifique satisfatoriamente o aumento de seu patrimônio ou de interposta pessoa, durante o exercício da suas funções públicas, ou até dois anos após o término.

<sup>288</sup> DÍAZ, Carlos A. Chiara. **Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados**. Disponível em: <<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/cpccomentado/cpc37774.pdf>>. Acesso em: 03 nov. 2017.

Em Portugal, ao ser criminalizado o enriquecimento ilícito ou injustificado, com a inserção de alteração legislativa,<sup>289</sup> rapidamente se questionou a ofensa de referida tipificação penal às garantias constitucionais, sendo que a Corte Constitucional Portuguesa declarou a inconstitucionalidade desse tipo penal, reconhecendo que objetivava a novel redação do Código Penal criminalizar o enriquecimento ilícito ou indevido por punir crime antecedente, ferindo o princípio da legalidade, além de menosprezar a presunção de inocência.

Comentando a decisão da Corte Constitucional, afirma doutrinador lusitano:

Concordamos com o resultado da decisão – o juízo de inconstitucionalidade das normas penais incriminadoras do enriquecimento ilícito – e reconhecemos a validade material dos argumentos anteriormente indicados – violação dos princípios constitucionais da necessidade da intervenção penal, da determinação da conduta típica e da presunção de inocência.<sup>290</sup>

Mesmo enfrentando sérias críticas oriundas da doutrina tanto nacional quanto internacional, foi avante a iniciativa de tipificação do enriquecimento ilícito do servidor público que ostente patrimônio absolutamente incompatível com o subsídio ou remuneração do cargo ocupado, avançando o debate no Parlamento brasileiro, no bojo das “10 Medidas contra a Corrupção”, discutindo-se o PL nº. 4.850/2016.

Registre-se que referido desenho de lei (PL nº. 4.850/2016) que insere o art. 312-A no Código Penal<sup>291</sup> já foi aprovado em dois turnos perante a Câmara dos Deputados (sofrendo várias emendas – supressivas, aglutinativas e de alteração de redação); entretantes, permaneceu intacta a redação originária que define o crime de enriquecimento ilícito do agente

---

<sup>289</sup> O Código Penal Português foi alterado para a inclusão do art. 335º-A a fim de estabelecer como crime a seguinte conduta: “Quem, por si ou por interposta pessoa, singular ou coletiva, adquirir, possuir ou detiver patrimônio, sem origem lícita determinada, incompatível com os seus rendimentos e bens legítimos é punido com pena de prisão até três anos”.

<sup>290</sup> COSTA, João Francisco de Faria. *Crítica à tipificação do crime de enriquecimento ilícito: plädoyer por um direito penal não iliberal e ético-socialmente fundado*. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Orgs.). **Crime e política**: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito. Rio de Janeiro: Editora da FGV, 2017, p. 322.

<sup>291</sup> Art. 312-A. adquirir, vender, emprestar, alugar, receber, ceder, possuir, utilizar ou usufruir, de maneira não eventual, bens, direitos ou valores cujo valor seja incompatível com os rendimentos auferidos pelo servidor público, ou por pessoa a ele equiparada, em razão de seu cargo, emprego, função pública ou mandato eletivo, ou auferidos por outro meio lícito.

Pena – prisão, de 3 (três) anos a 8 (oito) anos, e confisco dos bens, se o fato não constituir elemento de crime mais grave.

§ 1º. Caracteriza-se o enriquecimento ilícito ainda que, observadas as condições do caput, houver amortização ou extinção de dívidas do servidor público, ou de quem a ele equiparado, inclusive por terceira pessoa.

§ 2º As penas serão aumentadas de metade a dois terços se a propriedade ou a posse dos bens e valores for atribuída fraudulentamente a terceiras pessoas.

público, sendo que, atualmente, o PL foi remetido ao Senado da República, onde se encontra tramitando, tudo com estrita observância do devido processo legislativo.

Insiste-se que, não obstante as críticas doutrinárias existentes, é necessário tipificar o crime autônomo de enriquecimento ilícito ou indevido do agente público, justificando-se referida medida notadamente em razão de relevante bem jurídico a ser protegido (probidade da administração pública e moralidade administrativa), concretizando-se princípios constitucionais expressos,<sup>292</sup> além de existir um desvalor autônomo a ser reprovado na conduta do funcionário público que enriquece indevidamente ou de forma inexplicável, ao amealhar patrimônio absolutamente incompatível com os rendimentos de seu cargo público, notadamente se comprovado, após a estrita observância do devido processo legal, que não possui referido agente qualquer outra fonte de renda lícita.

Nesse sentido, afirma-se que “talvez seja possível justificar um tipo penal de enriquecimento ilícito. O funcionalismo público existe para servir ao público, e não para enriquecer os que supostamente servem. O bem coletivo que é a própria instituição do serviço público parece ser posto em questão por funcionários que usufruem em vez de servir”.<sup>293</sup>

Consigne-se, todavia, ser absolutamente inadequada a redação do art. 312-A do Código Penal, sendo enumerados 09 (nove) verbos no núcleo do tipo,<sup>294</sup> afirmando ser uma conduta comissiva, quando o ideal seria tipificar o enriquecimento ilícito ou indevido como conduta omissiva, passando a existir o dever do agente público em prestar contas sobre a aquisição regular de seu patrimônio, bem como da origem dos recursos despendidos para a compra de imóveis, veículos, artigos de luxo, depósitos, inclusive fora do país, revelação exterior de riqueza incompatível com os subsídios do cargo público, etc., sempre que instado a fazê-lo.

Somente dessa forma ter-se-ia a tipificação de conduta sem resvalar em ofensa à Constituição Federal, notadamente aos princípios constitucionais da legalidade e da

---

<sup>292</sup> “Os bens do sistema social se transformam e se concretizam em bens jurídicos dignos de tutela penal (em bens jurídico-penais) através da *“ordenação axiológica jurídico-constitucional”*. (...) É nesta acepção que os bens jurídicos protegidos pelo direito penal devem considerar-se concretizações dos valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais e à ordenação social, política e econômica. É por esta via – e só por ela, em definitivo – que os bens jurídicos se “transformam” em bens jurídicos dignos de tutela penal ou com *dignidade jurídico-penal*, numa palavra, em *bens jurídicos-penais*”. DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal:** parte geral. Tomo I – questões fundamentais: a doutrina geral do crime. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editores, 2007, p. 119-120.

<sup>293</sup> GRECO, Luís. *Ob. cit.*, p. 281.

<sup>294</sup> “A criminalização segue o modelo que alguns vêm chamando de ‘técnica espingarda de cano serrado’”. GRECO, Luís. *Ob. cit.*, *idem, ibidem*.

culpabilidade (art. 5º, XXXIX, Constituição Federal) ou da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da *Lex Legum*).

Registre-se que não se apresenta como constitucionalmente possível presumir a má-fé ou a fraude, partindo-se de uma percepção preconcebida de que o servidor ou agente público adquiriu ou amealhou seu patrimônio de forma indevida ou ilícita.<sup>295</sup>

Somente se afigura tecnicamente adequado imputar a conduta de enriquecimento ilícito ao agente público após restar regularmente comprovado, em procedimento que deve, sob pena de malferimento ao princípio constitucional da legalidade penal (art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal), respeitar o devido processo legal (*due process of law*, com os seus consectários lógicos – contraditório e ampla defesa – art. 5º, LIV e LV, Constituição da República), possibilitando ao agente público demonstrar como se deu a aquisição do patrimônio que ostenta, fazendo-se um juízo de compatibilidade entre os rendimentos amealhados pelo agente público e o patrimônio por ele adquirido e exibido.

Somente após ser facultada a possibilidade de demonstração de como se deu a aquisição patrimonial suspeita por parte do servidor público, caso não venha a ser ofertada explicação suficiente e razoável, é que será possível adotar providências no intuito de apurar o enriquecimento ilícito, não se presumindo absolutamente nada, havendo a necessidade de o órgão acusador se desincumbir do ônus da prova.

Portanto, entende-se como adequado e necessário, havendo lacuna de punibilidade, que se promova a tipificação da conduta de enriquecimento ilícito ou indevido, punindo-se o agente público que está ocupando relevantes funções públicas para servir-se do público e não para servir o público, locupletando-se de recursos ou valores em razão do cargo, além de apresentar patrimônio absolutamente incompatível com seus rendimentos, em situação de total e completa inversão de valores, e representar agressão clara e direta aos postulados constitucionais da

---

<sup>295</sup> “Atravessamos um momento confrangedor, em que as decisões dos órgãos de soberania em matéria penal invocam, como suma autoridade, os brocardos segregados pela *sabedoria popular*, num regresso atávico a formas primitivas de legitimação (?) que fazem gala em desprezar a racionalidade jurídica. É tempo de despedir a política criminal do rifão e as aberrações que produz. Quem cabritos vende e cabras não tem, normalmente é dono de um talho. Ora essa”. CAEIRO, Pedro. “*Quem cabritos vende e cabras não tem...*” (*sobre a criminalização do chamado enriquecimento ilícito*). In: LEITE, Alair; TEIXEIRA, Adriano (Orgs.). **Crime e política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito**. Rio de Janeiro: Editora da FGV, 2017, p. 359.

moralidade administrativa na gestão da coisa pública e da probidade administrativa no exercício de cargos ou funções públicas.

Deve-se afastar a tipificação nos moldes sugeridos no PL n.º 4.850/16, promovendo-se um maior aprofundamento acerca da matéria e debatendo-se o bem jurídico tutelado e as formas de tipificar referida conduta ilícita, sem valer-se de presunções de culpabilidade ou de menosprezo às garantias constitucionais.

### 3.3. Bem jurídico penal, Constituição Federal e a tipificação de condutas corruptas

Existem diversas tentativas doutrinárias de conceituação do bem jurídico penal, sendo que cada uma dessas tentativas se encontra vinculada a um determinado momento histórico e à concepção que se tem do Direito Penal.<sup>296</sup>

Não comporta o presente trabalho uma análise mais acurada da evolução do conceito de bem jurídico, além de se promover pesquisa acerca de seus contornos e desdobramentos, posto que o objetivo primordial diz respeito à apreciação do conceito de bem jurídico voltado para a análise dos crimes de corrupção comum e eleitoral.

Entrementes, mesmo com referida limitação, cita-se relevante conceito de bem jurídico:

El bien jurídico es un concepto indispensable para hacer efectivo el principio de lesividad pero no es, en modo alguno, un concepto legitimante del poder punitivo (*de lege lata ni de lege ferenda*). Por ello no debe confundirse el uso limitativo del concepto de bien jurídico con su uso legitimante, dado que este último termina acuñado un verdadero concepto legitimante diferenciado, que es el pretendido bien jurídico tutelado. [...] Si la ley penal no fundamenta, no decide la tutela. Por el contrario, el concepto limitativo del bien jurídico sirve para exigir como presupuesto del poder punitivo la afectación de un bien jurídicamente tutelado por el derecho (constitucional, internacional, civil, etc.). Sostener la existencia de un bien jurídico-penalmente tutelado importa reconocer una función constitutiva a la ley penal, y luego abrir la vía a una aspiración completiva (no fragmentaria). Aun cuando la pretendida tutela jurídico-penal se proclame subsidiaria (o complementaria) y se pretenda limitarla con la cláusula de ultima ratio, no puede negarse que importa una naturaleza fundante también complementaria, pues lleva a la distinción entre bienes jurídicamente tutelados y bienes jurídico-penalmente tutelados y, en último análisis,

---

<sup>296</sup> Vale-se do conceito material do crime calcado na evolução que se inicia na “perspectiva positivista-legalista: do conceito formal ao conceito material de crime”, avançando para a “perspectiva positivista-sociológica”, passando pela “perspectiva moral (ético)-social”, para desaguar na “perspectiva racional: a função de tutela subsidiária de bens jurídicos dotados de dignidade penal (bens jurídico-penais)”. Na medida em que “o conceito material de crime, vem, assim, a resultar da função atribuída ao direito penal de tutela subsidiária (ou de *ultima ratio*) de bens jurídicos dotados de dignidade penal (de bens jurídico-penais), ou, o que é o dizer o mesmo, de bens jurídicos cuja lesão se revela digna e necessitada de pena”. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Ob. cit.*, p. 114.

la extensión de la segunda dependerá de la medida en que la *ultima ratio* sea acogida por la decisión política criminalizante, siempre determinada por coyunturas de poder: las emergencias desnudan la contingencia de la *ultima ratio*”.<sup>297</sup>

Também a doutrina brasileira oferta sua conceituação de bem jurídico, que pode ser assim gizada:

O bem jurídico, bem a ser um ente (dado ou valor social) material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem em sociedade e, por isso, jurídico-penalmente protegido<sup>298</sup>.

Deve-se destacar, ainda, que o bem jurídico possui pelo menos quatro funções, quais sejam: garantidora ou limitadora do poder de punir do Estado,<sup>299</sup> teleológica ou interpretativa,<sup>300</sup> individualizadora<sup>301</sup> e sistemática.<sup>302</sup>

Nesse contexto, avulta a relevância de se observar os bens jurídicos previstos na Constituição Federal, sendo que, em se tratando especificamente dos delitos de corrupção – tanto a corrupção comum, tendo como vítima a administração pública, como a corrupção eleitoral, figurando como vítima a própria democracia e a disputa igual entre os candidatos e partidos políticos –, cuidam-se de bens jurídicos inerentemente ligados ao conceito de Estado Democrático de Direito, moralidade e probidade administrativa (art. 37, *caput*, Constituição Federal), igualdade, isonomia, respeito à soberania popular e ao direito ao voto (arts. 5º e 14, Constituição Federal).

Deve-se, nessa hipótese, proteger e tutelar as garantias fundamentais, inicialmente com a punição na lei (não penal – sanções civis e administrativas) e, caso avulte a gravidade dos atos

<sup>297</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Derecho Penal – Parte General**. Introdução do Direito Penal – Fundamentos para um sistema Penal Democrático. 2. ed. Buenos Aires: Ediar Editora, 2002, p. 486-487.

<sup>298</sup> PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 54.

<sup>299</sup> “Em suma a função limitadora opera uma restrição na tarefa própria do legislador, a função teleológica-sistemática busca reduzir a seus devidos limites a matéria de proibição e a função individualizadora diz respeito à mensuração da pena/gravidade da lesão ao bem jurídico”. PRADO, Luiz Regis. *Ob. cit.*, p. 63.

<sup>300</sup> “A limitação do poder punitivo estatal ao bem jurídico não se manifesta apenas na elaboração da lei penal, refletindo-se também nas posteriores tarefas de interpretação e aplicação judicial dessa lei. É nesse momento que o bem jurídico deve desempenhar a função dogmática, produtora de um efeito de segurança”. BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem Jurídico-Penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 143.

<sup>301</sup> “Como critério de medição da pena, no momento concreto de sua fixação, levando-se em conta a gravidade da lesão ao bem jurídico”. PRADO, Luiz Regis. *Ob. cit.*, p. 62.

<sup>302</sup> “A função sistemática se traduz no uso do bem jurídico por referência, a partir do que se estabelecem hierarquias entre as infrações individualmente descritas na parte especial”. BUSATO, Paulo César. *Ob. cit.*, p. 62.

atentatórios às garantias fundamentais e à própria ideia de Estado Democrático de Direito, deve-se alçar referidas condutas à condição de ilícito penal, protegendo-se relevante bem jurídico, pois “o poder estatal deve se encontrar vinculado aos princípios e direitos fundamentais e aos valores superiores”.<sup>303</sup>

A própria ideia de bem jurídico penal decorrente de violação de princípios que se encontram agasalhados no texto constitucional implica na necessidade de utilização do direito penal, definido como de *ultima ratio*, “voltado à proteção da sociedade e, em última análise, dos interesses dos indivíduos que a compõem”.<sup>304</sup>

Esses os bens jurídicos penalmente tutelados com a tipificação das figuras da corrupção em desfavor da administração pública e da corrupção eleitoral que atenta contra a própria ideia de democracia, eleições livres, direito ao voto secreto e universal, participação popular e igualdade nas disputas eleitorais. Podem tais ofensas às regras eleitorais (prática da corrupção eleitoral nos moldes tipificados no art. 299, Código Eleitoral) vir a ser classificadas como agressão a um bem jurídico penal difuso.

A Constituição Federal de 1988, seguindo uma tendência mundial das sociedades complexas e de risco,<sup>305</sup> deu especial atenção aos interesses difusos, coletivos e metaindividuais.

Com o advento da sociedade moderna e a modificação das relações humanas e sociais, passou-se a inserir uma nova preocupação com a proteção de bens anteriormente ignorados ou renegados, havendo especial dedicação e preocupação com os interesses difusos ou supraindividuais.

Pode-se perceber que, além da proteção aos bens jurídicos classicamente definidos (vida, liberdade, patrimônio, honra, etc.), cujo caráter é tipicamente individual ou mesmo para os bens jurídicos de natureza coletiva, porém considerados tradicionais (fé pública, administração pública, etc.), com o advento da revolução industrial e dos avanços tecnológicos,

---

<sup>303</sup> PRADO, Luiz Regis. *Ob. cit.*, p. 119.

<sup>304</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Ob. cit.*, p. 43.

<sup>305</sup> “A sociedade do risco está diretamente ligada às problemáticas da *pós-modernidade* e da *globalização*. Essa ideia suscita ao direito penal problemas novos ao pôr em evidência uma transformação radical da sociedade em que vivemos e que seguramente se acentuará no futuro”. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Ob. cit.*, p. 134.

“formatam-se, no momento de criação das sociedades de risco pós-industrial, novos bens jurídicos, supra-individuais”.<sup>306</sup>

Tem-se, portanto, a existência do bem jurídico penal difuso e, na análise de referido bem jurídico, deve-se ter em alça de mira todos os princípios norteadores do moderno direito penal, ou seja, não se apresenta como possível tipificar condutas, proteger bens jurídicos, sem o devido e necessário respeito aos princípios basilares desse ramo do direito, como, v.g., o princípio da legalidade com os seus três postulados fundamentais: reserva legal, anterioridade e taxatividade.<sup>307</sup>

Ainda versando sobre bem jurídico penal difuso, afirma a doutrina:

Pode-se dizer, assim, que os bens jurídicos difusos se referem a uma série indeterminada e aberta de indivíduos, ou seja, representam interesses pertencentes de forma idêntica a uma pluralidade de sujeitos, mais o menos determinada, que não tem qualquer expressão de vínculo associativo.  
(...) Os bens difusos se referem aos direitos de uma coletividade, que transcendem aos limites do direito privado, vez que não possuem vítimas específicas. Assim, pode-se destacar como bens jurídicos difusos aqueles que afetem uma generalidade de pessoas, unidas em razão de um elemento comum factual, como por exemplo, a saúde pública, a segurança no trânsito, a segurança no trabalho, o meio ambiente, dentre outros.<sup>308</sup>

Dessarte, perfeitamente possível contemporizar um bem jurídico penal difuso, com todas as suas nuances (crime de perigo abstrato, norma penal em branco, pluralidade ou indeterminação das vítimas, etc.), com o garantismo penal, mormente em respeito à taxatividade e à vedação da utilização excessiva dos tipos penais abertos.

Nesse sentido, caminha a doutrina:

É verdade que a atualidade da vida social demonstra a importância dos interesses difusos para o convívio em sociedade. Os novos riscos impostos pela sociedade pós-moderna impõem certo tratamento a estas condutas. Fundando-se nessa necessidade, muitos clamam por uma tutela penal (ainda que nos moldes tradicionais) dos bens jurídicos difusos.<sup>309</sup>

---

<sup>306</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Supra-Individual: Interesses difusos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 57.

<sup>307</sup> LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003, p. 17-18.

<sup>308</sup> TUDISCO, Manoella Guz. **Bem jurídico difuso e crimes ambientais**. Revista Jurídica ESMP-SP, v. 10. São Paulo, 2016, p. 50-51.

<sup>309</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Ob. cit.*, p. 190.

Por fim, quando da análise do bem jurídico penal difuso, deve-se levar em consideração a intensidade da danosidade social, consistente na violação de referida norma penal.

Deve-se observar o que a doutrina batizou de “problema político ou externo do bem jurídico”, apenas sendo digno de preocupação penal apta a “justificar as proibições somente quando se dirigirem a impedir ataques concretos a bens fundamentais de tipo individual ou social”,<sup>310</sup> merecendo especial destaque a proteção aos direitos fundamentais.<sup>311</sup>

Nesse contexto chega-se à proteção penal do Estado Democrático de Direito e dos demais direitos fundamentais, notadamente o direito ao sufrágio universal e às eleições livres, podendo-se afirmar que os crimes eleitorais devem ser vistos como figuras típicas cujo bem jurídico tutelado é difuso, caracterizando-se pelo fato de que “quase que invariavelmente os responsáveis por tais ataques são pessoas detentoras de poder político ou econômico, que se utilizam de tal condição privilegiada para cometerem crimes fiscais, societários, corrupção, crimes eleitorais, etc.”.<sup>312</sup>

O bem jurídico tutelado com a tipificação dos crimes eleitorais, destacadamente o crime de corrupção eleitoral (art. 299, Código Eleitoral), é supraindividual e está diretamente ligado ao conceito de Estado Democrático de Direito, devendo merecer especial atenção tanto do legislador como dos aplicadores da lei penal eleitoral.

Por derradeiro, nesta parte do trabalho, na qual se manifesta sobre bem jurídico penal, tem-se como relevante registrar que, embora o bem jurídico vulnerado com a prática da corrupção eleitoral esteja diretamente ligado à violação de garantias fundamentais esculpadas no texto constitucional, agredindo a própria ideia de democracia, tem-se que a sua reprimenda (sanção fixada no preceito secundário) não guarda qualquer observância ao princípio

---

<sup>310</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione: teoria del garantismo penale**. 8. ed. Roma: Editori Laterza, 2004, p. 474.

<sup>311</sup> “Tra i beni esterni al diritto penale, lacui lesione è necessaria anche se di per sé non sufficiente ala giustificazione dele proibizioni, rientrano ovviamente tutti i ‘diritti fondamentali’: non solo i classici diritti individuali e liberali ma anche quelli collettivi e/o sociali, come i diritti all’ambiente, ala salte e simili. Ma vi rientrano, anche beniche non sono diritti, como l’interesse collettivo e sicuramente fondamentale a un’admmistrazione statale non corrotta degli affari generali. In ogni caso deve trattarsi di um danno o di um pericolo accertabili o valtabili empiricamente, cio è in base alle caratteristi che di ciascun concreto comportamento proibito, e non solo, in astrato, sulla base del símplice contenuto dele proibizioni”. FERRAJOLI, Luigi. *Idem, ibidem*.

<sup>312</sup> PONTE, Antônio Carlos da. **Crimes Eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 46.

constitucional da proporcionalidade (devendo a fixação de uma sanção em sua qualidade e quantidade voltar-se diretamente para a natureza e gravidade do crime).<sup>313</sup>

As penas atualmente estabelecidas para o crime de corrupção eleitoral apresentam-se em total dissonância com a moderna forma de conceituar bem jurídico penal, principalmente quando realizado o necessário cotejo com a Constituição Federal, ensejando-se a adoção de providências legislativas urgentes, consoante será mais bem detalhado adiante.

### 3.4. Da corrupção eleitoral

A corrupção eleitoral é um fenômeno que ocorre em diversos países do mundo, não sendo exclusiva da nossa frágil e ainda jovem democracia.

Ao comentar sobre a corrupção eleitoral na Itália, praticada no final do século XIX, estudioso do assunto afirma que a corrupção eleitoral se apresentava de duas maneiras – “governamental e privada” -, com a atuação de “agentes públicos e dos cidadãos”, podendo ser exercitada de vários meios, destacando-se, dentre eles, a “compra de votos”.<sup>314</sup>

Cuida-se de prática que sempre mereceu ser severamente censurada, com a exploração do candidato inescrupuloso, o qual conta com o acumpliciamento do eleitor que “vende” algo que não pode ser objeto de comercialização e não possui preço, que é o voto.

A corrupção eleitoral transforma o voto e o eleitor em mercadorias e rebaixa o valor da cidadania, passando a impressão de que “cada homem tem um preço” e está à venda, podendo ser praticada de diversas formas.<sup>315</sup>

---

<sup>313</sup> “*Quanta pena? La misura della pena e il principio di proporzionalità*. Il fato che tra pena e reato non esista nessun rapporto naturale non esclude chela prima debba in qualche modo essere *adeguata* al secondo. Al contrario, próprio il carattere convenzionale e legale del nesso retributivo che lega la sanzio neall’illecito penale exige che la scelta dela qualità e dela quantità dell’una sia compiuta dal legislatore e dal giudice in relazione alla natura e ala gravita dell’altro”. FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione**: teoria del garantismo penale. 8. ed. Roma: Editori Laterza, 2004, p. 395.

<sup>314</sup> “La corruzione elettorale è di due sorta, governativa e privata, secondo che discende dagli uomini del governo o dai privati cittadini. (...) La corruzione si esercita per questi mezzi, dei quali sarà dicevole tener proposito singolarmente: (...) 7º Per mezzo dela compra dei voti”. MORINI, Carlo. **Corruzione elettorale**: studio teórico pratico. Milano: Fratelli Dumolard Editori, 1894, p. 22-23.

<sup>315</sup> “È um delito, che si commette da molti sopra molti, è um delito che si commette a tempi fissi e noti, è um delito per natura sua clamoroso, è um delito che può avere molti testimoni per ché um partito sorvegli al’altro, è um delito del quale si parla universalmente là dove si compie, è um delito che lascia dietro di sè tracce permanenti, perchè gli stessi bollettini elettorali ne portano spesso, per no dire quasi sempre, i contrassegni, è um delito del quale gli autori

No ordenamento jurídico brasileiro, a corrupção eleitoral está prevista desde o Código Criminal do Império<sup>316</sup> havendo previsão de seu enquadramento típico, mesmo antes da existência de eleições plenamente livres e universais.

Apesar da existência de previsão de punição para a corrupção eleitoral na época do voto censitário e capacitário, vigentes no Brasil Império, afirma-se, com pesar, que lamentavelmente no Brasil, referido ilícito penal-eleitoral deitou raízes, sendo praticado às escâncaras nos mais longínquos rincões ou nos centros urbanos desenvolvidos, não havendo adequada punição para prática deletéria que atenta contra o Estado Democrático de Direito e impede a realização de eleições genuinamente livres, burlando a vontade do eleitor.

Atualmente, a corrupção eleitoral, prática comum e frequente em todos os pleitos eleitorais, considerando-se as várias decisões da justiça eleitoral, está prevista no art. 299 do Código Eleitoral, consistindo a figura típica em “dar, oferecer, prometer, solicitar ou receber, para si ou para outrem, dinheiro, dádiva, ou qualquer outra vantagem, para obter ou dar voto e para conseguir ou prometer abstenção, ainda que a oferta não seja aceita”.

Referido ilícito penal-eleitoral pode ser definido como a compra (corrupção eleitoral ativa) e venda (corrupção eleitoral passiva) de votos ou abstenção, agasalhando em um só tipo penal as duas figuras delitígenas (corrupção eleitoral ativa, normalmente praticada diretamente pelo candidato ou por seus apoiadores, com o seu consentimento, e a corrupção eleitoral passiva, tendo como principal alvo o eleitor que vende seu voto ou apoio).<sup>317</sup>

---

principal hanno complici inevitabili e aperti, tali gli ostieri e i vetturali che somministrando agli elettori le vivande e i trasporti, a scopo evidentemente corruttivo, sono complici del delitto perchè forniscono consapevolmente i mezzi di eseguirlo, è un delitto insomma sempre commesso in tali condizioni di tempi, di luoghi, di persone, che per non vederlo e non sentirlo convien rendersi ciechi, muti e sordi”. MORINI, Carlo. *Ob. cit.*, p. 130-131.

<sup>316</sup> “Art. 101. Solicitar, usando de promessas de recompensas ou de ameaças de algum mal, para que as Eleições para Senadores, Deputados, Eleitores, Membros dos Conselhos geraes ou das Camara Municipaes, Juizes de Paz, e quaesquer outros empregados electivos, recaião ou deixem de recahir em determinadas pessoas, ou para esse fim comprar ou vender votos.

Penas – de prisão por três a nove mezes, e de multa correspondente à metade do tempo; bem assim da perda do emprego se dele se tiver servido para commetter o crime”. PIERANGELI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil: evolução histórica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 248.

<sup>317</sup> “O legislador eleitoral brasileiro, seguindo os passos ditados pelo princípio da unidade no concurso de pessoas, em um único artigo, cuidou da corrupção ativa e passiva em matéria eleitoral. A opção não se afigura como a mais recomendável, dados os elementos normativos da corrupção eleitoral passiva e as características dos autores de tal infração. O correto seria punir, exclusivamente, a corrupção eleitoral ativa, na medida em que sem esta jamais haveria campo para a outra forma de corrupção. Infelizmente, assim não entendeu o legislador, que optou por punir, da mesma forma, aquele que vende o voto ou a abstenção em um momento de desespero, angústia e até sobrevivência; e o agente que, friamente, imbuído de motivação desvinculada de qualquer valoração ética, compra o voto ou a abstenção”. PONTE, Antônio Carlos da. *Ob. cit.*, p. 89.

Registre-se ser perfeitamente possível a discussão acerca do princípio da insignificância como excludente da tipicidade para afastar a punição dos eleitores que em situação de comprovada miserabilidade mercadejam o voto, restando comprovada a exploração por parte daquele que atua na compra de votos.

Para a prática de graves condutas (por parte do político que compra votos e do eleitor que vende seu voto), o legislador fixou como reprimenda uma pena de até 04 (quatro) anos de reclusão e multa, afigurando-se essa sanção como completamente desproporcional, deixando de oferecer proteção jurídica adequada a relevante bem jurídico.

O art. 299 do Código Eleitoral pune a mercantilização do voto, algo absolutamente chocante, principalmente diante da hodierna concepção da importância do sufrágio, afirmando-se que o voto (como conquista inalienável da cidadania e que está umbilicalmente ligado ao conceito de democracia) não pode ser objeto de comércio, permuta ou qualquer outro tipo de ganho financeiro, posto que “não é uma mercadoria exposta à venda ou à troca, mas uma premiação que deve ser conquistada após justa disputa, pelas ideias e pela história de cada competidor”.<sup>318</sup>

Pode-se configurar o ilícito penal de corrupção eleitoral (art. 299, Código Eleitoral) com a promessa de qualquer vantagem ofertada pelo candidato em favor do eleitor, captando o voto de forma indevida, existindo múltiplas formas possíveis de enquadramento em mencionado ilícito penal, citando-se:

Essa vantagem pode ser caracterizada de diversas formas: oferta de cestas básicas, fornecimento de vales para material de construção, doação de lotes, ligaduras de trompas, intervenções cirúrgicas, ou seja, a vantagem pode ser entendida como algo possuidor de valor, financeiro, patrimonial, ou algo que acarrete um sentimento de gratidão ou dependência por parte de quem receba a vantagem.<sup>319</sup>

Tamanha é a magnitude desse tema que, no início dos anos 2000, foi lançado pela OAB e pela CNBB em uma campanha pelo “Voto Cidadão”,<sup>320</sup> objetivando conscientizar o eleitor

---

<sup>318</sup> NIESS, Pedro Henrique Távora. **Direitos políticos:** elegibilidade, inelegibilidade e ações eleitorais. 2. ed. Bauru: Edipro, 2000, p. 270.

<sup>319</sup> CORDEIRO, Vinícius; SILVA, Anderson Claudino. **Crimes eleitorais e seu processo.** Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 123.

<sup>320</sup> Referida campanha foi acompanhada de ampla divulgação publicitária, objetivando o esclarecimento da população, passando a ser propalada em igrejas, palestras, seminários, debates, contando, ainda, com propaganda no rádio e na TV e valendo-se de *slogans* como “Voto não tem preço, tem consequência”.

sobre o seu direito-dever de denunciar a compra de votos e alertar os demais eleitores a não negociá-los em troca de favores.

Em trabalho confeccionado pela CNBB, foram catalogadas as principais “dádivas” ou “benefícios” custeados pelos candidatos que configuram exemplos prontos e acabados de corrupção eleitoral, sendo importante citar a seguinte passagem:

Além das promessas de emprego e da compra de votos diretamente com dinheiro, foi identificada a mais ampla variedade de ofertas. A lista é longa: cestas básicas, alimentos básicos diversos tais como açúcar, óleo, sal, tíquetes de leite, bebidas, dentaduras, óculos, sapatos, roupas, ajuda para obter documentos, pagamento de fiança de presos, cimento, areia, pedra, tijolos e outros materiais de construção, ferramentas, insumos agrícolas, uniformes para clubes esportivos, bolas e redes, enxovais, cobertores, berços, colchões e colchonetes, móveis, eletrodomésticos e utensílios domésticos, bujões de gás, fogões, redes para dormir, casas, lotes de terreno, remédios, exames de laboratório, pagamento de consultas médicas e de atendimento hospitalar, de esterilizações e abortos, de cirurgias, tratamentos odontológicos e próteses, cadeiras de rodas, pagamento de contas atrasadas, de alugueis, de promissórias, carros, passagens e transporte, viagens e passeios, caixões de defunto e transporte para enterros, remoções gratuitas em ambulâncias, som para festas, financiamento de festas de formatura, de aniversário, batismo ou casamento, de quermesses, de bancos ou torres da Igreja, etc., etc., etc., numa lista infindável que expõe todas as dificuldades vividas pelo povo brasileiro.<sup>321</sup>

Essas as condutas que configuram o crime de corrupção eleitoral, sendo certo afirmar que, não obstante quase duas décadas depois de ser elaborado referido documento, com o elenco das principais hipóteses e exemplos do crime etiquetado no art. 299 do Código Eleitoral, a realidade, infelizmente, ainda continua a mesma.

Merece ser salientado que tanto a oferta quanto a promessa não podem ser genéricas e indeterminadas,<sup>322</sup> apresentadas em propagandas eleitorais ou atos de campanha de forma lícita, somente caracterizando o crime esculpido no art. 299 do Código Eleitoral a promessa específica e determinada, sendo delimitados e identificados os eleitores destinatários da dádiva.

Nesse sentido:

A promessa genérica é válida (“se eleito, vou asfaltar as ruas”), já a promessa específica e concreta é criminosa (“votem em mim que eu vou asfaltar a rua de vocês”). A promessa sem destinatário específico é aceita (“vou criar novos

<sup>321</sup> Comissão Brasileira de Justiça e Paz - CNBB. **Vamos acabar com a corrupção eleitoral**. Roteiro para a fiscalização e aplicação da Lei 9.840. 2. ed. São Paulo: Paulinas, 2000, p. 15-16.

<sup>322</sup> “Precisa o benefício ser concreto, individualizado, direcionado a uma ou mais pessoas determinadas, não configurando o delito promessas genéricas de campanha, ocorridas em comícios ou mesmo através da televisão, quando não resulta evidenciado nem mesmo o compromisso da entrega da vantagem tendo como contraprestação o voto ou a abstenção”. GOMES, Suzana de Camargo. **Crimes eleitorais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 238-239.

empregos”) aquela destinada a pessoa determinada ou determinável (“vou lhes dá um emprego”) é criminosa. A oferta deve ser dirigida, assim, a um eleitor ou grupo de eleitores individualizados.<sup>323</sup>

A cada eleição proliferam denúncias de compra de votos, aproveitando candidatos desonestos e sem qualquer escrúpulo e compromisso com a democracia para, em situações de vulnerabilidade moral e miserabilidade econômica da população, negociarem com o voto alheio, burlando a vontade livre e soberana do eleitor.

Muito árdua a missão, em um país continental e desigual como o nosso, de se evitar a prática de atos atentatórios ao livre exercício do sufrágio. Difícil falar em liberdade de escolha política com o estômago vazio e com interlocutores sem qualquer perspectiva, mudando-se os nomes e as siglas partidárias e mantendo-se inalterada a prática política tacanha e perversa, havendo um abismo enorme que separa as classes sociais e uma gigantesca massa de desempregados e subempregados que precisam sobreviver, constituindo-se em presas fáceis a cada dois anos, nas vésperas dos pleitos eleitorais.

A maior parte da população brasileira vivencia uma situação de evidente carência material, com necessidades de todas as formas, restando evidente o esgarçamento do tecido social, o que implica em terreno fértil à prática da corrupção eleitoral.

Em razão dessa miserabilidade de parte significativa dos eleitores, discute-se atualmente se, em eventual descoberta da corrupção eleitoral, devem ser responsabilizados tanto os candidatos e apoiadores corruptos como os eleitores corrompidos, ou se estes últimos, em razão do estado de miserabilidade social e econômica, devem ter a responsabilidade penal afastada, aplicando-se, por exemplo, a excludente da ilicitude do estado de necessidade, agasalhada no art. 23, I, do Código Penal.

O tema não é simples e desperta intensos debates na doutrina, nacional e estrangeira.

Acerca do temário, pinça-se posição de autor nacional que sugere a descriminalização da conduta para os eleitores que, normalmente em situação de miserabilidade, aceitam recompensas em troca do voto.<sup>324</sup>

---

<sup>323</sup> GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Crimes eleitorais e processo penal eleitoral**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 49.

<sup>324</sup> “Já criticamos a opção legislativa de considerar criminosa também a conduta da aceitação das benesses dadas por políticos inescrupulosos, ainda que por setores sociais marginalizados ou miseráveis.

Essa também é a postura de estudioso estrangeiro,<sup>325</sup> ao propor a descriminalização ou despenalização para a corrupção passiva (venda do voto), notadamente quando comprovado o estado de pobreza extrema do eleitor que recebe dinheiro ou qualquer outra dádiva em troca do voto, devendo o direito penal centrar suas forças na punição da corrupção eleitoral ativa (compra do voto).

É necessário deflagrar a ação penal em desfavor tanto do candidato ou apoiador corrupto como do eleitor corrompido, até porque, não raro, é o eleitor “que se insinua ao candidato, solicitando-lhe bem ou vantagem para entregar-lhe o voto”.<sup>326</sup>

Evidentemente que cada caso concreto apresenta suas peculiaridades e, na eventualidade de restar comprovado no curso de uma instrução processual o estado absoluto de miserabilidade do eleitor que vende o seu voto, pode-se encaminhar a conclusão do feito pela sua absolvição com amparo no art. 23, I, do Código Penal; entretantes, deve-se, no sentir do autor desta tese, ofertar denúncia tanto em desfavor do candidato ou apoiador corrupto como do eleitor corrompido.

Acredita-se que a principal justificativa para referida conclusão se encontra no conceito do bem jurídico tutelado por referido tipo penal.

Com efeito, tem-se como relevante não olvidar acerca do relevantíssimo bem jurídico amparado e protegido pela tipificação da conduta definida como corrupção eleitoral, buscando-se coibir e criminalizar a compra de votos, séria conduta, carregada de elevado desvalor da ação e do resultado, devendo-se proteger o Estado Democrático de Direito e a própria democracia.<sup>327</sup>

Reafirme-se que a compra de votos e a corrupção eleitoral, direta ou indireta, implicam em flagrante e evidente ataque à soberania popular, à cidadania, ao voto livre e, em *ultima ratio*,

---

Porém, não concordar com uma solução legislativa não é a mesma coisa que sustentar sua inconstitucionalidade ou buscar soluções hermenêuticas para na verdade, justificar se descumprimento.

Sem embargo, parece lícito perquirir se, de acordo com as ‘regras do jogo’ é possível reconhecer, de início ou ao fim do processo, situações que evitem o embaraçoso espetáculo da condenação dos despossuídos da terra, como se levar à miséria aos tribunais fosse a missão do Direito Penal”. GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos; NEVES, Edinaldo Messias das. **Considerações sobre o crime de corrupção eleitoral**. Disponível em: <[www.mpms.mp.br/portal/download.php](http://www.mpms.mp.br/portal/download.php)>. Acesso em: 11 nov. 2017, p. 16.

<sup>325</sup> “Primamente non si debbo no punire i corrutti ma solo i corruttori, il che non è repugnante nè ala ragione morale, nè ala giuridica”. MORINI, Carlo. *Ob. cit.*, p. 137.

<sup>326</sup> GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 494.

<sup>327</sup> Alguns estudiosos da Constituição Federal estabelecem a democracia como “megaprincípio” que “transluz em cada um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (incisos I a V do art. 1º da Carta de 1988) e em toda cláusula pétrea explícita da nossa atual experiência constitucional (incisos I a IV do § 4º do art. 60 da mesma Constituição cidadã”. BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 183.

à democracia, atentando diretamente contra a previsão constitucional de um Estado de direito organizado sob bases democráticas, agredindo de cambulhada todos os princípios que lhe são conseqüências e que se encontram espalhados pelo texto constitucional.

