

ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS
MESTRADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

SAMUEL SGANZERLA

O CRIME DE CORRUPÇÃO ELEITORAL:
BEM JURÍDICO, OFENSIVIDADE E SEUS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS

Porto Alegre
2017

PÓS-GRADUAÇÃO - *STRICTO SENSU*



Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul

SAMUEL SGANZERLA

O CRIME DE CORRUPÇÃO ELEITORAL:
BEM JURÍDICO, OFENSIVIDADE E SEUS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Ciências Criminais

Orientador: Prof. Dr. Paulo Vinícius Sporleder de Souza

Porto Alegre

2017

Ficha Catalográfica

S523 Sganzerla, Samuel

O crime de corrupção eleitoral : bem jurídico, ofensividade e seus fundamentos constitucionais / Samuel Sganzerla . – 2017.
138 f.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Vinícius Sporleder de Souza.

1. Direito penal. 2. Bem jurídico. 3. Ofensividade. 4. Corrupção eleitoral. 5. Direito eleitoral. I. Souza, Paulo Vinícius Sporleder de. II. Título.

Elaborada pelo Sistema de Geração Automática de Ficha Catalográfica da PUCRS com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

SAMUEL SGANZERLA

O CRIME DE CORRUPÇÃO ELEITORAL:
BEM JURÍDICO, OFENSIVIDADE E SEUS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Ciências Criminais

BANCA EXAMINADORA:

Orientador: Prof. Dr. Paulo Vinícius Sporleder de Souza
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Brasil

Examinador: Prof. Dr. Luciano Feldens
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Brasil

Examinador: Prof. Dr. Daniel Brod Rodrigues de Sousa
Universidade Federal de Pelotas – UFPEL - Brasil

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, por ser o mais importante, agradeço aos alicerces da minha vida, àqueles que me ensinaram tudo de melhor que já aprendi nesta caminhada, aos que sempre me deram incondicionalmente todo o amor e o suporte necessários para concretizar todos os sonhos que já alcancei: meus queridos pais e minha amada irmã, José, Marcia e Júlia.

Da mesma forma, agradeço ao meu orientador, Professor Paulo Vinícius Sporleder de Souza, pela referência que se tornou neste processo, pela paciência com que me guiou, pelos diálogos descontraídos e inteligentes, pelas indicações de leitura e pela horizontalidade, respeito e simpatia que com naturalidade trata a todos.

Agradeço também aos amigos do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS e aos profissionais da área do direito com que convivi no período do mestrado, pelo coleguismo, pela camaradagem, pela troca de conhecimento que nos faz crescer e pela solidariedade.

Citar nomes é sempre o risco de cometer injustiças, mas não poderia deixar de agradecer especialmente aos amigos Antônio Martins-Costa, Eduardo Jobim, Marcelo Buttelli, Lucas Lazari e Márcio Augusto Paixão, pelo auxílio, pelas incontáveis horas de conversas e discussões que contribuíram para este trabalho e, claro, pela grande amizade.

Por último, mas obviamente nem um pouco menos importante, agradeço à Daniela pelo amor, pelo apoio nos momentos difíceis, pela paciência, pelo companheirismo felizmente incorrigível e por ter dado um novo sentido a tudo.

RESUMO

A presente dissertação se propõe a examinar do delito de corrupção eleitoral a partir da perspectiva do crime como ofensa a bens jurídicos. Para tanto, o estudo se volta, num primeiro momento, aos aspectos pertinentes aos conceitos de bem jurídico e de ofensividade, a fim de delimitar o panorama sobre o qual se desdobra o exame na questão específica. Posteriormente, trabalha-se acerca dos fundamentos constitucionais e materiais dos direitos políticos e do direito eleitoral em nosso ordenamento jurídico, especialmente no que atinente a Estado de Direito, democracia, princípio democrático, sufrágio, soberania popular, cidadania, uma vez que imprescindíveis para compreender os bens jurídicos tutelados por tais institutos e, a partir de então, a natureza do crime de corrupção eleitoral e seu objeto de tutela penal. Por último, analisa-se de forma mais específica o delito selecionado, com as finalidades de discorrer acerca de sua base dogmática e de identificar o(s) bem(ns) jurídico-penal(is) protegido(s) pela norma tipificada e da relevância do conceito de ofensividade na espécie.

Palavras-chave: direito penal, bem jurídico, ofensividade, corrupção, direito eleitoral, corrupção eleitoral, Estado de Direito, democracia, princípio democrático, soberania popular, sufrágio, direitos políticos.