Buscando conceituar democracia e sua dimensão política e jurídica, cita-se estudo assim delimitado:

Eminentes politicólogos concordam que o conceito mais simples e igualmente mais significativo de democracia é aquele que elaborou Heródoto de Halicarnasso e que Lincoln ampliou ao pronunciar o célebre discurso em Gettysburg: governo do povo, para o povo e pelo povo. [...] Assim, a democracia é um sistema de governo, uma forma de organização do poder, que inclui a liberdade. Para Kelsen, a democracia é, sobretudo, um caminho: o da progressão para a liberdade. [...] Finalmente, vale refletir sobre a frase de Littré, para quem *‘a democracia é o governo onde o povo exerce a soberania’*, soberania popular, pois. Este pensamento fundamenta o processo democrático sobre a igualdade política dos cidadãos e o sufrágio universal – verdadeira espinha dorsal do sistema democrático, nas palavras do abalizado Prof. Paulo Bonavides. Significa que a vontade do Estado está formada a partir da composição das vontades individuais dos cidadãos.<sup>328</sup>

Importante registrar que a realização de eleições livres com o sufrágio direto, secreto, universal e periódico fora alçada à condição de cláusula pétrea constitucional (art. 60, § 4º, II, Constituição Federal) e, para que se efetive a adequada alternância de poder e a regular investidura nos cargos públicos destinados aos integrantes do Executivo e do Legislativo, tem-se como imprescindível a realização de periódicos pleitos eleitorais, devendo-se respeitar a vontade livre e soberana do eleitor.

Embora existente referida previsão constitucional, pode-se afirmar, sem qualquer receio, que no Brasil não existem eleições plenamente livres e imunes ao abuso do poder econômico e político, devendo-se registrar que, infelizmente, a corrupção eleitoral se constitui em uma prática rotineira e que grassa no país, inviabilizando a prevalência da vontade soberana do eleitor, pois “o que conta é a quantidade de dinheiro arrecadado para a campanha vencedora, que usa a verba num infalível esquema de compra de votos. Arrecadou mais, pagou mais. Pagou mais, levou. Simples assim”.<sup>329</sup>

Urge que sejam encontrados mecanismos de combate a essa perniciosa equação, notadamente com a aplicação do princípio constitucional implícito da proporcionalidade,

<sup>328</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini. **Teoria política do direito**: a expansão política do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 152-153.

<sup>329</sup> REIS, Marlon. **O nobre deputado**: relato chocante e verdadeiro de como nasce, cresce e se perpetua um corrupto na política brasileira. Rio de Janeiro: LeYa, 2014, p. 14.

alterando-se a legislação penal pátria para punir adequadamente a reprovável conduta definida como compra de votos.

A manutenção da reprimenda penal da corrupção eleitoral nos padrões hoje existentes (art. 299, Código Eleitoral) implica em evidente menosprezo ao bem jurídico tutelado, fazendo-se vista grossa com relação à interferência do poder econômico na disputa por mandatos.

Ademais, manter inalterada a definição jurídica e as penas para o crime de corrupção eleitoral consiste em estímulo à compra de votos como forma de investidura política.

### **3.4.1. Da compra de votos e da configuração da captação ilícita de sufrágio (art. 41-A da Lei nº. 9.504/97). Desdobramentos eleitorais e penais**

O abuso do poder nas eleições é tema recorrente e atual, da maior relevância, devendo despertar o interesse de toda a sociedade, das autoridades constituídas, dos acadêmicos e dos atores processuais com atuação no processo eleitoral (Ministério Público Eleitoral, Poder Judiciário, candidatos, partidos políticos e, principalmente, eleitor); enfim, o abuso do poder (econômico ou político) implica em atos atentatórios à democracia e à cidadania.

O abuso de poder<sup>330</sup> tanto compromete a normalidade das eleições, evitando uma disputa dentro das regras do jogo, como atenta diretamente contra a igualdade da disputa, privilegiando o candidato que se valeu das práticas ilegais e moralmente reprováveis, desrespeitando as normas eleitorais.

O jogo, onde se detecta a inobservância de suas regras (*rules of the game*), valendo-se um dos atores de *doping*, deve ser anulado, e não referendado. Portanto, a eleição obtida mediante fraude, com o uso de práticas corruptas, merece ser refeita, invalidando-se o resultado do pleito eleitoral, eis que obtido de forma indevida, subvertendo a vontade soberana do eleitor.

---

<sup>330</sup> “No plano dos efeitos, a natureza, a forma, a finalidade e a extensão do ‘abuso’ praticado podem induzir diferentes respostas sancionatórias do sistema jurídico. Entre essas respostas está a criminalização da conduta que o caracteriza, o que é feito no presente art. 299 do CE, com o crime de corrupção eleitoral. No Direito Eleitoral, a responsabilização por abuso de poder se dá no bojo de ações eleitorais típicas, a saber: (i) ação de investigação judicial eleitoral (AIJE), fundada nos arts. 19 e 22, XIV, ambos da LC nº. 64/90; (ii) ação por captação ou emprego ilícitos de recurso de campanha, fundada no art. 30-A da LE; (iii) ação por *captação ilícita de sufrágio*, fulcrada no art. 41-A da LE; (iv) ação por *conduta vedada*, prevista nos arts. 73 ss. da LE; (v) ação de *impugnação de mandato eletivo* (AIME), contemplada no art. 14, §§ 10 e 11, da CF”. GOMES, José Jairo. **Crimes e processo penal eleitorais**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 57.

Eleições compradas, vitórias com base em propostas enganosas e mirabolantes, campanhas com abuso financeiro, gastando recursos não contabilizados fruto do caixa dois ou até de caixa três, candidatos apresentados aos eleitores como um mero produto de *marketing*, horários eleitorais contando com produções de elevado custo e baixa veracidade, apresentação de promessas em demasia, quase sempre inexecutáveis – eis a triste realidade brasileira repetida em todas as eleições.

Não configura exagero afirmar que referidas práticas são detectadas em todas as eleições, das mais simples às mais sofisticadas, tanto no pleito para prefeito ou vereador do município mais pobre e longínquo, como, também, na disputa para a presidência da República,<sup>331</sup> havendo denúncia de abuso de poder por parte dos postulantes e seus apoiadores em diversas esferas do Judiciário Eleitoral, restando alterada por conta das condutas abusivas, de forma profunda e visível, a igualdade da disputa eleitoral.

A conduta reprovável do candidato que durante o pleito eleitoral, objetivando vencer as eleições com o uso da máquina pública, abusando do poder político, ou ainda que não ocupante de cargo ou função pública venha exceder-se praticando abuso do poder econômico, pode configurar, além do ilícito penal de corrupção eleitoral (art. 299, Código Eleitoral) a conduta definida como captação ilícita de sufrágio, etiquetada como um ilícito cível eleitoral de

---

<sup>331</sup> O país acompanhou no final do primeiro semestre de 2017 o julgamento realizado pelo TSE dos pedidos de cassação da chapa Dilma-Temer, promovidos pela então chapa concorrente, liderada pelo PSDB, sendo ajuizada Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE nº. 194.358), manejada durante o curso do processo eleitoral. Posteriormente, após proclamado o resultado do pleito eleitoral, foi deflagrada uma Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME nº. 761) e, por fim, também foi interposta uma Representação Eleitoral (RP nº. 7846). Todas essas demandas tiveram como escopo denunciar, apurar e punir o abuso de poder econômico e político praticado pela chapa Dilma-Temer, durante a campanha eleitoral, sendo apresentados como fundamentos o “uso da máquina administrativa federal claramente colocada a serviço das pretensões políticas dos investigados”; “a ocultação de dados econômico-sociais negativos”; “abuso do poder econômico, materializado pelo gasto acima do limite inicialmente informado e pelo recebimento de doações oficiais ‘de empreiteiras contratadas pela Petrobras como parte de distribuição de propinas’”, valendo-se de delações premiadas negociadas pela Procuradoria-Geral da República e homologadas pelo STF, colhidas no âmbito da Operação Lava Jato.

Figurou como relator de sobreditos processos eleitorais de competência originária do TSE o Ministro Herman Benjamin (oriundo do STJ), apresentando longo voto, concluindo pela cassação da chapa vencedora (titular e vice), sendo acompanhado pelos Ministros Luiz Fux e Rosa Weber. Houve divergência e, após exaustivos debates, os Ministros Napoleão Maia, Tarcísio Vieira, Ademar Gonzaga e Gilmar Mendes excluíram das provas constantes nos autos as delações, devidamente homologadas em acordos de colaboração premiada, realizadas por réus (executivos da construtora Odebrecht), afirmando que referidos depoimentos não poderiam ser considerados como provas válidas, pois foram incluídos no processo depois de seu início, prevalecendo a absolvição da chapa ré, mantendo-se a diplomação dos candidatos eleitos.

Merece registro que, em 31.08.2016, o Senado da República julgou o *impeachment* da candidata eleita como titular da chapa, sendo empossado o vice-Presidente da República em razão da vacância pela cassação no processo, mantido no cargo devido a decisão favorável do TSE.

gravíssimas consequências para o candidato, conforme previsão contida no art. 41-A da Lei nº. 9.503/97 (inserido pela Lei nº. 9.840/99).

O advento da Lei nº. 9.840/99, responsável pela reforma da Lei das Eleições (Lei nº. 9.504/97) para coibir diretamente a compra de votos, incluindo no texto legal o art. 41-A, fruto de iniciativa popular capitaneada por vários segmentos da sociedade civil organizada a exemplo da CNBB, da OAB, centrais sindicais, ONGs, etc., estabelecendo como sanção cível-eleitoral, para o político descoberto comprando votos, mercadejando a maior expressão da cidadania, a perda do registro da candidatura, privando-o da condição de candidato, se a decisão da justiça eleitoral for adotada antes do advento da eleição ou, ainda, aplicando a sanção de cassação do mandato, caso eleito o candidato que praticou os abusos e a sanção venha a ser imposta posteriormente à investidura em mandato eletivo.

Portanto, o oferecimento de dinheiro ou qualquer outra dádiva (materiais de construção, cestas básicas, bolsas de estudo, material escolar, remédios, empregos, cargos ou funções, etc.) aos eleitores, por parte do candidato ou por terceira pessoa com sua anuência e conhecimento prévio, configura a captação ilícita de sufrágio (art. 41-A da Lei nº. 9.504/97), podendo, ainda, dentro do mesmo contexto fático, se enquadrar referida conduta na moldura penal contida no art. 299 do Código Eleitoral.

Comentando as hipóteses que caracterizam a captação ilícita de sufrágio e suas consequências, principalmente o desequilíbrio no pleito eleitoral, além das hipóteses que caracterizam sobredita prática que merece ser exprobada, vale-se da doutrina especializada, que diz:

A perfeição dessa categoria legal requer: a) realização de uma das condutas típicas, a saber: doar, oferecer, prometer ou entregar bem ou vantagem pessoal a eleitor, bem assim contra ele praticar violência ou grave ameaça; b) fim especial de agir, consistente na obtenção do voto do eleitor; c) ocorrência do fato durante o período eleitoral.

Compra de voto – o pedido ou a solicitação de apoio político em troca de bens ou vantagens de qualquer natureza deve ser evidenciado de maneira inequívoca. Entretanto, não é preciso que haja ‘pedido expresso de voto’ por parte do candidato. Tal exigência, além de não constar na regra em apreço, certamente acarretaria seu esvaziamento, tornando-a inócua. Quanto a isso, o § 1º, do art. 41-A, da LE, é claro ao dispor: “*Para a caracterização da conduta ilícita, é desnecessário o pedido explícito de votos, bastando a evidência do dolo, consistente no especial fim de agir*”. Admite-se que o “fim de obter” (e não o pedido expresso de!) votos – dolo específico – resulte das circunstâncias do evento, sendo deduzido do contexto em que ocorreu, mormente do comportamento e das relações dos envolvidos.<sup>332</sup>

---

<sup>332</sup> GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 493.

Para apurar a conduta estampada no art. 41-A da Lei nº. 9.504/97 deverá ser deflagrada uma representação eleitoral, colhendo-se a prova nos moldes e no rito das Ações Eleitorais (aplicando-se o disposto no art. 22 da Lei Complementar nº. 64/90), podendo a demanda ser ajuizada até a data da diplomação, sendo estabelecido o prazo de 03 (três) dias para a interposição de recurso contra as decisões proferidas com base na aplicação das regras de captação ilícita de sufrágio (§§3º e 4º do art. 41-A da Lei nº. 9.504/97, inseridos no ordenamento jurídico-eleitoral pela Lei nº. 12.034/09), incorporando decisões oriundas do próprio Tribunal Superior Eleitoral acerca da matéria que ainda hoje se apresenta como controvertida e fruto de enormes polêmicas doutrinárias e jurisprudenciais.

Insiste-se que a captação ilícita de sufrágio (art. 41-A) possui estreita ligação com o art. 299 do Código Eleitoral, sendo que, muitas vezes, a mesma conduta configura a um só tempo um ilícito civil e um ilícito penal, gerando dois desdobramentos (processo cível-eleitoral e processo criminal-eleitoral), não tendo o art. 41-A da Lei nº. 9.504/97 suplantado ou alterando o crime de corrupção eleitoral, tipificado no art. 299 do Código Eleitoral e tampouco implicou o art. 41-A na descriminalização da conduta, como se aventou logo que houve a publicação da alteração legislativa.

Muito ao contrário: conduta que anteriormente era apenas ilícito penal, passou a ser também tipificada como ilícito eleitoral grave no âmbito cível eleitoral, ensejando na hipótese de condenação, a cassação do registro do candidato ou diploma, caso o candidato tenha sido eleito e diplomado, sendo-lhe invalidada a eleição, se comprovada a prática da captação ilícita de sufrágio, determinando-se a realização de novo pleito eleitoral.<sup>333</sup>

Na verdade cuidam-se de duas demandas (uma de natureza cível eleitoral e outra de natureza criminal eleitoral), havendo a independência das instâncias (cível e penal).

A esse respeito, afirma a doutrina:

---

<sup>333</sup> O Código Eleitoral previa a possibilidade de ser empossado o segundo colocado no prélio eleitoral caso tivesse obtido votação que, somada com a dos demais candidatos ou coligações concorrentes, viesse a ultrapassar 50% + 1 (cinquenta por cento mais um) dos votos válidos. Entrementes, com o advento da Lei nº. 13.165, de 29 de setembro de 2015, promoveu-se alteração no Código Eleitoral, inserindo-se o § 3º em referido diploma legal, com a seguinte redação: “A decisão da Justiça Eleitoral que importe o indeferimento do registro, a cassação do diploma ou a perda do mandato de candidato eleito em pleito majoritário acarreta, após o trânsito em julgado, a realização de novas eleições, independentemente do número de votos anulados”. Portanto, agora, após o trânsito da decisão que cassou o registro ou diploma de candidato eleito em situação de captação ilícita de sufrágio (art. 41-A da Lei nº. 9.504/97), a consequência será a realização de novas eleições.

No que se refere às sanções eleitorais previstas no art. 41-A da Lei n. 9.504/97, o próprio dispositivo especifica as condutas puníveis, tais como a multa pecuniária e perda do registro ou do diploma, como intuito de dominar e reprimir os candidatos infratores.

O candidato que na campanha eleitoral praticar a conduta típica prevista no art. 41-A da Lei das Eleições terá cassado seu registro ou mesmo o diploma, caso a conduta tenha sido apurada posteriormente à diplomação, perdendo, assim, tal condição.

O legislador eleitoral pretendeu com a mencionada sanção retirar a condição de candidato do infrator da conduta vedada no pleito que ocorrerá. Medida esta que antes não se fazia possível, pois o candidato estaria incorrendo no crime de abuso de poder econômico, constante no art. 299 do Código Eleitoral, com natureza eminentemente penal, o que permitiria àquele ainda concorrer ao pleito, já que diferentemente do art. 41-A (efeito imediato), os seus efeitos dependem do trânsito em julgado da sentença condenatória.<sup>334</sup>

Portanto, conclui-se pela existência de vinculação umbilical e evidente associação entre o crime contido no art. 299 do Código Eleitoral e a conduta definida como captação ilícita de sufrágio estampada no art. 41-A da Lei n.º. 9.504/97.

O combate à compra de votos como ato apto a fazer com que a cidadania viceje em sua plenitude, implicará no ajuizamento de ação cível eleitoral, com as consequências da aplicação de multa e da cassação do registro ou do diploma do candidato eleito, além da deflagração de investigação policial e futura ação penal eleitoral para apurar a prática do crime do art. 299 do Código Eleitoral.

Enquanto a sanção cível eleitoral é aplicada apenas em desfavor do candidato que pratica a compra de votos, diretamente ou por intermédio de terceiro,<sup>335</sup> a corrupção eleitoral pune a um só tempo o candidato inescrupuloso que busca vencer a eleição comprando votos e o eleitor que vende o seu voto,<sup>336</sup> estando contido em um único tipo penal (art. 299, Código Eleitoral), as modalidades de corrupção eleitoral ativa e corrupção eleitoral passiva.

Embora inúmeras ações já tenham sido deflagradas no âmbito da Justiça Eleitoral para apurar a captação ilícita de sufrágio contida no art. 41-A da Lei n.º. 9.504/97, muito ainda deve ser feito para inibir referidas condutas que, lamentavelmente se repetem a cada pleito eleitoral,

---

<sup>334</sup> VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. **Elementos de Direito Eleitoral**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 365-366.

<sup>335</sup> “Não é imperioso que a ação ilícita seja levada a efeito pelo candidato, ele mesmo. Poderá ser realizada por interposta pessoa, já que se entende como ‘desnecessário que o ato de compra de votos tenha sido praticado diretamente pelo candidato, mostrando-se suficiente que, evidenciado o benefício, haja participado de qualquer forma ou com ele consentido”. GOMES, José Jairo. *Ob. cit.*, p. 494.

<sup>336</sup> “Embora esta conduta seja tipificada como crime de corrupção eleitoral passiva no artigo 299 do Código, não é prevista no artigo 41-A da LE. O que denota ilicitude na captação do voto é a iniciativa do candidato, não a do eleitor, porquanto é a liberdade deste que se visa resguardar”. GOMES, José Jairo. *Idem, ibidem*.

mutando ou sofisticando a forma, sempre com o mesmo intuito, qual seja: mercadejar o voto e desequilibrar o processo político-eleitoral.

### **3.4.2. Corrupção eleitoral e corrupção comum. Semelhanças e diferenças**

O legislador brasileiro adotou a separação da tipificação das condutas definidas como corrupção ativa e corrupção passiva (arts. 333 e 317, Código Penal), afastando a bilateralidade do delito, ou seja, não se apresenta como imprescindível a punição do corruptor para que exista a punição do corrupto e vice-versa.

Diferentemente do contido no Código Penal, a previsão da corrupção eleitoral estampada no art. 299 do Código Eleitoral tipifica em um único dispositivo as duas condutas (corrupção eleitoral ativa, praticada pelo candidato ou por interposta pessoa com a sua conivência ou anuência e a corrupção eleitoral passiva, praticada pelo eleitor que vende o voto).

Entretanto, também se apresenta como perfeitamente possível a configuração da corrupção eleitoral ativa, sem que tenha ocorrido a corrupção eleitoral passiva, ressalvando o legislador que está materializado o crime de corrupção eleitoral “ainda que a oferta não seja aceita”.

Uma questão, entretanto, merece especial atenção e consiste no cerne do presente trabalho: as penas fixadas para as condutas definidas como corrupção (ativa ou passiva) figurando como vítima a administração pública (em suas três esferas de governo – federal, estadual ou municipal), englobando a proteção tanto da administração direta como indireta, está fixada, desde o advento da Lei nº. 10.763, de 12 de novembro de 2003, em um patamar de 02 (dois) a 12 (doze) anos de reclusão e multa, enquanto a corrupção eleitoral (tanto a ativa como a passiva), de acordo com o art. 299 do Código Eleitoral, possui uma pena de até 04 anos de reclusão e multa.

Ao fixar a pena para o crime de corrupção eleitoral, resta evidenciado que “o limite de pena parece desproporcional, por não oferecer adequada proteção a bem jurídico tão precioso como a regularidade da colheita da vontade popular nos pleitos”.<sup>337</sup>

---

<sup>337</sup> GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Ob. cit.*, p. 44.

Registre-se, de logo, a estranheza no tratamento leniente dado pelo legislador para a corrupção eleitoral, deixando-se de proteger bem jurídico relevante.

Ao afirmar que o legislador utilizou-se do Código Penal como paradigma para tipificar o tipo penal contido no art. 299 do Código Eleitoral, leciona a doutrina:

O legislador do Código Eleitoral certamente inspirou-se nesses preceitos do Código Penal ao erigir o tipo inscrito no vertente art. 299, comumente designado corrupção eleitoral. *Mutatis mutandis*, no lugar do funcionário público, entrou o eleitor, em torno do qual gira o marco legal protetivo.

Note-se, porém, que a descrição contida no art. 299 reúne as duas modalidades de corrupção: a ativa e a passiva.

O objeto jurídico é a liberdade do eleitor de escolher livremente, de acordo com sua consciência e seus próprios critérios e interesses, o destinatário de seu voto. Tanto a dação, a oferta ou a promessa, quanto a solicitação e o recebimento de vantagem podem criar vínculo psicológico no eleitor, gerando obrigação moral que o force a apoiar determinada candidatura em razão da vantagem auferida ou apenas acenada.<sup>338</sup>

Tem-se como condutas idênticas (ontologicamente falando) a corrupção comum e a eleitoral, ou seja, tanto a corrupção comum (ativa e passiva) como a corrupção eleitoral (ativa e passiva) implicam em ofensa às regras de moralidade, à ética e à regularidade na atuação ou de um agente público ou do processo eleitoral.

Entretantes, optou o legislador em punir muito menos severamente a corrupção eleitoral, sendo que referida conduta afeta a própria regularidade do processo eleitoral e a democracia, não se concebendo o porquê do tratamento diferenciado.

Portanto, acredita-se ser fundamental investigar quais os motivos que levaram à individualização legislativa da pena<sup>339</sup> para o crime de corrupção eleitoral de forma tão diferente da corrupção comum prevista no Código Penal e positivada nos arts. 317 e 333 do Código Penal.

Apenas para exemplificar: se o cidadão é flagrado oferecendo ou entregando uma cédula de R\$ 100,00 (cem reais) a um guarda de trânsito para não ser autuado, ambos responderão por corrupção, o particular por corrupção ativa (art. 333, parágrafo único, Código Penal) e o agente de trânsito por corrupção passiva (art. 317, §1º, Código Penal), não admitindo a doutrina e a

<sup>338</sup> GOMES, José Jairo. **Crimes e processo penal eleitorais**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 53.

<sup>339</sup> “O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo”. NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 31.

jurisprudência pátria<sup>340</sup> a incidência do princípio da insignificância ou crime de bagatela, considerando que em referidos delitos o agente visa subverter a moralidade administrativa, fato que não pode ser considerando insignificante,<sup>341</sup> notadamente diante do bem jurídico tutelado, sendo vedada, ainda, a suspensão condicional do processo prevista no art. 89 da Lei nº. 9.099/95, estando adstritos a uma pena que vai de 02 (dois) a 12 (doze) anos de reclusão e multa.

Por outro vértice, se ao invés de uma corrupção contra a administração pública, tem-se a prática de corrupção eleitoral por um candidato a cargo eletivo (de vereador a Presidente da República) ou seu “cabo eleitoral”, que, flagrados portando R\$ 100.000,00 (cem mil reais) e utilizando referidos valores na distribuição entre os eleitores na véspera da eleição, comprando-lhes o apoio político e o voto, não sendo referidos recursos declarados em sua prestação de contas eleitoral,<sup>342</sup> tem-se a prática do crime tipificado no art. 299 do Código Eleitoral, sendo o mesmo reprimindo com pena de reclusão de 01 (um) a 04 (quatro) anos e multa.

Registre-se que referido crime admite a suspensão condicional do processo (art. 89, Lei nº. 9.099/95) e, caso não aceita ou não seja possível a oferta de *sursis* processual, ter-se-á uma instrução penal que, mesmo resultando em condenação, deverá o juiz fixar a pena, após a regular dosimetria, em um máximo de até 04 (quatro) anos, o que implica, necessariamente, em estabelecer o regime prisional aberto (art. 33, § 2º, “c”, Código Penal), promovendo a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito (art. 44, I, Código Penal).

Ademais, mesmo existindo flagrante com a apreensão de recursos em poder de candidatos ou cabos eleitorais, a punição pelo crime etiquetado no art. 299 do Código Eleitoral somente será possível se comprovado o dolo específico, diferentemente da corrupção comum (arts. 317 e 333, Código Penal), que se consuma com o oferecimento ou entrega ou com a solicitação ou pedido de vantagem indevida.

---

<sup>340</sup> Acerca da matéria, relevante registrar que, em 20.11.2017, o STJ editou a Súmula 599, com a seguinte redação: “O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública”.

<sup>341</sup> “Somente para argumentar, imagine-se o policial que, para não multar o motorista infrator, consente em receber a quantia de R\$ 10,00. Poder-se-ia dizer que é simples bagatela? Em nosso entendimento, não. De R\$ 10,00 em R\$ 10,00 o policial se acostuma a ser corrupto. Sua função pública é multar o infrator, e não negociar o ato de ofício. Se ele se vende barato, isso não é problema do Direito Penal, que deve incidir em qualquer nível de corrupção”. NUCCI, Guilherme de Souza. **Corrupção e anticorrupção**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 58-59.

<sup>342</sup> Em situação também atípica, diante da ausência de punição para a conduta gravíssima definida como caixa dois eleitoral.

Nesse sentido tem se posicionado o TSE:

1. Segundo a jurisprudência desta Corte, para a configuração do crime descrito no art. 299 do CE, é necessário o dolo específico que exige o tipo penal, isto é, a finalidade de “*obter ou dar voto*” e “*conseguir ou prometer abstenção*” (RHC nº. 142354, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 5.12.2013).
2. Na espécie, o recebimento de vantagem – materializada na distribuição de vale combustível –, foi condicionado à fixação de adesivo de campanha em veículo e não à obtenção do voto. Desse modo, o reconhecimento da improcedência da ação penal é medida que se impõe”. (TSE – AgRg. Resp. 291 – Rel. Luciana Christina Guimarães Lóssio – j. 03.02.2015, DJE 04.03.2015).<sup>343</sup>

Além disso, a jurisprudência da Corte Eleitoral é no sentido de que se não houver na acusação/denúncia a identificação dos eleitores beneficiados, aliciados e corrompidos, deve-se rejeitar a petição inicial da acusação, por inépcia, restando comprometido o exercício do direito de defesa (TSE – RHC nº. 13316/SC, DJe 18.02.14).

Portanto, além de ser punida com uma pena insuficiente para coibir conduta tão grave (havendo violação ao princípio constitucional da proporcionalidade na modalidade proibição a proteção jurídica deficiente), tem-se uma série de dificuldades em se promover ou deflagrar a ação penal para buscar a punição pela prática de corrupção eleitoral.

Em suma: pune-se severamente a “*cervejinha do guarda*” e com absoluta leniência a corrupção eleitoral, a compra de votos, mesmo restando comprovada a violação de bens jurídicos extremamente relevantes (democracia, cidadania e sufrágio universal).

Existe uma flagrante desproporcionalidade que implica em deixar descoberto relevante bem jurídico, estando sobredita situação em descompasso com o querer da Constituição Federal, reclamando por imediata alteração desse déficit normativo, havendo a imperiosa necessidade de serem apresentados pelo parlamento projeto de lei que busque punir de forma adequada o crime de corrupção eleitoral, evitando-se situação injusta, deletéria e desproporcional.

### **3.4.3. Desvalor da conduta do crime de corrupção eleitoral**

---

<sup>343</sup> Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - Jurisprudência. Ano 23, nº. 270, maio/2015.

A prática da corrupção eleitoral implica em conduta com elevada carga valorativa e, também, cultural, atacando as regras inerentes ao estado democrático de direito e a própria democracia, permitindo que as normas do processo eleitoral sejam burladas, fraudando-se o resultado do pleito eleitoral e o valor do voto como expressão máxima da cidadania.

Quando da conceituação de bem jurídico, inclusive ao se demonstrar o que protege a norma penal, buscou-se expor de maneira didática e até repetitiva, que referida conduta (corrupção eleitoral) consiste em grave ofensa à democracia, sendo, contudo, valorada de forma inadequada ou insuficiente, notadamente quando da fixação da pena cabível para reprimir ilícito grave, além da possibilidade de incidência do instituto despenalizador da suspensão condicional do processo (art. 89, Lei nº. 9.099/95), evitando o curso de ação penal, caso o acusado preencha as exigências legais para se beneficiar de referida medida processual.

Esse tratamento destinado à corrupção eleitoral acaba conspurcando e ofendendo frontalmente o princípio constitucional da proporcionalidade em sua vertente proteção jurídica insuficiente, deixando praticamente desguarnecido relevantíssimo bem jurídico.

Não se pode olvidar que bens jurídicos estão calcados em valores, servindo a norma penal para materializá-los, por intermédio da tipificação penal, afirmando, nesse sentido a doutrina:

O motivo pelo qual o bem jurídico se distancia na sua essência conceitual dos positivistas reside no fato do valor não estar associado à atividade do legislador, tampouco estar vinculado ao positivismo sociológico, mas sim à esfera cultural, que dá o cabedal para que se atribuam signos positivos ou negativos aos objetos. Enquanto valor cultural, pode-se extrair daquele conceito um plexo de consequências para a interpretação da norma penal, visto que o direito não pode ser cego aos valores, mas sim um objeto de conhecimento valioso. O ato gnosiológico do direito dependerá intrinsecamente dos valores, o que faz com que o bem jurídico resida no centro teleológico da norma penal, a partir daqui.<sup>344</sup>

A intensidade da lesão<sup>345</sup> também deve ser levada em consideração pelo legislador e pelo aplicador do direito, sendo que no caso da corrupção eleitoral, consoante afirmado alhures,

<sup>344</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal:** dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 139.

<sup>345</sup> “Bens jurídicos não se constituem apenas no plano teórico, mas sim na prática social de valores, mais precisamente, de acordo com os seguintes fatores: a frequência de uma lesão a interesses, o grau de necessidade no que diz respeito ao bem lesionado e a intensidade de ameaça da lesão, percebida socialmente”. HASSEMER, Winfried. *Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico*. GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Orgs.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 20.

cuida-se de cruel ofensa a destacado e relevante bem jurídico, diretamente vinculado ao funcionamento da democracia e a regular investidura dos cargos eletivos, devendo-se respeitar a vontade soberana do eleitor.

Portanto, tem-se conduta extremamente grave em seu desvalor, merecendo ser reprovada de maneira proporcional, protegendo-se adequadamente o bem jurídico vulnerado.

Ademais, importante destacar a elevada reprovabilidade social<sup>346</sup> e cultural com relação à prática da corrupção eleitoral, além de configurar grave violação a direito humano fundamental, constando a sua adequada punição como um mandado expresso contido na Convenção de Mérida, havendo a obrigação estatal de legislar sobre o assunto, suprimindo as lacunas de punibilidade e dando ao tema a importância que ele merece.

Enquanto em alguns casos “as normas sociais não só dão uma imagem deformada do direito penal, mas também desenvolvem estratégias de neutralização ou de modificação das exigências contidas na norma penal”,<sup>347</sup> em outros, tem-se a norma penal como incapaz de valorar adequadamente a reprovabilidade de determinada conduta, contando referidas práticas com ampla censura da coletividade, não encontrando proporcional ponderação e punição.

É o que acontece com a corrupção eleitoral, cuja tipificação deu-se no longínquo ano de 1965 com a vigência do Código Eleitoral (Lei nº. 4.737/65), em pleno auge de um regime militar e totalitário, destacado pela supressão democrática, por banir o pluripartidarismo, suprimir eleições diretas para diversos cargos, a começar pelo de Presidente da República, por governar com o Congresso Nacional suspenso, cassar mandatos parlamentares, indicar senadores biônicos, dentre outras alterações perversas nas regras democráticas.

---

<sup>346</sup> “Está claro, pois, que a função motivadora da norma penal só pode ser eficaz se precedida ou acompanhada da função motivadora de outras instâncias de controle social. Um direito penal sem esta base social prévia seria tão ineficaz como insuportável, e ficaria vazio de conteúdo ou constituiria a típica expressão de um direito penal puramente repressivo que só teria eficácia como instrumento de terror. Também a função motivadora emanada de outras instâncias de controle social seria ineficaz se não fora confirmada e assegurada, em última instância, pela função motivadora da norma penal. Os modelos de sociedade atualmente existentes não tem podido renunciar, todavia, a esta instância formal de controle social que é o direito penal. É presumível que a renúncia ao direito penal nas atuais circunstâncias não suponha nenhum avanço na ordem da concepção de uma maior liberdade, mas ao contrário: as tarefas reservadas tradicionalmente ao direito penal seriam assumidas por outras instâncias de controle social mais difíceis de controlar e limitar do que as penas propriamente ditas, conseguindo, com isso, não eliminar o direito penal, mas algo pior que o direito penal, ou que se mudem as palavras, mas não a realidade”. CONDE, Francisco Muñoz. **Direito penal e controle social**. Tradução: Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 26-27.

<sup>347</sup> CONDE, Francisco Muñoz. *Ob. cit.*, p. 25.

Foi nesse contexto histórico que se tipificou o crime de corrupção eleitoral, havendo um paradoxo, pois se criminalizou a “compra de votos” praticamente ao mesmo tempo em que se suprimiu ou restringiu as eleições.

Evidente que nesse período havia uma percepção diversa da importância da democracia e de seu alcance, completamente diferente dos dias atuais, quando se busca uma democracia plena, implemento às garantias elencadas na Carta Constitucional de 1988, prestes a completar 30 (trinta) anos de vigência, não havendo qualquer interrupção no funcionamento democrático, apesar das severas crises vivenciadas nessas três décadas de democracia plena.

Com efeito, após a vigência da Constituição Federal de 1988, com alternância do poder, sendo realizadas eleições diretas para todos os cargos do executivo e do legislativo, um amplo pluripartidarismo, assegurando-se a liberdade de expressão e vedando-se a censura, permitindo um vasto debate nacional, enfim, com a redemocratização do país, o art. 299 do Código Eleitoral tornou-se obsoleto, defasado, desprovido de adequada proporcionalidade para atender a uma demanda crescente, para proteger relevante bem jurídico e para demonstrar as sérias consequências de atos que possam ser configurados como corrupção eleitoral.

É nesse contexto que se insere a alegação de que existe um grande desvalor da conduta (ação) e do resultado, quando se aborda a prática da corrupção eleitoral, sendo desproporcional e até irrisória a pena para gravíssima conduta penal.

Atuam conjuntamente (o desvalor da conduta e do resultado), sendo que “na ofensa ao bem jurídico reside o desvalor do resultado, enquanto na forma ou modalidade de concretizar a ofensa, situa-se o desvalor da ação”.<sup>348</sup>

Versando sobre o conceito de desvalor da ação e do resultado, novamente afirma a doutrina:

O ordenamento jurídico valora os dois aspectos: de um lado, o desvalor da ação, digamos, com uma função seletiva, destacando determinadas condutas como intoleráveis para o Direito Penal e, de outro lado, o desvalor do resultado que torne relevante para o Direito Penal aquelas ações que produzem lesões aos bens jurídicos tutelados. Em realidade, o injusto penal somente estará plenamente constituído quanto ao desvalor da ação acrescentar-se o desvalor do resultado. Ao se analisar o desvalor da ação deve-se igualmente considerar os componentes pessoais que integram o injusto da ação, que, aliás, podem alterar substancialmente o desvalor do resultado.<sup>349</sup>

---

<sup>348</sup> BITTENCOURT, César Roberto. **Teoria Geral do Delito: uma visão panorâmica da dogmática penal brasileira**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 233.

<sup>349</sup> BITTENCOURT, César Roberto. *Ob. cit.*, p. 235-236.

É evidente que o desvalor da ação e do resultado possuem, nos dias que correm, um papel fundamental na discussão da antijuridicidade e da tipificação do ilícito penal.

Impossível não enfrentar referidas questões ao se discutir com seriedade a necessidade de se criminalizar uma conduta ou de se punir mais severamente um ilícito que, embora já tipificado, não apresenta uma resposta satisfatória em razão da magnitude do bem jurídico tutelado.

É exatamente o que ocorre na hipótese da corrupção eleitoral (ativa e passiva), resultando indiscutível a necessidade de ser revogado o art. 299 do Código Eleitoral, devendo-se alterar referida tipificação, para definir em tipos penais separados a conduta do candidato e de seus apoiadores (corrupção ativa) que compram votos e, em outro dispositivo, a conduta do eleitor que vende ou negocia seu voto ou abstenção, sendo fixadas penas proporcionais à gravidade da lesão, considerando que referida postura atenta contra o próprio conceito de democracia.

Além de existir norma de direito internacional (Convenção de Mérida) recomendando a punição do caixa dois e da corrupção eleitoral, tem-se na hipótese de adequada punição da corrupção eleitoral a necessidade de se atender a um mandado implícito de criminalização, respeitando-se o princípio constitucional da proporcionalidade em sua dupla face, sendo vedada a proteção deficiente de bem jurídico com dignidade constitucional (consoante será mais bem esmiuçado adiante).

Servindo de arremate, tem-se séria conduta, importando em desvalor da ação que merece adequado reproche, havendo intensa lesão a bem jurídico, sendo este, também, um relevante fundamento para a alteração legislativa no enquadramento da corrupção eleitoral, posto que “o legislador, na hora de configurar os tipos delitivos pode destacar ou fazer recair acento em um ou outro desvalor”.<sup>350</sup>

Referida valoração deve ter como norte a proteção de bens jurídicos, notadamente os que possuem dignidade constitucional, como a democracia e a realização de eleições livres.

Nesse sentido tem-se adequada e escoreita justificativa para que se promova nova tipificação da corrupção eleitoral, devendo ser formulado um novo juízo valorativo<sup>351</sup> acerca

---

<sup>350</sup> BITTENCOURT, César Roberto. *Ob. cit.*, p. 237-238.

<sup>351</sup> “As valorações estão no âmago dos institutos penais. Isto se dá porque as formulações de muitos dos elementos da dogmática são construídos a partir de juízos valorativos”. BRANDÃO, Cláudio. *Ob. cit.*, p. 142.

de referida conduta que se apresenta como extremamente pernicioso para a democracia, observando-se nos novéis tipos penais a necessária proporcionalidade entre a gravidade da conduta praticada e as reprimendas penais impostas.

#### IV. DOS MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO OU PUNIBILIDADE E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROPORCIONALIDADE

Vive-se na era da constitucionalização dos direitos humanos fundamentais,<sup>352</sup> sendo inseridos no bojo da Carta Política dos Estados democráticos, diversos direitos e garantias que merecem ser protegidos e tutelados pelo Estado; deve sua regulamentação consistir em uma preocupação constante do legislador infraconstitucional e sua aplicação e eficácia virem a ser desenvolvidas pelos demais Poderes da República.

Embora nem sempre referida constitucionalização venha acompanhada de efetividade, podendo em alguns casos ser definida como simbólica,<sup>353</sup> tem-se como absolutamente relevante estabelecer no texto da Magna Carta diversos direitos fundamentais que evocam especial atenção, guarida e cuidado por parte do legislador, devendo ser objeto de proteção por parte do Estado.

Nesse contexto a Constituição Federal de 1988 buscou alçar, dentro do paradoxo inerente ao constitucionalismo hodierno,<sup>354</sup> algumas situações de ofensas a direitos fundamentais que merecem especial atenção do legislador ordinário na tarefa de regulamentar o texto da Carta Fundamental.

Cuidam-se dos mandados de criminalização ou de punibilidade, estabelecendo um comando expreso para o legislador ordinário no enfrentamento de determinada criminalidade,

---

<sup>352</sup> “O conceito de Constituição assume, então, um significado bem delimitado. Refere-se à Constituição em sentido moderno. Disso não resulta, porém, necessariamente, uma fundamentação axiológica nos termos do constitucionalismo. Ou seja, embora na acepção estritamente moderna a Constituição possa ser apresentada como ‘uma limitação jurídica ao governo’, a ‘antítese do regime arbitrário’ (constitucionalismo), daí não decorre forçosamente que seja concebida como uma ‘declaração’ de valores político-jurídicos pré-existentes, inerentes à pessoa humana, ou como produto da evolução da consciência moral no sentido de uma moral pós-convencional ou universal. É possível também uma leitura no sentido de que a Constituição na acepção moderna é fator e produto da diferenciação funcional entre sistemas político e jurídico. Nessa perspectiva, a constitucionalização apresenta-se como o processo através do qual se realiza essa diferenciação”. NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 61.

<sup>353</sup> “A constituição simbólica está, portanto, estreitamente associada à presença excessiva de disposições pseudoprogramáticas no texto constitucional. Dela não resulta normatividade programático-finalística, antes constitui um alibi para os agentes políticos. Os dispositivos pseudoprogramáticos só constituem ‘letra morta’ num sentido exclusivamente normativo-jurídico, sendo relevantes na dimensão político-ideológica do discurso constitucionalista-social”. NEVES, Marcelo. *Ob. cit.*, p. 104.

<sup>354</sup> “A Constituição nasce como um paradoxo, porque, do mesmo modo que surge como exigência para conter o poder absoluto do rei, transforma-se em um indispensável mecanismo de contenção do poder das maiorias”. STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 84.

procurando evitar uma proteção jurídica insuficiente para graves violações aos direitos fundamentais.