ABSTRACT

The present dissertation proposes to examine the crime of electoral corruption from the perspective of crime as an offense to legal interests. In order to do so, the study turns, in the first instance, to the aspects pertinent to the concepts of legal interest and offensiveness, in order to delimit the panorama on which the examination in the specific question unfolds. Subsequently, it works on the constitutional and material foundations of political rights and electoral law in our legal system, especially regarding the rule of law, democracy, democratic principle, suffrage, popular sovereignty, citizenship, since they are essential to understand the legal interests protected by such institutes and, from then on, the nature of the crime of electoral corruption and its object of criminal protection. Finally, a more specific analysis is made of the selected crime, with the purpose of discussing its dogmatic basis and of identifying the criminal-legal interest(s) protected by the standard and the telelevance of the concept of offensiveness on the species.

Keywords: criminal law, legal good, offensiveness, corruption, electoral law, electoral corruption, rule of law, democracy, democratic principle, popular sovereignty, suffrage, political rights.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	9
1	BEM JURÍDICO E OFENSIVIDADE.....	12
1.1	BEM JURÍDICO.....	12
1.1.1	<i>O CONCEITO DE BEM JURÍDICO COMO FUNDAMENTO LEGITIMADOR DO HORIZONTE DE PROJEÇÃO DO ILÍCITO-TÍPICO.....</i>	12
1.1.2	<i>ORIGENS PARA A CONCEPÇÃO DA(S) TEORIA(S) DO BEM JURÍDICO.....</i>	15
1.1.3	<i>TEORIA(S) DO BEM JURÍDICO: REFLEXÕES DOGMÁTICAS.....</i>	17
1.1.4	<i>BENS JURÍDICOS SUPRAINDIVIDUAIS.....</i>	27
1.2	OFENSIVIDADE.....	32
1.2.1	<i>ASPECTOS GERAIS SOBRE O CONCEITO DE OFENSIVIDADE NA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL.....</i>	32
1.2.2	<i>SOBRE O FUNDAMENTO POSITIVO DA OFENSIVIDADE E SUA FUNÇÃO COMO PRINCÍPIO ESTRUTURANTE DA ORDEM CONSTITUCIONAL.....</i>	38
1.2.3	<i>A DUPLA FEIÇÃO DA OFENSIVIDADE: JURE CONDENDO E JURE CONTIDIO.....</i>	43
1.2.4	<i>COMPREENSÃO DO CRIME COMO OFENSA A BENS JURÍDICOS: RELAÇÃO COM O TEXTO CONSTITUCIONAL E A NOÇÃO DE BEM JURÍDICO-PENAL A PARTIR DA OFENSIVIDADE.....</i>	45
1.3	PRIMEIRAS OBSERVAÇÕES ACERCA DO BEM JURÍDICO E DA OFENSIVIDADE NO CRIME DE CORRUPÇÃO ELEITORAL.....	51
2	FUNDAMENTOS MATERIAIS E CONSTITUCIONAIS DO CRIME DE CORRUPÇÃO ELEITORAL.....	52
2.1	ESTADO DE DIREITO E PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO.....	52
2.2	SOBERANIA POPULAR E DEMOCRACIA REPRESENTATIVA.....	57
2.3	POVO, CIDADANIA, INDIVIDUALISMO E IGUALITARISMO.....	64
2.4	JUSTIFICAÇÃO E LEGITIMAÇÃO DO EXERCÍCIO DO PODER ESTATAL: A DEMOCRACIA COMO SISTEMA LEGITIMANTE E O SUFRÁGIO COMO INSTRUMENTO QUE CONFERE LEGITIMIDADE À DEMOCRACIA.....	72
2.5	O CONTEXTO BRASILEIRO.....	77
2.6	A CONSAGRAÇÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS E DO SUFRÁGIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	83
3	O CRIME DE CORRUPÇÃO ELEITORAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	86
3.1	A TUTELA PENAL DOS DIREITOS POLÍTICOS NO BRASIL E O CRIME DE CORRUPÇÃO ELEITORAL.....	86

3.2	O INJUSTO TÍPICO DA CORRUPÇÃO (ELEITORAL): ESTRUTURA TÍPICA DA CORRUPÇÃO ELEITORAL E AS (DES)SEMELHANÇAS COM OS CRIMES DE CORRUPÇÃO ATIVA E PASSIVA.....	96
3.3	A NATUREZA JURÍDICA DOS CRIMES ELEITORAIS E DA CORRUPÇÃO ELEITORAL.....	99
3.4	OS BENS JURÍDICO-PENAIIS TUTELADOS PELOS CRIMES ELEITORAIS E O DELITO DE CORRUPÇÃO ELEITORAL.....	104
3.5	OFENSIVIDADE NO CRIME DE CORRUPÇÃO ELEITORAL.....	111
	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	119
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	130

INTRODUÇÃO

O presente estudo nasce de questionamentos que surgem sobre o crime de corrupção eleitoral e dos aspectos inerentes à sua tipificação e ao âmbito de incidência da norma punitiva, a partir da delimitação de seu horizonte de projeção. Ao longo deste trabalho, buscar-se-á tratar do referido delito a partir da compreensão do como crime como ofensa a bens jurídicos penalmente tutelados, a fim de justificar e legitimar, com fundamento nos alicerces do Estado Democrático de Direito, a atuação do aparato repressivo em casos da espécie.

De início, cabe salientar que o fenômeno da corrupção se dissipa nas mais diversas formas de relação humana em sociedade, constituindo-se sob uma forma ímpar de complexidade – no sentido, como dito por EDGAR MORIN¹, de que é capaz de reunir, de contextualizar, de globalizar, mas que, ao mesmo tempo, é dotado da capacidade de reconhecer o singular, o individual, o concreto. O recorte metodológico estabelecido neste estudo, todavia, se debruça sobre a corrupção intimamente ligada ao exercício do voto, que constitui um dos principais marcos para a democracia representativa – se não elemento estrutural e de legitimação desta.

Em nosso país, o enfoque de observação sobre o fenômeno da corrupção, hoje, dá-se, precipuamente, sobre os agentes políticos (mais do que sobre os funcionários públicos como um todo), não raro denominada de "classe política" – vide os insuflados discursos cotidianos sobre como esta causa inúmeros e diversos prejuízos à sociedade. Isso, evidentemente, acaba por deslocar a atenção (e o juízo de reprovação) também para o processo eleitoral, uma vez que tais agentes são, em verdade, ocupantes de cargos eletivos.

Nesse aspecto, surge a provocação de averiguar o ideário comum que paira sobre a corrupção praticada por e com relação a agentes políticos no âmbito das eleições. O crime de corrupção eleitoral, tipificado no artigo 299 do Código Eleitoral (Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965), envolve o aspecto da "negociação ilícita" que ocorre entre o candidato a cargo político e o eleitor, trazendo consequências não

¹ MORIN, Edgar; LE MOIGNE, Jean Louis. **A inteligência da complexidade**. São Paulo: Petrópolis, 2000, pp. 205 e seguintes.

somente para o processo eleitoral, mas para a própria composição do poder político estatal.

E não apenas isso: é preciso refletir sobre a natureza e a consistência do instituto do sufrágio, enquanto direito basilar da cidadania, e a afetação que estes sofrem com a conduta delitiva analisada. Afinal, como refere ROBERT DAHL², "*Mais do que qualquer outro aspecto, o sufrágio universal distingue a moderna democracia representativa de todas as outras democracias*". De tal forma, não é possível analisar a conduta recriminada somente pelo aspecto funcional-utilitarista, bastante em voga atualmente, razão pela qual se recorre à compreensão do crime como ofensa a bens jurídico-penais, que também tem ganhado forças na doutrina penal.

Para tanto, será necessário discorrer, num primeiro momento, acerca dos elementos teórico-dogmáticos que permeiam as compreensões sobre o bem jurídico e a ofensividade. Mais do que instrumentos desenvolvidos pela ciência do Direito Penal para o exame dos fenômenos inerentes à teoria do delito, trata-se de importantes conceitos que balizam o espaço circundante das normas incriminadoras, para, ao mesmo tempo em que conferem sólida fundamentação para a criação e aplicação de institutos repressivos, moldarem estes à lume dos princípios basilares do direito penal democrático.

Sobre o bem jurídico, trabalhar-se-á, na parte inicial do primeiro capítulo, sobre as principais teorias que circundam este importante conceito, enquanto fundamentador do horizonte de projeção do ilícito típico. De tal maneira, posteriormente será necessário aferir as origens para a concepção de tais teorias, bem como expor as reflexões existentes na dogmática penal acerca daquelas. Ainda, será trazida a tona a questão dos bens jurídicos supraindividuais, que dialogam com o cerne do presente trabalho.

Na sequência, já na metade final do primeiro capítulo, observar-se-ão os aspectos gerais sobre o conceito de ofensividade na dogmática jurídico-penal. Obrar-se-á, também, sobre o fundamento positivo da ofensividade, enquanto função de princípio estruturante da ordem constitucional, a orientar a dupla feição que aquela assume: a produção e a aplicação das normas penais nos casos concretos. A partir

² DAHL, Robert. **Sobre a democracia**. Brasília: Universidade de Brasília, 2001, p. 100.

disso, será possível examinar a compreensão do crime como ofensa a bens jurídicos dignos de tutela penal, a partir de sua relação com o texto constitucional.