No presente capítulo, além de apontar a força normativa da Carta Constitucional, merecendo destaque o papel da Constituição Federal na busca da efetividade do direito, promover-se-á a conceituação dos mandados de criminalização ou punibilidade, passando a elencar os principais mandados de criminalização expressos ou explícitos e os mandados de criminalização implícitos, sendo que, nestes últimos, insere-se a proteção deficiente do direito ao voto e as eleições livres, notadamente diante da ausência de adequada punição para a prática da corrupção eleitoral, não sendo respeitado mandado implícito da punibilidade.

Demonstrar-se-á, ainda, que referida discussão está ocorrendo em todo o mundo, existindo normas do direito internacional que estabelecem mandados de criminalização internacional (explícitos e implícitos), obrigando diversos países signatários de tratados internacionais, dentre os quais o Brasil, a coibirem determinadas práticas delitogênicas e estabelecendo veto ao retrocesso no tratamento de alguns temários, notadamente com relação à proteção dos direitos fundamentais.

Será objeto de análise, ainda, a conceituação e demonstração da relevância dos princípios, promovendo-se a vetusta e paradoxalmente atual distinção entre princípio e regra, passando-se a abordar especificamente o princípio constitucional implícito da proporcionalidade, tracejando sua evolução histórica e promovendo a necessária distinção entre proporcionalidade e razoabilidade, além de ser enfrentada a análise da dupla face da proporcionalidade, consistindo na proibição do excesso e na vedação à proteção jurídica deficiente.

Finaliza-se apontando a relevância da observância da proporcionalidade e o desrespeito à Constituição Federal, com sugestão de alteração normativa na tipificação, enquadramento e punição para o crime de corrupção eleitoral (art. 299, Código Eleitoral), notadamente diante da absoluta e flagrante desproporcionalidade na fixação de seu preceito secundário, sendo indevidamente protegido e tutelado relevante bem jurídico penal-eleitoral, especialmente em

razão da vulneração de preceitos constitucionais que se referem ao voto secreto, igual e periódico, às eleições livres e aos critérios de adequada investidura nos cargos políticos.<sup>355</sup>

#### **4.1. Conceito dos mandados de criminalização e a força normativa da Constituição Federal**

A norma penal carece de fundamentação constitucional, devendo-se extrair do texto constitucional e de seus princípios fundamentais a necessidade de tipificação de referida conduta e o adequado tratamento a ser dispensado aos autores das figuras delitôgenas.

É nesse contexto que se insere a assertiva de que existe uma verdadeira força normativa da Constituição Federal em matéria penal, havendo a necessidade de que “o conteúdo das normas penais direcionarem-se no sentido da proteção dos bens e valores constitucionalmente estabelecidos, sendo inegável que representam eles o que de mais relevante há para a sociedade brasileira”.<sup>356</sup>

Portanto, apenas se apresenta como legítimo o direito penal que venha a proteger e tutelar bens jurídicos considerados caros ao Estado Democrático de Direito, somente devendo o Estado lançar “seus tentáculos para atingir a criminalidade de efetiva lesividade social”,<sup>357</sup> estando inserido nessa definição o crime de corrupção eleitoral, consoante será mais bem detalhado adiante.

Dentre desse espectro de relevância, passa a Constituição Federal a atuar “tanto como limite (em sentido estrito) quanto fundamento normativo da penalização”.<sup>358</sup>

Deve-se observar as vinculações principiológicas e normativas estabelecidas pela Constituição Federal como conformadoras da legitimação para penalizar ou despenalizar determinada conduta, sempre considerando a relevância do bem jurídico a ser protegido e

---

<sup>355</sup> “As disposições constitucionais referentes ao sufrágio universal, igual e secreto têm por objetivo assegurar a independência do eleitor em relação a seus outros papéis sociais e, dessa maneira, imunizar o procedimento eleitoral contra diferenças de status e opinião”. NEVES, Marcelo. *Ob. cit.*, p. 72-73.

<sup>356</sup> SBARDELOTTO, Fábio Roque. **Direito penal no estado democrático de direito: perspectivas (re)legitimadoras**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 81.

<sup>357</sup> SBARDELOTTO, Fábio Roque. *Ob. cit.*, p. 87.

<sup>358</sup> FELDENS, Luciano. **A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 38.

tutelado, desempenhando a Carta Política uma função orientadora “no processo de escolha das objetividades jurídicas tuteladas pelo legislador penal”.<sup>359</sup>

Essas normas estampadas no texto constitucional passam duas mensagens claras: a primeira, de que a Constituição Federal está atuando como fundamento normativo do Direito Penal, e a segunda, de que, além de legitimar a atuação do legislador penal, referida postura indica, em determinados casos, que a Constituição Federal passou a exigir a intervenção do legislador ordinário, devendo ser editadas normas regulamentadoras, observando-se os limites e escopo imposto no texto constitucional, podendo ser definidos referidos preceitos como mandados de punibilidade ou de criminalização.

Ocorrendo essa hipótese, de mandados constitucionais de tutela penal, em razão da relevância do bem jurídico a ser protegido, passa a atuar a Constituição Federal como “fundamento normativo do Direito Penal, transmitindo um sinal verde ao legislador, o qual, diante da normatividade da disposição constitucional que o veicula, não poderá recusar-lhe passagem”.<sup>360</sup>

Passa a existir uma obrigatoriedade para o legislador penal ordinário, devendo erigir determinadas condutas à condição de ilícito penal, fixando a reprimenda ou estabelecendo punição na medida constitucionalmente imposta.

Nesse caso não existe ampla liberdade para o legislador penal ordinário,<sup>361</sup> havendo uma limitação à soberania do Parlamento para decidir como entenda adequado (como na maioria dos demais projetos de lei submetidos ao Poder Legislativo).

De fato, em se tratando de regras estabelecidas na Constituição Federal, como mandados de punibilidade ou criminalização, existe uma vinculação do legislador ordinário, devendo adstringir-se aos critérios impostos no texto constitucional. Entrementes, mesmo havendo

---

<sup>359</sup> FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal:** a constituição penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 68.

<sup>360</sup> FELDENS, Luciano. *Ob. cit.*, p. 73.

<sup>361</sup> “Inequivocamente, dos mandados constitucionais de penalização resultam limitações à liberdade de configuração do legislador. Todavia, em que pese limitada essa liberdade do legislador penal, sua atuação persiste sendo irrenunciável. Isso resta inequívoco a partir da óbvia constatação, decorrente da assunção constitucional do princípio da legalidade como fonte exclusiva do Direito Penal incriminador, de que as normas constitucionais que impõem a criminalização de determinadas condutas não são dotadas de uma espécie de ‘eficácia criminalizadora *per se*’”. FELDENS, Luciano. **A constituição penal:** a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 38.

referida demarcação da fronteira de atuação parlamentar, importante consignar que esta tarefa é exclusiva do legislador penal.

Eis conclusão relevante: os mandados de criminalização a um só tempo impõe a atuação do legislador penal (que está obrigado a legislar sobre determinada matéria) e estabelece limites para referida atuação (vedando ao legislador ordinário em matéria penal que venha a deixar a descoberto bem jurídico cuja proteção decorre de uma exigência constitucional).

Registre-se que, além das fronteiras impostas pelos princípios constitucionais inerentes ao devido processo legislativo, quando se tratar de uma norma que materializa um mandato de criminalização, deve o projeto de lei ser debatido, e uma vez aprovado, editada a lei, contemplando as exigências dentro dos contornos fixados pela própria Carta Política.

Pode-se afirmar que é exatamente na definição dos mandados de penalização que resulta mais evidente a força normativa da Constituição Federal em matéria penal.

Ademais, merece destaque o fato de que a previsão na Constituição Federal de princípios penais e processuais penais, reforça a ideia de uma conformação de validade da norma penal com o ambiente e o texto constitucional.

Nesse sentido, afirma a doutrina:

Contendo, a Constituição, princípios fundamentais também de Direito e Processo Penal, a sua articulação, no que concerne a tais princípios e a outros mais genéricos, reflete-se, necessariamente, sobre a lei penal: enquanto esta, por sua natureza, limita a esfera de liberdade do cidadão, aquela representa seu parâmetro de validade.<sup>362</sup>

Portanto, deve-se buscar a legitimação e validade substancial de uma norma penal nos valores e princípios constitucionais, servindo referida conclusão tanto para a imposição de limites ao poder de legiferar em matéria penal, como para fixar obrigações no exercício do poder de editar normas protetivas de determinados bens jurídicos por parte do Parlamento.

O direito penal deve se voltar para a difícil missão de traduzir as aspirações da sociedade, estando as mesmas elencadas no texto constitucional, não sendo possível afastar-se

---

<sup>362</sup> CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação constitucional do direito penal**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1992, p. 37.

de referidos parâmetros,<sup>363</sup> notadamente para criminalizar condutas cuja imposição decorre da Constituição Federal.

Feita essa digressão conceitual, apresenta-se como possível definir os mandados de criminalização como sendo uma obrigação de caráter positivo dirigida ao legislador para que venha a debater e aprovar normas incriminadoras ou punitivas, protegendo bens jurídicos expressos no texto constitucional em razão da sua relevância ou dignidade.

Conforme afirmado anteriormente, os mandados de criminalização reduzem a margem de discussão do Parlamento, e a imposição constitucional já traça e delimita alguns contornos que obrigatoriamente devem ser seguidos, sob pena de malferimento ao texto constitucional, podendo ser editadas normas inconstitucionais, colidentes, portanto, com determinação expressa da Constituição Federal.

A previsão dos mandados de criminalização figurando como normas “paramétricas na aferição da inconstitucionalidade da lei editada em desconformidade ao seu conteúdo”, produz um grande efeito, consistindo em “transferir ao Poder Judiciário – ou ao Tribunal Constitucional – a possibilidade de sindicarem, em casos extremos, o juízo de des(necessidade) de tutela penal”.<sup>364</sup>

A possibilidade de atuação do Judiciário, por seus juízos inferiores ou até mesmo por intermédio da Suprema Corte, julgando, sindicando ou avaliando a necessidade/desnecessidade de determinada norma penal, deve ser adotada *cum grano salis*, evitando-se a usurpação pelo poder judiciário de atribuições específicas do parlamento; eis que a edição e discussão de normas integram a esfera de atuação do Congresso Nacional, único legitimado constitucionalmente para legislar em matéria penal (art. 22, I, Constituição Federal).

Esses mandados de criminalização ou punibilidade podem ser expressos ou explícitos, ou, ainda, podem decorrer de uma análise sistemática e principiológica do texto constitucional, apresentando-se como implícitos.

---

<sup>363</sup> “Ocorrendo uma indispensável vinculação entre a necessária reprimenda quando os valores constitucionais forem afrontados ou impedidos de implementação por condutas humanas. Nesta medida, apresentam-se perspectivas criminalizadoras, despenalizadoras e descriminalizadoras”. SBARDELOTTO, Fábio Roque. *Ob. cit.*, p. 200.

<sup>364</sup> FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 73.

## 4.2. Mandados constitucionais de criminalização explícitos

Encontram-se espalhados pelo texto da Constituição Federal de 1988 diversos dispositivos estabelecendo a necessidade de tutela penal, protegendo garantias e direitos humanos fundamentais, fixando, inclusive, a forma de proteção e os contornos a serem adotados pelo legislador penal.

Cuidam-se dos mandados de criminalização ou punibilidade expressos ou explícitos, havendo previsão de criminalização, por exemplo, do racismo como ilícito penal imprescritível e inafiançável ou ainda, a importância de se criminalizar a ação de grupos armados contra o Estado ou, por fim, de se combater com severidade, tornando-os inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia, a prática da tortura, tráfico de drogas ilícitas, terrorismo e os crimes definidos como hediondos.

Repise-se que o legislador constituinte impõe uma evidente restrição ao legislador ordinário, não havendo margem, por exemplo, para considerar a prática do racismo afiançável, ou, ainda, para a concessão de anistia para os condenados por tortura, por exemplo.

Nesse contexto, passar-se-á a demonstrar todos os mandados de criminalização expressos contidos na Constituição Federal de 1988:

- i. Crime de racismo (art. 5º, XLII, Constituição Federal). Estabelece a *Lex Fundamentalis* que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”. Cuida-se de relevante mandado de penalização, reforçando o princípio fundamental da República Federativa do Brasil que busca “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, IV, Constituição Federal), além de proibir qualquer tratamento diferenciado ou desnivelamento salarial ou funcional em razão da cor do empregado ou do funcionário (art. 7º, XXX, Constituição Federal), afirmando o legislador constituinte de maneira categórica que o racismo além de constituir crime, merece receber tratamento legislativo específico e diferenciado,<sup>365</sup> quando de sua apuração e

---

<sup>365</sup> “Vislumbra-se de forma cristalina que nossa Constituição condena de forma absoluta qualquer modalidade de preconceito ou discriminação negativa, chegando ao ponto de ter sido inserido em seu texto de maneira expressa que o racismo constitui crime (e não mera contravenção, como era no ano da promulgação da Carta Magna de

punição, notadamente em razão de cuidar-se de conduta imprescritível e insuscetível de fiança.

Considerando a vigência da atual Lei n.º 7.716/89, uma eventual alteração do texto normativo em nenhuma hipótese poderia, por exemplo, abrandar as formas de *persecutio criminis* para referido delito, permitindo a prescrição de sobredita conduta ou a fixação de fiança nas hipóteses de prisão em flagrante, configurando referidas atitudes, por exemplo, evidente violação ao texto constitucional, diante do menosprezo às balizas existentes, em razão do específico mandado de criminalização.

Além do mandado expresso de criminalização, especificamente com relação ao combate ao racismo, tem-se como compromisso do Estado brasileiro assumido em diversos diplomas internacionais de proteção aos direitos humanos, merecendo destaque a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), incorporado no direito interno por intermédio do Decreto n.º 678, de 06 de novembro de 1992, e a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial,<sup>366</sup> estando sobredita Convenção inserida no direito interno por conduto do Decreto n.º 65.810, de 08 de dezembro de 1969;

- ii. Crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e os crimes definidos como hediondos (art. 5º, XLIII, Constituição Federal). Diz o art. 5º, XLIII, da Carta Constitucional de 1988:

Art. 5º. *Omissis*.

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

---

1988). Trata-se, portanto, de norma constitucional de eficácia limitada, que necessitaria de lei ordinária para ter sua eficácia integrada, por sua própria definição, e que – por via de consequência – alavancou a edição da Lei n. 7.716, publicada poucos meses depois, em 5 de janeiro de 1989”. SANTOS, Christiano Jorge. **Crimes de preconceito e de discriminação: análise jurídico-penal da Lei N.7.716/89 e aspectos correlatos**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 54.

<sup>366</sup> É possível extrair da exposição de motivos de referida Convenção as seguintes justificativas para ser assinado relevante documento internacional de combate ao racismo e proteção de direito humano fundamental: “Convencidos que a existência de barreiras raciais repugna os ideais de qualquer sociedade humana” e “alarmados por manifestações de discriminação racial, ainda em evidência em algumas áreas do mundo e por políticas governamentais baseadas em superioridade racial ou ódio, como as políticas de *apartheid*, segregação ou separação” e, ainda, “desejosos de completar os princípios estabelecidos na Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação racial”, firmou-se referido documento.

O constituinte, além da obrigatoriedade em criminalizar referidas condutas (tortura, tráfico de drogas, terrorismo e crimes hediondos), estabelece um tratamento penal mais rigoroso, vedando-se a extinção da punibilidade pelo indulto individual (graça) e pela anistia, além de fixar uma maior severidade nas penas fixadas e na forma de execução.

Referido mandado explícito de punibilidade tutela a dignidade da pessoa humana, estando em consonância com o art. 5º, III, da *Lex Legum* que estabelece: “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”.

Especificamente sobre a tortura, impende registrar que o Brasil é signatário da Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, sendo referido diploma entronizado no direito interno pelo Decreto n.º 40, de 15 de fevereiro de 1991.

Da mesma forma, obriga-se o Estado brasileiro a combater o tráfico ilícito de entorpecentes, tendo firmado a Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, promulgada por intermédio do Decreto n.º 154, de 26 de junho de 1991.

Com relação ao terrorismo, existem várias convenções internacionais, merecendo destaque a Convenção da ONU para supressão do Financiamento do Terrorismo, devidamente regulamentada pelo Decreto n.º 5.640, de 26 de dezembro de 2005, e a Convenção Interamericana contra o Terrorismo, assinada em Barbados, convalidada e materializada no Decreto n.º 5.639, de 26 de dezembro de 2005.

Registre-se que, não obstante a relevância do combate ao terrorismo em todo mundo, especialmente em razão das inúmeras práticas terroristas realizadas por grupos extremistas e movimentos separatistas nas últimas décadas, abrangendo diversas regiões do planeta que estão em conflito ou até mesmo países que apenas combatem com maior veemência o terrorismo, fazendo inúmeras vítimas, na maioria civis (crianças, mulheres e idosos), possuindo referida conduta um forte conteúdo político, com gravidade extrema, atentando contra os mais mezinhos direitos humanos fundamentais, consiste referida prática em conduta esculpida em um mandado explícito de criminalização contido no texto constitucional.

Não obstante toda essa relevância, somente com o advento da Lei nº. 13.260, de 16 de março de 2016, em razão da iminência de realização dos Jogos Olímpicos do Rio de Janeiro de 2016, é que passou a existir (tipificando-se a conduta e cumprindo-se mandado de criminalização) o crime de terrorismo no Brasil, sendo atípica até então referida prática delituosa, promovendo-se a regulamentação do art. 5º, XLIII, da Constituição Federal.

Referida lei passou a definir penalmente o conceito de terrorismo,<sup>367</sup> elencando quais são os atos de terrorismo<sup>368</sup> e fixando a elevada pena de reclusão de 12 a 30 anos para os seus autores;

iii. Ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV, Constituição Federal). Estabelece o art. 5º, XLIV, da Carta Constitucional de 1988:

Art. 5º. *Omissis.*

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

Nesse dispositivo a Constituição Federal positiva um mandado de criminalização voltado à proteção da coletividade e da própria ordem democrática, não tutelando um direito individual.

Importante registrar que a Carta Política de 1988 garante e assegura o direito de reunião, sem armas (art. 5º, XVI, Constituição Federal), além de estabelecer a liberdade associativa, sendo todos os cidadãos livres para associarem-se para fins

---

<sup>367</sup> “Art. 2º. O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública”.

<sup>368</sup> “Art. 2º. § 1º. São atos de terrorismo: I - usar ou ameaçar usar, transportar, guardar, portar ou trazer consigo explosivos, gases tóxicos, venenos, conteúdos biológicos, químicos, nucleares ou outros meios capazes de causar danos ou promover destruição em massa; IV - sabotar o funcionamento ou apoderar-se, com violência, grave ameaça a pessoa ou servindo-se de mecanismos cibernéticos, do controle total ou parcial, ainda que de modo temporário, de meio de comunicação ou de transporte, de portos, aeroportos, estações ferroviárias ou rodoviárias, hospitais, casas de saúde, escolas, estádios esportivos, instalações públicas ou locais onde funcionem serviços públicos essenciais, instalações de geração ou transmissão de energia, instalações militares, instalações de exploração, refino e processamento de petróleo e gás e instituições bancárias e sua rede de atendimento; V - atentar contra a vida ou a integridade física de pessoa”.

lícitos, vedando-se associações de caráter paramilitar (art. 5º, XVII, Constituição Federal).

O que se busca criminalizar com referido mandado de penalização explícito é a constituição de grupos civis ou militares, armados e atuando como milícias, atentando contra o Estado Democrático de Direito, seus poderes e autoridades.

Debate-se na doutrina se referido mandado de criminalização estaria satisfeito, considerando os crimes tipificados na Lei nº. 7.170/83 ou se existe lacuna normativa a ser preenchida, sendo imperioso e urgente que se promova a apresentação de projeto de lei nesse sentido, notadamente pelo fato de ter sido a Lei nº. 7.170/83 concebida nos estertores da ditadura militar, afigurando-se incompatível a sua convivência com uma Constituição Federal que possui ares democráticos e modernizantes;<sup>369</sup>

- iv. Crime de retenção dolosa do salário dos trabalhadores (art. 7º, X, Constituição Federal), afirmando a Carta Republicana de 1988 que: “São direitos do trabalhador: [...] X – proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa”.

A Constituição Federal objetiva proteger o trabalhador, afirmando constituir-se em crime a retenção dolosa de seu salário, consistindo em verba de natureza alimentar, resultado da contraprestação pelo labor desempenhado.

O trabalho regularmente desempenhado e a sua adequada remuneração possibilitam dignidade ao indivíduo, que passa a ser visto como *homo economicus*, significando que sobredito dispositivo tutela, em *ultima ratio*, a dignidade humana.

Registre-se que não existe a tipificação até hoje para mencionada conduta, posto que, embora o Código Penal em seus arts. 197 a 207 apresente um elenco dos crimes

---

<sup>369</sup> “É discutível a validade dessa lei. Haurida em período de matriz autoritária, é realmente pitoresco que possa servir, ela mesma, à tutela de um Estado Democrático. (...). Assim, a tomar-se por válida, em tempos atuais, a Lei nº. 7.170/83, haveriam de ser substancialmente diversos os conteúdos normativos dela extraídos. Desse modo, eventual salvamento de sua validade haveria de se dar pelo fenômeno da mutação normativa, mediante a obrigatória distinção entre texto e norma, em franca recuperação de sentido de seus enunciados textuais, à luz da realidade política e social do momento. FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 79-80.

definidos contra a organização do trabalho, nenhum de sobreditos tipos penais alberga referido ilícito penal, havendo lacuna de punibilidade;<sup>370</sup>

- v. Crimes contra o meio ambiente (art. 225, § 3º, Constituição Federal). Assegura a Constituição Cidadã o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, afirmando que: “§3º – As condutas e atividades lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais ou administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

Esse mandado de criminalização encontra-se materializado na legislação brasileira por intermédio da Lei n.º 9.605/98, que tipifica os crimes ambientais, regulamentando, inclusive, a responsabilidade penal da pessoa jurídica;

- vi. Crimes de abuso, violência e exploração sexual da criança e do adolescente (art. 227, § 4º, Constituição Federal).

Estabelece a Constituição Federal de 1988 ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, proteção e tratamento com dignidade e respeito, colocando-os a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Nesse contexto tem-se um mandado expresso de criminalização, afirmando a Constituição Federal ser necessário punir com rigor os crimes de abuso, violência e exploração sexual de criança e adolescente, estabelecendo: “§4º – A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”.

Registre-se que de acordo com a determinação constitucional não é qualquer resposta penal que contempla o desejo do legislador constituinte, devendo a reprimenda pelas condutas reprováveis de abuso, violência ou exploração sexual de criança ou adolescente receber uma reprimenda severa.

Referido mandado de criminalização encontra-se devidamente atendido com a edição da Lei n.º 12.015/2009, que altera o capítulo dos crimes contra a liberdade sexual, estabelecendo o conceito de estupro de vulnerável (art. 217-A, Código Penal), substituindo a vetusta discussão até então vigente, acerca da existência de crimes

---

<sup>370</sup> “Trata-se de um mandado constitucional de difícil precisão – portanto, frágil normatividade – e destituído de expressa referência no contexto legislativo atual”. FELDENS, Luciano. *Idem, ibidem*.

sexuais praticados com violência ficta ou presumida, quando a vítima era menor de 14 anos.<sup>371</sup>

Além disso, a Lei n.º 12.015/2009 estabelece que quando a vítima for menor de 18 anos ou vulnerável, a ação penal para os crimes contra a dignidade sexual será pública incondicionada (art. 225, parágrafo único, Código Penal).

Tem-se, portanto, mandado expresso de criminalização devidamente atendido, havendo a adequada proteção, nos moldes estabelecidos pela Constituição Federal.

#### **4.2.1. Proteção penal dos direitos humanos, mandados internacionais expressos de criminalização e a proibição do retrocesso**

Ainda na análise da relevância da proteção dos direitos humanos fundamentais na ordem internacional, restando demonstrado nos capítulos anteriores que existe um direito humano fundamental à boa administração e adequada governança, além de direito a um governo honesto e com ausência de corrupção na administração pública, desaguando na realização de eleições livres, sem a presença da corrupção eleitoral.

Nesse contexto, no escopo de proteger adequadamente os direitos humanos, devem os Estados valerem-se do direito penal, tipificando condutas e fazendo incidir as normas penais, evitando a impunidade nas graves violações aos direitos humanos, seguindo orientação e preceitos da comunidade internacional, restando “consagrada uma nova forma de relacionamento entre a proteção dos direitos humanos e o direito penal, com foco, em especial, no revigorado desejo do direito internacional dos direitos humanos pela repressão penal aos violadores dos direitos humanos”.<sup>372</sup>

---

<sup>371</sup> No intuito de pacificar a matéria, recentemente o STJ editou a Súmula 593 com o seguinte teor: “O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente”.

<sup>372</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 272.

Evidentemente que não se está a defender a expansão do direito penal de forma abusiva ou irresponsável.<sup>373</sup>

Em verdade a existência dos mandados de criminalização internacionais implica na imprescindibilidade de serem criminalizadas as condutas ofensivas aos direitos humanos fundamentais, protegidos por diplomas internacionais, tendo abrangência regional, continental ou global.

Lamentavelmente vivencia-se na atualidade um grande paradoxo, ao tempo em que avança a sociedade da informação e do conhecimento, também aumentam as graves violações aos direitos humanos, desafiando toda a comunidade jurídica e política internacional.

Esse o ponto a ser destacado, principalmente pelo fato de que “a tutela penal dos direitos humanos aplica-se diretamente no cotidiano de pessoas vulneráveis a inúmeros abusos e violações”.<sup>374</sup>

Nesse contexto se insere a previsão de mandados explícitos de criminalização ou de punibilidade em âmbito internacional, apresentando-se como tema atual e de grande relevância.

Dessarte, todas as vezes em que nos deparamos com uma grave violação dos direitos humanos, demandando referida agressão aos direitos previstos em tratados e convenções internacionais, há a necessidade de criminalização interna de condutas ilícitas, havendo um mandado de criminalização internacional e passando a existir a necessidade da proteção penal e a respectiva responsabilização dos agressores dos direitos humanos e dos Estados que menosprezam direitos humanos fundamentais.

Nesse contexto aparecem os mandados de criminalização expressos no plano internacional, bifurcando-se em dois desdobramentos possíveis, quais sejam: (i) obrigação dos Estados que firmaram tratados e convenções internacionais em adequar o direito interno, promovendo a edição de diplomas legais no propósito de criminalizar condutas ofensivas aos direitos humanos, compatibilizando o direito interno com os diplomas internacionais; (ii) obrigação dos Estados integrantes dos organismos internacionais (ONU, OEA, Mercosul, etc.) em investigar, processar criminalmente e responsabilizar penalmente os autores das graves

---

<sup>373</sup> “A nova política criminal intervencionista e expansiva recebe as boas-vindas de muitos setores sociais antes reticentes ao Direito Penal, que agora acolhem como uma espécie de reação contra a criminalidade dos poderosos”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal:** aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 53.

<sup>374</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Ob. cit.*, p. 282.

violações dos direitos humanos, não devendo ser tolerada a leniência estatal no combate a referidas agressões.

Os mandados internacionais expressos de criminalização consistem “em cláusulas previstas em tratados ordenando a tipificação penal nacional de determinada conduta, a imposição de determinada pena, a vedação de determinados benefícios (por exemplo, a proibição da prescrição penal) ou até o tratamento prisional específico”.<sup>375</sup>

Pode-se destacar dentre os mandados expressos de criminalização no âmbito internacional, os seguintes:

- a) Combate à tortura e a toda forma de tratamento desumano, cruel ou degradante;
- b) Discriminação, xenofobia e intolerância étnica, racial ou religiosa;
- c) Violência contra a mulher;
- d) Genocídio, crimes de guerra e crimes contra a humanidade.

Importante registrar que todos esses mandados expressos de criminalização no plano internacional se encontram atendidos pelo Estado brasileiro, havendo a tipificação da prática da tortura (Lei n.º 9.455/97), discriminação racial (Lei n.º 7.716/89) e injúria por preconceito (art. 140, §3º, Código Penal, inserido pela Lei n.º 9.459/97), violência doméstica (materializado na Lei n.º 11.340/2006, batizada de “Lei Maria da Penha”) e genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei n.º 2.889, de 1º de outubro de 1956).

Com relação aos crimes de guerra e contra a humanidade, importante registrar que o Brasil se submete ao Tribunal Penal Internacional,<sup>376</sup> nos termos do art. 5º, § 4º da Constituição Federal.

Por fim, impende registrar que, embora os direitos humanos se encontrem em constante mutação e evolução, havendo uma classificação já trabalhada neste texto dividindo os direitos fundamentais em gerações e dimensões, encontrando-se segundo a doutrina, atualmente em sua

---

<sup>375</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Ob. cit.*, p. 275.

<sup>376</sup> O Brasil é signatário originário do Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional, sendo regulamentado pelo Decreto n.º 4.388, de 25 de setembro de 2002. Afirma referido Estatuto, em seu art. 5º, 1, “c”, o seguinte: “Crimes da Competência do Tribunal. 1. A competência do Tribunal restringir-se-á aos crimes mais graves, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto. Nos termos do presente Estatuto, o Tribunal terá competência para julgar os seguintes crimes: c) Crimes de guerra”.

4ª geração ou dimensão (direitos de solidariedade<sup>377</sup>), embora existam autores que já sustentam a existência de direitos humanos fundamentais de 5ª geração (geração esperança<sup>378</sup>), sustenta-se que a ampliação do catálogo dos direitos humanos consiste em um verdadeiro progresso, demonstrando uma evolução da humanidade, sendo incorporados a cada etapa da história novos direitos fundamentais anteriormente não protegidos ou tutelados, havendo avanço contínuo.

Logo, apresenta-se como perfeitamente possível e até recomendável a ampliação dos direitos humanos fundamentais, sendo, por outro vértice, terminantemente proibido retroagir novas regras para diminuir conquistas anteriormente obtidas, devendo-se em qualquer alteração valer-se da primazia da norma mais benéfica e favorável ao indivíduo.

Dá-se a esse fenômeno a denominação de proibição do retrocesso ou efeito *cliquet*, sendo “vedado aos Estados que diminuam ou amesquinhem a proteção já conferida aos direitos humanos. Mesmo novos tratados internacionais não podem impor restrições ou diminuir a proteção de direitos humanos já alcançada”.<sup>379</sup>

Sobre a proibição do retrocesso em matéria de direitos humanos fundamentais, afirma a doutrina:

Os direitos humanos devem sempre (e cada vez mais) agregar algo de novo e melhor ao ser humano, não podendo o Estado proteger menos do que já protegia anteriormente. Ou seja, os Estados estão proibidos de retroceder em matéria de proteção dos direitos humanos. Assim, se uma norma posterior revoga ou nulifica uma norma anterior mais benéfica, essa norma posterior é inválida por violar o princípio internacional da vedação do retrocesso (igualmente conhecido como princípio da “proibição do regresso”, do “não retorno” ou “efeito *cliquet*”).<sup>380</sup>

Dessa forma, merece ser repisado que o combate à corrupção se afigura como direito humano fundamental, havendo mandado expresso de criminalização acerca do assunto, notadamente em razão do contido na Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo

---

<sup>377</sup> “São direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência”. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 525.

<sup>378</sup> “Talvez uma quinta geração já possa ser programada para os séculos vindouros, a envolver todas as gerações (dimensões) anteriores, consistente no direito ao porvir e ao futuro da humanidade: a geração esperança”. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016, p. 53.

<sup>379</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Ob. cit.*, p. 273.

<sup>380</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Ob. cit.*, p. 33.

Brasil em 09 de dezembro de 2003 (Convenção de Mérida), devidamente incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro por intermédio do Decreto nº. 5.687, de 31 de janeiro de 2006, restando impossível a edição de qualquer norma que venha a amesquinhar significativa conquista da humanidade.

Por outro vértice, a omissão legislativa, deixando de regulamentar, de editar dispositivos legais, inclusive em matéria penal, para criminalizar relevante conduta, implica em grave omissão, provocando perniciosos efeitos para toda a cidadania e sociedade brasileira.

Nesse contexto, tem-se como desdobramento do combate à corrupção como direito humano fundamental, inclusive constante em diploma internacional a que o Brasil está adstrito, a necessidade de não se permitir a corrupção eleitoral, devendo-se promover a edição de leis que protejam relevante direito humano essencial, estabelecendo a impossibilidade do retrocesso na proteção de destacado bem jurídico penal diretamente ligado ao exercício do direito ao voto e à plena democracia.

#### **4.3. Mandados constitucionais de criminalização implícitos e a corrupção eleitoral (art. 299, Código Eleitoral)**

A Constituição Federal de 1988 ao estabelecer especial preocupação com determinados bens jurídicos, além da necessária proteção à dignidade da pessoa humana, passou expressamente a versar sobre os mandados constitucionais de criminalização.

Registre-se existir vedação expressa à obtenção de mandato eletivo mediante abuso do poder econômico ou em razão da prática da corrupção, implicando na possibilidade de ajuizamento de Ação de Impugnação de Mandato Eletivo – AIME, nos termos do art. 14, § 10, da Constituição Federal, que afirma:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:  
§ 10. O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, **corrupção** ou fraude [grifo nosso].

Consigne-se que, embora o objeto da AIME seja a desconstituição do diploma expedido pela Justiça Eleitoral e a conseqüente cassação do mandato eletivo, tem-se expressa

preocupação no combate à corrupção ao se estabelecer como uma das hipóteses ensejadoras da procedência de referida demanda.

Embora não exista expressa previsão constitucional para a punição penal pela prática da corrupção eleitoral, evidente a existência de um comando implícito exalando da Carta Magna, posto que “a corrupção mencionada no art. 14, §§ 10 e 11, da Constituição não é coisa diversa do que a ‘compra de votos’, ou captação ilícita de sufrágio”.<sup>381</sup>

Tem-se, portanto, uma determinação de aplicação de medidas cíveis eleitorais severas na hipótese da prática de corrupção para obtenção de mandato eletivo.

Extrai-se de referido dispositivo um mandado de criminalização ou punibilidade implícito.

Com efeito, além dos mandados de criminalização explícitos, analisados no tópico anterior, existem os mandados de criminalização implícitos, ou seja, aqueles que decorrem diretamente de uma leitura e interpretação sistemática do texto constitucional, mesmo não existindo um dispositivo expresso e taxativo no corpo normativo da Constituição Federal, determinando a aplicação e incidência do direito penal para regulamentar a matéria.

Também nos mandados implícitos de criminalização, tem-se uma limitação da liberdade normativa do Parlamento, havendo uma determinação para que sejam supridas lacunas de punibilidade, estando o Poder Legislativo obrigado a atender o querer da *Lex Legum*, configurando referida omissão situação atentatória ao regular funcionamento dos Poderes da República.

Enfrentando a questão do mandado de criminalização implícito, posiciona-se a doutrina:

Não há dúvida, que as baterias do Direito Penal do Estado Democrático de Direito devem ser direcionadas preferencialmente para o combate dos crimes que impedem a concretização dos direitos fundamentais sociais. Nesse ponto, aliás, entendo que é neste espaço que reside até mesmo uma obrigação implícita de criminalização, ao lado dos deveres explícitos de criminalizar constantes do texto constitucional.<sup>382</sup>

---

<sup>381</sup> GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Direito eleitoral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 223.

<sup>382</sup> STRECK, Lênio Luiz. **A dupla face do princípio da proporcionalidade**: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Revista da AJURIS, n°. 97. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, 2005, p. 177.

Ademais, tanto nos mandados explícitos como nos implícitos a penalização de condutas que objetivam proteger determinados bens jurídicos deve ter como principal alvo a proteção de direitos fundamentais.

Pode-se afirmar, após a exibição do conceito de mandado implícito de criminalização, que a corrupção eleitoral encontra-se subestimada pelo legislador ordinário, não havendo adequação entre o tipo penal etiquetado no art. 299 do Código Eleitoral, a pena fixada no preceito secundário de referido dispositivo penal e a relevância do bem jurídico a ser protegido.

Com efeito, mesmo a corrupção eleitoral passando a ser alvo de preocupações da doutrina e da jurisprudência recente, acredita-se que carecem referidas análises de uma visão principiológica, promovendo um estudo calcado nos mandados de criminalização implícitos, especialmente em razão da proteção insuficiente de relevante bem jurídico, notadamente porque “o combate à corrupção eleitoral não se afigura como uma opção do legislador brasileiro, mas como uma obrigação decorrente de mandado implícito de criminalização contido na própria Constituição Federal”.<sup>383</sup>

Essa proteção jurídica deficiente fica evidenciada quando da análise da pena possível de vir a ser aplicada para o crime de corrupção eleitoral (01 a 04 anos de reclusão), sendo permitida a suspensão condicional do processo (considerando a pena mínima de 01 ano – art. 89, Lei nº. 9.099/95) ou a condenação em regime aberto com substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (art. 33, § 2º, “c” conjuminado com o art. 44, I, Código Penal), quando referida conduta atenta contra o Estado Democrático de Direito, as eleições livres e o direito ao voto.

Portanto, pode-se concluir que a forma como atualmente o direito penal responde às práticas delitogênicas tipificadas como compra de votos e demais abusos do poder econômico que configuram a prática da corrupção eleitoral (art. 299, Código Eleitoral) implica em situação de verdadeira proteção jurídica deficiente, havendo menoscabo a um mandado implícito de punibilidade, notadamente diante de agressão ao querer da Constituição Federal.

Na lição de Antonio Carlos da Ponte:

Enquanto a corrupção eleitoral continuar sendo tratada como forma da criminalidade ordinária, com os meios próprios de um Direito Penal tradicional, a própria existência do Estado, aqui no Brasil arquitetado como Democrático de Direito, estará ameaçada,

---

<sup>383</sup> PONTE, Antonio Carlos da. **Crimes Eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 167.

senão condenada. Essa a chaga que o Direito Penal tem obrigação de combater, não contemplar.<sup>384</sup>

Ademais, a ausência do combate efetivo à prática da corrupção eleitoral tem impulsionado ou até estimulado que referida conduta se alastre por todo o país, havendo variados exemplos de abuso do poder econômico e uso de recursos de caixa dois como sendo decisivos no resultado final de pleitos eleitorais, desaguando em múltiplos casos de eleições forjadas, sendo alijada a vontade do eleitor, transformando o momento do voto, sagrado para a existência e fortalecimento da democracia, em um negócio, viabilizando eleições maculadas pela eiva da compra de votos e burlando-se a regra democrática de investidura aos mandatos eletivos.

Resulta evidente a proteção deficiente de relevante bem jurídico penalmente tutelado, devendo-se ofertar sugestão de imediata alteração normativa a ser encetada pelo Congresso Nacional.

Registre-se que, não obstante o PL nº. 4.850/2016 (“10 Medidas contra a Corrupção”), já aprovado na Câmara dos Deputados e enviado ao Senado da República, tenha criminalizado o caixa dois eleitoral, preenchendo relevante lacuna de punibilidade, nada, absolutamente nada, aborda referido projeto acerca da viabilidade de aumento da pena para o crime do art. 299 do Código Eleitoral, sendo desperdiçada relevante oportunidade de esforço concentrado do parlamento brasileiro debruçado para debater o temário da corrupção.

Mesmo os diversos escândalos recentes de corrupção, sempre desaguando na ilegalidade de contribuições empresariais para campanhas eleitorais, provocando abuso do poder econômico nas campanhas eleitorais, prática de caixa dois eleitoral, lavagem de dinheiro, enriquecimento indevido de agentes públicos e corrupção eleitoral, dentre outros ilícitos penais, não foram fortes o suficiente para fazer o Parlamento brasileiro enxergar a necessidade de urgente alteração legislativa, modificando-se o tipo penal estampado no art. 299 do Código Eleitoral, dosando de maneira adequada a reprimenda para gravíssima conduta, atentatória ao estado democrático de direito.

É preciso inserir esse debate no Congresso Nacional, devendo existir uma mudança de paradigmas na interpretação de referida norma penal, envolvendo o Poder Legislativo e o Poder

---

<sup>384</sup> PONTE, Antonio Carlos da. *Ob. cit.*, p. 177.

Judiciário, promovendo-se a incidência dos princípios constitucionais do direito penal, ensejando uma evolução interpretativa na punição do crime de corrupção eleitoral, demonstrando a severidade de referida conduta e suas graves consequências, restando impossível tratar o abuso do poder político e econômico, interferindo na vontade do cidadão e na legitimidade democrática, com leniência e alargada benevolência, como ocorre na atualidade.

Entende-se que referida alteração normativa deve, no mínimo, equiparar o crime de corrupção eleitoral (art. 299, Código Eleitoral) aos tipos penais de corrupção ativa e passiva já delineados nos arts. 317 e 333 do Código Penal brasileiro, fixando-se a mesma reprimenda, abolindo-se a possibilidade de incidência da suspensão condicional do processo (art. 89, lei nº. 9.099/95), passando a existir uma concreta e efetiva possibilidade de aplicação de reprimenda suficiente e proporcional para combater conduta que atenta contra a cidadania e a democracia.