Colocadas essas questões da dogmática penal, no segundo capítulo se necessitará trabalhar sobre os fundamentos materiais e constitucionais dos direitos políticos e do direito eleitoral, a fim de identificar quais são os bens jurídicos que as normas que os compõem visam tutelar – inclusive no âmbito penal. Para tanto, uma vez que se está a tratar de crime que diz respeito ao exercício do direito de votar e de ser votado, será preciso revisitar questões básicas do Estado de Direito, do princípio democrático e da democracia representativa.

Para tanto, será preciso, da mesma forma, revisitar e verificar conceitos que são ínsitos aos elementos acima citados, como soberania popular, povo, cidadania, sob os aspectos que compõem a política contemporânea – em especial, a relação de tensão entre individualismo e igualitarismo. Com isso, possibilitar-se-á averiguar a importância do sufrágio como instrumento que confere legitimidade à democracia e esta como a legitimação do exercício do poder estatal. A partir de então, começar-se-á, dentro do contexto brasileiro, a identificar precisamente o que são os direitos políticos e a importância de sua tutela.

Ao final, no terceiro capítulo, serão examinadas as questões próprias ao crime de corrupção eleitoral, a partir da verificação da tutela penal dos direitos políticos. Em seguida, verificar-se-á, também a forma sobre a qual se estrutura o tipo penal da corrupção eleitoral e as suas (des)semelhanças com os crimes de corrupção ativa e passiva, bem como a natureza jurídica dos delitos eleitorais. Isso possibilitará, num posterior momento, identificar os bens jurídicos penalmente tutelados pelo crime de corrupção eleitoral, bem como, enfim, verificar a proposta de aferição da ofensividade nas condutas que se subsumem àquele tipo, e o dano ou perigo de dano que oferecem a tais bens jurídicos.

1. BEM JURÍDICO E OFENSIVIDADE

1.1 BEM JURÍDICO

1.1.1 *O CONCEITO DE BEM JURÍDICO COMO FUNDAMENTO LEGITIMADOR DO HORIZONTE DE PROJEÇÃO DO ILÍCITO-TÍPICO*

A primeira questão posta no presente trabalho nasce de uma provocação comum: o pensar paradoxal, nas ciências criminais contemporâneas, sobre o crescimento do poder punitivo – em seus mais variados aspectos – ao mesmo tempo em que os postulados enunciados pela dogmática jurídico-criminal buscam limitá-lo, como consequência da aferição dos pressupostos teóricos que lhe conferem legitimidade. É dizer: se por um lado a produção legislativa na matéria criminal cresce constantemente – por diversas razões –, a dogmática penal que se debruça sobre ela tende a (de)limitar o seu campo de atuação, freando o ímpeto trazido pela política criminal, quando aquele caminho é a opção escolhida.

Assim, um dos aspectos essenciais da ciência jurídico-penal contemporânea é procurar fundamentos axiológicos, teleológicos, empíricos, racionais, enfim, embasamentos que dêem legitimidade à incidência do poder punitivo. Nesse aspecto, conforme leciona RAQUEL LIMA SCALCON³, é de suma relevância trazer ao debate o cerne essencial acerca da questão do Direito Penal, ou seja, distinguir entre *por que o Direito Penal deve existir* e *para que deve servir o Direito Penal*, bem como as razões ou justificativas que o legitimam. Essa diferenciação é importante, pois visa a demonstrar toda a perspectiva sistemática adotada por duas visões distintas acerca do sistema punitivo.

A retromencionada autora, utilizando-se dos ensinamentos do jusfilósofo português ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, explicita que um direito penal que emprega uma metodologia calcada no *fundamento* tem por base um juízo sobre a validade

³ SCALCON, Raquel Lima. **Ilícito e pena**: modelos opostos de fundamentação do direito penal contemporâneo. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2013, pp. 05-06.

acerca da existência do Direito Penal, valendo-se de uma perspectiva axiológica (valorativa, a partir de princípios do ordenamento jurídico que regem o ordenamento jurídico) e autônoma (relativa a valores que integram o sistema, e não a fins que lhes são externos) e de temporalidade retrospectiva. Por outro lado, a compreensão metodológica que parte da *função* lança mão de um juízo de oportunidade ou de conveniência acerca dos efeitos e dos fins do Direito Penal, vale-se de uma perspectiva pragmática e heterônoma (no sentido oposto a *axiológica* e *autônoma*) e pertence ao tempo futuro (prospectiva)⁴.

Tomadas essas considerações iniciais, RAQUEL LIMA SCALCON exemplifica com dois modelos que se enquadram em cada uma das duas abordagens metodológicas distintas. Em relação ao primeiro (fundamento), desponta a compreensão do crime como ofensa a bens jurídicos com dignidade penal; quanto ao segundo, a teoria funcionalista do delito⁵.

No que diz respeito à compreensão funcionalista do direito penal, despontam como seus principais teóricos dois juristas alemães, que são os principais referenciais teóricos dessa compreensão na atualidade: CLAUD ROXIN e GÜNTHER JAKOBS. O primeiro jurista procura elaborar sua teoria do delito sob a perspectiva da política criminal, ou seja, que os fins reitores do sistema em seu conjunto, assim como a elaboração dos institutos jurídicos em particular, devem ser de corte político criminal⁶, considerando que incumbe ao direito penal a “*proteção subsidiária de bens jurídicos*”⁷; o segundo, por sua vez, assevera que a funcionalidade da pena não é a proteção de um bem jurídico, mas a vigência da norma⁸.

Explicita-se, por primeiro, que CLAUD ROXIN tem encontrado maior respaldo sobre a doutrina pátria. Seus ensinamentos acerca da teoria teleológico-funcional do crime denotam, num primeiro momento, que tal compreensão também lança mão de

⁴ SCALCON, Raquel Lima. **Ilícito e pena** (...), pp. 06-10.

⁵ *Ibidem*, pp. 10-11.

⁶ ROXIN, Claus. **La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 58.

⁷ Nesse sentido, ver: ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 1997, pp. 51 e ss; e ROXIN, Claus. **La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 21.

⁸ Nesse sentido, ver: JAKOBS, Günther. O que protege o direito penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma? *In: Direito penal e funcionalismo*. CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, pp. 39-41 e 48-51.

um conceito de bem jurídico. É válido ressaltar, conforme é assente no âmbito acadêmico, que o funcionalismo compreende múltiplas correntes, mas, na sua essência, representa o pensamento de que *“a construção do sistema jurídico penal não deve vincular-se a dados ontológicos (ação, causalidade, estruturas lógico-reais, entre outros), mas sim orientar-se exclusivamente pelos fins do direito penal”*⁹.

Para o jurista alemão, a tarefa do Direito Penal se situa na proteção da liberdade e da seguridade social do indivíduo, assim como as condições de existência da sociedade – o pressuposto de cada sanção penal não surge da contravenção à normal moral, mas de um dano à sociedade não evitável de outro modo. O papel que assume o Direito Penal é limitado à *“proteção subsidiária de bens jurídicos”*, restringindo consideravelmente o âmbito de atuação do castigo¹⁰.

A despeito de bem denotar o papel que o bem jurídico também carrega na teoria funcionalista de CLAUS ROXIN, a presente pesquisa opta pela compreensão de crime como ofensa a bens jurídicos. Tal posicionamento parte da idéia de que é necessário procurar um elemento que fundamente a razão de ser do direito penal, mormente para buscar uma melhor compreensão da incidência da norma penal na seara eleitoral.

Todavia, é preciso, de início, buscar um aprofundamento teórico sobre o conceito – ou noção – de bem jurídico, necessitando abstrair dos debates sobre as distintas compreensões. Elas são extremamente relevantes para as ciências criminais, mas, por ora, é preciso aprofundar sobre o conceito essencial que permeia esta pesquisa.

1.1.2 ORIGENS PARA A CONCEPÇÃO DA(S) TEORIA(S) DO BEM JURÍDICO

⁹ ROXIN, Claus. *Strafrecht - Allgemeiner Teil*, Vol. I, 3ª edição, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung: München, 1997, *apud* GRECO, Luís. **Introdução à dogmática funcionalista do delito**. Disponível em: << <http://pt.scribd.com/doc/56829036/ARTIGO-LUIS-GRECO>>>. Acesso em 10 de novembro de 2014.

¹⁰ ROXIN, Claus. **La evolución de (...)**, p. 21.

No decorrer da história da civilização ocidental, a partir do século XVII inicia-se um processo de transformações de caráter científico, cultural, teológico, histórico, que vem a mudar as concepções, as relações e o sentir do ser humano com o universo. Este fenômeno, descrito na narrativa de FRANKLIN LE VAN BAUMER¹¹, é marcado por inúmeras mudanças na ideia de *devir* em detrimento a do *ser* e na posição do homem como *indivíduo* frente ao mundo, caracterizando o que os historiadores costumam chamar de *Modernidade*. Como afirma FABIO ROBERTO D'AVILA, “a modernidade surge e se afirma na desagregação do pensamento medieval”¹².

As investigações científicas de Isaac Newton, Galileu Galilei, Nicolau Copérnico, tais como as concepções filosóficas de René Descartes e Francis Bacon, influíram de modo decisivo na mudança do pensamento ocidental, alterando os fundamentos da cosmovisão do *medievo*¹³. Conseqüentemente, essas transformações que mudaram o modo de ver o mundo e afetaram a todas as ciências, abarcaram igualmente o pensar no direito penal. Aliás, na contemporaneidade, da dita sociedade do risco, da complexidade, as profundas mudanças que marcam os tempos e influem na realidade social têm efeito relevante no direito penal, mostrando, como afirmou FABIO ROBERTO D'AVILA, “a sua meritória condição de ciência aberta a seu tempo”¹⁴.