Essa é uma das principais conclusões deste trabalho, afirmando-se de maneira categórica que existe uma omissão do Poder Legislativo em adequadamente tipificar referida conduta (corrupção eleitoral), combatendo a compra de votos e a existência de eleições viciadas, logrando a vontade do eleitor, deixando-se de proteger um mandato implícito de criminalidade contido na Constituição Federal de 1988, havendo nessa omissão grave violação de direito humano fundamental ao combate à corrupção, impedindo que a cidadania viceje e que existam eleições livres, fruto de uma democracia plena.

Urge que seja arrostada e enfrentada referida omissão, devendo ser apresentado Projeto de Lei ao Parlamento brasileiro nesse sentido e, nos casos concretos, quando do julgamento de feitos criminais que apuram a corrupção eleitoral, deve-se afastar a incidência das regras despenalizadoras (art. 89, Lei nº. 9.099/95), posto que absolutamente incompatíveis com um mandato implícito de criminalização e com a relevância do bem jurídico tutelado.

#### **4.3.1. Os mandados internacionais implícitos de criminalização**

Além dos mandados internacionais expressos de punibilidade ou de criminalidade, existem os mandados implícitos, consistindo em obrigação dos Estados em criminalizarem as

graves condutas que implicam em violação de direitos humanos reprimidos e criminalizados pela comunidade internacional.

O Estado que venha a integrar a comunidade internacional passa a assumir compromissos e obrigações de tutela e proteção dos direitos humanos fundamentais, sendo que os mandados implícitos de criminalização exigem adequada interpretação oriunda do poder judiciário, notadamente quando da interpretação de textos normativos, principalmente no escopo de punir criminalmente grave violação dos direitos humanos, evitando-se a impunidade. Nesse sentido:

O direito internacional dos Direitos Humanos estipulou verdadeiros mandados implícitos de criminalização por meio do reconhecimento do dever de investigar e punir criminalmente os autores de violação de direitos humanos. De fato, para que se puna criminalmente é necessário que o Estado tenha antes tipificado a conduta em tela.<sup>385</sup>

Por fim, no intuito de adequadamente apresentar uma proteção jurídica suficiente, proporcional e apta a enfrentar violações aos direitos humanos, deve-se colocar a vítima de referidas agressões em seu epicentro.<sup>386</sup>

Essa mudança de interpretação e paradigmas implica na necessária conclusão de que a punição leniente da corrupção eleitoral no Brasil, deixando desprotegidas todas as vítimas de grave violação de direito humanos fundamental (cidadania e igualdade do voto), implica em descumprimento de mandado implícito de criminalidade internacional, podendo autorizar, inclusive, a provocação por parte de qualquer das vítimas aos Tribunais Internacionais de proteção aos direitos humanos, como, por exemplo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Ademais, não se pode olvidar que a Convenção Americana de Direitos Humanos estabelece como sendo direito das vítimas de violações aos direitos humanos o acesso à justiça, uma adequada proteção judicial e a punição dos autores das agressões aos direitos fundamentais (arts. 1.1, 8.1 e 25 do Pacto de São José da Costa Rica).

---

<sup>385</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Ob. cit.*, p. 280.

<sup>386</sup> “A vítima passou a ter, no direito à proteção judicial, a justificativa para exigir punição penal aos autores de violações de direitos humanos”. RAMOS, André de Carvalho. *Ob. cit.*, p. 280.

#### 4.4. A proporcionalidade como critério de controle das normas penais

Diante da percepção de que existe proteção deficiente ao bem jurídico tutelado na hipótese da corrupção eleitoral (art. 299, Código Eleitoral), impende que seja realizada a análise de referido temário sob a égide do princípio constitucional implícito da proporcionalidade.

Embora não consista no cerne do presente trabalho promover uma análise e distinção criteriosa entre princípios e regras, havendo sério debate acadêmico acerca do tema, com divergentes e respeitáveis opiniões doutrinárias em sentidos opostos,<sup>387</sup> tem-se como oportuno realizar referida conceituação, antecipando-se, de logo, que serão utilizados os pontos mais destacados das obras de Robert Alexy<sup>388</sup> e Ronald Dworkin.<sup>389</sup>

O direito é um sistema composto por regras e princípios, podendo-se promover a distinção com base em dois critérios: (i) grau de abstração e de generalidade; (ii) fundamento de validade.

Com relação ao grau de abstração, pode-se afirmar que os princípios dirigem-se a um número indeterminado de circunstâncias, possuindo maior abstração, enquanto as regras contêm elementos mais concretos e uma menor abstração e indeterminação.

Por outro lado, os princípios são deduzidos da própria ideia de Estado Democrático de Direito, enquanto as regras são dedutíveis dos textos normativos, sem maior poder de abstração.

Nesse contexto, pode-se inserir a definição de Alexy, afirmando-se que os princípios são mandamentos de otimização. Leciona o doutrinador:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das

---

<sup>387</sup> “A distinção entre princípios e regras virou moda. Os trabalhos de direito público tratam da distinção, com raras exceções, como se ela, de tão óbvia, dispensasse maiores aprofundamentos. A separação entre as espécies normativas como que ganha foros de unanimidade. E a unanimidade termina por semear não mais o conhecimento crítico das espécies normativas, mas a crença de que elas são dessa maneira, e pronto. (...). Enquanto a doutrina, em geral, entende haver interpretação das regras e ponderação dos princípios, este trabalho critica essa separação, procurando demonstrar a capacidade de ponderação também das regras. Enquanto a doutrina sustenta que quando a hipótese de uma regra é preenchida sua consequência deve ser implementada, este estudo diferencia o fenômeno da incidência das regras do fenômeno da sua aplicabilidade, para demonstrar que a aptidão para a aplicação de uma regra depende da ponderação de outros fatores que vão além da mera verificação da ocorrência dos fatos previamente tipificados”. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 45-46.

<sup>388</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

<sup>389</sup> DWORIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Néelson Boeira. 3. ed. 4ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios, são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.<sup>390</sup>

Ainda se valendo da conceituação de Alexy, tem-se como relevante registrar que a diferença entre princípios e regras fica mais evidente quando analisados casos de colisões entre princípios e conflitos envolvendo regras.

Na hipótese de colisão entre princípios, um dos princípios deve ceder, não significando que o mesmo deverá ser considerado inválido ou que passará a ter uma cláusula de exceção; entretantes, “um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições”.<sup>391</sup>

Diferentemente do que ocorre no conflito entre regras, valendo-se o intérprete da dimensão da validade. Portanto, enquanto a colisão de princípios resolve-se na dimensão do peso, o confronto entre regras será solucionado na dimensão da validade, podendo-se concluir que se duas regras entram em conflito, uma delas não poderá ser válida, devendo ser extirpada, valendo a definição de Dworkin de que “às regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada”.<sup>392</sup>

A solução entre a colisão de princípios deve ser resolvida pela dimensão de peso ou relevância de cada princípio em confronto, o que determina uma solução com amparo na ponderação<sup>393</sup> dos interesses opostos, buscando a melhor solução do caso concreto, valendo-se

<sup>390</sup> ALEXY, Robert. *Ob. cit.*, p. 90.

<sup>391</sup> ALEXY, Robert. *Ob. cit.*, p. 93.

<sup>392</sup> “A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”. DWORKIN, Ronald. *Ob. cit.*, p. 39.

<sup>393</sup> Fazendo uma crítica fundamentada ao uso da ponderação como modo de solucionar conflitos entre princípios e regras, notadamente em razão do uso da discricionariedade, podendo reforçar o “decisionismo”, cita-se: “Em lugar da discricionariedade e dos mecanismos aptos para tal, as teorias procedurais de cariz argumentativo colocam a ponderação como modo de solucionar colisão de princípios (e de regras). Para tanto, Alexy, por exemplo, apresenta a lei da colisão, da qual se extraem critérios *prima facie* (para ele, as duas fórmulas, a subsunção – elaborada com as regras da lógica – e a ponderação – elaborada com as regras da aritmética -, permitem alcançar o mesmo nível de certeza). Veja-se que, em Alexy, há direitos que, em abstrato, possuem peso maior que outros (por exemplo, o direito à vida em relação à liberdade de ação)”. STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 242.

daquilo que Alexy chama de critérios *prima facie*,<sup>394</sup> existindo “uma discricionariedade para sopesar, uma discricionariedade tanto do legislativo quanto do judiciário”.<sup>395</sup>

Com base no parâmetro dos ensinamentos acima elencados, pode-se afirmar que os princípios têm como características:

- i. Elevado grau de abstração, caráter genérico e baixa densidade normativa;
- ii. Ligação direta com o conceito de justiça, refletindo valores positivados na ideia de direito vigente;
- iii. Servem como bússolas de interpretação, irradiando e iluminando o sentido das leis, servindo de norte a ser seguido, devendo as regras ser aplicadas de acordo com o que irradiam os princípios, e não o contrário;
- iv. Apresentam função normogenética e sistêmica, embasando as regras jurídicas e unificando o sistema jurídico, dando-lhe coerência lógica.

Mesmo apontando referidas características, merece registro que em muitos casos a distinção se apresenta como complexa e difícil de se estabelecer, principalmente porque “às vezes, regras ou princípios podem desempenhar papéis bastante semelhantes e a diferença entre eles reduz-se quase a uma questão de forma”.<sup>396</sup>

Feita essa necessária digressão, passar-se-á a análise do princípio ou postulado da proporcionalidade, analisando-o sua dupla face em matéria penal.

A definição da proporcionalidade se apresenta de forma múltipla, havendo variadas possibilidades, sendo que no presente trabalho serão apresentadas as principais formas conceituais, sem a pretensão de exaurir ou esmiuçar detidamente cada definição, apenas e tão somente para demonstrar que, sob qualquer prisma que tenha se admitido a definição da proporcionalidade, referido princípio auxilia e legitima a necessária alteração da punição a ser destinada para o crime de corrupção eleitoral (art. 299, Código Eleitoral).

---

<sup>394</sup> ALEXY, Robert. *Ob. cit.*, p. 104.

<sup>395</sup> ALEXY, Robert. *Ob. cit.*, p. 611.

<sup>396</sup> DWORKIN, Ronald. *Ob. cit.*, p. 44.

No intuito de definir proporcionalidade como desdobramento do sopesamento (“máxima da proporcionalidade”<sup>397</sup>), critério aplicativo do direito,<sup>398</sup> postulado ou dever de proporcionalidade,<sup>399</sup> condição de funcionamento da Constituição de um Estado constitucional,<sup>400</sup> regra<sup>401</sup> ou como princípio,<sup>402</sup> também não será objeto de estudo mais amiado no presente trabalho, restando impossível uma uniformidade terminológica, especialmente em razão da forte carga simbólica que a expressão “princípio” recebe no direito brasileiro, notadamente após o advento da Constituição Federal e a busca pela constitucionalização dos direitos.

Apenas no escopo de viabilizar uma análise didática, apontando a dupla face da proporcionalidade em matéria penal, proibindo-se o excesso punitivo, havendo um limite à expansão penal e, também, buscando evitar a proteção jurídica deficiente, notadamente ao se punir “menos” do que deveria, condutas que afrontam bens jurídicos de elevada magnitude, o presente trabalho passará a considerar a proporcionalidade como um princípio constitucional implícito, decorrente do devido processo legal, possuindo total pertinência e vinculação com o moderno direito penal e a necessidade de apresentar adequada punição para violação a bens jurídicos supraindividuais, além de adequar as regras penais à modernidade, coibindo-se o

---

<sup>397</sup> “Há uma conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade. Essa conexão não poderia ser mais estreita: a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela. Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza”. ALEXY, Robert. *Ob. cit.*, p. 116-117.

<sup>398</sup> “A proporcionalidade não pode ser entendida como princípio jurídico, tampouco como valor e outras categorias, mas sim como critério aplicativo do direito”. BOZZA, Fábio da Silva. **Bem jurídico e proibição de excesso como limites à expansão penal**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 211.

<sup>399</sup> “O postulado da proporcionalidade cresce em importância no Direito Brasileiro. Cada vez mais ele serve como instrumento de controle dos atos do Poder Público. Sua aplicação, evidentemente, tem suscitado vários problemas”. ÁVILA, Humberto. *Ob. cit.*, p. 204.

<sup>400</sup> “A proporcionalidade pode ser considerada uma condição de possibilidade do funcionamento efetivo e consistente de uma ordem de regras e princípios, assim como, especialmente, de um ordenamento de direitos fundamentais. Em última instância, ela se apresenta como condição de possibilidade do funcionamento da Constituição de um Estado constitucional”. NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 109-110.

<sup>401</sup> “Como já foi visto, no que diz respeito à sua estrutura, o dever de proporcionalidade não é um princípio, mas uma regra. O termo mais apropriado, então, é *regra da proporcionalidade*”. SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, n.º. 798. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 26.

<sup>402</sup> “O princípio da proporcionalidade-razoabilidade, termos aqui empregados de modo fungível, não está expresso na Constituição, mas tem seu fundamento nas ideias de devido processo legal substantivo e na de justiça. Trata-se de um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema”. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 304-305.

ataque às instituições democráticas e a própria ideia de estado democrático de direito e de cidadania.

Nesse contexto buscar-se-á na proporcionalidade a fundamentação para exigir do Poder Legislativo uma adequada atuação legiferante no combate à corrupção (*latu sensu*) e à corrupção eleitoral em particular (*strictu sensu*).

Referida atuação, observando-se o contido na Constituição Federal de 1988 e os Tratados e Convenções em que o Brasil figura como signatário, implica na necessidade de alteração legislativa, modicando o Código Eleitoral no capítulo dos crimes eleitorais, notadamente o ilícito que materializa a corrupção eleitoral, punindo a malfadada conduta definida como compra de votos e abuso do poder econômico, evitando que se perpetue uma situação de flagrante proteção jurídica insuficiente.

Ademais, considerando o inadequado respeito ao princípio da proporcionalidade, havendo proteção jurídica débil, apresenta-se como perfeitamente possível, buscar, perante o Poder Judiciário, a declaração de inconstitucionalidade da Lei (Código Eleitoral – Lei nº. 4.737/65), em razão da proteção insuficientemente (*Untermassverbot*) de relevantes bens jurídicos.<sup>403</sup>

É necessário aprovar Projeto de Lei punindo de maneira apropriada a corrupção eleitoral, inserindo diversas consequências no âmbito eleitoral, de forma a desestimular referida prática cada vez mais comum, muitas vezes encetada de forma sutil e multifacetada, implicando em perniciosos desdobramentos para a democracia.

Deve-se, ainda, promover a tipificação do caixa dois e do enriquecimento ilícito de agentes públicos e dirigentes partidários, discutir a possibilidade de tipificar a corrupção privada (notadamente na gestão dos partidos políticos – pessoas jurídicas de direito privado – art. 17, § 2º, Constituição Federal), que também recebem recursos públicos, além de estabelecer regras mais rigorosas no controle interno dos partidos políticos, adaptando-se regras de conformidade (*compliance*) trazendo-as para o direito eleitoral.

Impende que sejam inseridos dispositivos legais especificando critérios no escopo de viabilizar uma melhor fiscalização acerca da utilização de recursos públicos destinados aos

---

<sup>403</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Ob. cit.*, p. 161.

partidos políticos e ao próprio financiamento das eleições (FEFC – Lei nº. 13.487/017 e o Fundo Partidário – Lei nº. 9.096/95).

Fundamental buscar mecanismos aptos a evitarem a excessiva fragmentação partidária atualmente existente, valendo-se várias agremiações definidas jocosamente como partidos “nanicos” ou de “aluguel”, da cláusula constitucional do pluripartidarismo (art. 17, Constituição Federal) como um escudo para a criação e manutenção de partidos políticos em profusão, sem ideias concebidas e bandeiras claras, totalmente desprovido de um mínimo de ideologia programática, existindo muitos partidos políticos que foram gerados e funcionam como um verdadeiro negócio (apto a receber recursos públicos do Fundo Partidário, do orçamento da União, horário eleitoral gratuito no rádio e na televisão e doações de simpatizantes), sem adequada prestação de contas e com monopólio da máquina partidária nas mãos de um mesmo grupo ou família, por anos a fio.

A política partidária não pode ser vista como um negócio e, considerando a imperiosa necessidade de *accountability* ser promovida, especialmente em razão de movimentar vultosas quantias de recursos públicos, oriundas do Fundo Partidário ou do FEFC, criado recentemente pela Lei nº. 13.487, de 06 de outubro de 2017.

Muitas das alterações legislativas acima elencadas se justificam e encontram fundamento no princípio constitucional implícito da proporcionalidade, havendo um déficit normativo por parte do Congresso Nacional que reluta em debater com seriedade de propósitos, relevantes temas.

Por essa razão, ultrapassada esta parte introdutória, passar-se-á a promover análise acurada de relevante princípio.

#### **4.4.1. Princípio constitucional implícito da proporcionalidade**

A Constituição Federal de 1988, não obstante tenha se destacado por positivar diversos princípios constitucionais, sempre buscando um adequado funcionamento do estado democrático de direito, viabilizando, inclusive, a proteção às garantias fundamentais, não previu, expressamente, o princípio da proporcionalidade.

Embora exista referida lacuna, diferentemente de outros países<sup>404</sup>, não há dúvida que referido princípio é consectário lógico dos princípios fundamentais do devido processo legal, da dignidade da pessoa humana e da isonomia, enunciando prioritariamente a disposição para a preservação dos direitos fundamentais, coincidindo com a vocação de uma Carta Constitucional que “pretenda desempenhar o papel que lhe está reservado na ordem jurídica de um Estado de Direito Democrático”.<sup>405</sup>

Importante registrar que o fato de não se avistar expresso no texto da Carta Política de 1988, não impede a sua aplicação por todos os magistrados do país, notadamente no controle de legalidade dos atos estatais, bem como, para evitar uma decisão judicial desproporcional, que resvale ou incorra na proibição do excesso (*Ubermassverbot*) ou para impedir uma proteção jurídica deficiente (*Untermassverbot*).

Transportando a discussão da proporcionalidade para o Direito Penal, tem-se que a adequada utilização dos critérios da proporcionalidade evita tipificação de condutas em excesso, punições desnecessárias e desproporção na fixação de penas e na sua execução, havendo estreita relação da proporcionalidade com a dignidade da pessoa humana, sendo que nesse caso “o critério de proporcionalidade traduz um limite constitucional fundamental, que condiciona a legitimidade do poder punitivo”.<sup>406</sup>

Desta forma, pode-se afirmar que o princípio constitucional da proporcionalidade corresponde a um direito ou garantia fundamental, estando incrustado nos princípios da isonomia, do devido processo legal substantivo (*substantive due process of law*) e da dignidade da pessoa humana.

A respeito de sua relevância, inclusive como mecanismo de proteção da dignidade da pessoa humana, afirma a doutrina:

O princípio da proporcionalidade se consubstanciaria em uma garantia fundamental, ou seja, direito fundamental com uma dimensão processual, de tutela de outros direitos – e garantias – fundamentais, passível de se derivar da ‘cláusula do devido

---

<sup>404</sup> A Constituição Federal da República Portuguesa de 1976, em seu art. 18º (Força Jurídica), item 2, assim afirma: “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”. **Constituição da República Portuguesa**. Coimbra: Almedina, 2008.

<sup>405</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: RCS Editora, 2007, p. 78.

<sup>406</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico penal**. São Paulo: Quartier Latin, p. 194.

processo', visando a consecução da finalidade maior de um Estado Democrático de Direito, que é o respeito à dignidade humana.<sup>407</sup>

Está-se diante de princípio de grande relevância e envergadura, sendo alçado à condição de garantia fundamental, não constituindo qualquer exagero defini-lo como “o princípio dos princípios”.<sup>408</sup>

Todas as vezes em que exista um estado de tensão, conflito ou colisão entre princípios/garantias fundamentais (liberdade de informação e proteção a honra e imagem, presunção de inocência e prisão cautelar do acusado, direito de propriedade e direito à moradia, duração razoável do processo e produção de provas e ampla defesa, por exemplo), deve-se buscar uma decisão que privilegie um ou alguns dos princípios em detrimento de outro ou outros, sem afastar a validade do princípio, apenas diminuindo circunstancialmente a sua eficácia na solução do caso concreto.

Desta forma, na solução de referida equação, deve-se lançar mão do princípio da proporcionalidade como um megaprincípio (princípio dos princípios) apto a solucionar referida colisão de garantias/direitos fundamentais.

Nesse sentido afirma a doutrina que “em ambas as hipóteses, para evitar o excesso de obediência a um princípio que destrói o outro, e termina aniquilando os dois, deve-se lançar mão daquele que, por isso mesmo, há de ser considerado o ‘princípio dos princípios’: o princípio da proporcionalidade”.<sup>409</sup>

Tem-se que a utilização do princípio da proporcionalidade, proibindo-se o excesso e evitando a proteção jurídica deficiente, apresenta-se como mecanismo útil e adequado para viabilizar a potencial incidência das garantias constitucionais da isonomia, do devido processo legal, permitindo em *ultima ratio* que vicejem os principais direitos fundamentais inerentes ao Estado Democrático de Direito.

Especialmente em razão de que a incidência do princípio da proporcionalidade nas decisões judiciais, na adoção de políticas públicas e até mesmo em se buscar criminalizar

---

<sup>407</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Dignidade humana, princípio da proporcionalidade e teoria dos direitos fundamentais*. In: MIRANDA, Jorge; MARQUES DA SILVA, Marco Antonio (Coords.). **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 319.

<sup>408</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria Processual da Constituição**. 3. ed. São Paulo: RCS Editora, 2007, p. 151.

<sup>409</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ob. cit.*, p. 142.

condutas contrárias a bem jurídicos relevantes, possibilita-se e viabiliza-se a coexistência de princípios divergentes, podendo-se afirmar que proporcionalidade implica em uma ideia de equilíbrio, sopesamento e ponderação.

Abordar-se-á, ainda, no presente estudo, que a existência de reprimenda débil de determinados crimes eleitorais pelo vigente Código Eleitoral, com o estabelecimento de sanções que destoam da gravidade das condutas tipificadas, tratando como delitos de pequeno ou médio potencial ofensivo condutas que importam em verdadeiro atentado ao Estado Democrático de Direito, notadamente a prática da corrupção eleitoral (art. 299, Código Eleitoral), implica em ofensa clara, direta e insofismável ao princípio constitucional implícito da proporcionalidade.

Cuida-se da proteção deficiente, a outra face do princípio da proporcionalidade, resultando em referida postura leniente a ausência de proteção aos direitos fundamentais, consoante será mais bem esmiuçado adiante, devendo o Estado atuar para editar mandamentos de proteção em favor da coletividade, considerando a relevância do bem jurídico protegido.

Colhe-se relevante conceituação:

Na atual dogmática constitucional, os direitos fundamentais, ao lado da sua clássica função negativa de limitar o arbítrio das intervenções estatais na liberdade, ou seja da proibição do excesso (*Übermassverbot*) passaram a desempenhar também o papel de mandamentos de proteção (*Shutzgebote*) ao legislador, na chamada proibição de insuficiência (*Untermassverbot*) que determina a existência de deveres de proteção jurídico-fundamentais (*grundrechtliche Schutzpflichten*), na terminologia mais aceita, que enfatiza o aspecto da obrigação estatal, ou direitos de proteção jurídico-fundamentais (*grundrechtliche Schutzrechten*), expressão que dá ênfase ao direito do cidadão, e não ao dever do Estado.<sup>410</sup>

É exatamente nesse contexto de defesa dos direitos do cidadão que se deve preocupar com uma adequada punição da corrupção eleitoral (art. 299, Código Eleitoral), sendo evidente que a legislação vigente protege de forma deficiente, inadequada e esqualida bens jurídicos de elevada envergadura e imprescindíveis para viabilizar a existência do estado democrático de direito, tais como a democracia, a cidadania e o sufrágio universal, ferindo, com referida omissão e tratamento leniente, o princípio constitucional da proporcionalidade.

---

<sup>410</sup> BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crime organizado e proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 52.

#### 4.4.1.1. Antecedentes históricos do princípio da proporcionalidade

Os conceitos de proporcional (*proportio*), razoável (*ratio*) e justiça (*justitia*) encontram-se nos arquétipos do direito, sendo que “praticamente se confunde com a própria ideia do direito”.<sup>411</sup>

Por essa razão, pode-se apontar como antecedente filosófico da proporcionalidade a definição elaborada por Aristóteles no sentido de que a proporcionalidade é uma forma do justo.

No Livro V, da obra *Ética a Nicômaco*, o filósofo grego conceitua justiça, afirmando:

O justo é, portanto, o proporcional e o injusto aquilo que transgride a proporção. Pode-se, assim, incorrer no excesso ou na deficiência (no “demasiado muito” ou no “demasiado pouco”) o que é realmente o que ocorre na prática. Com efeito, quando a injustiça é cometida, aquele que a comete está de posse do bem em excesso, enquanto a vítima da injustiça está de posse, desse bem de modo deficiente ou insuficiente; no caso de um mal sucede o inverso, porque o mal menor comparado ao maior é estimado como um bem, porquanto o menor de dois males é preferível ao maior; entretanto, o que é efetivamente preferível é o bem, e quanto mais o for, maior bem será. É essa, portanto, uma das formas do justo.<sup>412</sup>

Portanto, aquilo que se apresenta como desproporcional “demasiado muito” ou “demasiado pouco” pode-se classificar como injusto. Logo, na visão dos gregos antigos, quanto mais proporcional, mais próximo de uma das formas do justo.

O Direito Romano passou a imprimir especial relevância à proporcionalidade na aplicação das regras jurídicas ao caso concreto, emergindo dessa tentativa de conceituação de justiça o “*sum cuique tribuere*”,<sup>413</sup> extraído da clássica fórmula do jurisconsulto Ulpiano.

A *Magna Charta Libertatum* de 1215 também passou a conter a ideia de proporcionalidade na imposição de sanções e no respeito ao *due process of law*, sendo aprimorada pelo *Bill of Rights* de 1689.

Na seara do direito penal, indiscutivelmente, o grande pensador a primeiramente apresentar preocupação com a ideia de proporcionalidade foi o Marquês de Beccaria, em sua clássica obra *Dos delitos e das Penas*, lançada em pleno iluminismo francês, sendo que o

<sup>411</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ob. cit.*, p. 55.

<sup>412</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução: Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2014, p. 189.

<sup>413</sup> Diz a máxima de Ulpiano em sua integralidade: “*Honeste vivere, alternum nom laedere, sum quique tribuere*”. Em livre tradução: Viver honestamente, a ninguém ofender, dar a cada um o que lhe pertence.

Capítulo XXIII do famoso opúsculo preocupa-se com a proporcionalidade entre as penas impostas e os delitos praticados.<sup>414</sup>

A doutrina sempre buscou a incidência de referido princípio na solução dos conflitos normativos e na busca das limitações ao poder do Estado, tanto que se pode apontar a incidência da proporcionalidade no âmbito do direito penal, civil, administrativo, trabalhista e tributário.

Ainda na análise do avanço de referido princípio, tem-se que o direito alemão passou a desenvolvê-lo e aplicá-lo originariamente no âmbito do direito público (especialmente do direito administrativo).

Posteriormente, o Tribunal Constitucional Alemão, a partir da década de 70 do século passado, passou a elevar o princípio da proporcionalidade à condição de garantia constitucional, realizando juízos de ponderação na colisão existente entre princípios, fazendo o adequado sopesamento dos bens jurídicos potencialmente em conflito.

Após o ineditismo alemão, notadamente pelo fato de que o direito anglo-saxão aplicava o princípio da razoabilidade e não da proporcionalidade, passou-se a difundir referido princípio em todo o mundo, sendo objeto de preocupação e discussão pela doutrina brasileira.

Hodiernamente pode-se definir a proporcionalidade como sendo:

[...] a orientação deontológica de se buscar o meio mais idôneo, mais equitativo e menos excessivo nas variadas formulações do Direito, seja na via da legislação ou positivação das normas jurídicas, da administração pública dos interesses sociais, da aplicação judicial dos comandos normativos e, ainda, no campo das relações privadas, a fim de que o reconhecimento ou o sacrifício de um bem da vida não vá além do necessário ou, ao menos, do justo e aceitável em face de outro bem da vida ou de interesses contrapostos.<sup>415</sup>

No Brasil, com a relevância dos direitos humanos inalienáveis e irrenunciáveis dos indivíduos, aliada à necessidade de respeito às garantias fundamentais agasalhadas na Constituição Federal de 1988, notadamente quanto ao seu conteúdo intangível, passou a proporcionalidade a ganhar importância no STF, impondo-se como técnica de hermenêutica

---

<sup>414</sup> “Que as penas devem ser proporcionais aos delitos: o interesse de todos não é somente que se cometam poucos crimes, mas ainda que os delitos mais funestos à sociedade sejam os mais raros. Os meios que a legislação emprega para impedir os crimes devem, pois, ser mais fortes à medida que o delito é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais comum. Deve, pois haver uma proporção entre os delitos e as penas”. BONESANA, Cesare (Marquês de Beccaria). **Dos delitos e das penas**. Tradução: Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, p. 80.

<sup>415</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 189.

lastreada na ponderação dos interesses, no sopesamento e na vedação do excesso ou da proteção jurídica deficiente, viabilizando que os “direitos eventualmente contrapostos e em rota de colisão, nas situações de conflito aparente de normas jurídicas da mesma hierarquia juspositiva, possam merecer interpretação que resulte o menor prejuízo ou a menor onerosidade possível”.<sup>416</sup>

Não resta o menor laivo de dúvida acerca da relevância de referido princípio para solução de *hard cases*, promovendo-se o uso da ponderação<sup>417</sup> enquanto técnica cabível para encontrar as respostas aos casos concretos, superando a mera subsunção constitucional, sendo o princípio da proporcionalidade largamente empregado pelo STF e, também, pelas demais Cortes Superiores (STJ, TSE e Tribunal Superior do Trabalho), buscando o Poder Judiciário para o caso concreto a solução menos traumática e que represente maior eficácia das garantias fundamentais.

#### 4.4.1.2. Princípio da proporcionalidade e o devido processo legal

O devido processo legal se constitui na primeira e mais fundamental garantia do indivíduo, pois é por meio desse instrumento que se realiza a proteção efetiva dos direitos fundamentais consagrados pela Constituição Federal.

Registre-se que, antes mesmo do direito ao devido processo legal *strictu sensu*, tem o cidadão o direito ao devido processo legal substantivo (*substantive due process of law*), englobando o devido processo legal legislativo, consistindo na necessidade de estrita e correta observância dos preceitos constitucionais quando da elaboração das normas constitucionais e infraconstitucionais,<sup>418</sup> o devido processo legal administrativo apontando que “pelo ângulo substantivo, a legislação deve estar em conformidade com os critérios do *jus and fair standart*, ajustando-se as ideias de razoabilidade e interdição à arbitrariedade”,<sup>419</sup> além do devido

---

<sup>416</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *Ob. cit.*, p. 197.

<sup>417</sup> “Ponderação consiste em uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente”. BARROSO, Luís Roberto. *Ob. cit.*, p. 334.

<sup>418</sup> VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *O controle do Devido Processo Legislativo pelo Supremo Tribunal Federal*. In: COSTA, José Faria; MARQUES DA SILVA, Marco Antônio. (Coords.). **Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 76.

<sup>419</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 161-162.

processo legal judicial, com os seus consectários lógicos (contraditório, ampla defesa, proporcionalidade, etc.).

Como cerne do devido processo legal, tem-se que o processo deve guardar perfeita sintonia com o sistema normativo em que ele está inserido, não podendo vir a ser utilizado como instrumento para a atuação arbitrária do Estado, sendo vedado que venha a se afastar da estrita obediência aos direitos fundamentais do acusado.

Impende consignar que o devido processo legal encontra-se positivado em diversos diplomas jurídicos internacionais de proteção ao ser humano e preservação das garantias fundamentais, destacando-se a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1793, Declaração Universal dos Direitos do Homem da Organização das Nações Unidas (art. 11, I), a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de São José de Costa Rica – art. 7, item 2) e na Convenção Europeia de Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (art. 6.1).

Logo, trata-se de um princípio aceito e praticado em todos os Estados Democráticos de Direito, buscando a correta atuação do poder jurisdicional, evitando-se nulidades do processo, identificando o processo como algo justo e voltado para o respeito aos direitos subjetivos das partes.

Referida garantia fundamental passa a consubstanciar, também, o princípio da proporcionalidade, consistindo em direito fundamental com uma dimensão processual, apresentando-se como “tutela de outros direitos – e garantias – fundamentais, passível de se derivar da ‘*cláusula do devido processo*’, entendida como uma cláusula que determina haver um processo devido pelo Estado ao cidadão”.<sup>420</sup>

Essa é a interpretação dada pelo STF,<sup>421</sup> podendo-se afirmar que a ideia de proporcionalidade se coaduna com o conceito de devido processo legal e com a noção de direito

---

<sup>420</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria Processual da Constituição**. 3. ed. São Paulo: RCS Editora, 2007, p. 184.

<sup>421</sup> “O princípio da proporcionalidade – que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do *substantive due process of law* – acha-se vocacionado a inibir e neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais”. STF – ADIN 1407/DF – Rel. Min. Celso de Melo, j. 07.03.96.

justo e de processo devido pelo Estado ao cidadão, buscando-se sempre a “justa medida no regramento das relações intersubjetivas ou no arbitramento das situações de conflito”.<sup>422</sup>

Desta forma, tem-se como indiscutível a importância do princípio constitucional implícito da proporcionalidade, inclusive para adequadamente promover a análise dos crimes eleitorais, em especial do crime de corrupção eleitoral estampado no art. 299 do Código Eleitoral.

Além disso, pode-se afirmar não haver respeito ao bem jurídico tutelado e a proporcionalidade à ausência de punibilidade para graves condutas que contribuem para a corrupção eleitoral, como a prática do caixa dois e o enriquecimento ilícito de dirigente partidário, por exemplo.

#### **4.4.1.3. Subprincípios da proporcionalidade ou princípios parciais e a adequada criminalização da corrupção eleitoral como desdobramento da proporcionalidade**

O princípio da proporcionalidade se destaca pela relevância e utilidade constitucional, possibilitando a realização de juízos de ponderação para a busca da interpretação mais adequada, quando diante da colisão de princípios.

Referido princípio divide-se em três subprincípios, que podem ser assim classificados: (i) proporcionalidade em sentido estrito ou “máxima do sopesamento”; (ii) princípio da adequação; (iii) princípio da exigibilidade ou “máxima do meio mais suave”.

De forma didática passar-se-á a especificar cada um dos subprincípios da proporcionalidade, demonstrando como sua atuação em caráter cumulativo possibilita a incidência do trinômio “adequação-necessidade-proporcionalidade estrita”.

A proporcionalidade em sentido estrito ou máxima do “sopesamento” implica em se estabelecer uma correspondência entre o fim a ser alcançado e o meio empregado. Deve-se buscar juridicamente o meio melhor possível,<sup>423</sup> ou seja, aquele que assegure que eventuais

---

<sup>422</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *Ob. cit.*, p. 204.

<sup>423</sup> “Meios e fins são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, a fim de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de “medida” ou “desmedida” para se alcançar um fim”. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 207.

desvantagens serão superadas por vantagens no sopesamento das garantias constitucionais que se encontrem em rota de colisão.

Esse subprincípio implica em se descobrir se a relação de meio e fim fora adequadamente utilizada, bem como, se existe congruência e correlação entre a restrição ou limitação estabelecida pelo Estado na esfera de autonomia dos interesses privados, sendo superada pelos benefícios concedidos à coletividade.

Por sua vez, os subprincípios da adequação<sup>424</sup> e da exigibilidade ou “máxima do meio mais suave” implicam na conclusão de que o fim utilizado apresenta-se como o mais adequado e menos prejudicial ou danoso aos direitos fundamentais.

Extrai-se, portanto, pela análise do conceito de proporcionalidade e de seus princípios (sopesamento, adequação e meio mais suave) que a ideia de proporcionalidade liga-se à noção geral de bom senso, evitando-se interpretações absurdas, desproporcionais, desprovidas de razoabilidade, ferindo direitos e garantias fundamentais em razão do excesso ou da deficiência na incidência da norma.

Ademais, consoante afirmado alhures, decorre do princípio constitucional implícito da proporcionalidade o trinômio “adequação-necessidade-proporcionalidade estrita”, sendo que a adequação a “medida adotada para a realização do interesse público deve ser apropriada para a prossecução do fim ou fins a ele subjacentes”,<sup>425</sup> enquanto que a necessidade da medida procura um equilíbrio da relação meio/fim, posto que “o meio deve ser o mais poupado possível quanto à limitação dos direitos”<sup>426</sup> e, por derradeiro, a proporcionalidade em sentido estrito, dizendo respeito “à gradação, dosagem e suficiência (hipersuficiência ou hipossuficiência) das medidas, atos ou decisões que estejam analisados”.<sup>427</sup>

Feita essa distinção, apenas para demonstrar que em nenhum momento esse trabalho vai utilizar proporcionalidade como sinônimo de razoabilidade, afirma-se que, com relação à proteção jurídica deficiente para as práticas de corrupção eleitoral, materializadas na compra de votos, caixa dois, enriquecimento indevido, infidelidade patrimonial na gestão partidária,

---

<sup>424</sup> “A adequação exige uma relação empírica entre o meio e o fim: o meio deve levar à realização do fim. Isso exige que o administrador utilize um meio cuja eficácia (e não o meio, ele próprio) possa contribuir para a promoção gradual do fim”. ÀVILA, Humberto. *Ob. cit.*, p. 209.

<sup>425</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 383.

<sup>426</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Idem, ibidem*.

<sup>427</sup> SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. *Ob. cit.*, 206.

etc., deve-se aplicar os subprincípios que decorrem do princípio da proporcionalidade, justificando-se o impulso legiferante para regradar a matéria.

Com efeito, tem-se que as regras atuais (art. 299, Código Eleitoral) e as evidentes lacunas de punibilidade com relação ao caixa dois eleitoral e ao enriquecimento ilícito amoldam-se completamente aos subprincípios da proporcionalidade, apresentando-se referida medida como adequada, necessária e proporcional.

Explicando melhor: apresenta-se como evidente a adequação da medida (adequada punição à prática de corrupção eleitoral – art. 299, Código Eleitoral), majorando-se a pena de forma a evitar a incidência de institutos despenalizadores como o *sursis* processual, além da criminalização de conduta corrupta com sérios e graves malefícios impostos à coletividade, como a prática do caixa dois eleitoral (atualmente conduta atípica ou enquadrada penalmente após um verdadeiro giro copernicano de hermenêutica para amoldar no art. 350 do Código Eleitoral), estando referida postura em total consonância com o interesse público.

Acerca especificamente da suspensão condicional do processo prevista no art. 89 da Lei nº. 9.099/95 e a impossibilidade de oferecimento de referida proposta e conseqüente concessão do *sursis* processual para o acusado da prática do crime de corrupção eleitoral (art. 229, CE), havendo desproporcionalidade em aplicar medida despenalizadora para conduta grave, cita-se a doutrina que afirma:

A análise descontextualizada do crime de corrupção eleitoral ativa, que comina aos seus autores uma pena privativa de liberdade mínima de um ano, e a disposição contida no artigo 89 da Lei nº. 9.099/95 levam, num primeiro momento, à conclusão singela de que a apontada infração penal é passível da suspensão condicional do processo. Todavia, a avaliação do ordenamento jurídico-penal e do papel destinado aos mandados de criminalização conduzem à conclusão bem distinta.

[...] O interesse público, a lisura do processo eleitoral e a soberania do voto não podem se curvar a uma interpretação simplista que condena o Estado, atenta contra os alicerces democráticos e beneficia exclusivamente o suposto criminoso.<sup>428</sup>

A realização do bem comum e do interesse público como desdobramento do conceito de adequação dos meios (subprincípio da proporcionalidade) resulta evidente no caso da corrupção eleitoral, notadamente em razão dos diversos escândalos recentes, estando a questão

---

<sup>428</sup> PONTE, Antonio Carlos da. *Ob. cit.*, p. 112-113.

eleitoral no certo de todos esses graves problemas que resultaram em maxi-processos de projeção nacional (“Mensalão”, Operação Lava Jato, etc.).

Além disso, resulta evidente a “necessidade da medida”, especialmente em razão da lacuna de punibilidade e da ausência de uma adequada proteção de bens jurídicos penalmente tutelados, havendo uma verdadeira banalização da cidadania e do direito ao sufrágio universal, permitindo-se, com isso que pessoas mal intencionadas, de propósitos obscuros e com péssimo passado e de antecedentes e histórico duvidosos, continuem ocupando ou disputando relevantes cargos públicos, elegendo-se, muitas vezes após conceberem e encetarem tenebrosas transações financeiras, valendo-se da corrupção eleitoral para atingir o fim principal na assunção de cargos eletivos, aproximando a atividade política da prática criminosa, muitas vezes valendo-se de métodos ou práticas comuns à criminalidade organizada.