Diante de tal cenário, o pensamento moderno influenciou as mais diversas áreas do saber. No campo das ciências penais, iniciou-se um gradual (e ainda contínuo) processo de *laicização* do poder punitivo. A ascensão do iluminismo implicou na busca por separar o paradigma do fenômeno criminal até então existente, no qual o crime se confundia com o pecado – o que implica em afetação substancial ao paradigma então presente do pensar no Direito Penal.

¹¹ BAUMER, Franklin Le Van. **O pensamento europeu moderno. Volume I Séculos XVII e XVIII**. Edições 70: Lisboa, 1977, pp. 15-28.

¹² D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 23.

¹³ *Ibidem*, p. 15

¹⁴ *Ibidem*, p. 15.

Dentre os autores do Século XVII, o que mais destaca essa nova forma de pensar é CESARE BECCARIA, que em 1764 lança sua maior obra, intitulada “*Dos delitos e das penas*”. Destaca-se um trecho significativo de tal livro, que expõe claramente a importante mudança do pensar nas ciências penais que decorria naquela época: “*Quanto a mim, só falo aqui dos crimes que pertencem ao homem natural e que violam o contrato social; devo silenciar, porém, sobre os pecados cuja punição mesmo temporal deve ser determinada segundo outras regras que não as da filosofia*”¹⁵.

Acerca desse período primordial da secularização do Direito Penal, importante é a lição de FABIO ROBERTO D’AVILA¹⁶ sobre o tema:

Neste período pré-iluminista, o ilícito penal movimentava-se em uma dimensão acentuadamente teológica. Crime e pecado confundiam-se. Era nada mais que violação da vontade de Deus. A separação entre Estado e igreja, entretanto, implicou uma idêntica separação de tarefas e âmbito de atuação. À Igreja competiria o pecado, a maldade, os vícios, enfim, o homem em suas dimensões interna e externa. Ao Estado, por outro lado, sem qualquer pretensão de interferir no modo de ser humano, na sua postura interior ou no seu modo de pensar, competiriam as intervenções do homem no mundo, ou, mais propriamente, as ações humanas externas causadoras de um dano à Nação. O conteúdo de vontade expresso em uma ação externa e concretizado em um dano à Nação era, pois, o fenômeno criminoso em sua emergente compreensão laica. Fenômeno que, embora conformado pelo conteúdo de vontade, encontrava na objetividade do dano a pedra angular do seu conteúdo de desvalor.

Da mesma forma, CLAUS ROXIN¹⁷ sinaliza para os muitos argumentos a favor de que o legislador moderno, mesmo que legitimado democraticamente, não possa penalizar algo “*simplesmente porque não gosta*”. É uma concepção que se alinha à ideia de um Direito Penal laicizado, uma vez que busca a legitimação da criminalização de uma conduta de forma distinta à simples discricionariedade do legislador¹⁸.

Essa preocupação é perspicaz, uma vez que, como leciona BERND SCHÜNEMANN, é preciso o “sucesso desagradável” que pode representar o Direito

¹⁵ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 71.

¹⁶ D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal** (...), p. 60.

¹⁷ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Org. e trad.: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José, 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 11.

¹⁸ ROXIN, Claus. **A proteção de bens** (...), p. 11.

Penal¹⁹. Afirma isso o citado jurista a partir das lições históricas que se pode obter ao observar as sociedades totalitárias, que trataram de sempre impor coativamente determinadas formas de vida – cujo conteúdo mudava continuamente, mas o princípio de submissão do povo ao poder de uma pequena classe dominante sempre permaneceu igual²⁰. Por isso mesmo, nas palavras de CLAUS ROXIN, “*SCHÜNEMANN interpreta a renúncia à capacidade crítica do princípio de proteção a bens jurídicos como um retrocesso do Direito Penal a um nível anterior ao Iluminismo*”²¹.

Destarte, é a partir de tais premissas colocadas em debate que decorre o desenvolvimento de teorias que sustentem a ideia do princípio do bem jurídico, pela sua importância na formação de um direito penal democrático. Mais especificamente, iniciou-se a formulação de postulados teóricos que legitimassem racionalmente a intervenção do poder punitivo, ao mesmo que delimitassem o seu campo de atuação.

1.1.3 TEORIA(S) DO BEM JURÍDICO: REFLEXÕES DOGMÁTICAS

Inicialmente, é imperioso trazer a lição de MANUEL DA COSTA ANDRADE²², no sentido de que a pesquisa sobre o bem jurídico-penal, “*longe de obedecer a um processo evolutivo linear, marcado por eventos irreversíveis, segue antes um curso em espiral*”. E prossegue, referindo-se que, ao longo deste processo, “*tópicos que fizeram escola numa época dada acabam, não raro, por voltar a emergir em contextos e horizontes histórico-culturalmente renovados*”.

Mister ressaltar que a teoria da proteção de bens jurídicos é considerada na dogmática uma doutrina específica do Direito penal, conquanto outras disciplinas jurídicas também lancem mão do conceito de bem jurídico – do que se depreende, a

¹⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. **¡El derecho penal es la ultima ratio para la protección de bienes jurídicos!** – Sobre los límites inviolables del derecho penal em um Estado liberal de derecho. Bogotá: Digiprint Editores EU, 2007, p. 9.

²⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. **¡El derecho penal (...)**, pp. 9-10.

²¹ ROXIN, Claus. **A proteção de bens (...)**, p. 16.

²² COSTA ANDRADE, Manuel da. **Consentimento e Acordo em Direito Penal**. Coimbra: Coimbra, 1991, p.61.

princípio, que os penalistas o utilizam do mesmo modo, pela escolha das mesmas palavras, à definição aplicada pela Teoria Geral do Direito²³. Isso porque, consoante disserta KNUT AMELUNG, “bem jurídico” é, antes de qualquer coisa, um “*objeto dotado de valor*”, cuja valoração é sempre atribuída por um sujeito, que poderiam ser “*Deus, a comunidade cultural, a sociedade, a comunidade política representada pelo legislador e o indivíduo*”²⁴.

Não aparenta ser de maior complexidade essa primeira compreensão sobre o bem jurídico, que, a *grosso modo*, estabelece uma relação intrínseca entre os valores da sociedade (em menor ou maior amplitude) e os objetos nos quais esses valores se projetam, representando-se por meio destes. Nesse mesmo sentido, interessante trazer as lições de FABIO ROBERTO D’AVILA:

Os bens jurídico-penais não são – ou, ao menos, não devem ser – criados pelo direito. A difícil tarefa do direito penal não está, definitivamente, na sua produção, mas no seu adequado “reconhecimento”. No reconhecimento de realidades que transcendem a ordem jurídico-penal e condicionam o seu âmbito legítimo de tutela. E isso, embora inequívoco no que se refere ao direito penal tradicional, já não encontra igual consenso quando versa sobre âmbitos de maior complexidade, como é, v.g., o âmbito econômico.²⁵

Quer-se asseverar que a noção de bem jurídico diz respeito não a um ato de criar, mas ao de reconhecer interesses e situações presentes ao longo de toda a existência humana que seja do seu próprio interesse. Por isso a transcendência da esfera das ciências jurídicas, no que atinente à sua própria essência, enquanto ente. Nesse aspecto, interessante destacar que, na sua obra “*Tratado de Direito Penal Alemão*”, o jurista FRANZ VON LISZT já asseverava que:

Todo direito existe por amor dos homens e tem por fim proteger interesses da vida humana. A protecção de interesses é a essência do direito, a idéa finalística a força que o produz. (...) É a vida, e não o direito, que produz o interesse; mas só a protecção jurídica converte o interesse em bens jurídicos.²⁶

²³ AMELUNG, Knut. O conceito de bem jurídico na teoria jurídico-penal da proteção de bens jurídicos in ***O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?***, Trad. Luis Greco, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 117.

²⁴ Ibidem, pp. 117-118.

²⁵ D’AVILA, Fabio Roberto. Aproximações à Teoria da Exclusiva Proteção de Bens Jurídicos no Direito Penal Contemporâneo in ***Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias***, vol. 1. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2009, p. 196.

²⁶ LISZT, Franz Von. ***Tratado de direito penal alemão***. Trad.: Lehrbuch des deutschen strafenrechts. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial : Superior Tribunal de Justiça, 2006, pp. 93-94.

Nessa esteira, afirma que se denominam *bens jurídicos* os interesses que o direito protege – ou, em outras palavras, o interesse juridicamente protegido²⁷. FRANZ VON LISZT contrapõe a ideia do também jurista alemão KARL BINDING, afirmando que o bem jurídico não é bem do direito ou da ordem jurídica, mas um bem do homem que o direito reconhece e protege, de modo que a ideia de bem jurídico é mais ampla do que a de direito subjetivo²⁸.

Todavia, GÜNTER STRATENWERTH, analisando essa afirmação de FRANZ VON LISZT, buscou refutar que se pode conceituar o bem jurídico a partir de um “interesse”. O interesse é uma acepção que possui uma multiplicidade bastante extensa de sentidos, de modo que se pode averiguar que algum interesse sempre estará por trás de qualquer dispositivo penal. A questão é que o interesse sempre se dirige a algo, a algo que provoca ou merece interesse, mas o interesse não é esse algo. Assim, na sua visão, o bem não é o interesse, mas o *objeto* desse interesse²⁹.