Por fim, a adoção de providências no âmbito da legislação penal-eleitoral para combater a malfadada prática da corrupção eleitoral também se amolda perfeitamente ao terceiro subprincípio da proporcionalidade (proporcionalidade em sentido estrito), destacadamente em razão da proteção deficiente (hipossuficiência) das normas atualmente vigentes, demandando uma enérgica atuação do legislador infraconstitucional.

#### **4.4.1.4. Críticas doutrinárias ao princípio da proporcionalidade**

Mesmo restando evidente a abrangência e relevância de referido princípio, existem diversos segmentos da doutrina pátria que criticam ou combatem a utilização da proporcionalidade, afirmando que nem ao menos pode ser considerado um princípio constitucional, implicando apenas em pautas de aplicação do direito.

Nesse sentido, cita-se estudo assim vazado:

Estranhas e sinuosas vias são trilhadas nessa quase inconsciente procura do *ius* onde não há senão *lex*.

Uma delas se expressa na produção multiplicada de textos sobre conflitos entre princípios e entre valores, o que em geral faz prova da ignorância a respeito da distinção entre o deontológico e o teleológico.

Outra, na banalização dos “princípios” (entre aspas) da proporcionalidade e da razoabilidade, em especial do primeiro, concebido como um princípio superior, aplicável a todo e qualquer caso concreto – o que conferiria ao Poder Judiciário a faculdade de “corrigir” o legislador, invadindo a competência deste.

O fato, no entanto, é que proporcionalidade e razoabilidade nem ao menos são princípios – porque não reproduzem suas características – porém postulados normativos, regras de interpretação/aplicação do direito.<sup>429</sup>

Com o devido respeito, equivocava-se completamente o ex-Ministro do STF que, enquanto juiz da Suprema Corte, nunca se insurgiu contra a adoção de retrocitado princípio, aguardando deixar o Tribunal Constitucional para passar a criticá-lo, afirmando que referida Corte pratica transgressões diárias para excluir determinadas normas do sistema jurídico.

Novamente o autor:

O número de vezes nas quais esses dois “princípios” são mencionados pela jurisprudência do STF Federal nestes últimos anos – seja determinando normas de decisão, seja conformando a produção de normas jurídicas gerais – impressiona muito, a ponto de podermos, ironicamente, dizer que ele deixa de ser um *Tribunal constitucional* para se transformar em *tribunal da proporcionalidade e da razoabilidade*.<sup>430</sup>

Percebe-se a insuspeita rejeição por parte do autor citado a referidos princípios, notadamente o da proporcionalidade.

Entrementes, sobreditas alegações e críticas não enfrentam questão crucial e que será objeto de análise no presente texto, consistindo na incidência da proporcionalidade como mecanismo apto para impedir ou combater a proteção jurídica deficiente ou inadequada, notadamente quando a lei vigente não contempla um mandamento constitucional (mandado constitucional implícito de criminalização).

Aliás, o enfrentamento ou abordagem da questão opera-se de forma conservadora e evasiva, afirmando que o juiz é um escravo da lei ou a “*bouche de la loi*”, como afirmava Montesquieu, concluindo que “os juízes aplicam o direito, os juízes não fazem justiça. Vamos à Faculdade de Direito aprender direito, não justiça. Justiça é com a religião, a filosofia, a história”.<sup>431</sup>

Eis uma visão completamente ultrapassada da aplicação do direito, verdadeira ode ao positivismo à *outrance*, com demasiado apego a legalidade estrita, sem margem para a

---

<sup>429</sup> GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. 6. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 18.

<sup>430</sup> GRAU, Eros Roberto. *Ob. cit.*, p. 136.

<sup>431</sup> GRAU, Eros Roberto. *Ob. cit.*, p. 19.

realização pelo intérprete de um juízo de ponderação, incidindo o princípio da proporcionalidade quando necessário para solucionar questões de difícil elucidação cuja resposta dependa do “*sopesamento*” entre princípios constitucionais.

Ainda criticando o uso do princípio da proporcionalidade, especialmente para evitar a utilização de decisões discricionárias por parte do Poder Judiciário, coibindo-se o arbítrio e o “decisionismo solipsista”, cita-se estudioso de hermenêutica jurídica:

A proporcionalidade não será legítima se aplicada como sinônimo de equidade. Proporcionalidade será, assim, o nome a ser dado à necessidade de coerência e integridade de qualquer decisão. Por isso, para a hermenêutica (filosófica), o princípio da proporcionalidade não tem – e não pode ter – o mesmo significado que tem para a teoria da argumentação jurídica. Para a hermenêutica, o *princípio da proporcionalidade é como uma metáfora*, isto é, um modo de explicar que cada interpretação – que nunca pode ser solipsista – deve obedecer a uma reconstrução integrativa do direito, para evitar interpretações discricionárias/arbitrárias sustentadas em uma espécie de “*grau zero de sentido*”, que, sob o manto do caso concreto, tenham a estabelecer sentidos para quem ou para além da Constituição.<sup>432</sup>

Não obstante a relevância da crítica feita pela doutrina, afastam-se referidas conclusões no sentido de ressaltar a importância da utilização do princípio da proporcionalidade, notadamente para viabilizar a proibição do excesso e a proteção jurídica deficiente.

Evidentemente que se utilizado de forma discricionária e aleatória o princípio constitucional implícito da proporcionalidade pode ensejar decisões arbitrárias<sup>433</sup> e contrárias ao querer da Constituição Federal.

Entretanto, somente quando realizado o juízo de ponderação/sopesamento, adequação e utilização do “meio mais suave” no conflito/colisão entre princípios é que se tem a possibilidade/legalidade da utilização da proporcionalidade como garantia fundamental.

Nenhum princípio pode ser banalizado, desvirtuado ou utilizado de forma a afastar-se de seus propósitos constitucionais, posto que, em assim ocorrendo, tem-se uma ofensa clara e categórica ao querer constitucional.

---

<sup>432</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 248-249.

<sup>433</sup> “Enfim, os três exames envolvidos na aplicação da proporcionalidade só aparentemente são incontroversos. Sua investigação revela problemas que devem ser esclarecidos, sob pena de a proporcionalidade, que foi concebida para combater a prática de atos arbitrários, funcionar, paradoxalmente, como subterfúgio para a própria prática de tais atos”. ÁVILA, Humberto. *Ob. cit.*, p. 205-206.

Evidente que não pode haver abuso na utilização do princípio da proporcionalidade que merece ser aplicado de forma moderada e parcimoniosa.

Todavia, a incidência de referido princípio nos casos concretos se afigura de extrema relevância para solucionar questões cruciais, sempre buscando a realização de um sopesamento com adequado juízo de ponderação, assegurando a fruição de garantias fundamentais, não se afigurando como adequado demonizar o princípio da proporcionalidade, subestimando-o, impedindo, com isso, que avance um estudo criterioso do direito penal passível de ser desenvolvido sob a sua égide.

#### **4.4.2. Diferença entre proporcionalidade e razoabilidade na teoria dos direitos fundamentais**

Embora constantemente seja feita uma confusão conceitual quando da utilização das regras/princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, partindo esse equívoco, inclusive e principalmente da jurisprudência do STF e de parte da doutrina, evidentemente que proporcionalidade e razoabilidade possuem origem histórica, fundamentação, estrutura e forma de aplicação completamente distintas.

As diferenças entre proporcionalidade e razoabilidade decorrem de origens distintas, posto que enquanto a razoabilidade remonta ao sistema jurídico anglo-saxão, tendo surgido inicialmente na Inglaterra como “irrazoabilidade”, o princípio da proporcionalidade tem origem germânica, além de propósitos diversos, embora também guardem proximidade.

Registre-se que apesar das semelhanças, passíveis de serem definidas como conceitos “próximos e intercambiáveis”,<sup>434</sup> não se afiguram como sinônimos, afirmando a doutrina:

---

<sup>434</sup> “A ideia de razoabilidade remonta ao sistema jurídico anglo-saxão, tendo especial destaque no direito norte-americano, como desdobramento do conceito de devido processo legal substantivo. O princípio foi desenvolvido como próprio do sistema do *common law*, através de precedentes sucessivos, sem maior preocupação com uma formulação doutrinária sistemática. Já a noção de proporcionalidade vem associada ao sistema jurídico alemão, cujas raízes romano-germânicas conduziram a um desenvolvimento dogmático mais analítico e ordenado. De parte isso, deve-se registrar que o princípio, nos Estados Unidos, foi antes de tudo um instrumento de direito constitucional, funcionando como um critério de aferição da constitucionalidade de determinadas leis. Já na Alemanha o conceito evoluiu a partir do direito administrativo, como mecanismo de controle dos atos do Executivo. Sem embargo da origem e do desenvolvimento diversos, um e outro abrigam os mesmos valores subjacentes: racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum, rejeição aos atos arbitrários ou caprichosos.

Pode-se admitir que tenham objetivos semelhantes, mas isso não autoriza o tratamento de ambos como sinônimos. Ainda que se queira, por intermédio de ambos, controlar as atividades legislativa ou executiva, limitando-as para que não restrinjam mais do que o necessário os direitos dos cidadãos, esse controle é levado a cabo de forma diversa, caso seja aplicado um ou outro critério.<sup>435</sup>

Realizada essa necessária distinção, afirma-se, sem margem para dúvidas, que o princípio constitucional implícito da proporcionalidade autoriza/legitima a atuação do Poder Legislativo e do Poder Judiciário na procura de mecanismos e providências aptos a serem utilizados no preenchimento de lacunas de punibilidade existente na proteção jurídica deficiente destinada à relevante questão, consistindo na corrupção eleitoral.

#### **4.5. Desproporção: a dupla face da inobservância da proporcionalidade. Proibição do excesso punitivo e proibição da proteção penal insuficiente**

O princípio da proporcionalidade quando adequadamente utilizado passa a contribuir para uma elaboração racional do direito, demonstrando acesa preocupação com a (*ratio*) e com a (*proportio*).

Não se constitui em exagero assegurar que a esmerada incidência da proporcionalidade possibilita que as interpretações jurídicas não descambem para o irrazoável, viabilizando a incidência da proporcionalidade em sua dupla face, consistindo sempre em buscar a proibição do excesso ou evitar a proteção jurídica deficiente, afirmando que somente “será constitucional, a luz do princípio da proporcionalidade, o ato normativo ou de cominação de sanção que, a um só tempo, seja adequado, necessário e estritamente proporcional”.<sup>436</sup>

Caso não subsista a proporcionalidade nos termos acima especificados, passa-se a ter o seu inverso, ou seja, a desproporção que tanto pode se configurar por excesso (hipersuficiência) como pela falta (hipossuficiência) entre a restrição de direito impingida ou estampada em uma norma e o benefício social almejado com a aplicação e incidência de referida norma.

---

Por essa razão, razoabilidade e proporcionalidade são conceitos próximos o suficiente para serem intercambiáveis”. BARROSO, Luiz Roberto. *Ob. cit.*, p. 304.

<sup>435</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Ob. cit.*, p. 27-28.

<sup>436</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *Ob. cit.*, p. 214.

Ademais, importante registrar ser perfeitamente aplicável no direito penal o princípio da proporcionalidade, buscando-se evitar o excesso ou a hipossuficiência. Nem se pode punir com extrema severidade condutas que não representam lesão de maior monta a bem jurídico penalmente tutelado, bem como, também não se pode ser leniente ou mesmo descriminalizar condutas que atentam contra graves bens jurídicos.

A Constituição Federal em um Estado Democrático de Direito estabelece contornos de atuação dos poderes regularmente constituídos de forma bem clara e determinada, sendo que referidos limites podem ser positivos (vedando-se o excesso que configura o arbítrio e se apresenta como desproporcional e desarrazoado) e negativos (exigindo uma atuação do estado coibindo-se omissão que pode acarretar em graves violações aos direitos fundamentais).

Tanto em uma hipótese como na outra, tem-se a proporcionalidade servindo como baliza a nortear a atuação dos Poderes Legislativo e Judiciário.

A proporcionalidade quando aplicada ao direito penal, busca a um só tempo demonstrar em sua composição concebida como uma dupla face, vedar o excesso punitivo, limitando a proteção penal a bens jurídicos relevantes, evitando-se o arbítrio estatal, além de coibir tratamento com leniência por parte do estado na tutela de bens jurídicos relevantes, havendo punição insuficiente para resguardar ou proteger bens jurídicos de envergadura constitucional, conseqüências de direitos humanos fundamentais.

#### **4.5.1. Da proibição do excesso punitivo**

A proibição do excesso punitivo, vulnerando garantias fundamentais do cidadão, como a liberdade, por exemplo, exsurge como uma incidência direta do princípio constitucional da proporcionalidade para impor uma limitação ao direito penal, extirpando as pretensões punitivas que exacerbam ou extrapolam o quanto disposto e previsto na Constituição Federal.

Existem várias hipóteses penais no ordenamento jurídico brasileiro de tipificação de condutas e fixação de penas pelo legislador que configuram verdadeiro excesso punitivo, associada a uma forma conservadora e despreocupada com as garantias fundamentais de setores do poder judiciário, configurando verdadeiro menosprezo ao princípio constitucional da

proporcionalidade na sua vertente mais conhecida e aplicada, voltada para a proibição do excesso.

Nesse contexto deve-se realizar a associação imprescindível entre proibição do excesso punitivo, princípio da proporcionalidade e a necessária proteção a bem jurídico penal, devendo o direito penal atuar como *ultima ratio*, após esgotadas as formas de apresentar punição ou reprimenda a determinada conduta com a utilização de outros ramos do direito a exemplo do direito administrativo sancionador, do direito civil, dentre outras hipóteses.

Demonstrando o momento adequado para a proteção penal de determinado bem jurídico, buscando sempre a defesa da sociedade e a proibição de um excesso punitivo que colide com o princípio constitucional da proporcionalidade, cita-se a doutrina:

A constatação de um interesse digno de proteção e o posterior reconhecimento da existência de ataques relacionados a ele constitui uma condição necessária, porém não suficiente à intervenção penal, devendo-se acrescentar no exame crítico da legitimidade da incriminação a idoneidade do instrumento penal para os fins protetivos almejados. Assim, já não se busca mais, por meio da intervenção penal, a realização da justiça (a exigir a proteção completa de bens jurídicos), mas sim a defesa da sociedade, excluindo-se da reação penal os comportamentos menos lesivos, frente aos quais bastam outros meios de controle, em geral mais eficazes.<sup>437</sup>

Portanto, deve-se coibir o excesso punitivo, exacerbando a proteção penal para bens jurídicos que podem de outras formas serem protegidos, não havendo proporcionalidade ao se estabelecer o tipo penal e a respectiva reprimenda.

Apenas para ilustrar o presente trabalho, citam-se três exemplos, sendo dois deles de dispositivos legais e o outro de interpretação jurisprudencial, demonstrando a flagrante desproporcionalidade em razão da punição de condutas desprovidas de adequada razoabilidade, resultando inobservada a proibição do excesso.

O primeiro desses exemplos está contido na figura típica estampada no art. 273, §1º-A do Código Penal (falsificação de cosméticos e saneantes), inserido no ordenamento pátrio com o advento da Lei nº. 9.677/98, que alterou, inclusive, a Lei nº. 8.072/90 para inserir referido ilícito penal no rol dos crimes hediondos.

O crime do art. 273, § 1º-A do Código Penal possui uma pena de 10 a 15 anos de reclusão. Portanto, a pena mínima para quem falsificar um esmalte, um batom ou qualquer item

---

<sup>437</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Ob. cit.*, p. 47.

de maquiagem é de 10 (dez) anos de reclusão, superando a de um homicídio doloso simples – art. 121, *caput*, Código Penal (06 anos de reclusão), estupro de vulnerável contido no art. 217-A do CP (08 anos de reclusão) e exatamente o dobro do tráfico internacional de drogas, conforme previsão agasalhada no art. 33 da Lei nº. 11.343/06 (05 anos de reclusão e multa).

Indiscutível o excesso punitivo em referido dispositivo penal, sendo perfeitamente possível e recomendável suscitar a inconstitucionalidade de referido preceito legal em razão de ofensa direta ao princípio constitucional implícito da proporcionalidade.

Referida situação é tão evidente que recentemente o Superior Tribunal de Justiça, por intermédio de sua Corte Especial, quando do julgamento do *Habeas Corpus* nº. 239.363/PR<sup>438</sup>, declarou a inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273, § 1º-B, do Código Penal, diante de sua flagrante desproporcionalidade.

Outro exemplo de desproporção e menosprezo à proibição do excesso extrai-se do crime de guardar ou introduzir em circulação moeda falsa, estampado no art. 289, § 1º do Código Penal, sendo referida conduta punida com pena de 03 a 12 anos de reclusão e multa.

A pena para quem guarda duas ou três cédulas falsas ou as introduz em circulação (art. 289, § 1º – reclusão de 03 a 12 anos) é superior à reprimenda para quem pratica lavagem de dinheiro de enormes proporções (art. 1º, Lei nº. 9.613/98 – reclusão de 03 a 10 anos e multa).

Por fim, apresenta-se um último caso de agressão ao princípio da proporcionalidade, havendo evidente excesso punitivo, desta feita voltado para a inadequada aplicação da lei por parte do Poder Judiciário, especialmente na punição elevada de crimes contra o patrimônio que apresentam mínima ou reduzida ofensa a referido bem jurídico.

---

<sup>438</sup> Eis a ementa de referido julgado, sendo declarada a inconstitucionalidade do preceito secundário contido no art. 273, § 1º-B, do Código Penal, em razão de sua desproporcionalidade:

“HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. FALTA DE CABIMENTO. ART. 273, § 1º-B, DO CP. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO PRECEITO SECUNDÁRIO PELA CORTE ESPECIAL DO STJ. NOVA FIXAÇÃO DA PENA. NECESSIDADE.

1. É incabível o ajuizamento de *habeas corpus* em substituição ao recurso pertinente.

2. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da arguição de inconstitucionalidade suscitada nesta impetração, declarou a inconstitucionalidade do preceito secundário da norma prevista no art. 273, § 1º-B, do Código Penal.

3. *Habeas corpus* não conhecido. Expedida ordem de ofício para determinar ao Juízo das execuções que aplique o preceito secundário que melhor se adegue ao fato tipificado no art. 273, § 1º-B, V, do Código Penal”. (STJ – 6ª Turma – Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 14.02.2017, Dje 23.02.2017).

Cuida-se das inúmeras dificuldades apresentadas e resistência jurisprudencial à aplicação/incidência do princípio da insignificância ou princípio de bagatela,<sup>439</sup> construção doutrinária concebida como visível manifestação contrária ao uso excessivo da sanção penal, uma vez que a conduta do agente afeta de forma insignificante o bem jurídico tutelado, por mais que essa conduta atinja os requisitos da tipicidade formal.

Exatamente em razão desses motivos, não se justifica a atuação do direito penal com a imposição de uma sanção, diante da natureza bagatelar de referidos ilícitos patrimoniais, funcionando como causa excludente da tipicidade, resultando na absolvição do acusado, em razão da baixa lesividade da conduta, não estando amoldada ao querer da Constituição Federal, e não se apresentando como proporcional e razoável a iniciativa processual para acusar alguém pelo furto ou estelionato de um objeto de valor ínfimo.

Nesses casos, que pululam nos tribunais todos os dias, dever-se-ia aplicar com mais sistematização e contundência o princípio da insignificância, considerando a desproporção entre as penas possíveis e a conduta a ser reprovada.<sup>440</sup>

Entretantes, ao invés da incidência de referida causa de exclusão da tipicidade, têm-se inúmeros processos onde réus são acusados de condutas perfeitamente possíveis de serem enquadradas no princípio da insignificância, muitas vezes chegando até o Supremo Tribunal Federal para discutir questões ou lesões de bagatela.<sup>441</sup>

---

<sup>439</sup> “Segundo o princípio da insignificância, que se revela por inteiro pela sua própria denominação, o direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas. Assim, no sistema penal brasileiro, por exemplo, o dano do art. 163 do Código Penal não deve ser qualquer lesão à coisa alheia, mas sim aquela que possa representar prejuízo de alguma significação para o proprietário da coisa; o descaminho do art. 334, § 1º, *d*, não será certamente a posse de pequena quantidade de produto estrangeiro, de valor reduzido, mas sim a de mercadoria cuja quantidade ou cujo valor indique lesão tributária, de certa expressão, para o fisco”. TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 133.

<sup>440</sup> “Provavelmente não exista hipótese mais evidente de aplicação do princípio da proporcionalidade no âmbito do Direito Penal do que quando invocado o cognominado princípio da insignificância. Embora seguidamente reconduzido ao plano exclusivo da dogmática penal, a constatação acerca da insignificância jurídico-penal de uma conduta determinada não é senão a realização de um juízo concreto de desproporcionalidade que se realiza acerca da potencial incidência de uma medida legalmente prevista (a sanção penal) a uma situação de fato”. FELDENS, Luciano. **A constituição penal**: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 191.

<sup>441</sup> A jurisprudência predominante do STF acerca da incidência do princípio da insignificância condiciona a excludente da tipicidade, aplicando referido princípio ao atendimento das seguintes exigências: ofensividade mínima da conduta; ausência de periculosidade social; reduzido grau de reprovabilidade da conduta e inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Óbvio o desrespeito à proporcionalidade nas hipóteses acima transcritas e narradas, sendo pinçados referidos exemplos de um variado universo existente em nosso ordenamento jurídico pátrio.

Apresenta-se como necessário que o Poder Judiciário promova um controle mais efetivo da proporcionalidade das normas penais, notadamente diante das inúmeras hipóteses de fixação de penas em flagrante descompasso com a necessária e razoável proteção de determinado bem jurídico, havendo excesso punitivo, sendo agredidas garantias fundamentais na relação entre o Estado e o cidadão, havendo maior vulnerabilidade do cidadão que muitas vezes não consegue ter suas garantias fundamentais devidamente observadas.

Deve-se evitar os extremos, posto que normalmente perniciosos, representando a desproporção e, portanto, diante de referida inobservância de preceitos constitucionais (explícitos ou implícitos) nasce para o cidadão vítima do excesso punitivo, tendo suas garantias constitucionais (liberdade, devido processo legal, direito de defesa, adequação da pena à gravidade da conduta e à relevância do bem jurídico tutelado, etc.) expostas à uma situação de vulnerabilidade, o direito de buscar um controle de constitucionalidade à luz do princípio da proporcionalidade.

#### **4.5.2. Da proteção jurídica deficiente**

Os direitos fundamentais, além de sua clássica e sedimentada função *negativa*, consistindo em impedir ou limitar o arbítrio das intervenções estatais no direito de liberdade, notadamente quando tipificadas condutas em flagrante desproporcionalidade entre o bem jurídico penalmente tutelado e a reprimenda fixada, também justificam uma função *positiva*, consistindo em mandado de criminalização expresso ou implícito, havendo uma determinação para a atuação do legislador.

A proibição da proteção deficiente encerra, nesse contexto, uma exigência de atuação estatal, buscando evitar a omissão na proteção aos direitos fundamentais que porventura tenham sido vulnerados.<sup>442</sup>

---

<sup>442</sup> “A proibição de proteção deficiente relaciona-se diretamente, pois, à função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela (na realidade, lhe é complementar), notadamente no ponto em que demandam, para seu

Trilhando essa senda, afirma a doutrina:

Não há, pois, qualquer blindagem que proteja a norma penal do controle de constitucionalidade. Ou isso, ou teríamos que considerar intocáveis, por exemplo, um dispositivo legal que viesse a descriminalizar a corrupção, a lavagem de dinheiro, os crimes fiscais, os crimes sexuais, tudo em nome do princípio da legalidade, como se a vigência de um texto jurídico implicasse automaticamente a sua validade, problemática que, paradoxalmente, coloca do mesmo lado, penalistas dogmático-normativistas e liberais-iluministas. Nenhum campo do Direito está imune dessa vinculação constitucional.<sup>443</sup>

Logo, toda lei penal que se apresente como desproporcional é passível de vir a ser questionada em sede de controle de constitucionalidade, acerca de sua conformidade com o princípio da proporcionalidade.

Ademais, referida atuação não pode ser de cunho meramente formal, impende que o legislador ordinário venha a se desincumbir da obrigação de apresentar proteção aos bens jurídicos escolhidos como relevantes, evitando-se as lacunas de punibilidade ou, ainda, buscando corrigir sanções débeis ou repressão tímida a prática de crimes de elevada gravidade.

É nesse contexto, de proteção estatal de direitos fundamentais, que se avista a proibição da insuficiência como desdobramento do princípio da proporcionalidade.<sup>444</sup>

Os princípios constitucionais que protegem direitos fundamentais de elevada envergadura, como por exemplo, a democracia, o direito ao voto livre, periódico e secreto e a assunção aos cargos eletivos de forma limpa e escoreita, como expressão da cidadania, impõe que não se admita um tratamento leniente com a corrupção eleitoral, exigindo a Carta Política de 1988 uma atuação positiva do estado, para proteção de bens jurídicos fundamentais.

---

integral desenvolvimento, uma atuação ativa do Estado em sua proteção. Sob essa perspectiva, opera como ferramenta dogmática extraída do mandado de proporcionalidade e que nessa condição predispõe-se a exercer um controle (de constitucionalidade) sobre determinados atos legislativos, sendo, portanto, irrecusável sua referência constitucional". FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 165.

<sup>443</sup> MACHADO, Martha de Toledo. **Proibições de excesso e proteção insuficiente no direito penal: a hipótese dos crimes sexuais contra crianças e adolescentes**. São Paulo: Verbatim, 2008, p. 82.

<sup>444</sup> "Os direitos fundamentais passam a ostentar uma função complementar, de assegurar a proteção dos bens jurídicos de direito fundamental contra agressões de terceiros não estatais, por meio da tomada de medidas legislativas e operacionais, em casos nos quais a omissão do legislador tem praticamente a mesma qualidade de uma intervenção indevida". BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Ob. cit.*, p. 53-54.

Tem-se, portanto, a determinação de postura legiferante a ser criteriosamente adotada pelo poder legislativo, havendo omissão indevida que merece correção com a edição de lei ou aperfeiçoamento de normas vigentes.

Nesse sentido, diz a doutrina:

Uma vez que a verificação da proibição de excesso se dá em relação a um ato legislativo concreto, e em relação ao seu conteúdo, ou seja, de modo interno, enquanto na proibição de insuficiência o problema é anterior ou externo ao da lei em concreto, ou seja, o que está em questão é a imprescindibilidade da lei ou de seu aprimoramento para o objetivo traçado pela Constituição, e não a sua adequação aos fins pretendidos pelo legislador ordinário, de modo que os dois critérios estão colocados em níveis normativos diversos. Quer dizer, a proibição de insuficiência determina a adoção de certas medidas enquanto a proibição do excesso serve critério para verificação da correção de medidas que já foram adotadas ou determina a omissão dos poderes públicos.<sup>445</sup>

Insiste-se que a proteção deficiente tanto pode ocorrer na hipótese de inexistência de norma, havendo imprescindibilidade de referida lei (como ocorre, por exemplo, na ausência de tipificação do crime de caixa dois eleitoral), como na necessidade de se aperfeiçoar uma norma existente e que se apresenta como insuficiente para proteger determinado bem jurídico (como ocorre com o art. 299 do Código Eleitoral).

Dessarte, ao invés de se combater uma postura excessiva do Estado, busca-se evitar que a omissão normativa implique em acarretar mais prejuízos à coletividade, deixando a descoberto ou insuficientemente protegido, bens jurídicos de elevada envergadura.

Existe violação ao princípio constitucional implícito da proporcionalidade diante da omissão normativa do parlamento brasileiro que reluta em não arrostar referido problema, deixando de adequadamente punir a corrupção eleitoral, a compra de votos, o abuso do poder econômico nos pleitos eleitorais, enfim, impedindo que as eleições ocorram de forma absolutamente livres e sem a interferência perniciosa da corrupção para a democracia e para a cidadania.

Portanto, deve-se buscar uma proteção jurídica equilibrada, proporcional, razoável e eficiente, não havendo margem para o excesso punitivo (demasiado muito) e tampouco para lacunas normativas ou de punibilidade relevantes (demasiado pouco).

Colhe-se da doutrina:

---

<sup>445</sup> BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Ob. cit.*, p. 57.

Uma vez afastados tanto excessos quanto déficits de proteção, atingimos a finalidade do sistema de proteção dos direitos fundamentais: uma proteção eficiente (enquanto não insuficiente e não excessiva). Logicamente, entre esses pontos extremos (limites máximo de intervenção e mínimo de proteção) existe um elevado espaço de liberdade de configuração do legislador, dentro do qual a solução não é constitucionalmente pré-determinada, e cujo preenchimento, por essa razão, é deixado ao plano da legislação.

Trata-se de evidenciar, na tutela dos direitos fundamentais, uma situação de equilíbrio entre a Constituição e a legislação, tudo sob o olhar atento, e não menos equilibrado, da jurisdição constitucional.<sup>446</sup>

Insiste-se que a proibição do excesso, resultando no menosprezo de garantias fundamentais, punição excessivamente rigorosa para determinados bens jurídicos penais e falta de razoabilidade na aplicação da lei penal, agride a proporcionalidade; vale também o contrário, ou seja, a existência de proteção jurídica insuficiente, implicando em tutela frágil de bem jurídico relevante, não incriminação de condutas graves ou descriminalização de figuras penais que merecem reprimenda e cujo tipo de sanção vem a ser recomendada pela própria Constituição Federal, punição débil para condutas que ofendem gravemente relevantes bens jurídicos, ausência de correção de normas que apresentam verdadeira inobservância da proporcionalidade no adequado tratamento de relevante questão constitucional, dentre outras hipóteses.

É preciso, na atual quadra política e social que vivenciamos, com grande fragilidade da política e enorme risco para as conquistas fundamentais positivadas na Constituição Federal de 1988, contribuir para que se promova a passagem de um estado em que a democracia deixe de ser uma conquista meramente formal, devendo ser considerada uma garantia substancial.

Nesse diapasão exsurge a necessidade de se proteger e tutelar adequadamente a democracia e a cidadania, tanto em sua dimensão substantiva como procedimental, resultando dessa conclusão a necessidade de imposição de medidas legislativas e demais providências ao Parlamento, tudo no escopo de evitar que a existência de omissão normativa, que vulnera garantias fundamentais, provoque maiores danos ao seu pleno funcionamento.

Cuidam-se de medidas que se apresentam como algo urgente e imperioso, não havendo, nesse aspecto, liberdade de escolha para o legislador infraconstitucional.

---

<sup>446</sup> FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal**: a constituição penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 168.

Acerca da proteção jurídica deficiente, voltar-se-á a abordar no último capítulo deste trabalho, especialmente ao promover um necessário cotejo entre o desvalor da conduta atinente a corrupção eleitoral, a compra de votos e o uso sistemático do caixa dois eleitoral, os bens jurídicos vulnerados com referidas práticas e as penas abstratamente cominadas para o crime de corrupção eleitoral (art. 299, Código Eleitoral).

À luz do princípio constitucional implícito da proporcionalidade e de sua dupla face, especialmente com relação à proteção jurídica insuficiente para relevantíssimos bens jurídicos tutelados, tais como a democracia, a cidadania e o valor do sufrágio universal, tem-se problema tangenciado pela doutrina pátria que deve ser adequadamente enfrentado.

Deve-se buscar resposta ao seguinte questionamento: qual a dimensão das condutas que impliquem em violar direito humano fundamental à existência de eleições livres, praticadas sem a mácula da corrupção eleitoral, possibilitando ao cidadão escolher seus representantes sem a influência indevida do dinheiro sujo do caixa dois eleitoral, punindo adequadamente quem se utiliza da máquina partidária para favorecimento pessoal?

Pune-se adequadamente referidas práticas, diante da existência de lacunas normativas (caixa dois eleitoral e má-gestão partidária) ao se estabelecer a pena de 01 (um) a 04 (quatro) anos de reclusão para a prática da corrupção eleitoral?

As respostas aos questionamentos acima engendrados serão apresentadas no próximo capítulo, demonstrando a evidente violação no ordenamento jurídico atual ao princípio da proporcionalidade e a proteção jurídica deficiente de retrocitados bens jurídicos, apresentando diversas sugestões *de lege ferenda* de alterações do ordenamento jurídico pátrio, mantendo-o em consonância com os princípios e garantias constitucionais, notadamente o princípio constitucional implícito da proporcionalidade e a proibição da proteção deficiente em matéria de tutela da democracia e criminalização de condutas como injusto penal eleitoral.

Registre-se que sobredito argumento jurídico tanto pode ser utilizado para alterar, com a majoração das penas os tipos penais existentes, como para impulsionar o parlamento na tarefa de editar normas que preencham lacunas de punibilidade, considerando a necessidade de serem tipificadas relevantes condutas que afetam diretamente a democracia, o funcionamento partidário e a regular investidura em cargos públicos eletivos.

## V. COMBATE À CORRUPÇÃO ELEITORAL COM O NECESSÁRIO PREENCHIMENTO DE LACUNAS DE PUNIBILIDADE PARA PROTEGER RELEVANTES BENS JURÍDICOS

Nos capítulos anteriores, defendeu-se a imperiosa necessidade de preenchimento de lacunas de punibilidade com a tipificação de novas condutas, a exemplo do caixa dois eleitoral, além de serem adotadas diversas medidas fundamentais e necessárias ao combate à corrupção eleitoral, destacando-se dentre essas providências a redução da fragmentariedade partidária e a criação de mecanismos de *compliance* no âmbito interno dos partidos políticos, sendo essas mudanças imprescindíveis para o fortalecimento democrático.

Abordou-se acerca da vedação a doação de recursos financeiros por parte de pessoas jurídicas (notadamente grandes corporações da construção civil que mantêm vultosos contratos com o poder público, indústrias, bancos e financeiras que dependem da regulação e fiscalização estatal, dentre outros) para os partidos políticos, comentando-se a relevância da decisão adotada pelo STF no julgamento da ADI nº. 4.650/DF, que passou a vetar completamente a doação de pessoas jurídicas para partidos ou candidatos, restringindo-se as doações eleitorais de recursos privados à doação de pessoas físicas e do próprio candidato, dentre de limites estabelecidos na legislação eleitoral.

Entrementes, apenas essas mudanças, embora extremamente necessárias, não são suficientes para estancar as diversas hipóteses de corrupção eleitoral existentes e praticadas em todos os pleitos eleitorais em suas três esferas (federal, estadual e municipal), sendo imprescindível a realização de uma reforma política efetiva, principalmente voltada para a redução da fragmentação partidária e adequada fiscalização da gestão dos recursos partidários (normalmente verbas públicas), além de uma necessária alteração dos costumes eleitorais em busca de eleições plenamente democráticas e republicanas.<sup>447</sup>

A ausência dessa cultura republicana e de eleições plenamente livres, deixando-se de respeitar a vontade soberana do eleitor no exercício do sufrágio universal, além da possibilidade de qualquer cidadão em pleno gozo de seus direitos políticos vir a participar diretamente do

---

<sup>447</sup> “A república precisa não somente das leis, mas também dos costumes republicanos. A república é um regime de homogeneidade entre as instituições do Estado e os costumes da sociedade”. RANCIÈRE, Jacques. **O ódio à democracia**. Tradução: Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2014, p. 82.

processo eleitoral, postulando a investidura em mandatos eletivos, como um dos desdobramentos da democracia<sup>448</sup>, contribuem sobremaneira para que a corrupção eleitoral continue encontrando terreno fértil em nosso país, deitando raízes e sendo repetida ao longo de sucessivas eleições.

Registre-se que, não obstante as diversas alterações legislativas ocorridas nos últimos anos, batizadas pela doutrina eleitoralista como minirreformas eleitorais (Leis nº. 11.300/2006, nº. 12.034/2009, nº. 12.891/2013, nº. 13.165/2015, nº. 13.487/2017 e nº. 13.488/2017), buscando uma forma de realizar campanhas eleitorais e eleições efetivamente democráticas, diminuindo o custo das disputas eleitorais, exigindo maior transparência na prestação de contas dos gastos eleitorais, tem-se um quadro em que a democracia efetivamente não floresce em todo o seu esplendor,<sup>449</sup> impedindo, com isso, que a cidadania<sup>450</sup> viceje plenamente.

Nesta parte final do trabalho, será apresentada a defesa das alterações legislativas imprescindíveis para o firme e necessário processo de mudança de posturas e da cultura do enfrentamento de graves problemas eleitorais que desaguam na inadequada escolha ou eleição de representantes e mandatários para os mais diversos cargos da República, no intuito de evitar a involução no combate à corrupção eleitoral.

Frise-se ser fundamental a alteração da legislação eleitoral em alguns aspectos, contando, ainda, com modificação jurisprudencial no enfrentamento dos principais problemas. Tratam-se de sugestões *de lege ferenda*, restando comprovado pelos inúmeros escândalos recentes que o país já desperdiçou diversas oportunidades de fazer as mudanças imprescindíveis e inadiáveis.

---

<sup>448</sup> “Os direitos políticos abrangem o direito ao sufrágio, que se materializa no direito de votar, de participar da organização da vontade estatal e no direito de ser votado”. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 729.

<sup>449</sup> “O que chamamos de democracia é um funcionamento estatal e governamental que é o exato contrário: eleitos eternos, que acumulam ou alternam funções municipais, estaduais, legislativas ou ministeriais, e veem a população como elo fundamental da representação dos interesses locais; empresários investindo uma quantidade colossal de dinheiro em busca de um mandato, donos de impérios midiáticos privados apoderando-se do império das mídias públicas por meio de suas funções públicas. Em resumo: apropriação da coisa pública por uma sólida aliança entre a oligarquia estatal e a econômica”. RANCIÈRE, Jacques. *Ob. cit.*, p. 93.

<sup>450</sup> “Tornou-se costume desdobrar a cidadania em direitos civis, políticos e sociais. O cidadão pleno seria aquele que fosse titular dos três direitos. Cidadãos incompletos seriam os que possuíssem apenas alguns dos direitos. Os que não se beneficiassem de nenhum dos direitos seriam não-cidadãos”. CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004, p. 9.

Referidas alterações passam pela necessidade de envolvimento do direito penal eleitoral que mesmo se constituindo em um direito de *ultima ratio*, tem-se como indissociável, valendo-se da tipificação de condutas e do endurecimento na fixação *in abstracto* das penas para alguns crimes eleitorais vigentes, a exemplo da corrupção eleitoral em suas modalidades ativa e passiva, fazendo uso da lei penal como recurso extremo no combate aos graves vícios que resultam na corrupção eleitoral e na corrupção dos políticos e da política.

Entretantes, mesmo sendo necessária a tipificação de condutas e o agravamento de penas para os tipos penais existentes, utilizando-se o direito penal para coibir nefastos costumes políticos atualmente vigentes, promove-se referida medida sem a vã expectativa de que apenas a lei penal apresentará solução para problema agudo e multifacetado.

Serão apresentadas proposituras (tanto de alteração da lei penal), buscando alcançar o sentido do princípio constitucional da proporcionalidade, corrigindo-se a proteção insuficiente de relevante bem jurídico penal, como, principalmente, de modificação da Constituição Federal e da legislação eleitoral (devendo-se criar mecanismos que impeçam a proliferação de partidos políticos desprovidos de qualquer ideologia, servindo como legendas de aluguel, alterações na legislação eleitoral ampliando a forma de fiscalização e transparência no gasto de recursos do Fundo Partidário e do Fundo de Financiamento de Campanhas, dentre outras mudanças necessárias e inadiáveis).

Reitere-se que somente a alteração da lei penal não implica em cura para todos os males atualmente enfrentados, urge que diversas outras medidas venham a ser adotadas, especialmente com a realização de uma reforma política séria e profunda (e não as minirreformas que a cada dois anos de forma sucessiva e contínua alteram pontualmente as Leis nº. 9.504/97, nº. 9.096/95 e o Código Eleitoral, sem, contudo, estancar e enfrentar os principais problemas decorrentes do atual sistema).

Essa omissão legislativa implica em criar mecanismos que favorecem o ativismo judicial com forte atuação do Poder Judiciário buscando politizar a justiça, sendo lavradas decisões que transbordam o querer da Constituição Federal, além de constituir ambiente fecundo para diversas práticas que desaguam na corrupção eleitoral em suas várias facetas (prática do caixa dois e até do recentíssimo caixa três, enriquecimento ilícito dos dirigentes partidários e gestores públicos indicados não pela meritocracia, mas sim em razão da

composição partidária, compra de votos, inadequada prestação de contas dos partidos políticos e candidatos, havendo as famigeradas sobras de campanha, etc.).

Esse é o inadiável debate a ser enfrentado, resultando na necessidade de adoção de providências pelo legislador ordinário, implicando a omissão legislativa em flagrante ofensa ao princípio constitucional da proporcionalidade.

### **5.1. Da gravidade do crime de corrupção eleitoral, bem jurídico violado e consequências da inexistência de eleições livres**

Os recentes escândalos de corrupção (“Mensalão”, “Petrolão”, Lava Jato em suas várias etapas e fases, envolvendo agentes políticos e mandatários de diversas partes do país), divulgados *ad nauseam* pela imprensa, estão sempre voltados, direta ou indiretamente, para o problema do financiamento irregular de partidos políticos e das campanhas eleitorais, mediante doações não contabilizadas, definidas popularmente como caixa dois, além da prática do crime de corrupção eleitoral realizada com a compra de votos, encontrando-se referida conduta ilícita etiquetada no art. 299 do Código Eleitoral, podendo vir a ser praticada de múltiplas formas, consonante anteriormente demonstrado.

A ausência de uma mudança de postura efetiva por parte da classe política, reiterando velhos hábitos delituosos, sempre no objetivo da assunção a cargos públicos eletivos, transformou a corrupção política e eleitoral, materializada na compra de votos e no caixa dois em algo rotineiro, cotidiano e quase banal.

Cuidam-se de ilícitos praticados de diversas formas e nos mais variados locais, desde os rincões mais longínquos até os grandes centros urbanos, sendo executados com a observância de um verdadeiro *modus operandi*.<sup>451</sup>

---

<sup>451</sup> Comentando a forma primária e vulgar de compra de votos no Brasil, cita-se análise de caso concreto apurado nos autos do Inquérito nº. 2663 do STF: “O esquema de compra de votos funcionava da seguinte forma: cada ‘militante’ tinha a tarefa de visitar os moradores dos bairros de sua área de atuação, identificar os eleitores, anotar nome, endereço e número do título de eleitor deles, seção onde iriam votar e o local de votação. Essa informação era repassada para o ‘coordenador de bairros’, que elaborava uma lista final com o título e relação de fiscais de rua’. Algumas dessas listas foram entregues à Polícia Federal e mostram as entranhas do processo. Em uma delas são discriminados cinco locais de votação do bairro 13 de Setembro, cada um com o número de suas seções eleitorais. No primeiro local de votação existem quatro seções, totalizando 1.690 eleitores. A tabela indica 260 ‘fiscais de rua’, anotado por cima do número 300. O segundo local de votação, uma rodoviária, tem três seções,

Registre-se que, além da compra do voto pura e simples (como uma transação comercial), valorando o que não pode ser objeto de mercancia, pode-se citar hipóteses de interferência na vontade livre e soberana do eleitor, principalmente o eleitor pobre e de baixa escolaridade (infelizmente a grande maioria), valendo-se da coação e intimidação na busca do voto, ameaçando a supressão de benefícios ou programas sociais do governo federal ou dos governos estaduais, caso não seja sufragado o nome de determinado candidato.<sup>452</sup>

Referida pressão exercida em desfavor dos eleitores carentes que efetivamente necessitam de programas sociais do governo deve ser coibida com veemência, implicando a sua prática em uma das formas de configuração do pernicioso crime de corrupção eleitoral (art. 299, Código Eleitoral).

Causa espanto e espécie que condutas gravíssimas e que atentam diretamente contra a democracia, a realização de eleições livres, o exercício do direito ao sufrágio universal, periódico e soberano, não encontrem a adequada tutela penal, havendo evidente violação ao princípio constitucional implícito da proporcionalidade, resultando em proteção insuficiente de um elevado bem jurídico, posto que atendida apenas parcialmente a imposição constitucional.<sup>453</sup>

---

totalizando 1.332 eleitores e 200 ‘fiscais de rua’. O terceiro local de votação tem cinco seções, com 2.132 eleitores e 300 ‘fiscais de rua’. O quarto local de votação tem apenas uma seção com 489 eleitores e 75 ‘fiscais de rua’. Por fim, o quinto local de votação tem 151 eleitores e 30 ‘fiscais de rua’. Os eleitores contratados receberiam R\$ 100,00 no dia da votação em dois pagamentos. De manhã, R\$ 50,00 seriam distribuídos junto com camisas com propaganda dos candidatos da coligação. O restante seria pago após o fim da votação. (...) Para garantir que os eleitores permanecessem envolvidos com o processo eleitoral o dia todo, três cartões coloridos (azul, rosa e preto) eram distribuídos como senhas no início da manhã, na hora do almoço e no fim da tarde. Quem apresentasse as três senhas receberia a segunda parcela de R\$ 50,00”. PRAÇA, Sérgio. **Guerra à corrupção: lições da Lava Jato**. São Paulo: Évora, 2017, p. 20-21.

<sup>452</sup> “Outro modo de acabar com a compra de votos é impossibilitar uma de suas principais modalidades: a chantagem sobre o benefício de certa política social. Isso é o que Isabela Mares e Laurem Young chamam de ‘incentivo negativo’. É a ameaça de tirar de alguém certo benefício do qual essa pessoa depende caso ela não vote em certo candidato. Para essas autoras, os responsáveis por políticas sociais e outros burocratas que interagem diretamente com cidadãos estão em posição privilegiada para fazer esse tipo de chantagem. Isso se tornará menos provável à medida que as pessoas confiem que os burocratas não estão sendo guiados por políticos. E também acreditem que não são políticos os responsáveis por intermediar o acesso às políticas sociais, mas sim burocratas profissionais que selecionam os beneficiários a partir de critérios definidos em lei”. PRAÇA, Sérgio. *Ob. cit.*, p. 24-25.

<sup>453</sup> “A necessidade de combate eficiente à corrupção eleitoral apresenta-se como mandado implícito de criminalização, atendido parcialmente pelo legislador brasileiro, conforme pode ser observado da resposta destinada ao seu autor, através de pena variável de um a quatro anos de reclusão e multa que deverá oscilar entre cinco e quinze dias-multa. Para o crime mais grave contido na atual legislação eleitoral, o legislador destinou uma pena pífia que, em tese, será descontada em regime aberto e, na quase integralidade das vezes, permitirá sua substituição por uma pena restritiva de direitos e multa, ou por duas penas restritivas de direitos”. PONTE, Antonio Carlos da. *Ob. cit.*, p. 166.

Aliás, não é de hoje que a doutrina aponta para a proteção débil das sanções penais eleitorais, concebidas de forma a não apresentar uma resposta adequada aos danos provocados pelos crimes eleitorais, havendo verdadeira frouxidão do legislador, implicando em ofensa ao princípio constitucional da proporcionalidade.

Nesse diapasão, transcreve-se lição doutrinária concebida há meio século, permanecendo extremamente atual, apontando que os crimes eleitorais não passam de “espantalho” que “não afugenta os mais tímidos pardais”:

O que resta acentuar, e o faço melancolicamente, é que, no Brasil, a parte penal das leis eleitorais não tem passado de espantalho que não afugenta, sequer, os mais tímidos pardais. Notadamente a corrupção, a fraude e a pressão da superioridade hierárquica ou econômica continuam, com pleno êxito, desnordeando ou deturpando a manifestação da vontade popular ou o curso natural das eleições.<sup>454</sup>

Embora a tipificação de condutas penais e a fixação de sua reprimenda, em regra, encontre-se na esfera de discricionariedade do legislador ordinário, inclusive na escolha de bens jurídicos a serem protegidos, tem-se que na hipótese da corrupção eleitoral, conforme afirmado anteriormente, não existe margem para esta opção, notadamente por se tratar de um mandado de punibilidade implícito no texto constitucional, desdobramento do princípio constitucional da proporcionalidade, vedando-se a proteção jurídica deficiente.

Inexiste essa faculdade dispensada ao legislador ordinário brasileiro<sup>455</sup> em vir a editar uma norma penal mais severa e adequadamente proporcional à gravidade do bem jurídico tutelado no caso em apreço, configurando referida omissão em grave ofensa ao texto constitucional e também aos diplomas internacionais (tratados e convenções) que vinculam nossa República à adoção de providências, buscando erradicar práticas espúrias que impedem a realização de eleições genuinamente livres, sem sofrer a perniciosa influência do poder econômico ou o abuso do poder político, respeitando-se a vontade soberana do eleitor.

<sup>454</sup> HUNGRIA, Nélon. **Os Crimes Eleitorais**. v. 1. n. 1. Rio de Janeiro: Revista Eleitoral da Guanabara, 1968, p. 138.

<sup>455</sup> “A teoria do bem jurídico não diz quais das lesões de bens jurídicos devem ser prevenidas por meio do Direito Penal, mas apenas quais os comportamentos que, por inexistir lesão a bem jurídico, não devem ser punidos. Também se deve reconhecer ao legislador uma prerrogativa de avaliação no que se refere à questão quanto a se um comportamento sequer tem caráter lesivo a um bem jurídico, ou se esse comportamento é uma mera ofensa (*Belastigung*) que por isso fica além do alcance do Direito Penal”. ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. Tradução: Luís Greco. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Orgs.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 252.

Ademais, tem-se como desdobramentos mais visíveis e palpáveis da ausência de eleições livres e de estrita observância do direito ao voto, o preenchimento de cargos eletivos de forma espúria, sendo vários mandatos comprados.

Essa forma de investidura, viciada na origem, implica no uso indevido das prerrogativas de cargos públicos do Executivo e do Legislativo, sendo retribuído o investimento realizado com a concessão de favores públicos, viabilização de contratos, realização de licitações sem transparência, aquisição de produtos superfaturados, aprovação de leis ou medidas provisórias concedendo isenções fiscais ou afrouxando regras de fiscalização pelo poder público, dentre outras hipóteses frequentes e constantemente denunciadas pelos diversos órgãos de controle.

Pode-se afirmar que, “na mesma extensão em que se distribui o poder, distribuem-se as oportunidades de corrupção nele implícitas”,<sup>456</sup> explicando-se porque nos mais recentes fatos escandalosos de corrupção noticiados no país, verifica-se o envolvimento de políticos eleitos (deputados federais, senadores, prefeitos, governadores e até o presidente da República), demonstrando-se as gravíssimas consequências dessa relação espúria, restando frontalmente abalada a credibilidade das instituições e dos poderes públicos, agredindo-se a democracia, vulnerando-a completamente, colocando-a de joelhos perante o poder econômico e a cupidez de agentes políticos desprovidos de escrúpulos.

Deve-se evitar que se perpetue esse pernicioso círculo vicioso, implicando em maiores gastos de campanha, eleição do político que abusou do poder econômico, envolvimento desse político em denúncias de falcatruas com as pessoas (físicas e jurídicas) que contribuíram para sua eleição.

Repise-se que, embora não se acredite na solução fácil pela via do direito penal, também não se pode permitir uma postura ingênua, ao ponto de imaginar que crime grave, praticado de forma organizada, atentatória a estrutura democrática, deva continuar sendo punido com uma pena de 01 (um) a 04 (quatro) anos de reclusão em regime aberto, servindo quase como um estímulo à prática delituosa, gerando miséria e indiferença, contribuindo para uma corrupção sistêmica e gradual, contaminando os Poderes da República, principalmente o Executivo e o Legislativo.

---

<sup>456</sup> SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Democracia*. In: AVRITZER, Leonardo *et al.* (Orgs.). **Corrupção: ensaios e críticas**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2012, p. 107.

Esse cenário tenebroso é potencializado, evidentemente, quando não existe a perspectiva de realização de eleições livres, afastando-se do processo eleitoral todos os envolvidos na pernicioso prática da compra de votos.

Consigne-se, por derradeiro, que o tratamento leniente destinado à corrupção eleitoral (art. 299, Código Eleitoral), não alterando o tipo penal e seu preceito secundário, mantendo-os nos moldes atualmente vigentes, pode ser tão maléfico ao processo eleitoral, que sequer a medida moralizadora e purificadora contida na Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar nº. 135/2010), estabelecendo a inelegibilidade pelo prazo de 08 (oito) anos para o condenado por crime eleitoral pode vir a incidir nesses casos.

Com efeito, considerando que somente o condenado por crime eleitoral fica inelegível<sup>457</sup>, referida regra pode inclusive não abranger a hipótese de corrupção eleitoral, caso se admita a suspensão condicional do processo (art. 89, Lei nº. 9.099/95), considerando a pena mínima de 01 (um) ano para referido delito.

Veja-se o absurdo: alguém é flagrado comprando votos, de forma escancarada e direta, sendo que, após denunciado pelo crime do art. 299 do Código Eleitoral, caso venha a aceitar o *sursis* processual, além de livrar-se da reprimenda penal, sequer terá a consequência da inelegibilidade, considerando a inexistência de decisão condenatória em seu desfavor.

Ademais, pode-se afirmar que várias são as consequências da ausência de eleições livres, além de impulsionar o avanço da corrupção em diversos setores da administração pública, possibilitando que pessoas inidôneas e imbuídas de interesses escusos venham a assumir relevantes cargos públicos eletivos, afigurando-se absolutamente ilegítimo referido mandato, resultando em burla à vontade popular, valendo-se de práticas que espezinham a cidadania e impedem que a democracia plena seja praticada.

Eis situação absolutamente incompreensível e que atenta contra o princípio constitucional da proporcionalidade, restando configurada uma evidente proteção deficiente da lisura do processo eleitoral e da conquista dos cargos eletivos, devendo-se promover alteração

---

<sup>457</sup> “Com a redação dada pela LC n. 135/2010, deixou-se de exigir o trânsito em julgado da condenação, podendo a inelegibilidade ter início com a decisão proferida por órgão colegiado, prolongando-se até o transcurso de oito anos após o cumprimento da pena. Porém o espectro dos crimes eleitorais foi reduzido para alcançar apenas aqueles aos quais a lei comine pena privativa de liberdade, como é o caso da corrupção eleitoral. Sendo assim, a condenação por corrupção eleitoral gera inelegibilidade tanto pela alínea *e*, de forma genérica, quanto pela alínea *j*, de forma específica”. SANTOS, Luciano Caparroz Pereira dos; TELLES, Olívia Raposo da Silva. **Lei da ficha limpa: interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 145.

legislativa para obstar que essa situação continue se perpetuando, corrigindo-se menosprezo ao texto constitucional, dando-se adequado, razoável e proporcional tratamento penal à corrupção eleitoral, protegendo-se de maneira esmerada e suficiente, relevante bem jurídico penal.

## **5.2. Da necessidade de alteração da legislação eleitoral vigente com a edição de normas dispensando adequado tratamento as práticas propulsoras da corrupção eleitoral**

Embora a opção pelo direito penal seja sempre traumática, somente devendo ocorrer de forma subsidiária,<sup>458</sup> consistindo uma medida extrema e de *ultima ratio*, tem-se como imprescindível no presente caso, notadamente em razão do fracasso das outras formas de punição em razão da prática de abusos no processo eleitoral, resultando em um atual estado de coisas flagrantemente inconstitucional, passando as eleições a se transformarem em um grande e lucrativo negócio, afastando a vontade popular e inibindo cidadãos idôneos de participarem diretamente dos destinos do Parlamento e do Poder Executivo administrando sua cidade, seu estado e seu país.

Insiste-se não se acreditar no discurso salvacionista do direito penal;<sup>459</sup> entretantes, em se tratando do combate a corrupção eleitoral deve-se valer desse instrumento, aliado às mudanças na legislação eleitoral em seus aspectos administrativo e cível, notadamente com a imposição de mecanismos mais rigorosos de transparência e fiscalização dos gastos de recursos destinados ao financiamento eleitoral e partidário, controle interno e regras de *accountability*, além de adequado acompanhamento dos pleitos eleitorais, valendo-se de meios aptos a evitar as práticas corruptas na relação candidato-eleitor, impedindo ou dificultando a burla na escolha dos mandatários pelo eleitorado e o logro político que tem caracterizado o nosso processo eleitoral.

Nesse contexto, afirma-se que, além da imprescindível reforma política, alterando a própria sistemática eleitoral no país, buscando o fortalecimento do vínculo partidário a ser

---

<sup>458</sup> “A característica de subsidiariedade é também proveniente do princípio de intervenção mínima. Essa característica condiciona a intervenção do Direito penal à comprovação da incapacidade dos demais mecanismos de controle social em resolver adequadamente o problema”. BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um direito penal democrático**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 170.

<sup>459</sup> “O Direito penal não é uma solução para todos os males, não é a única forma de controle social jurídico, nem tampouco é a única forma de intervenção à disposição do Estado. A intervenção penal deve ficar reservada para as hipóteses em que falharam outros mecanismos de defesa social”. BUSATO, Paulo César. *Ob. cit.*, p. 171.

criado com o eleitor, dando-se regular cumprimento as regras que estabelecem cláusula de barreira, vedando que partidos desprovidos de ideologias e sem qualquer preocupação programática se proliferem como legendas de aluguel, eliminando-se ou pelo menos reduzindo substancialmente a fragmentação partidária reinante (nunca é demais lembrar a existência de 35 partidos políticos em funcionamento, além de 70 pedidos de registro em trâmite perante o TSE).

Esse aumento do número de partidos políticos em atividade e aptos a disputarem mandatos, utilizarem o horário eleitoral gratuito e receberem verbas públicas, não possui um forte e definido viés ideológico, muito ao contrário, busca-se em sua grande maioria, criar uma estrutura partidária cartorial, principalmente de olho no recebimento de recursos oriundos do fundo partidário (quantias destinadas do orçamento da União, recursos referentes às multas eleitorais, contribuições de pessoas físicas e jurídicas, dotações definidas por lei, tudo nos termos do art. 38 da Lei nº. 9.096/95).

Além do dinheiro do fundo partidário, outro bem de grande valor à disposição dos partidos políticos é o tempo de propaganda no rádio e na televisão (direito de antena), possibilitando que nas coligações o tempo de cada partido individualmente assegurado (na proporção da bancada da Câmara dos Deputados) venha a ser somado, formando um único tempo de propaganda eleitoral.

As coligações eleitorais,<sup>460</sup> envolvendo vários partidos políticos (às vezes chegando a uma dúzia deles), têm dentre os objetivos primordiais potencializar o tempo de propaganda eleitoral.

Não raro surgem denúncias de negociações espúrias envolvendo partidos “nanicos” ou definidos como de “aluguel”, desvirtuando completamente o pluripartidarismo e o próprio objetivo da propaganda eleitoral gratuita.

Imperioso que sejam estabelecidos adequados mecanismos de fiscalização dos recursos destinados ao Fundo Partidário, evitando-se que alguns “líderes” se perpetuem à frente da

---

<sup>460</sup> A Emenda Constitucional nº 97, de 04 de outubro de 2017 (veda as coligações partidárias nas eleições proporcionais e estabelece normas para acesso aos recursos do fundo partidário e ao tempo de propaganda eleitoral no rádio e na TV), estabelece no art. 17, § 1º, da Constituição Federal, a expressa proibição às coligações eleitorais partidárias para a disputa das eleições proporcionais, mantendo-a nas eleições majoritárias, não havendo obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal. Registre-se que a vedação à celebração de coligações nas eleições proporcionais somente será aplicada a partir das eleições de 2020 (art. 2º, EC nº. 97/17).

máquina partidária, passando a exercer mandatos na estrutura interna da agremiação de forma duradoura, não possibilitando a renovação ou ocupação de espaços de poder por parte dos demais integrantes do partido político.

A questão ganha maior relevância com o advento da Lei nº. 13.487, de 06 de outubro de 2017, que cria o FEFC, destinando recursos públicos em vultosas quantias, para subsidiar as eleições e, com essa postura, fortalecer a democracia.

Caso os partidos não sejam minuciosamente fiscalizados na destinação de referidos recursos públicos, devendo haver transparência dos valores destinados, dos gastos efetuados, apontando-se o regular uso de sobreditos valores, tem-se uma enorme porta por onde transitarão recursos públicos que poderão ser malversados, utilizados de maneira pouco criteriosa e sem o devido e necessário cuidado e escrúpulo, contribuindo para disseminar a corrupção eleitoral.

Se, por um lado, a criação do FEFC resolve um enorme problema (como financiar campanhas eleitorais diante da proibição de doações de pessoas jurídicas), por outro, criou-se uma nova fonte de receita para os partidos políticos e candidatos, movimentando valores elevados, não havendo adequada preocupação com uma rigorosa fiscalização.

Torna-se imprescindível a imediata adoção de referida medida, sendo que, além dos órgãos de controle existentes (CGU, TCU, Ministério Público Eleitoral, Polícia Federal), deve existir uma indispensável participação da Justiça Eleitoral, havendo a necessidade de mudança de paradigmas de suas interpretações, necessitando ser mais efetiva, além de apresentar respostas dentro de um prazo razoável, não encorajando a prática de condutas que possam resvalar na corrupção eleitoral.

Registre-se que, lamentavelmente, as decisões predominantes no âmbito do direito eleitoral apontam para a adoção de uma postura leniente no combate à corrupção eleitoral, tolerando diversas situações difíceis de serem explicadas ao leigo, firmando jurisprudências muitas vezes desprovidas de adequada cientificidade ou embasamento constitucional e legal.<sup>461</sup>

---

<sup>461</sup> O julgamento pelo TSE dos pedidos de cassação da chapa “Dilma-Temer” (AIJE nº. 194.358), a Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME nº. 761) e a Representação Eleitoral (RP nº. 7846) são exemplos dessa perplexidade. Registre-se que, nesses feitos, mesmo sendo incontestes a utilização na campanha eleitoral pela chapa impugnada de recursos não contabilizados, fruto de caixa dois eleitoral, resultado do pagamento de propina pela Construtora Odebrecht, sendo apontados os valores e as contas que receberam os depósitos, contando com farta prova documental (extratos bancários, contas localizadas no exterior, planilhas e anotações em agendas, etc.), prova testemunhal (depoimento dos executivos da empresa que tinham conhecimento do pagamento da propina), pericial (fazendo-se relatório de movimentação financeira das contas examinadas), delação de corréus (fruto de acordos de colaboração premiada devidamente homologados pelo STF nos termos da Lei nº. 12.850/13), dentre

Passar-se-á a apontar as principais mudanças na esfera penal eleitoral, aptas a apresentarem respostas às práticas configuradoras da corrupção eleitoral, fazendo-o de forma separada e sistemática.

Consigne-se que de nada adianta a adoção das medidas a seguir detalhadas, se não houver uma mudança da legislação cível-eleitoral, além de alterações no texto constitucional, mudanças na postura dos próprios eleitores que devem denunciar, combater e repudiar as tentativas da prática de corrupção eleitoral.

### **5.2.1. Da tipificação da apropriação de recursos do financiamento eleitoral (art. 354-A do Código Eleitoral inserido pela Lei nº. 13.488/2017): um novo crime para tentar coibir velhas práticas**

Consoante afirmado anteriormente, fruto das investigações e operações policiais recentes, envolvendo autoridades ocupantes de elevados cargos eletivos (deputados federais, senadores, governadores de estado e ex-presidentes da República), tem-se como gênese do grave problema da corrupção sistêmica envolvendo políticos, o financiamento de campanhas eleitorais e o inadequado funcionamento de partidos políticos, notadamente em razão das doações eleitorais, apresentando-se como “difícil estabelecer o limite entre mera doação eleitoral (regular ou irregular) e corrupção”.<sup>462</sup>

O financiamento de campanhas eleitorais passou, então, a merecer especial destaque, resultando evidente a necessidade de uma melhor regulamentação, integrando referidos temários uma agenda de reivindicação da população, dos diversos atores do processo penal (Polícia Judiciária, Ministério Público e Poder Judiciário), estando na ordem do dia do contexto de uma reforma política.

---

outras, referidas provas foram desconsideradas e as demandas julgadas improcedentes, mantendo-se o presidente Michel Temer no cargo, não sendo aplicadas as sanções previstas no art. 14, § 10, da Constituição Federal, e nos arts. 30-A e 41-A da Lei nº. 9.504/97. Jocosamente passou-se a dizer que foi o primeiro caso de “absolvição por excesso de provas da prática de corrupção eleitoral”.

<sup>462</sup> LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. Financiamento de partidos políticos, caixa dois eleitoral e corrupção. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. (Orgs.). **Crime e Política**. Rio de Janeiro: Editora da FGV, 2017, p. 137.

Ocorre, todavia, que a esperada e decantada reforma política não veio. Mais uma vez malogrou a tentativa do Congresso Nacional de discutir seriamente diversas questões que estão no cerne dos problemas eleitorais, sendo que vários vícios e irregularidades praticados por candidatos, partidos políticos e demais envolvidos no processo eleitoral (marqueteiros de campanha, assessores, etc.), foram evidenciados com a Operação Lava Jato e com as várias denúncias de corrupção ofertadas contra empresários, dirigentes partidários e políticos.

Esperava-se um debate mais amplo e aprofundado, envolvendo a comunidade acadêmica e com correção de rumos na forma de fazer política e financiar as campanhas eleitorais.

Mesmo diante dessa expectativa e da relevância do tema, havendo uma discussão por vários meses no Congresso Nacional, fora aprovada às pressas, para não extrapolar o prazo limítrofe contido no art. 16 da Constituição Federal, um arremedo de reforma, resultando na promulgação da Emenda Constitucional nº. 97, de 04 de outubro de 2017 e na confecção da Lei nº. 13.487, de 06 de outubro de 2017 (cria o FEFC) e da Lei nº. 13.488, de 06 de outubro de 2017 (altera o Código Eleitoral, a Lei Orgânica dos Partidos Políticos – Lei nº. 9.096/95, a Lei das Eleições – Lei nº. 9.504/97 e a Lei nº. 13.165/15 – minirreforma eleitoral).

A Lei nº. 13.487/2017 foi responsável por criar o FEFC, constituído de recursos públicos (fruto do orçamento da União e de receitas oriundas de cortes no horário eleitoral) para o financiamento das campanhas eleitorais.

O advento de referido diploma legal socorre a classe política em um momento crítico de perda de credibilidade, passando os políticos a ocuparem o noticiário dos jornais deixando a página de “política” e passando a frequentar a página de “polícia”, em razão dos escândalos quase generalizados de corrupção revelados pela operação lava jato e outras operações policiais ou capitaneadas pelo Ministério Público Federal, também em curso, em suas sucessivas fases ou etapas.

O FEFC será viabilizado mediante o aporte de recursos públicos para cobrir os gastos eleitorais, pois não existe democracia sem dinheiro e sem custos, especialmente em um país

continental, com uma população que ultrapassa os 200 milhões de habitantes, contando, com mais de 144 milhões de eleitores.<sup>463</sup>

Tal é a opção concebida e encontrada pela classe política como resposta às cobranças efetuadas em razão da corrupção no desvio de recursos de campanha e da institucionalização do caixa dois eleitoral, sendo imprescindível buscar uma alternativa à vedação às doações eleitorais realizadas por pessoas jurídicas (STF - ADI nº. 4.650/DF).

É nesse contexto fático-jurídico que se promoveu a criação do referido Fundo, apontando os estudos iniciais para a destinação de um valor na ordem de 1,7 bilhão de reais, devendo o mesmo ser distribuído pelo TSE para todos os partidos políticos existentes e com registro regular, na proporção estabelecida no art. 16-D da Lei nº. 9.504/97.<sup>464</sup>

Com tanto dinheiro disponibilizado aos partidos políticos, entendeu necessário o legislador ordinário, de forma acertada, frise-se, tipificar o crime de apropriação dos valores ou recursos destinados ao financiamento eleitoral, inserindo o art. 354-A no Código Eleitoral, com a seguinte redação:

Art. 354-A. Apropriar-se o candidato, o administrador financeiro da campanha, ou quem de fato exerça essa função, de bens, recursos ou valores destinados ao financiamento eleitoral, em proveito próprio ou alheio:  
Pena – reclusão, de dois a seis anos e multa.

Trata-se de novo crime eleitoral voltado para a proteção de relevante bem jurídico, sendo tutelada a “lisura e legitimidade das eleições e do processo eleitoral, a igualdade entre os

---

<sup>463</sup> Nas eleições municipais de 2016 estavam aptos a exercer o direito ao voto 144,1 milhões de brasileiros, sendo registrado pelo TSE um crescimento de 4% em relação aos 138,5 milhões de eleitores em 2012. Disponível em: <[www.tse.jus.br](http://www.tse.jus.br)>. Acesso em: 26 dez. 2017.

<sup>464</sup> Art. 16-D. 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.

§ 1º (VETADO).

§ 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.

candidatos e a regularidade da prestação administrativa da Justiça Eleitoral”,<sup>465</sup> além de buscar reprimir a apropriação de recursos públicos que devem ser utilizados com destinação específica, voltada ao financiamento das campanhas eleitorais.

Dessarte, pode-se afirmar, sem margem de dúvidas, que a apropriação de recursos ou valores destinados ao financiamento eleitoral (art. 354-A do Código Eleitoral) configura um ato atentatório ao Estado Democrático de Direito e à própria democracia.

Cuida-se de crime próprio, pois somente pode ser praticado pelo candidato regularmente registrado para disputar mandatos eletivos por determinado partido político ou pelo administrador financeiro da campanha ou quem exerça essa função, nos moldes previamente fixados na convenção partidária ou no estatuto da agremiação política.

O art. 354-A do Código Eleitoral assemelha-se ao crime de peculato apropriação (art. 312, 1ª parte, Código Penal), implicando a conduta do candidato ou administrador financeiro em apropriar-se, apossar-se, assenhorear-se de recursos do FEFC, não utilizando referidos valores em sua destinação específica, qual seja, financiamento da campanha eleitoral com a possibilidade de se viabilizar o debate de ideais, a apresentação de propostas e de conteúdo programático, buscando ao final o fortalecimento da democracia.

Objetiva referido tipo penal punir àqueles que fazem das eleições e da gestão partidária um negócio, fomentando a corrupção eleitoral, praticando abusos de toda sorte, devendo-se registrar que infelizmente a ausência de transparência na gestão de recursos do fundo partidário, a corrupção eleitoral e o caixa dois se constituem em práticas rotineiras, enraizadas e plenamente difundidas no país, levando a lamentável conclusão de que “na democracia brasileira, as eleições são um grande negócio”.<sup>466</sup>

Apresenta-se como consentâneo com a Constituição Federal e com as próprias regras de proteção a relevante bem jurídico que, ao se disponibilizar recursos públicos aos partidos políticos (entidades privadas – art. 17, Constituição Federal) para serem gastos nos prélios eleitorais, tenha-se um mecanismo de controle, fiscalização e punição àqueles que se apropriarem de referidas verbas públicas, destinadas ao financiamento de campanhas eleitorais,

---

<sup>465</sup> GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Crimes eleitorais e processo penal eleitoral**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 21.

<sup>466</sup> SAAD-DINIZ, Eduardo; MARCOANTONIO, Jonathan Hernandez. **Financiamento corporativo de campanha eleitoral**: controle, transparência e integridade. Boletim do IBCCRIM, ano 23, n. 266, p. 5, 2015.

ao debate de ideias, a existência dos partidos programáticos e a disputa salutar de mandatos eletivos.

Pode-se afirmar que a tipificação dessa conduta representa um alento, diante de um cenário de terra arrasada, aguardando a população brasileira a aprovação de novas mudanças que busquem moralizar a disputa política, evitando fazer da condição de dirigente partidário verdadeira profissão e forma de ganhar a vida, não havendo adequada transparência da gestão de recursos públicos, muitas vezes exorbitando os limites legais.

A história recente do país sempre demonstrou quão nefastas são as sobras de campanha, além de muitas das prestações de contas a serem obrigatoriamente apresentadas perante a Justiça Eleitoral configurarem peças de ficção, não correspondendo à realidade dos valores efetivamente arrecadados e gastos pelas agremiações partidárias.

Nesse aspecto a mudança legislativa é extremamente bem-vinda, posto que busca coibir práticas antigas que merecem ser extirpadas de nosso cenário político, servindo o dispositivo do art. 354-A do Código Eleitoral como uma sinalização de que o desvio de recursos do financiamento eleitoral não deverá ser tolerado, punindo-se adequadamente, e de forma proporcional, referido ilícito penal.

### **5.2.2. Da necessidade de preenchimento de lacuna de punibilidade com a tipificação da conduta definida como caixa dois eleitoral**

Foi abordado no item 2.4 do presente trabalho a necessidade de tipificação do crime de caixa dois, existindo evidente lacuna de punibilidade, sendo vulnerado relevante bem jurídico, não havendo justificativa plausível para essa dolosa omissão do congresso nacional em criminalizar referida conduta delituosa, fazendo-o de forma clara e extreme de dúvidas, evitando-se a discussão hoje existente acerca da existência ou não do crime de caixa dois eleitoral.

Constitui equívoco enquadrar o caixa dois eleitoral no art. 350 do Código Eleitoral, notadamente pelo fato de que referido dispositivo diz respeito apenas a uma parte do problema

(quando da prestação de contas da campanha a ser ofertada pelo candidato e seu partido político, havendo omissão de informações relevantes ou apresentação de informações falsas).

Consignou-se o giro copernicano feito pela doutrina e jurisprudência pátria para amoldar as práticas batizadas de “contabilidade paralela” no tipo penal contido no art. 350 do Código Eleitoral, mesmo existindo inúmeras hipóteses que escapam a possibilidade de etiquetamento em mencionado dispositivo penal-eleitoral.

Reitere-se que somente se enquadra em referido preceito normativo incriminador a prática de caixa dois atinente à não prestação de contas nos moldes dos arts. 28 e 29 da Lei nº. 9.504/97.<sup>467</sup>

Importante consignar que referida tipificação (registre-se equivocada, configurando verdadeira muleta epistemológica e interpretativa) tem sido a prática dominante dos tribunais pátrios, inclusive do STF.<sup>468</sup>

Trata-se de problema antigo, sendo esmiuçado na CPI de PC Farias, que resultou no *impeachment* do ex-presidente Fernando Collor,<sup>469</sup> colhendo-se do relatório elaborado pelo Congresso Nacional no longínquo ano de 1992 a seguinte passagem:

Entre os vários temas candentes de que foi palco a CPI, não deve ficar ofuscado o que talvez esteja na origem dos principais problemas que nela se debateram: o financiamento das campanhas eleitorais. Como e porque são financiadas as campanhas eleitorais, quais as brechas e falhas em nossa legislação eleitoral e principalmente como poderia ser aperfeiçoada essa legislação são questões às quais não nos podemos furtar, sob pena de permanecermos no nível da hipocrisia que gera a impunidade e as aberrações a que assistimos recentemente.<sup>470</sup>

<sup>467</sup> “Entendemos que há crime quando, nas prestações de contas exigidas pelos arts. 28 e 29 da Lei nº. 9.504/97 (Lei das Eleições), o candidato omite receitas ou gastos, ou presta informações distintas das que deveria prestar”. GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Crimes eleitorais e processo penal eleitoral**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 119.

<sup>468</sup> “Uma pesquisa de jurisprudência perante o Supremo Tribunal Federal encontrou 35 decisões colegiadas sobre o tema do “caixa 2 eleitoral”, com menção ao art. 350 do Código Eleitoral em sua indexação, até 31 de julho de 2017. (...) A análise destes julgados demonstra, sem sombra de dúvidas, que a conduta de omitir receitas ou despesas em prestação de contas (contabilidade paralela/caixa 2 eleitoral) está previsto como crime no Brasil, no art. 350 do Código Eleitoral, caso contrário, o Supremo Tribunal Federal arquivaria os inquéritos ou rejeitaria as acusações formuladas pela Procuradoria Geral da República”. GALVÃO, Danyelle. **Como o crime de caixa 2 eleitoral é tratado pelo Supremo?** Disponível em: <<https://jota.info/artigos/como-o-crime-de-caixa-2-eleitoral-e-tratado-pelo-supremo-05102017>>. Acesso em: 21 dez. 2017.

<sup>469</sup> “Nós estamos todos sendo hipócritas aqui, afirmou PC Farias ao dizer que todos os presentes na sala sabiam como se sustenta uma campanha eleitoral, quantas e quais ilegalidades se cometem para recolher dinheiro e abordar o assunto em público era uma hipocrisia. Ele não recebeu nenhuma reprimenda pelo que acabara de dizer”. SCHILLING, Flávia. **Corrupção: ilegalidade intolerável? Comissões parlamentares de inquérito e a luta contra a corrupção no Brasil (1980-1992)**. São Paulo: IBCCRIM, 1999, p. 209.

<sup>470</sup> CONGRESSO NACIONAL. **Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito 52/92**. Brasília: Centro Gráfico do Senado, 1992, p. 303.

A atualidade dessa descrição é impressionante e se não contextualizado referido trecho do relatório pode ser confundido com uma narrativa das práticas políticas dos dias que correm, estando o caixa dois eleitoral no epicentro dos diversos escândalos envolvendo a classe política (*impeachment* do ex-Presidente Fernando Collor, “Mensalão” e Lava Jato).

Reitera-se que, nesse aspecto, não obstante os diversos equívocos já anteriormente apontados pelas propaladas “10 Medidas contra a Corrupção”, merece aprovação o PL n.º 4.850/2017, promovendo-se a inserção dos arts. 32-A e 32-B na Lei 9.504/97 (caixa dois eleitoral e lavagem de dinheiro para fins eleitorais), especialmente pelo fato de que doações eleitorais a partidos políticos representam um foco de corrupção e captação do político pelo poder econômico, conforme exaustivamente demonstrado pelos últimos acontecimentos no país, havendo a necessidade, de *lege ferenda*, de tipificar referido ilícito penal.

Ademais, não se pode olvidar a íntima relação que existe entre doações eleitorais e a prática da corrupção, afirmando a este respeito a doutrina que: “doações ilegais podem servir de indício, mas não constituem por si só crime de corrupção e doações legais não excluem de antemão a realização dos tipos penais de corrupção”.<sup>471</sup>

Portanto, além da doação (legal ou ilegal), deve-se extrair o *animus* do doador e do político destinatário da doação.

Como se vê, cuida-se de terreno fértil (doação eleitoral para partidos políticos), merecendo ser consignada a ausência de limites criativos para a prática delitígena em matéria de contribuição eleitoral.

Com efeito, enquanto o país debate a necessidade ou não de criminalização do caixa dois eleitoral, apontando a insuficiência no enquadramento da conduta no tipo penal contido no art. 350 do Código Eleitoral, descobriu-se uma nova manobra no repasse de recursos para custear campanhas eleitorais, sendo batizada pelos investigadores de caixa três.

A prática do caixa três implica em uma triangulação do dinheiro que fora doado para campanhas eleitorais até o ano de 2014 (antes da vedação inserida pela decisão do STF na ADI

---

<sup>471</sup> LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. *Ob. cit.*, p. 146.

nº. 4.650/DF), com o objetivo de escamotear quem era o real financiador daquele candidato ou partido político. Consiste em criativa variação do legal caixa um – o valor doado sem intermediários e declarado à Justiça nos termos do contido na Lei nº. 9.504/97 – e do ilegal caixa dois, que é a movimentação de recursos de campanha por intermédio de uma “contabilidade paralela”.

Referido esquema foi detectado no âmbito da Operação Lava Jato, após colaborações/delações premiadas de diversos executivos de empreiteiras, restando comprovada a utilização de empresas de fachada que recebiam doações ou “pagamentos” das empreiteiras maiores e repassavam os valores para os partidos políticos, coligações ou candidatos destinatários dos recursos. Havia uma aparente doação regular, dentro do limite anteriormente vigente de 2% (dois por cento) do faturamento bruto anual da pessoa jurídica, nos termos previstos em lei.

Entrementes, referida triangularização, fugindo do controle oficial e do teto estabelecido por lei, configura o que fora denominado de caixa três, que também é uma figura atípica, sendo enquadrado pelas autoridades responsáveis pela investigação e acusação em outros tipos penais como corrupção (art. 317, Código Penal) e lavagem de dinheiro (Lei nº. 9.613/98).

Importante registrar que a prática do caixa três também pode envolver pessoas físicas, valendo-se do mesmo *modus operandi*, sendo possível que eleitores mais abastados repassem valores para outros eleitores e esses efetuem a doação até o limite de 10% de seu rendimento anual bruto (art. 23, § 1º, Lei nº. 5.504/97).

Acredita-se que, com a expressa vedação à doação realizada por pessoas jurídicas (tanto em razão da decisão lavrada pelo STF ao julgar a ADI 4650/DF), como por força da criação do FEFC, concebido pela Lei nº. 13.487/2017, além das inúmeras alterações inseridas nas Leis nº. 9.504/97, 9.096/95<sup>472</sup> e 4.737/65, fruto da Lei nº. 13.488/17, ter-se-á uma redução de referidas

---

<sup>472</sup> Merece especial destaque a taxativa proibição de doação de pessoas jurídicas de qualquer natureza para os partidos políticos, inserida pela Lei nº. 13.488, de 06 de outubro de 2017, modificando o art. 31, II, da Lei nº. 9.096/95, que passou a ter a seguinte redação:

Art. 31. É vedado ao partido receber, direta ou indiretamente, sob qualquer forma ou pretexto, contribuição ou auxílio pecuniário ou estimável em dinheiro, inclusive através de publicidade de qualquer espécie, procedente de:  
I – Omissis;

II - **entes públicos e pessoas jurídicas de qualquer natureza**, ressalvadas as dotações referidas no art. 38 desta Lei e as provenientes do Fundo Especial de Financiamento de Campanha; (Redação dada pela Lei nº 13.488, de 2017). [grifo nosso].

práticas, o que não isenta a omissão do Congresso Nacional em não ter preenchido relevante lacuna de punibilidade tipificando o crime de caixa dois e suas variáveis.

### **5.2.3. Da necessidade de tipificação da gestão temerária de recursos do fundo partidário e adoção de regras de *compliance* no âmbito dos partidos políticos**

A fim de promover adequado combate à prática da corrupção eleitoral (*latu sensu*), além da tipificação do crime de caixa dois e da recente tipificação do crime de apropriação indébita dos recursos destinados ao financiamento eleitoral (art. 354-A do Código Eleitoral, inserido pela Lei nº. 13.488/2017), tem-se como fundamental introduzir, no âmbito dos partidos políticos, regras de controle interno e de conformidade (*compliance*), havendo melhor controle dos gastos de recursos públicos na gestão partidária.

Os partidos políticos recebem anualmente recursos do Fundo Partidário, sendo promovidos repasses pelo TSE, em quantias vultosas,<sup>473</sup> devendo prestar contas do adequado uso de referidos valores, nos termos da legislação vigente, especialmente o contido no art. 30 da Lei nº. 9.096/95<sup>474</sup> e na Resolução nº. 23.432/2014 do TSE.<sup>475</sup>

Acerca da prestação de contas pelos partidos políticos perante a Justiça Eleitoral, cita-se posicionamento doutrinário:

A prestação de contas à Justiça Eleitoral busca, acima de tudo, estabelecer mecanismos que possam evitar o abuso do poder econômico nos processos eleitorais. Por esse requisito constitucional, os partidos políticos ficam obrigados a prestar contas das doações financeiras recebidas e de todos os gastos realizados nos processos

<sup>473</sup> O valor destinado ao fundo partidário no ano de 2016 foi de R\$ 304.187.882,10, sendo distribuído de forma proporcional para 35 partidos políticos (inclusive o Partido NOVO, que neste ano recebeu recursos do Fundo Partidário pela primeira vez). Disponível em: <<http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/distribuicao-do-fundo-partidario-2016>>. Acesso em: 26 dez. 2017.

<sup>474</sup> Art. 30. O partido político, através de seus órgãos nacionais, regionais e municipais, deve manter escrituração contábil, de forma a permitir o conhecimento da origem de suas receitas e a destinação de suas despesas.

<sup>475</sup> Resolução nº 23.432/2014 – TSE - Regulamenta o disposto no Título III da Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995 – Das Finanças e Contabilidade dos Partidos.

Afirma referida Resolução em seu art. 2º, *in verbis*:

Art. 2º. Os partidos políticos, pessoas jurídicas de direito privado, e seus dirigentes sujeitam-se, no que se refere a finanças, contabilidade e prestação de contas à Justiça Eleitoral, às disposições contidas na Constituição Federal, na Lei nº 9.096, de 1995, na Lei nº 9.504, de 1997, nesta Resolução, nas normas brasileiras de contabilidade emitidas pelo Conselho Federal de Contabilidade e em outras normas expedidas pelo TSE.

Parágrafo único. As disposições desta Resolução não desobrigam o Partido Político e seus dirigentes do cumprimento de outras obrigações principais e acessórias, de natureza administrativa, civil, fiscal ou tributária, previstas na legislação vigente.

eleitorais. Na prática, porém, esse requisito acaba ficando prejudicado em decorrência de dois problemas básicos: a) o desaparecimento estrutural da Justiça Eleitoral, que não dispõe de mecanismos técnicos adequados para fiscalizar as contas dos partidos; e b) a diversidade de contribuições, muitas das quais nem sequer acabam aparecendo na contabilidade apresentada pelos partidos.<sup>476</sup>

Repise-se que, não obstante referidas obrigações e dispositivos normativos regulamentando a obrigação de prestação de contas dos partidos políticos, impende que sejam implementadas regras de *compliance* internamente nas agremiações partidárias.

Referida postura está em consonância com os Tratados Internacionais de combate à Corrupção (Convenção da ONU de Mérida e Convenção da OEA de Caracas), além de seguir uma tendência mundial de responsabilização das pessoas jurídicas por ausência de adoção de uma gestão transparente e de conformidade.

Ademais, não se pode olvidar que, com o advento da Lei nº. 12.846/2013, passou-se expressamente a exigir das pessoas jurídicas (abrangendo, inclusive, para alguns, os partidos políticos) que promovam a adoção de práticas de controle interno e de regras de conformidade, prevenindo e coibindo posturas que resvalam no cometimento da corrupção.<sup>477</sup>

Nesse sentido, deve-se estimular os partidos políticos brasileiros a adotar práticas de *compliance* eleitoral, implantando em sua estrutura interna um sistema voltado para a observância da ética e da integridade partidária, notadamente na gestão dos recursos públicos oriundos do fundo partidário, evitando a execução de atos que descambem para a corrupção, inclusive a corrupção eleitoral.

Diante de tal contexto, tem-se que a inserção de medidas e regras de *compliance* eleitoral nos partidos brasileiros se revela essencial e urgente, não só para garantir uma correta declaração da globalidade das doações recebidas por eventual campanha (adequando-a às disposições da Lei), mas também se revela importante para a realização de uma *due diligence* nos terceiros doadores, ou seja, a execução de um procedimento para verificar a origem lícita dessas doações.

---

<sup>476</sup> MEZZARROBA, Orides. **Partidos Políticos**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 30.

<sup>477</sup> “A lei anticorrupção brasileira, alinhada com suas congêneres internacionais, dispõe que a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades, assim como a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta será considerada no momento da aplicação das sanções”. VERÍSSIMO, Carla. **Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 345.

Nesse sentido, merece especial destaque o PLS nº. 60/2017, que estabelece a obrigatoriedade de normas e preceitos de *compliance* no âmbito dos partidos políticos, sendo que a responsabilização civil e administrativa da agremiação partidária não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe de ato ilícito.

Finaliza-se esta parte do trabalho afirmando a necessidade da aprovação de referidos projetos de lei inserindo-se regras de conformidade no âmbito interno dos partidos políticos, além de ser necessário tipificar uma conduta especificamente voltada para a malversação dos recursos partidários, havendo gestão temerária de uma verba de origem pública, promovendo-se a utilização de recursos do fundo partidário para fins diversos do previsto na legislação eleitoral, notadamente para a prática de condutas penais que possam configurar corrupção eleitoral.

Evidentemente que quanto menor o controle interno e de vigilância ou mais débil for referida fiscalização, ter-se-á um ambiente propício para a prática de irregularidades que foram reveladas e denunciadas, às escâncaras, nas últimas operações policiais, sendo os partidos políticos e as campanhas eleitorais utilizados como mecanismos aptos a impulsionarem o cometimento da corrupção.

O atual estágio de descrédito dos políticos e da política, associado ao volume de irregularidades descobertas nas inadequadas práticas de condução dos diretórios partidários, impelem a adoção de urgentes providências.

A omissão no enfrentamento de referidas questões implica em estímulo e favorecimento à prática da corrupção eleitoral.

#### **5.2.4. Imprescindibilidade da reforma política com a diminuição da fragmentação partidária e adequada prestação de contas dos recursos obtidos para o financiamento partidário e eleitoral**

Também já foi objeto de enfrentamento em outro momento do presente estudo a imperiosa necessidade de se promover uma verdadeira reforma política, sendo que dentre outras

questões de relevo, deve-se buscar mecanismos de redução do fracionamento ou fragmentação partidária hoje existente.

Nesse sentido acredita-se que a Emenda Constitucional nº. 97/2017 se constitui em um importante primeiro passo, sendo estabelecida a cláusula de barreira, além de critérios de desempenho partidário para validar de forma mais transparente e adequada à distribuição dos recursos do fundo partidário e acesso ao horário gratuito no rádio e televisão.

Além de referido diploma legal, impende que outras regras sejam editadas, evitando-se a proliferação partidária desprovida de qualquer preocupação ou compromisso ideológico, sendo criados partidos ou legendas de “aluguel”, fortemente envolvidos em denúncias de malversação dos recursos a que têm direito.

Espera-se que a redução dos partidos políticos com força e representatividade também impulse o combate à corrupção eleitoral, notadamente em razão de uma maior fiscalização, visibilidade e identidade a ser criada entre o eleitor e os partidos com efetiva representação no Parlamento e na sociedade civil organizada.

Indubitavelmente essas mudanças contribuirão para estancar o total descrédito partidário hoje experimentado no país, existindo inúmeras denúncias de utilização indevida dos partidos políticos na prática de corrupção, na realização de negociatas e na perpetuação de ilegalidades que tanto contribuem para o atraso político que vivenciamos.

Não por outro motivo, alguns dirigentes partidários se perpetuam à frente de referidas agremiações por anos a fio, tornando-se verdadeiros “caciques” ou “donos” das siglas partidárias.

### **5.3. O PLS 236/12 (Novo Código Penal) e a proteção deficiente da democracia ao criminalizar corrupção eleitoral com a fixação de penas desproporcionais**

Importante registrar que embora já detectado o problema da proteção jurídica deficiente para coibir a corrupção eleitoral, havendo violação ao princípio constitucional implícito da proporcionalidade, deixando vulnerável relevantes bens jurídicos que merecem tutela penal (democracia e regularidade na investidura dos cargos eletivos), o Congresso Nacional não está funcionando como caixa de ressonância da sociedade, responsável por perceber os anseios da

população brasileira que de há muito tem se movimentado no escopo de modificar a caótica legislação eleitoral do país.

Desde o advento da Lei nº. 9.840/99<sup>478</sup> que a legislação eleitoral tem sido alterada por intermédio de ampla mobilização da sociedade, apresentando projetos de lei de iniciativa popular (art. 14, III, Constituição Federal).

Idêntica prática se repetiu com a apresentação de PL que resultou na Lei Complementar nº. 135, de 04 de junho de 2010, que altera a Lei Complementar nº. 64/90 para incluir hipóteses de inelegibilidade, inclusive para os condenados criminalmente por órgão colegiado, mesmo sem o advento do trânsito em julgado, havendo especial preocupação com a vida pregressa dos candidatos, sendo batizada de “Lei da Ficha Limpa”.

Atualmente existe igual campanha popular para viabilizar a reforma política; entretanto, no projeto encetado pelo Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral, apoiado pela CNBB e pela OAB, não existe previsão de provocação do Congresso Nacional para alterar a redação ou aumentar as penas para o crime de corrupção eleitoral, estampado no art. 299 do Código Eleitoral.

O único Projeto de Lei que expressamente estabelece alterações na redação e nas penas para o delito de corrupção eleitoral é o PLS nº. 236/2012, que institui um Novo Código Penal brasileiro.

Referido desenho de lei se encontra na atualidade tramitando na Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal,<sup>479</sup> tendo sofrido grandes críticas dos estudiosos da matéria, padecendo de vários equívocos conceituais.

Não cabe no presente trabalho tracejar as críticas e os argumentos favoráveis ao projeto de Código Penal, existindo sobre a matéria fartos posicionamentos doutrinários.

Limitar-se-á a promover análise dos crimes de corrupção eleitoral ativa e corrupção eleitoral passiva, enfrentados em referido *disegno di legge*.

---

<sup>478</sup> Referido diploma altera a Lei das Eleições para combater a compra de votos, inserindo o art. 41-A da Lei nº. 9.504/97, enquadrando a conduta de captação ilícita de sufrágio, o que implica na cassação do registro ou do diploma do candidato eleito, inelegibilidade e multa.

<sup>479</sup> Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>>. Acesso em: 27 dez. 2017.

Importante inicialmente consignar que o Projeto de Código Penal (PLS nº. 236/2012) adota o princípio da codificação, incorporando no bojo da parte especial do Código Penal toda a legislação esparsa e extravagante, fazendo um enorme esforço para sistematizar e uniformizar a lei penal.

Acerca da codificação do direito penal, açambarcando os crimes eleitorais encontram-se posições doutrinárias fazendo a defesa desta sistematização,<sup>480</sup> posicionamento com o qual o autor da presente tese se filia, ou entendimentos em sentido diametralmente oposto, fazendo acerba crítica à codificação, sob o argumento de que referida legislação apresenta maior dinamicidade, necessitando de seu próprio subsistema, sobrevivendo *a latere* do Código Penal.<sup>481</sup>

O PLS nº. 236/2012 opta pela codificação, inserindo na parte especial do Código Penal todos os crimes que se encontram espalhados no ordenamento jurídico pátrio na legislação penal extravagante, inclusive os crimes eleitorais, revogando expressamente os arts. 283 a 355 da Lei nº. 4.735/65 (Código Eleitoral).

O PLS nº. 236/2012 destina o Título XI para os Crimes Eleitorais (iniciando-se com o art. 325), sendo que os arts. 335 e 336 de retrocitado PL tipificam as condutas correspondentes à prática da corrupção eleitoral ativa e da corrupção eleitoral passiva.

Reza o PLS nº. 236/2017:

Corrupção eleitoral ativa.

Art. 335. Dar, oferecer ou prometer dinheiro, dádiva ou qualquer outra vantagem, para obter o voto ou para conseguir abstenção, ainda que a oferta não seja aceita.

Pena – prisão, de dois a cinco anos.

Corrupção eleitoral passiva.

Art. 336. Solicitar ou receber, para si ou para outrem, dinheiro, dádiva ou qualquer outra vantagem, para dar o voto ou abster-se de votar.

Pena – prisão, de um a quatro anos.

<sup>480</sup> “A opção feita pelo legislador brasileiro, como já exteriorizado, não foi a mais feliz. O correto seria a previsão de todos os crimes eleitorais em alguns artigos do Código Penal, o que traria segurança jurídica e um maior controle das chamadas atividades ilícitas em matéria eleitoral”. PONTE, Antonio Carlos da. *Ob. cit.*, p. 36.

<sup>481</sup> “De qualquer forma, segundo posicionamento aqui adotado, não se sinaliza como a melhor solução a pretendida inserção dos crimes eleitorais – assim como, e.g., crimes econômicos ou atinentes a drogas ou ao meio ambiente, no interior do Código Penal. Isso porque um *Codex* se pretende, desde sua origem histórica, mais estável, com maior perenidade. Referidas legislações, a seu turno, apresentam maior dinamicidade que as regras relativas aos bens tradicionais, assim como demandam um tratamento sistematizado diferenciado de tais interesses clássicos. As contingências mutantes de eleições, a necessária remissão a regras administrativas da Justiça Eleitoral etc. indicam que o melhor caminho a seguir é o da previsão em legislação especial, isto é, fora do Código Penal”. SOUZA, Luciano Anderson de. **A reforma da legislação penal eleitoral: um necessário caminho para o aperfeiçoamento da democracia brasileira.** Revista Brasileira de Ciências Criminas, nº. 127. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 307.

Perdão judicial.

Parágrafo único. O juiz deixará de aplicar a pena ao eleitor se ficar demonstrado que este aceitou a vantagem em razão de extrema miserabilidade.

Embora salutar a divisão em tipos penais distintos, identicamente ao que ocorre no atual Código Penal, dos tipos de corrupção eleitoral ativa e corrupção eleitoral passiva, tem-se que as penas abstratamente fixadas ainda se encontram previstas em patamares considerados insuficientes e inadequadas para reprimirem tão graves condutas atentatórias ao Estado Democrático de Direito.

Com efeito, mesmo havendo alteração da pena mínima da corrupção eleitoral ativa para 02 (dois) anos, inviabilizando o benefício da suspensão condicional do processo (art. 89, Lei nº. 9.099/95), tem-se que a pena máxima fora fixada em 05 (cinco) anos, patamar muito inferior (menos da metade) da pena máxima para o crime de corrupção ativa comum, contido no art. 333 do Código Penal.

Apesar de ser difícil acreditar que o aumento da pena fixada para a prática da corrupção eleitoral, por si só, seria responsável por extirpar referido ilícito de nosso meio, entende-se ser necessário acrescer a reprimenda abstratamente cominada, estabelecendo-a nos mesmos limites fixados para o crime de corrupção contra a administração pública (arts. 317 e 333 do Código Penal), ou seja, a corrupção eleitoral deveria possuir uma pena de reclusão de 02 (dois) a 12 (doze) anos.

Apesar de não existir entusiasmo quanto ao encrudelecimento penal, entendendo-se que muitas condutas atualmente tipificadas devem, inclusive, ser descriminalizadas, voltando-se maior atenção para o direito administrativo sancionador, sustenta-se, todavia, no que tange à corrupção eleitoral, que o tratamento dispensado pelo legislador é absolutamente leniente, frouxo e sem preocupação com a lesão provocada por referidas condutas, desafiando uma interpretação constitucional.

Mesmo que não haja concordância em alçar o crime de corrupção à condição de crime hediondo<sup>482</sup> e estabelecer que a corrupção eleitoral é passível de vir a ser enquadrada na lei de

---

<sup>482</sup> Consigne-se que, dentre as já famosas “10 Medidas contra a Corrupção”, estampadas no PL nº. 4.850/2016 (Estabelece medidas contra a corrupção e demais crimes contra o patrimônio público e combate o enriquecimento ilícito de agentes públicos), avista-se a previsão dos crimes de corrupção ativa e corrupção passiva como crimes hediondos, desde que a vantagem indevida obtida ou o prejuízo para o poder público seja igual ou superior a 100

crime organizado,<sup>483</sup> entende-se que as punições atuais e as previstas no PLS 236/2012 não se apresentam suficientes, restando desprotegido relevante bem jurídico penal, não sendo observado o princípio constitucional implícito da proporcionalidade e o mandado de criminalização contido no texto constitucional.

Melhor sorte também não se verifica na previsão de punição para a corrupção eleitoral passiva, principalmente porque mantida a pena do art. 299 do Código Eleitoral, não havendo qualquer inovação para coibir o eleitor viciado que mercadeja seu voto, alimentando o nefasto esquema eleitoral que vigora em nosso país, onde alguns cargos são obtidos com a prática do abuso do poder econômico, havendo direta e clara captação de sufrágio, sendo as eleições literalmente compradas.

Servindo de arremate, cita-se estudo específico sobre as fraudes no processo eleitoral:

A política é movida a dinheiro e poder. Dinheiro compra poder, e poder é uma ferramenta poderosa para se obter dinheiro. É disso que se trata as eleições: o poder arrecada o dinheiro que vai alçar os candidatos ao poder. [...] No Brasil, não importa o Estado, a única coisa que vira o jogo é uma avalanche de dinheiro. O jogo é comprado, vence quem paga mais. Sempre foi assim e sempre será, pois os novatos que ingressam com ilusões de mudança são cooptados ou cuspidos pelo sistema.<sup>484</sup>

Dessa forma, pode-se concluir que a sugestão de mudança existente (PLS nº. 236/2012), no que diz respeito ao crime de corrupção eleitoral, continua sendo insuficiente e tímida, resultando em grave ofensa ao princípio constitucional da proporcionalidade, notadamente em razão da proteção jurídica deficiente para violação aos relevantes bens jurídicos tutelados com a tipificação da corrupção eleitoral.

No intuito de corrigir referida errônea, defende-se a apresentação de um novo projeto de lei, desta feita versando sobre os crimes de corrupção eleitoral (na modalidade ativa e na forma passiva em tipos penais distintos), devendo-se, contudo, ser estabelecida uma reprimenda no mesmo patamar existente para os crimes de corrupção ativa (art. 333, Código Penal) e corrupção passiva (art. 317, Código de Censuras), crimes contra a administração pública, vedando-se a

---

(cem) salários mínimos vigentes à época dos fatos (art. 7º do PL nº 4.850/16, inserindo-se o inciso IX no art. 1º da Lei nº. 8.072/90).

<sup>483</sup> Defendendo que o crime de corrupção eleitoral tenha tratamento rigoroso, aplicando-se os preceitos contidos na Lei de Organização Criminosa, cita-se o seguinte posicionamento: “Por fim, a última providência seria inserir a corrupção eleitoral no rol dos crimes que exige a atuação de um Direito Penal voltado ao combate à criminalidade organizada, com as modificações que exigem tal opção”. PONTE, Antonio Carlos da. *Ob. cit.*, p. 36.

<sup>484</sup> REIS, Marlon. *Ob. cit.*, p. 21.

suspensão condicional do processo (art. 89, Lei nº. 9.099/95), além de inserir outras sanções que objetivem dificultar ou inviabilizar a prática de nocivo ilícito penal eleitoral.

O tratamento leniente com a prática da corrupção eleitoral é um dos principais fatores responsáveis pelo atual desastre ético vivenciado no país, sendo inúmeros os exemplos de práticas corruptas envolvendo empresários, intermediários e a classe política, tendo como principal pano de fundo as doações para campanhas eleitorais, o loteamento dos cargos públicos para dirigentes partidários em um sistema fragmentado e completamente viciado.

#### **5.4. Da necessidade de alteração legislativa do art. 299 do Código Eleitoral evitando a proteção deficiente de relevante bem jurídico penal**

Afirmou-se no tópico 4.3 do presente trabalho que a Constituição Federal de 1988 tem especial preocupação com a proteção e tutela de determinados bens jurídicos, versando expressamente sobre os mandados de criminalização que podem ser explícitos ou implícitos, seguindo-se, inclusive, tendência vigorante nos tratados e convenções internacionais de proteção aos direitos humanos.

Após ter sido realizada a conceituação do mandado implícito de criminalização, concluiu-se como débil e insuficiente a punição hoje existente para o crime de corrupção eleitoral (art. 299 do Código Eleitoral), especialmente considerando as penas fixadas para referido delito, bem como, em razão da magnitude do bem jurídico a ser protegido.

Portanto, acredita-se que, na esteira das alterações eleitorais inseridas após a Emenda Constitucional nº. 97/17, com a inserção do art. 364-A do Código Eleitoral, apresentação do PLS nº. 60/2017 no Senado Federal e com regras claras de fiscalização do funcionamento partidário, deve-se promover a alteração do Código Eleitoral para adequar as punições destinadas à prática da corrupção eleitoral (art. 299, Código Eleitoral).

Referida providência encontra especial fundamentação na vedação à proteção jurídica deficiente, desdobramento do princípio constitucional da proporcionalidade, além de existir mandado de criminalização implícito e não atendido, implicando referida omissão legiferante em verdadeiro menosprezo e desrespeito à dignidade de sobressalente bem jurídico (lisura do pleito eleitoral e a própria democracia).

Cuida-se de buscar a legitimidade do direito penal para atender um comando constitucional, devendo o congresso nacional sair da posição letárgica e passar a legislar sobre a matéria, promovendo a alteração das reprimendas previstas no art. 299 do Código Eleitoral.

*De lege ferenda*, apresenta-se como sugestão que as penas para o crime de corrupção eleitoral sejam iguais as penas atualmente fixadas para os crimes de corrupção ativa (art. 333, Código Penal) e corrupção passiva (art. 317, Código Penal).

Consoante afirmado alhures, pagar suborno a um fiscal corrupto para evitar que venha a ser lavrado um auto de infração implica no enquadramento do empresário corruptor e do servidor público corrompido nos arts. 333 e 317 do Código Penal, com penas de reclusão de 02 a 12 anos.

Comprar votos, abusar do poder econômico, burlar a livre escolha de um mandatário que deveria ser livremente escolhido, desrespeitando as regras democráticas, implica em punição com pena de reclusão de 01 a 04 anos, cabendo suspensão condicional do processo (art. 89, Lei nº. 9.099/95).

Impressiona a omissão existente no âmbito do projeto de lei que materializa as tão propaladas “10 Medidas contra a Corrupção”, posto que não apresenta qualquer proposta no sentido de punir adequadamente a corrupção eleitoral, mesmo tendo sido ofertada proposta para aumentar as penas dos crimes de corrupção (ativa e passiva) e torná-los crimes hediondos; olvidou-se, por completo, da corrupção eleitoral (mesmo estando as contribuições/doações de campanha e o loteamento dos cargos públicos fruto da fragmentação partidária no ápice dos principais problemas de corrupção envolvendo a máquina pública, fruto das últimas operações policiais).

Infelizmente a corrupção eleitoral é um tema que não desperta maiores preocupações da doutrina, excetuadas as honrosas exceções citadas no corpo do presente estudo.

Desta forma, com amparo na valoração do bem jurídico,<sup>485</sup> que deve ser feita pelo legislador e pelos estudiosos do direito penal, e, principalmente diante da recalcitrância no

---

<sup>485</sup> “Trata-se, na verdade, de permear o direito penal por valorações, as quais, antes de tudo, revelam natureza política, devendo refletir o pressuposto político-social do próprio modelo de Estado em que se inserem, bem como as relações sociais que se desenvolvem nesse âmbito. Não é possível, portanto, pretender encontrar, a partir de uma dada norma, qual seja o bem jurídico tutelado, e sim o contrário, a saber: a partir de uma valoração político-social, estabelecer dado interesse como bem jurídico digno de proteção penal e, a partir de sua complementação por outros critérios positivos de legitimidade – tais como os princípios da ofensividade, da proporcionalidade e da

cumprimento de mandado constitucional de criminalização implícito, impende que o Congresso Nacional, urgentemente, venha a se debruçar sobre a matéria, evitando situação de flagrante inconstitucionalidade por omissão normativa.

Desde o advento da Constituição Federal de 1988 a democracia foi alçada como princípio fundante do estado democrático de direito, havendo referido déficit normativo (lacuna de punibilidade), tendo se contentado o legislador e a comunidade jurídica com a recepção do Código Eleitoral (Lei nº. 4.737/65) pelos textos constitucionais, demonstrando a jurisprudência e os inúmeros casos práticos apreciados pela Justiça Eleitoral o tratamento frouxo e benevolente com a prática da corrupção eleitoral.

Ademais, esse desinteresse do Parlamento brasileiro em corrigir grave equívoco na valoração de relevante bem jurídico e em observar o princípio da proporcionalidade na proteção jurídica deficiente, implica em inconstitucionalidade por omissão,<sup>486</sup> podendo ensejar posturas inadequadas por parte do poder judiciário, valendo-se de práticas que configuram verdadeiro ativismo judicial,<sup>487</sup> passando a usurpar atribuição exclusiva do Poder Legislativo.

Deve a mudança vir do próprio Parlamento, sendo inadequada e invasiva qualquer interpretação (valendo-se de critérios discricionários) judicial para modificar o enquadramento da corrupção eleitoral, além de esbarrar no princípio constitucional da legalidade penal (art. 5º, XXXIX, Constituição Federal).

Além disso, como anteriormente mencionado, existe lacuna de punibilidade, não se promovendo um ataque efetivo à prática da corrupção eleitoral, situação que acaba por

---

intervenção penal mínima -, definir os moldes normativos da respectiva tutela. BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Ob. cit.*, p. 383.

<sup>486</sup> “Há normas constitucionais, quer na modalidade de princípios, quer na modalidade de regras, que exigem intervenção legislativa para que possam gozar de plenitude eficaz. Trata-se das normas de eficácia limitada ou *not self-executing*, na terminologia clássica, as quais somente incidem totalmente sobre os interesses objeto de sua regulamentação após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a eficácia, conquanto tenham uma incidência reduzida e produzam efeitos secundários. Ora, um desses efeitos consiste, precisamente, no dever do legislador de editar os atos legislativos necessários à integração de suas prescrições, sob pena de se caracterizar a inconstitucionalidade por omissão”. RAMOS, Elival Silva. *Ob. cit.*, p. 182-183.

<sup>487</sup> “Por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. Não se pode deixar de registrar, mais uma vez, contudo, que o fenômeno golpeia mais fortemente o Poder Legislativo, o qual tanto pode ter o produto da legiferação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade), quanto o seu espaço de conformação normativa invadido por decisões excessivamente criativas. RAMOS, Elival Silva. *Ob. cit.*, p. 129.

estimular que referida postura espúria e antidemocrática se alastre, sendo inúmeros os exemplos de abuso do poder econômico e uso de recursos de caixa dois, além da criação do caixa três, demonstrando os recentes escândalos cuidarem-se de práticas decisivas no resultado final dos pleitos eleitorais.

O nefasto resultado dessas condutas se materializa em eleições compradas, sendo desconsiderada ou menosprezada a vontade do eleitor, transformando o sublime e revolucionário momento da escolha popular, direta e democrática por intermédio do voto em um negócio, um comércio, um jogo de cartas marcadas.

É preciso insistir nesse debate, envolvendo o Parlamento brasileiro, promovendo-se a imediata alteração do texto do art. 299 do Código Eleitoral, devendo-se, no mínimo, equiparar o crime de corrupção eleitoral aos tipos penais de corrupção ativa e passiva já delineados nos arts. 317 e 333 do Código Penal brasileiro.

#### **5.5. Proteção de direito humano fundamental. Debate internacional objetivando transformar a corrupção em crime contra a humanidade. Necessidade de melhor discussão do tema**

Afirmou-se anteriormente no bojo do presente trabalho que existe um direito humano fundamental a uma administração pública proba, ética e que respeite os princípios da legalidade, impessoalidade, eficiência, publicidade e moralidade administrativa, constituindo-se o combate à corrupção praticada de suas variadas formas, em uma bandeira de defesa dos direitos humanos.

Evidentemente que quanto maior o índice de corrupção de um determinado país, mais elevados, em regra, são os problemas enfrentados, como ausência de adequada assistência social, havendo desvio de recursos que deveriam ser destinados à educação, saúde, segurança, habitação, previdência, programas sociais, etc.

Normalmente em um país engolfado pela corrupção tem-se uma enorme dificuldade na sementeira de uma política de valorização dos direitos humanos, havendo vícios que impedem o florescimento das boas práticas, contaminando os demais subsistemas.

Explicando melhor: caso exista corrupção sistêmica na política, essa prática vai se alastrar para os demais órgãos da administração pública, contagiando a cadeia produtiva, o sistema de justiça e as demais agências do Estado.

Nesse contexto pode-se afirmar que quanto maior a corrupção praticada no âmbito de um determinado estado, maior a vulneração dos direitos humanos fundamentais, considerando “o estrago causado por essa espécie de degradação da conduta humana, provocadora dos imensos desvios de elevadas somas dos cofres públicos”.<sup>488</sup>

Os casos de corrupção penetram em diversos setores da sociedade, alastrando-se como doença contagiosa, passando a devastar as instituições, ceifando as esperanças, evitando que exsurjam práticas da boa governança na administração pública.

As condutas corruptas que atingem os Estados possuem abrangência mundial, constituindo-se o seu estudo e o desenvolvimento de métodos de combate em fonte permanente de preocupação de diversos organismos internacionais.<sup>489</sup>

É nesse contexto que insere o debate e a consequente aprovação da Convenção da OEA de combate à corrupção (Convenção de Caracas) e da Convenção da ONU de combate à corrupção (Convenção de Mérida), sendo ambos os diplomas de direito internacional entronizados no direito brasileiro, havendo elevado alcance em mencionados tratados, sendo os mesmos responsáveis por tracejarem metas e estabelecerem diversas providências a serem adotadas por todos os Estados-Parte.

Nesse diapasão é importante lembrar que a Convenção de Mérida ao abordar as medidas transnacionais preventivas anticorrupção, estabelece em seu artigo 7, parágrafos 2 e 3, que cada Estado parte deverá adotar medidas para estabelecer critérios equânimes e que valorizem a democracia, para a inscrição de candidaturas e participação de eleições periódicas para os cargos públicos eletivos, valorizando e fortalecendo a democracia, além de aumentar a transparência relativamente ao financiamento dos partidos políticos.

Pode-se, concluir, dessarte, que o combate à corrupção eleitoral consiste em defesa de direito humano fundamental, não configurando exagero afirmar que a ausência de providências

---

<sup>488</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Direitos humanos versus segurança pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 106.

<sup>489</sup> “A corrupção deixou de ser problema local para converte-se em fenômeno transnacional que afeta todas as sociedades e economias, razão pela qual se faz necessária a cooperação internacional para preveni-la e lutar contra ela”. CRETELLA NETO, José. **Curso de direito internacional penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 599.

do Parlamento brasileiro, omitindo-se na obrigação de editar normas estabelecendo a adequada sanção (proteção deficiente) para o crime de corrupção eleitoral e a ausência de tipificação do caixa dois eleitoral, implica em vulneração de bens jurídicos que atentam contra os direitos humanos, desafiando, inclusive, a possibilidade de ser provocada uma Corte Internacional.

Cuida-se de omissão que pode trazer sérias consequências ao Estado brasileiro, não só pelo fato de deixar de legislar em assunto tão relevante, como também por intensificar violação a direito humano fundamental, passível de ser apreciado pela Conselho de Direitos Humanos da ONU.

Além disso, não se pode olvidar que existe um movimento transnacional voltado para o combate à corrupção, intensificado nas últimas décadas, sustentando os organismos internacionais cuidar-se de crime contra a humanidade, notadamente nas hipóteses de configuração de corrupção sistêmica, havendo a subversão e malversação de recursos públicos em favor de um determinado grupo ou pessoa, transformando os Estados em verdadeiras cleptocracias.<sup>490</sup>

Eis tema ainda carente de estudos mais aprofundados, tendo como norte a evolução histórica dos direitos humanos fundamentais e as regras de direito comparado, entretanto, remanesce forte a corrente que aponta para a necessidade de inclusão no rol dos crimes contra a humanidade a corrupção, especialmente quando ocorrer de forma sistêmica, identificando o Estado como uma verdade cleptocracia.

A cleptocracia é devastadora ao bem-estar das pessoas. Cresce com impostos e impede a prosperidade cidadão e o desenvolvimento nacional. Desampara as propriedades privadas, encarece custos de produção, eleva preços, estimula a constante violação das leis e regras normativas, cria enorme desconfiança nos agentes públicos e em eventual planejamento futuro.

Enfim, a cleptocracia é responsável pelo atraso e pela perpetuação da miséria, razão pela qual os organismos internacionais além de desenvolverem mecanismos de prevenção às práticas corruptas, combate à lavagem de dinheiro e recuperação de ativos desviados, tem inserido esse temário na pauta dos direitos humanos, sustentando que o combate à corrupção deve ser

---

<sup>490</sup> A cleptocracia é um governo constituído de corruptos ou de ladrões. Tem origem no grego *clepto* (roubo) e *cracia* (poder). Normalmente os governos cleptocráticos são autoritários, possuem enorme burocracia e ausência de transparência, sendo representados por governantes corruptos que dispõem de recursos públicos como se fossem seu patrimônio pessoal, além de serem responsáveis por gerir países extremamente pobres, não obstante a elevada fortuna de seus dirigentes e familiares, inexistindo controle por parte do Estado.

prioridade, implicando em postura que atende e contempla a proteção e a defesa dos direitos humanos.

Nesse sentido foi apresentada a proposta de transformar a corrupção em crime contra a humanidade, sendo submetido o texto com referida propositura quando da realização da 36ª Sessão do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, promovida no último dia 11 de setembro de 2017, na sede da organização em Genebra.

Cuida-se de questão profunda, que ainda demanda estudo e investigação científica, entretanto, vários são os movimentos da comunidade jurídica internacional no sentido de inserir a corrupção como crime contra à humanidade.

Ao fazer a defesa de referido projeto (tornar a corrupção sistêmica que faz ruir governos e solapa a esperança de um povo em crime contra a humanidade, passível de vir a ser julgado pelo Tribunal Penal Internacional instituído pelo Estatuto de Roma), o alto-comissário da ONU para os Direitos Humanos, Zeid Ra'ad Al Hussein, afirmou que os escândalos recentes envolvendo o Brasil demonstram o quão pernicioso e persistente é referida prática, merecendo especial atenção da ONU e da Comissão de Direitos Humanos, notadamente por vulnerar direitos humanos fundamentais.<sup>491</sup>

Eis um outro patamar para a abordagem da questão, merecendo destaque a impossibilidade de se ignorar referida mudança de paradigma, defendendo a ONU a necessidade de inserir a corrupção no rol dos crimes contra a humanidade<sup>492</sup> que originariamente possui como interesse jurídico protegido “a ameaça à paz, à segurança e ao bem estar da comunidade internacional, que se manifesta por meio de um ataque generalizado

---

<sup>491</sup> Colhe-se do discurso de abertura proferido perante o Conselho de Direitos Humanos da ONU a seguinte passagem: “Corruption violates the rights of millions of people across the world, by robbing them of what should be common goods and depriving them of fundamental rights such as health and education or equal access to justice. Recent scandals, including very serious allegations levelled at high-ranking officials in Brazil and Honduras, have revealed how deeply corruption is embedded in all level of governance in many countries in the Americas, often linked to organized crime and drug trafficking. This undermines democratic institutions and erodes public trust. Progress towards uncovering, and prosecuting, corruption at high levels of government is an essential step forward in ensuring respect for the people's rights, including justice”. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=22041&LangID=E>>. Acesso em: 27 dez. 2017.

<sup>492</sup> “A expressão ‘crimes contra a humanidade’ geralmente conota quaisquer atrocidades e violações de direitos humanos perpetrados no Planeta em larga escala, para cuja punição é possível aplicar-se o princípio da jurisdição universal”. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O tribunal penal internacional e o direito brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 64.

(*widespread*) ou sistemático (*systematic*) aos Direitos Humanos fundamentais de determinada população”.<sup>493</sup>

O estabelecimento do rol dos crimes contra a humanidade somente foi efetivado com a promulgação e vigência do Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional.

Referido Tratado Internacional foi aprovado no Brasil por intermédio do Decreto nº. 4.388, de 25 de setembro de 2002, havendo preocupação em tipificar os crimes contra a humanidade, promovendo-se a ampliação de referido tipo delituoso, voltando-se sempre à proteção dos direitos fundamentais quando alguém é submetido a situações de constrangimentos praticados com violência, ameaça e constrangimentos, nos termos da definição contida no art. 7º, § 1º, do Estatuto de Roma do TPI.<sup>494</sup>

Registre-se que todas as condutas atentatórias à dignidade humana e aptas a configurarem crimes contra a humanidade até então existentes estão voltadas à prática de grave violência, resultando na “eliminação física de grandes contingentes populacionais civis”,<sup>495</sup> assemelhando-se ao conceito de genocídio.

Embora ainda não exista uma posição pacificada com relação ao tema, sustenta-se e defende-se que a inserção da corrupção no rol dos crimes contra a humanidade implica em uma evolução conceitual,<sup>496</sup> podendo-se afirmar que o ataque não deve ser interpretado apenas como vulneração de fronteiras e com o uso de grave violência.

---

<sup>493</sup> CRETELLA NETO, José. *Ob. cit.*, p. 325.

<sup>494</sup> “Atualmente, entende-se que os crimes contra a Humanidade apresentam as seguintes características básicas:

1. podem ser cometidos tanto em tempo de guerra quanto em tempo de paz;
2. são crimes de massa, perpetrados contra uma população civil;
3. são cometidos por agentes do Estado contra civis da mesma nacionalidade ou de nacionalidades diferentes das do Estado de origem dos criminosos;
4. além de assassinatos e extermínio, os crimes contra a Humanidade podem incluir, também, de forma isolada ou conjunta, diversas manifestações criminosas, tais como escravidão, trabalhos forçados, expulsão de pessoas de suas regiões de origem, encarceramento arbitrário, tortura, estupros em massa contra mulheres indefesas, desaparecimentos forçados, perseguição com base em leis e medidas discriminatórias e formas institucionalizadas de expressão racial”. CRETELLA NETO, José. *Ob. cit.*, p. 340-341.

<sup>495</sup> CRETELLA NETO, José. *Ob. cit.*, p. 341.

<sup>496</sup> “O conceito de crime contra a humanidade tem evoluído, fruto do amadurecimento do direito humanitário, das convenções e tratados celebrados neste âmbito, dos costumes e princípios gerais que se afirmam internacionalmente, das decisões proferidas pelos tribunais internacionais e dos estudos e escritos publicados pela doutrina. (...). Julgamos que esta autonomia se fundamenta, desde logo, no objecto de tutela destes crimes, ou, dito de outra forma, no bem jurídico-penal que através delas se visa proteger. A análise do bem jurídico protegido nos crimes contra a humanidade potencia o desenvolvimento de duas importantes vertentes do estudo do direito penal internacional: permite, a montante, fundamentar a autonomia dos crimes contra a humanidade e servir como padrão crítico na interpretação, aplicação e eventual alargamento desta categoria de crimes; participa, a jusante, na tentativa de construir uma Parte Geral do Direito Penal Internacional, esforço que tem vindo a ser desenvolvido

Qualquer violação de direito fundamental feita de forma coletiva, agredindo a dignidade da pessoa humana, pode configurar crime contra a humanidade.<sup>497</sup> Essa é a principal fundamentação teórica para que se aceite a inclusão da corrupção como crime contra a humanidade, havendo um esforço concentrado de toda a comunidade internacional por intermédio de seus organismos em seu combate.

Diante de referida evolução conceitual, aliado ao interesse da ONU em transformar a corrupção *latu sensu* em crime contra a humanidade, torna-se mais evidente a proteção jurídica deficiente (deixando-se de atender mandado implícito de criminalização), havendo expressa agressão ao princípio constitucional da proporcionalidade com relação ao tratamento dispensado para o crime de corrupção eleitoral (art. 299, Código Eleitoral), notadamente quanto às penas abstratamente cominadas, além de existir enorme malefício na ausência de tipificação (lacuna de punibilidade) do crime de caixa dois.

A não aprovação de referidos diplomas legais implica em grave descumprimento de mandado de criminalização, com a inobservância de regra expressa contida na Convenção de Mérida da ONU, resultando em flagrante vulneração a direito humano fundamental.

Evidente a urgência e relevância do temário, não se justificando a omissão do legislador brasileiro e o tratamento leniente destinado pelas autoridades públicas brasileiras e pelo Poder Judiciário Eleitoral, com relação à prática de crimes eleitorais.

A defesa de eleições livres, respeitando-se os postulados inerentes ao Estado Democrático de Direito, contribuirá, decisivamente, para medrar a cidadania, permitindo que a democracia germine em nosso país, colaborando para um maior combate à corrupção em todas as suas esferas (pública e privada), evitando-se principalmente a contaminação da administração pública, de suas agências e dos costumes republicanos.

---

por alguma doutrina”. SOUZA, Susana Aires de. **Sobre o bem jurídico-penal protegido nos crimes contra a humanidade**. Disponível em: <<http://www.defensesociale.org/xvcongreso>>. Acesso em: 28 dez. 2017, p. 6.

<sup>497</sup> “Há nos crimes contra a humanidade um fundamento colectivo que lhes concede uma ilicitude agravada perante aquele valor individual lesado; por outro lado, cada ataque dirigido a cada um daqueles bens personalizáveis constitui por si só um crime contra a humanidade. A definição do que seja a humanidade ou a dignidade humana não é tarefa acabada mas é uma conquista gradual. Como refere Mireille Delmas-Marty, aceitemos a ideia de que esta definição é em si mesmo um processo progressivo. E, na verdade, este não é um fenómeno novo: também a liberdade, hoje tida consensualmente como um valor digno de protecção jurídico-penal se foi fixando, na sua materialidade e conteúdo, ao longo de séculos”. SOUZA, Susana Aires de. *Ob. cit.*, p. 17.

## CONCLUSÕES

Ao fim e ao cabo do presente estudo que enfrentou a gravidade do problema da corrupção eleitoral, a desproporcionalidade de sua punição atual e a necessidade de alteração legislativa no escopo de estabelecer proteção jurídica adequada a vulneração de bem jurídico difuso e cujo ataque expõe à risco a própria democracia, apresentam-se as seguintes conclusões:

01. A corrupção é um fenômeno cultural com sérios desdobramentos na esfera administrativa, política e jurídica, ganhando contornos e expressão mundial, sendo responsável em grande medida pelo atraso institucional e econômico de várias nações, o que obriga o estudo e enfrentamento do tema por parte de organismos internacionais.

02. Essa atenção, aliada ao advento de diplomas normativos internacionais dos quais o Brasil é signatário (Convenção sobre o combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em transações comerciais internacionais da OCDE, Convenção Interamericana da OEA contra a Corrupção de 1996 e Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção datada de 2003), coloca o problema do combate à corrupção na ordem do dia, havendo a imperiosa necessidade de discuti-lo, aprimorar as práticas administrativas e modificar a legislação vigente, compatibilizando-a com as exigências constantes nos Tratados e Convenções que versam sobre a matéria.

03. Não se pode olvidar que referidas convenções se encontram devidamente incorporadas ao sistema jurídico brasileiro, com força de lei ordinária, exercendo forte incentivo à alteração do direito interno, permitindo a compatibilização de normas anteriormente vigentes com aludidos diplomas legais.

04. A corrupção tem sua gênese na própria formação do Estado Brasileiro, que se deu sob a égide de uma sociedade estamental e patrimonialista, destacando-se a existência de uma burocracia excessiva, com forte interferência do Estado, clientelismo político, inexistência de uma cultura de valorização à meritocracia nas investiduras dos cargos públicos, ausência de transparência nos assuntos públicos e forte confusão entre o público e o privado.

05. Esse quadro acima pintado contribui decisivamente para o verdadeiro atraso democrático atualmente vivenciado, principalmente com relação ao livre exercício do direito ao voto e à qualidade de nossa representação política.

06. Existe no Brasil enorme tolerância com a corrupção, consistindo em uma elevada cultura do “jeitinho”, inexistindo reprovação do povo as práticas visivelmente corruptas e atentatórias as regras civilizadas. Contribui essa postura da população, em sua grande maioria, para uma inadequada escolha dos representantes políticos envolvidos em escândalos e denúncias de práticas corruptas, às vezes perdurando por anos, ainda existindo um resquício da mentalidade do “rouba, mas faz”, predominando entre os eleitores.

07. Em um mundo globalizado, com a aproximação das comunicações e total interação entre as nações civilizadas, o combate à corrupção deixou de ser uma opção do Estado, passando a configurar como uma obrigação enquanto dever estatal, notadamente em razão do movimento internacional anticorrupção, sendo diversas as alterações legislativas impulsionadas diretamente por organismos internacionais, existindo sanções econômicas de elevado vulto, caso se promova o adequado cumprimento das condicionantes estabelecidas em referidos documentos transnacionais que abordam o necessário combate à corrupção.

08. Reaviva-se hodiernamente o debate da tipificação e da adequada punição da corrupção, tanto na esfera pública, como nas relações privadas, devendo as nações amoldarem sua legislação aos princípios norteadores da boa administração pública e das escorreitas relações entre as nações civilizadas.

09. No Brasil não existe a tipificação da corrupção privada, havendo nessa lacuna de punibilidade grave problema a ser corrigido pelo legislador pátrio, evitando-se que práticas corruptas nos negócios privados continuem impunes e alheias ao escrutínio do poder público, contribuindo para o fortalecimento de condutas corruptas no mundo dos negócios e no envolvimento de pessoas jurídicas privadas.

10. Volvendo ao discurso apregoado pelos organismos internacionais acerca do combate à corrupção, passou-se a defender a existência de um direito humano fundamental à boa administração e um governo imune à corrupção, com total interação entre o combate à corrupção e a proteção aos direitos humanos.

11. Nesse diapasão tem-se como relevante salientar que a busca pelo poder de forma desmesurada, sem observância de regras legais e das vedações e restrições estampadas na Constituição Federal, implica em negação dos princípios inerentes ao estado democrático de direito e na prática de condutas corruptas, inclusive na corrupção eleitoral.

12. Não obstante a realização periódica de eleições no Brasil, desde o advento da Constituição Federal de 1988, para o preenchimento dos cargos eletivos vinculados aos Poderes Executivo e Legislativo, nos três níveis federados, venha ocorrendo de forma contínua e sem sobressaltos, diversos são os vícios praticados na condução política dos processos eletivos, constatando-se verdadeiro desvirtuamento da prática política, especialmente com abuso do poder econômico, implicando em direta e inadequada intervenção no resultado final do pleito eleitoral e na vontade popular.

13. Esses problemas (eleições livres e democráticas, combate ao abuso do poder econômico, vedação às práticas corruptas e influência da corrupção no resultado do pleito eleitoral) interessam a um só tempo à ciência política, ao direito eleitoral e também – e principalmente – ao direito penal, sendo imprescindível discutir os tipos penais existentes, bem como, quais condutas exigem uma nova tipificação (lacunas normativas de punibilidade), cuidando-se de debate inadiável e extremamente relevante.

14. Merece ser destacado que a legislação eleitoral brasileira sempre se apresentou de forma lacunosa, ensejando interpretações voláteis e que não inspiram segurança jurídica, contribuindo para a sensação de instabilidade e a ausência de uma postura firme e direcionada no combate aos crimes eleitorais, na maioria das vezes considerados de pequeno potencial ofensivo (art. 61, Lei nº. 9.099/95) e passíveis de transação penal (art. 76, Lei nº. 9.099/95) ou de suspensão condicional do processo (art. 89, Lei nº. 9.099/95).

15. Nesse contexto tem-se a banalização da corrupção eleitoral, especialmente a conduta da compra de votos durante o processo eleitoral, permitindo o crime do art. 299 do Código Eleitoral a incidência do *sursis* processual previsto no art. 89 da Lei nº. 9.099/95, contrariando uma orientação constitucional.

16. Essa íntima aproximação da corrupção com a prática política tem provocado perniciosos e deletérios efeitos, sobressaindo a necessidade de adequada regulamentação do financiamento de campanhas eleitorais, especialmente para evitar a captura do político pelo poder econômico, como demonstram os últimos escândalos de corrupção relevados no país, havendo umbilical vinculação das contribuições eleitorais com a prática da corrupção (compra de apoios pagos com obras públicas e até com a edição de leis e medidas provisórias) por parte do político eleito.

17. Nesse contexto do financiamento eleitoral de campanhas e combate à corrupção eleitoral, deve-se destacar a excessiva fragmentação partidária, havendo no país hoje verdadeira banalização dos partidos políticos, existindo 35 partidos em atuação e devidamente registrados no TSE, sendo que, desse total, 26 partidos possuem representação na Câmara dos Deputados e, além disso, contam-se 70 partidos em formação com pedidos de registro regularmente protocolados perante o TSE.

18. Evidente que essa facilidade na criação de um partido político, que passa, a contar de sua existência, a usufruir de verbas públicas do fundo partidário e de tempo gratuito no rádio e na televisão (direito de antena), implica em séria dificuldade política no combate à corrupção, configurando esse exacerbado pluripartidarismo em instrumento fomentador da corrupção, especialmente ao transformar o presidencialismo de coalização em presidencialismo de cooptação, havendo uma enorme barganha em nome de uma suposta governabilidade, afrouxando os limites éticos nas negociações políticas, em verdadeiro “toma lá, dá cá”, havendo troca de cargos políticos por apoio partidário, em uma relação quase sempre perniciosa para a administração pública e a lisura na condução dos assuntos de Estado.

19. A contribuição privada para campanhas eleitorais se constituía em um foco permanente de corrupção, sobressaindo-se a prática do caixa dois eleitoral, sendo esse temário enfrentado pelo STF, quando do julgamento da ADI 4650/DF, declarando-se, por maioria, a inconstitucionalidade de dispositivos existentes na Lei nº. 9.096/95, vedando-se a realização de doação por pessoas jurídicas a partidos políticos.

20. Para buscar a diminuição da fragmentação partidária e uma adequada forma de financiamento político (afinal, a democracia, para ser materializada em um país de mais de 144 milhões de eleitores, tem um preço e custa caro), foi promulgada a Emenda Constitucional nº. 97/2017, acompanhada das Leis nº. 13.487/2017 e 13.488/2017, sendo que referidos diplomas ainda não apresentam solução para graves problemas existentes, como o preenchimento da lacuna de punibilidade com a adequada tipificação da conduta batizada como caixa dois eleitoral.

21. Além da adequada punição para o caixa dois eleitoral, que tende a diminuir com o adequado funcionamento do FEFC, regulamentado pela lei nº. 13.487/2017, deve-se inserir mecanismos de conformidade e controle interno no âmbito dos partidos políticos, estabelecendo-se regras de *compliance* para serem observadas pelas agremiações partidárias,

impondo sanções para aqueles que não se submeterem a referidos normativos, contribuindo, com isso, para o combate à corrupção e demais crimes, como a lavagem de dinheiro, por exemplo, existente no seio de algumas estruturas partidárias existentes no país, fruto de sucessivos escândalos.

22. Os recursos integrantes do FEFC e do Fundo Partidário se constituem em verbas públicas, devendo seu uso ser realizado com critérios rígidos e parcimônia, devendo-se observar os princípios da legalidade, impessoalidade e publicidade no gasto de referido recursos públicos.

23. Ser dirigente partidário não pode se converter em profissão ou fonte de receita, tampouco se deve estimular que se perpetuem os mesmos nomes na direção partidária, posto que, em se permitindo referida prática, estar-se-ia fragilizando a própria ideia dos partidos políticos e do fortalecimento da democracia.

24. A inclusão de regras de *compliance* a serem observadas pelos partidos políticos, tem-se o preenchimento de uma outra lacuna de punibilidade existente, consistindo na necessidade de tipificação do enriquecimento ilícito do agente público e do dirigente partidário, registrando-se que, embora exista essa previsão no PL 4.850/17 (“10 Medidas contra a Corrupção”), referido projeto foi apresentado com enorme açodamento e diversas imprecisões técnica na sua redação, devendo contemplar a conduta do enriquecimento ilícito não só o agente público (*strictu sensu*), como também o dirigente partidário que não comprova a fonte de suas receitas e apresenta um enriquecimento incompatível com seus rendimentos.

25. Existe uma indiscutível aproximação entre a forma como as eleições são realizadas em nosso país, com excesso de partidos políticos sem uma adequada fiscalização dos recursos recebidos, a ausência de segurança jurídica com relação aos diversos institutos jurídicos, contribuindo o Poder Judiciário Eleitoral para uma situação de volatilidade jurídica, dentre eles, o financiamento de campanhas eleitorais e os vários escândalos políticos e criminais recentemente divulgados.

26. Essa íntima relação existente entre a atuação política e a prática de ilícitos penais obriga que sejam repensadas diversas práticas políticas e eleitorais até então adotadas, não havendo qualquer ganho prático na criminalização da política e, muito menos, em se fazer vista grossa para inúmeras irregularidades que são quotidianamente executadas a cada eleição.

27. São questão sérias e absolutamente necessárias, as quais devem ser enfrentadas, demonstrando os últimos exemplos das operações policiais deflagradas e maxi-processos envolvendo o *modus operandi* da prática política-eleitoral no Brasil (“Mensalão”, Operação Lava Jato com suas diversas etapas, etc.) o envolvimento de autoridades com foro por prerrogativa de função, ex-autoridades, empresários, empreiteiros, doleiros, agentes públicos, dentre outros, demonstrando o quão anacrônica e perniciososa é a legislação eleitoral e penal sobre a matéria, além de apontar para uma cultura de desrespeito à soberania popular e o valor dos mandatos eletivos.

28. Referida situação implicou no advento de uma corrupção sistêmica na relação entre o sistema jurídico e o político, ensejando a adoção de providências, que não podem, contudo, ser realizadas de afogadilho, sem o adequado debate envolvendo a comunidade jurídica nacional e a classe política, rejeitando-se o populismo penal ou a defesa de ideias prontas que apresentam agressões às garantias fundamentais esculpidas no texto constitucional, como ocorre, por exemplo, com as “10 Medidas contra a Corrupção”.

29. Essa tentativa de resolver graves e históricos problemas sem o encaminhamento adequado tem ensejado várias decisões judiciais voluntaristas, havendo um ativismo judicial flagrante, promovendo-se a judicialização da política, debatendo-se questões políticas que deveriam permanecer no seio do parlamento, perante o Poder Judiciário, ensejando por outro vértice a politização da justiça, implicando na usurpação por parte deste de poderes constitucionais delegados normalmente ao Poder Legislativo, o que constitui terreno fértil para uma crise institucional entre os Poderes.

30. Nesse contexto tem-se como relevante e urgente promover um adequado enfrentamento da prática da corrupção eleitoral, conduta que vulnera relevante bem jurídico, constituindo-se a compra de votos (art. 299, Código Eleitoral), que na esfera cível corresponde à captação ilícita de sufrágio (art. 41-A da Lei 9.504/97), em grave ataque à democracia, merecendo uma resposta penal adequada e proporcional, não se admitindo que referido temário venha a ser tratado com leniência, como ocorre atualmente, sendo imperiosa a mudança legislativa para contemplar princípios constitucionais violados com a prática da corrupção eleitoral, observando-se adequadamente o desvalor da conduta.

31. Evidente a necessidade de adoção de posturas legislativas a serem encetadas no escopo de buscar efetivamente pôr em prática a previsão constitucional de eleições livres e

periódicas, respeitando-se a soberania popular materializada no voto direto, secreto, universal e periódico (cláusula pétrea constitucional – art. 60, § 4º, II, Constituição Federal), viabilizando a adequada alternância de poder e a regular investidura nos cargos públicos destinados aos integrantes do Executivo e do Legislativo.

32. A atual punição destinada para o crime de corrupção eleitoral implica em agressão à Constituição Federal, restando conspurcado mandado implícito de criminalização, violando-se, ainda, o princípio constitucional da proporcionalidade.

33. Os mandados de criminalização ou punibilidade podem ser expressos ou implícitos, configurando em determinação do legislador constituinte originário para o legislador ordinário no sentido de serem adequadamente regulamentadas devidas matérias, enquadrando-se a adequada punição à prática da corrupção eleitoral (art. 299, Código Eleitoral) como um mandado implícito de criminalização.

34. O princípio constitucional da proporcionalidade deve ser utilizado como critério de controle das normas penais, observando-se as suas duas vertentes em matéria penal que consistem na proibição do excesso punitivo (*ubermassverbolt*) e na vedação à proteção penal insuficiente (*untermassverbolt*).

35. A corrupção eleitoral, em razão do relevante bem jurídico tutelado, tem sido tratada de forma insuficiente, havendo urgente necessidade de alteração legislativa.

36. *De lege ferenda*, apresenta este trabalho a sugestão de imediata alteração legislativa, modificando-se as penas do crime de corrupção eleitoral, igualando-o à punição existente para os crimes de corrupção passiva (art. 317, Código Penal) e corrupção ativa (art. 333, Código Penal), especialmente por não vislumbrar qualquer justificativa ontológica para o tratamento diferenciado de referidas condutas.

37. Além do acréscimo das penas fixadas para o crime de corrupção eleitoral, deixando bem claro cuidar-se de conduta grave e atentatória ao Estado Democrático de Direito e às eleições livres, deve-se tipificar a prática da “contabilidade paralela” no âmbito dos partidos políticos (caixa dois e até caixa três eleitoral), além de estimular a utilização de regras internas de *compliance* por parte dos partidos políticos, sendo evidente que eleição não pode se converter em negócio, política em profissão, administração partidária em cargo vitalício e que a participação política de forma democrática deve ser aberta a toda a população, permitindo-se com referidas práticas que a cidadania efetivamente viceje em nosso país.

38. Relevante ainda apontar a imprescindibilidade da reforma política, devendo-se promover a diminuição da fragmentação partidária, a adequada prestação de contas dos recursos obtidos para o financiamento partidário e eleitoral (*electoral accountability*), evitando-se que se perpetuem práticas políticas nefastas, responsáveis pelo atraso institucional em que vivemos, além de evitarem o florescimento da democracia em todo o seu esplendor.

39. O combate à corrupção exsurge na atualidade como proteção de direito humano fundamental, não podendo o Brasil se furtar de continuar inserido em referido debate, sendo relevante destacar que recentemente o Conselho de Direitos Humanos da ONU passou a discutir a possibilidade de inserção do crime de corrupção, praticado de forma sistêmica, como um delito contra a humanidade, justificando a atuação das Cortes Internacionais de proteção aos direitos humanos no julgamento de referidas condutas, demandando referido temário sério estudo e aprofundamento, nos termos reivindicados pela comunidade jurídica internacional.

40. Diante de referido panorama, não se pode ignorar a força desse debate e a seriedade do assunto, sendo absolutamente vedado que se continue a tratar a corrupção eleitoral prevista no art. 299 do Código Eleitoral com leniência e frouxidão, havendo imperiosa necessidade de adoção, pelo Parlamento brasileiro, das modificações legislativas reivindicadas pela população e por toda a comunidade jurídica, nacional e internacional, não se apresentando como adequada e suficiente a resposta prevista no PLS 236/12 (Novo Código Penal), continuando a existir uma proteção deficiente da democracia ao criminalizar a corrupção eleitoral com a fixação de penas desproporcionais.

41. Reitera-se que o objetivo da presente tese não consiste em fornecer uma análise pronta e acabada sobre a relevante questão da corrupção eleitoral e do princípio constitucional implícito da proporcionalidade e a necessidade de preenchimento de lacunas normativas, vedando-se a proteção jurídica deficiente de conduta típica que impõe severas consequências para o Estado Democrático de Direito, sendo que, em verdade, o principal propósito desta investigação acadêmica é apresentar sugestões, *de lege ferenda*, no intuito de serem adotadas providências pelo Parlamento brasileiro, promovendo-se a alteração da anacrônica legislação vigente e buscando-se a correção de gravíssimo problema que vulnera a democracia brasileira, sendo responsável por inúmeros escândalos públicos.

42. Embora não se conceba o direito penal como panaceia para todos os males, entretantes, em situações efetivamente extremas (de *ultima ratio*), valer-se da norma penal,

tipificando condutas e estabelecendo sanções dentro de um critério de proporcionalidade, respeitando-se bens jurídicos tutelados, implica em cumprir determinação contida na Constituição Federal (mandados de criminalização).

43. É o que ocorre no caso da corrupção eleitoral, da punição do caixa dois e na fixação de regras de conformidade (*compliance*) no âmbito dos partidos políticos. Referidas mudanças legislativas são imposições constitucionais, não havendo qualquer justificativa para o retardo do Poder Legislativo em adotar essas providências.

44. Apresenta-se o estudo em epígrafe como um ponto de partida e não como uma linha de chegada de relevante discussão jurídica a ser travada pela academia, pelos especialistas na matéria e finalmente pelo Parlamento brasileiro, casa responsável pelas alterações pretendidas pela comunidade jurídica, inclusive internacional, e reivindicadas pela coletividade.

45. Buscar eleições justas, sem a presença do abuso do poder econômico, da compra de votos e da corrupção eleitoral, afastando o espúrio caixa dois eleitoral e as práticas antirrepublicanas desenvolvidas pelos partidos políticos, deve ser uma meta constante, contribuindo para o fortalecimento da democracia e da cidadania, permitindo que nosso país esteja em consonância com os regramentos contidos nos Tratados e Convenções Internacionais, além de cumprir os mandamentos esculpidos na Constituição Federal.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. **Presidencialismo de coalização: o dilema institucional brasileiro**. Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, p. 27, 1988.

ADVERSE, Helton; Maquiavel. AVRITZER, Leonardo et al. (Org.). 2. ed., **Corrupção: ensaios e críticas**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.

AGRA, Walber de Moura. **Financiamento eleitoral no Brasil**. Tomo de Direito Administrativo e Constitucional, maio de 2017, p. 10. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br>>. Acesso em: 30 out. 2017.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Alberto Carlos. **A cabeça do brasileiro**. 8. ed. Rio de Janeiro: Record, 2015.

ANASTASIA, Fátima; SANTANA, Luciana. Sistema político. AVRITZER, Leonardo et al. (Org.). 2. ed., **Corrupção: ensaios e críticas**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.

ARAGÃO, Murillo de. **Reforma política: o debate inadiável**. Rio de Janeiro: José Olympio, 2014.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução: Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2014.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídico**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

AVRITZER, Leonardo. **Impasses da democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

\_\_\_\_\_. Governabilidade, sistema político e corrupção no Brasil. AVRITZER, Leonardo; FILGUEIRAS, Fernando (Org.). **Corrupção e sistema político no Brasil**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

BACIGALPO, Enrique. **Principios constitucionales de derecho penal**. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1999.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais – comentários à Lei 9.613/1998 com alterações da Lei nº. 12.683/2012**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crime organizado e proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BARATA, André. Ética pública e corrupção. BIASON, Rita de Cássia. (Org.). **Temas de corrupção política**. São Paulo: Balão Editorial, 2012.

BARROS FILHO, Clóvis de; PRAÇA, Sérgio. **Corrupção: parceria degenerativa**. Campinas: Papyrus 7 Mares, 2014.

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

BAUMAN, Zygmunt. **Ética pós-moderna**. Tradução: João Resende Costa. São Paulo: Paulus, 1997.

\_\_\_\_\_. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem Jurídico-Penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BIASON, Rita de Cássia. Questão conceitual: o que é corrupção? BIASON, Rita de Cássia. (Org.). **Temas de corrupção política**. São Paulo: Balão Editorial, 2012.

BITTENCOURT, César Roberto. **Teoria Geral do Delito: uma visão panorâmica da dogmática penal brasileira**. Coimbra: Almedina, 2007.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. 8. ed., São Paulo: Paz e Terra, 2000.

\_\_\_\_\_. MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. v. I. 11. ed. Tradução: Carmen C. Varriale et al. Brasília: Editora da UnB, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BONESANA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução: Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

BOTELHO, Ana Cristina Melo de Pontes. **Corrupção política: uma patologia social**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BOURDOUKAN, Adla Youssef. **O bolso e a urna: financiamento político em perspectiva comparada**. Tese (Doutorado em Ciência Política). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

BOZZA, Fábio da Silva. **Bem jurídico e proibição de excesso como limites à expansão penal**. Coimbra: Almedina, 2015.

BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

\_\_\_\_\_. *Empresa que financia campanha eleitoral comete abuso de poder econômico*. LEITE, George Salomão et al. (Org.). **Ontem, os códigos! Hoje, as constituições**: homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2016.

BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um direito penal democrático**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CABELEIRA, Vinícius. **É necessária a tipificação do crime de “caixa 2” eleitoral?** Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano 25, n. 295, 2017.

CACICEDO, Patrick. **Democracia e processo de criminalização da corrupção no Brasil**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº. 128. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação constitucional do direito penal**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabis, 1992.

CASARA, Rubens R. R. **Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

CAEIRO, Pedro. “Quem cabritos vende e cabras não tem...” (sobre a criminalização do chamado enriquecimento ilícito). LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (org.). **Crime e política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito**. Rio de Janeiro: Editora da FGV, 2017.

CAMINHA, Pero Vaz de. **A carta do descobrimento ao rei D. Manuel**; [edição e atualização] Maria Ângela Villela. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

\_\_\_\_\_. *Pós-democracia, pós-constitucionalismo, pós-positivismo*. LEITE, George Salomão et al. (Org.). **Ontem, os códigos! Hoje, as constituições**: homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2016.

CARVALHOSA, Modesto. **Considerações sobre a Lei anticorrupção das pessoas jurídicas: Lei nº. 12.846 de 2013**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CERQUIER-MANZINI, Maria Lourdes. **O que é cidadania**. 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 2010.

CHADE, Jamil. **Política, propina e futebol:** como o “Padrão FIFA” ameaça o esporte mais popular do planeta. Rio de Janeiro: Objetiva, 2015.

CHEMIM, Rodrigo. **Mãos limpas e lava jato:** a corrupção se olha no espelho. Porto Alegre: CGD, 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CONDE, Francisco Muñoz. **Direito penal e controle social.** Tradução: Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CORDEIRO, Vinícius; SILVA, Anderson Claudino. **Crimes eleitorais e seu processo.** Rio de Janeiro: Forense, 2006.

COMISSÃO BRASILEIRA DE JUSTIÇA E PAZ – CNBB. **Vamos acabar com a corrupção eleitoral.** Roteiro para a fiscalização e aplicação da Lei 9.840. 2. ed. São Paulo: Paulinas, 2000.

CONGRESSO NACIONAL. **Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito 52/92.** Brasília: Centro Gráfico do Senado, 1992.

CORRALO, Giovanni da Silva. **Responsabilidade de prefeitos e vereadores:** comentários ao Decreto-lei 201/67. São Paulo: Atlas, 2015.

COSTA, João Francisco de Faria. Crítica à tipificação do crime de enriquecimento ilícito: plädoyer por um direito penal não iliberal e ético-socialmente fundado. LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Org.). **Crime e política:** corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

COUTO, Ronaldo Costa. **História indiscreta da ditadura e da abertura.** Brasil: 1964-1985. 3. ed. São Paulo: Record, 1999.

CRETELLA NETO, José. **Curso de direito internacional penal.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DAMATTA, Roberto. **O que é o Brasil?** Rio de Janeiro: Rocco, 2004.

DAVID, Décio Franco. Compliance e corrupção privada. GUARAGNI, Fábio André e BUSATO, Paulo César (Coord.); DAVID, Décio Franco (Org.). **Compliance e Direito Penal.** São Paulo: Atlas, 2015.

DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. **Leis Penais Especiais Comentadas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal:** parte geral. Tomo I. Questões fundamentais: a doutrina geral do crime. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editores, 2007.

DÍAZ, Carlos A. Chiara. **Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados**. Disponível em: <<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/cpcomentado/cpc37774.pdf>>. Acesso em: 03 nov. 2017.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Néelson Boeira. 3. ed. 4ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

FALCÃO, Joaquim. Reforma de uma só vez ou por etapas? FALCÃO, Joaquim (Org.). **Reforma eleitoral no Brasil: legislação, democracia e internet em debate**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. 10. ed. São Paulo: Globo, 2000.

FARIA, Alécia Alvim Machado. **Peita e suborno como delitos de corrupção no Brasil imperial (1824-1889)**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº. 131. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

FELDENS, Luciano. **A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

\_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FEOLI, Ludovico. Quarentena. AVRITZER, Leonardo et al. (Org.). 2. ed., **Corrupção: ensaios e críticas**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. Tradução: Alexander Araújo de Souza et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

\_\_\_\_\_. **Poderes selvagens: A crise da democracia italiana**. Tradução: Alexandre Araújo de Souza. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. **Diritto e ragione: teoria del garantismo penale**. 8. ed. Roma: Editori Laterza, 2004.

\_\_\_\_\_. **Los derechos e sus garantías: conversación con Mauro Barberis**. Madrid: Editorial Trotta, 2016.

FIGUEIREDO, Marcelo; GARCIA, Monica Nicida. Corrupção e direito administrativo. SPECK, Bruno Wilhelm. **Caminhos da transparência: análise dos componentes de um sistema nacional de integridade**. Campinas: Editora da Unicamp, 2002.

FOFANI, Luigi. **La corrupción nel sector privado: iniciativas internacionales y derecho comparado**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº. 81. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FONTORA, Joana; SOARES, Aline. *Transparência Internacional*. AVRITZER, Leonardo et al. (Org.). **Corrupção: ensaios e críticas**. 2. ed., Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.

FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

FURTADO, Lucas Rocha. **As raízes da corrupção no Brasil: estudos de casos e lições para o futuro**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015.

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

GALVÃO, Danyelle. **Como o crime de caixa 2 eleitoral é tratado pelo Supremo?** Disponível em: <<https://jota.info/artigos/como-o-crime-de-caixa-2-eleitoral-e-tratado-pelo-supremo-05102017>>. Acesso em: 21 dez. 2017.

GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. *Aproximação a uma teoria da corrupção*. LEITE, Alaor e TEIXEIRA, Adriano (Org.). **Crime e Política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

GRECO, Luís. *Reflexões provisórias sobre o crime de enriquecimento ilícito*. LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (org.). **Crime e política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito**. Rio de Janeiro: Editora da FGV, 2017.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **O combate à corrupção e à lei de Responsabilidade de Pessoas Jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 2015.

GÓES, Silvana Batini César. *Alterações pontuais na Lei das Eleições podem auxiliar no combate ao caixa dois*. FALCÃO, Joaquim (org.). **Reforma eleitoral no Brasil: legislação, democracia e internet em debate**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

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

\_\_\_\_\_. **Direito eleitoral**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

GOMES, Suzana de Camargo. **Crimes eleitorais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Direito eleitoral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

\_\_\_\_\_. **Crimes eleitorais e processo penal eleitoral**. São Paulo: Atlas, 2012.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos; NEVES, Edinaldo Messias das. **Considerações sobre o crime de corrupção eleitoral**. Disponível em: <[www.mpms.mp.br/portal/download.php](http://www.mpms.mp.br/portal/download.php)>. Acesso em: 11 nov. 2017.

GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade** na obra de Niklas Luhmann. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. 6. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014.

GUERRA, Sidney. **Direitos humanos: curso elementar**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini. **Teoria política do direito: a expansão política do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: RCS Editora, 2007.

\_\_\_\_\_. Dignidade humana, princípio da proporcionalidade e teoria dos direitos fundamentais. MIRANDA, Jorge; MARQUES DA SILVA, Marco Antonio (Coord). **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana**. 2. ed., São Paulo: Quartier Latin, 2009.

\_\_\_\_\_. **Teoria Processual da Constituição**. 3. ed. São Paulo: RCS Editora, 2007.

HASSEMER, Winfried. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar**. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

HAYASHI, Felipe Eduardo Hideo. **Corrupção: combate transnacional, compliance e investigação criminal**. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 27. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**. v. IX. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

\_\_\_\_\_. **Os Crimes Eleitorais**. Revista Eleitoral da Guanabara. v. 1. n. 1, 1968.

INNERARITY, Daniel. **A política em tempos de indignação: a frustração política e os riscos para a democracia**. Tradução: João Pedro George. Rio de Janeiro: LeYa, 2017.

JAPIASSÚ, Carlos Adriano. **A corrupção em perspectiva internacional**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº. 64. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

KLITGAARD, Robert. **A corrupção sob controle**. Tradução: Octavio Alves Velho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994.

LAFER, Celso. A mentira: um capítulo das relações entre a ética e a política. NOVAES, Adauto (Org.). **Ética**. 2ª reimpressão, São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.

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

LEITE, Alaor. **É necessária a tipificação do crime de “caixa 2” eleitoral?** Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano 25, n. 295, 2017.

LEITE, Glauco Costa. **Corrupção política: mecanismos de combate e fatores estruturantes no sistema jurídico brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Tradução: Antonio C. Luz. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

\_\_\_\_\_. **O direito da sociedade**. Tradução: Sérgio Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

MARTINS, José Antonio. **Corrupção**. São Paulo: Globo, 2008.

MACHADO, Martha de Toledo. **Proibições de excesso e proteção insuficiente no direito penal – A hipótese dos crimes sexuais contra crianças e adolescentes**. São Paulo: Verbatim, 2008.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

\_\_\_\_\_. **O tribunal penal internacional e o direito brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MEZZAROBA, Orides. **Partidos Políticos**. Curitiba: Juruá, 2008.

MOHALLEM, Michael Freitas. Doação ou investimento? Alternativas ao financiamento desigual de campanhas eleitorais. FALCÃO, Joaquim (org.). **Reforma eleitoral no Brasil: legislação, democracia e internet em debate**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

MOHALLEM, Michael Freitas; COSTA, Gustavo Salles da. **Crowdfunding e o futuro do financiamento eleitoral no Brasil**. Revista Estudos Eleitorais. v. 10. n. 2. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral.

MORINI, Carlo. **Corruzione elettorale: studio teórico pratico**. Milano: Fratelli Dumolard Editori, 1894.

MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

\_\_\_\_\_. **Transconstitucionalismo**. 4ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

\_\_\_\_\_. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

\_\_\_\_\_. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

NICOLAU, Jairo. **Eleições no Brasil: do império aos dias atuais**. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

\_\_\_\_\_. **Representantes de quem? os (des)caminhos do seu voto da urna à Câmara dos Deputados**. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

NIESS, Pedro Henrique Távora. **Direitos políticos: elegibilidade, inelegibilidade e ações eleitorais**. 2. ed. Bauru: Edipro, 2000.

NOONAN JR., John T. **Subornos**. Tradução: Elsa Martins. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

\_\_\_\_\_. **Direitos humanos versus segurança pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

\_\_\_\_\_. **Corrupção e Anticorrupção**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

\_\_\_\_\_. **Código Penal Comentado**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OCAMPO, Luís Moreno. **En defensa própria: como salir de la corrupción**. Buenos Aires: Sudamericana, 1993.

OLIVEIRA, Edmundo. **Crimes de corrupção**. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PERGORARO, Olinto. **Ética dos maiores mestres através da história**. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

PICOTTI, Lorenzo. **L'evoluzione dela legislazione penale italiana contro la corruzione**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 134. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

PIERANGELLI, José Henrique. **Crimes contra a propriedade industrial e crimes de concorrência desleal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. **Códigos penais do Brasil: evolução histórica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PIMENTEL FILHO, André. **(Uma) teoria da corrupção: corrupção, estado de direito e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

PONTE, Antonio Carlos da. **Crimes Eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2008.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional público e privado**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

PRAÇA, Sérgio. **Guerra à corrupção: lições da Lava Jato**. São Paulo: Évora, 2017.

PRADO, Luiz Regis. **Tratado de direito penal brasileiro: parte especial**. v. VII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PRADO, Luiz Régis; CASTRO, Bruna Azevedo de. **Delito licitatório e bem jurídico-penal: algumas observações**. Revista dos Tribunais, nº. 957. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

QUANDT, Gustavo de Oliveira. O crime de corrupção e a compra de boas relações. LEITE, Alaor e TEIXEIRA, Adriano (Org.). **Crime e Política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RANCIÈRE, Jacques. **O ódio à democracia**. Tradução: Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2014.

REBELLO, Maurício Michel. **A fragmentação partidária no Brasil: visões e tendências**. 36º Encontro Anual da ANPOCS. AREA: GT10 - Estudos legislativos, São Paulo, 2012.

REIS, Marlon. **O nobre deputado: relato chocante e verdadeiro de como nasce, cresce e se perpetua um corrupto na política brasileira**. Rio de Janeiro: LeYa, 2014.

ROCHA, Patrícia Barcelos N. de Mattos. **Corrupção na era da globalização**. 3ª reimp. Curitiba: Juruá, 2011.

RODRIGUES, Roberto. **Lei de Gérson**. O Estado de S. Paulo, São Paulo, 17 ago. 2017.

ROMEIRO, Adriana. **Corrupção e poder no Brasil**: uma história, séculos XVI a XVIII. Belo Horizonte: Autêntica, 2017.

ROSE-ACKERMAN, Susan. **La corrupción y los gobiernos**: causas, consecuencias y reforma. Madrid: Siglo XXI Editores, 2001.

ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. Tradução: Luís Greco. GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar**. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SAAD-DINIZ, Eduardo; MARCOANTONIO, Jonathan Hernandes. Financiamento corporativo de campanha eleitoral: controle, transparência e integridade. **Boletim do IBCCRIM**, ano 23, n. 266, 2015.

SALVADOR, Frei Vicente do. **História do Brasil**. Primeira edição datada de 1627.

SANTOS, Christiano Jorge. **Crimes de preconceito e de discriminação**: análise jurídico-penal da Lei N.7.716/89 e aspectos correlatos. São Paulo: Max Limonad, 2001.

SANTOS, Luciano Caparroz Pereira dos; TELLES, Olívia Raposo da Silva. **Lei da ficha limpa**: interpretação jurisprudencial. São Paulo: Saraiva, 2014.

SANTOS, Luiz Alberto dos et al. Contratação e nepotismo. SPECK, Bruno Wilhelm (Org.). **Caminhos da transparência**: análise dos componentes de um sistema nacional de integridade. Campinas: Editora da Unicamp, 2002.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à consciência universal. 10. ed. Rio de Janeiro: Record, 2003.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. Democracia. AVRITZER, Leonardo et al. (Org.). **Corrupção**: ensaios e críticas. 2. ed., Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.

SARMENTO, Daniel; OSÓRIO, Aline. **Uma mistura tóxica**: política, dinheiro e o financiamento das eleições. Direitos, Democracia e República: escritos de direito constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

SBARDELOTTO, Fábio Roque. **Direito penal no estado democrático de direito**: perspectivas (re)legitimadoras. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHILLING, Flávia. **Corrupção**: ilegalidade intolerável? – Comissões Parlamentares de Inquérito e a luta contra a corrupção no Brasil (1980-1992). São Paulo: IBCCRIM, 1999.

SILVA, Henrique Neves da. **O saldo da reforma eleitoral: as regras para as eleições de 2018**. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/e-leitor/o-saldo-da-reforma-eleitoral-09102017>>. Acesso em: 30 out. 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. **Comentário contextual à constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus-Maria. **A expansão do direito penal**. Tradução: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, n°. 798. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **A ideia penal sobre a corrupção no Brasil: da seletividade pretérita à expansão de horizontes atual**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n°. 89. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal Supra-Individual: Interesses difusos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015.

SOUZA, Luciano Anderson de. **A reforma da legislação penal eleitoral: um necessário caminho para o aperfeiçoamento da democracia brasileira**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n°. 127. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SOUZA, Susana Aires de. **Sobre o bem jurídico-penal protegido nos crimes contra a humanidade**. Disponível em: <<http://www.defensesociale.org/xvcongreso>>. Acesso em: 28 dez. 2017.

SPECK, Bruno Wilhelm. Caminhos da transparência. SPECK, Bruno Wilhelm (Org.). **Caminhos da transparência: análise dos componentes de um sistema nacional de integridade**. Campinas: Editora da Unicamp, 2002.

\_\_\_\_\_. O financiamento político e a corrupção no Brasil. BIASON, Rita de Cássia (Org.). **Temas de corrupção política**. São Paulo: Balão editorial, 2012.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. **A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais**. Revista da AJURIS, n°. 97. Porto Alegre: Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, 2005.

SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco: versão sem cortes**. 1ª reimp. Tradução: Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

TOCQUEVILLE, Alexis. **A democracia na América**. Tradução: Neli Ribeiro da Silva. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

TUDISCO, Manoella Guz. **Bem jurídico difuso e crimes ambientais**. Revista Jurídica ESMP-SP, v. 10. São Paulo, 2016.

VASCONCELOS, Frederico. **Juízes no banco dos réus**. São Paulo: Publifolha, 2005.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. **Elementos de Direito Eleitoral**. São Paulo: Saraiva, 2009.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O controle do Devido Processo Legislativo pelo Supremo Tribunal Federal. COSTA, José Faria; MARQUES DA SILVA, Marco Antônio. (Coord.). **Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

VIEIRA, Antonio. **Sermões**. Organização: Alcir Pécora. São Paulo: Hedra, 2014.

TRINDADE, André. **Para entender Luhmann e o direito como sistema autopoietico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

WEBER, Max. **Ciência e política: duas vocações**. Tradução: Leônidas Hagenberg. 18. ed. São Paulo: Cultrix, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Derecho Penal: Parte General**. 2. ed. Buenos Aires: Ediar Editora, 2002.