É por debates como esse que JORGE DE FIGUEIREDO DIAS afirmou que a noção de bem jurídico não obteve êxito, até o momento presente (e talvez jamais o venha a ter), em encontrar uma definição nítida e segura, que permita transformá-la em um conceito fechado e apto à subsunção³⁰. Todavia, há um consenso relativamente largo sobre o seu “núcleo essencial”, que o jurista português descreve como “*a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso*”³¹.

Nessa seara, KNUT AMELUNG expõe que a noção de bem jurídico, na argumentação da dogmática jurídico-penal, considera amplamente que por trás das normas de comportamento jurídico-penalmente sancionadas, encontra-se um juízo de valor do legislador, no sentido de que determinados objetos devem permanecer incólumes³². Vale dizer, nas palavras deste autor, que “*o conceito de bem jurídico, por*

²⁷ Ibidem, p. 93.

²⁸ Ibidem, p. 94.

²⁹ STRATENWERTH, Günter. Sobre o conceito de “bem jurídico” in **O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?**, Trad. Luis Greco, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 19.

³⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais de direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 62.

³¹ Ibidem, pp. 62-63.

³² AMELUNG, Knut. O conceito de (...), p. 118.

ser intermediado pelo juízo de valor do legislador, serve de instrumento de interpretação teleológica de tipos da parte especial do Código Penal”.

Todavia, para além dessa compreensão de interpretação teleológica da norma trazida por KNUT AMELUNG, também se evidencia um caráter delimitador da incidência do ilícito-típico. Isso porque, como anotou ANDREW VON HIRSCH³³ acerca da importância do princípio do bem jurídico, o papel central que este ostenta na teoria jurídico-penal alemã – o mesmo se pode dizer nos demais países regidos pela tradição da *Civil Law*, tais como Espanha, Itália, Argentina e o próprio Brasil, se atentarmos para as doutrinas penais desenvolvidas – descreve a seguinte situação: se, de um lado, o bem jurídico protegido pelo tipo legal constitui um dos marcos essenciais para a interpretação típica, de outro, e conjuntamente com essa reconhecida e importante função intrassistemática, a doutrina defensora da teoria do bem jurídico atribui igualmente à concepção uma função crítica, de delimitação do campo de atuação do ilícito-típico³⁴.

Concepção essa que sustentaria a possibilidade de declarar a inexistência de um bem jurídico merecedor de proteção frente a situações de penalização de condutas meramente imorais, do ponto de vista de determinada comunidade, concluindo-se, portanto, que estas condutas não deveriam ser criminalizadas³⁵. Diversos são os exemplos de tais circunstâncias: a prostituição, o adultério, as relações homoafetivas, o incesto, etc.

Nessa senda, CLAUS ROXIN, ao discorrer sobre a evolução do pensamento que sustenta sua teoria funcionalista do crime – na qual não abdica do conceito de bem jurídico –, tece importantes considerações sobre a necessidade de limitar a atividade repressora do Estado, rumando para um Direito Penal secular:

O Estado não tem a missão de realizar ideias e valores pelas quais cada um tem que se decidir por convicção própria, sem necessidade do imperativo legal, para assim garantir seu êxito. A pretensão de impor essas ideias mediante a violência estatal acaba na maioria das vezes na ditadura. A ideia de uma justiça abstrata não pode se realizar neste mundo. A tarefa do Estado é mais modesta: deve melhorar as relações sociais, isto é, a liberdade, a segurança e o bem-estar de seus cidadãos, e a melhor forma possível de consegui-lo é orientar a

³³ VON HIRSCH, Andrew. El concepto de bien jurídico y el “principio del daño in *La teoría del bien jurídico*. HEFENDEHL, Roland. (Org.). Madri: Marcial Pons, 2007. p. 37.

³⁴ *Ibidem*, p. 37.

³⁵ *Ibidem*, p. 38.

finalidade da pena à evitação de comportamentos delitivos mediante a incidência no delinqüente e na consciência jurídica da comunidade.³⁶

São dessas funções, principalmente a que limita a atuação do Estado (*ius puniendi*), ou seja, a que questiona se pode haver a criminalização de condutas que não afetem um bem jurídico, que podemos extrair a ideia do princípio da ofensividade. Porém, quando se afirma que toda a incriminação deve ofender ou lesionar um bem jurídico, este conceito, como bem salientou LUIS GRECO, “*pode ser entendido tanto de uma perspectiva dogmática quanto de uma perspectiva político-criminal*”³⁷. Evidencia-se um ponto de tensão, então, pois, como JUAREZ TAVARES enfatiza, “*dadas as variedades com que se apresenta, é praticamente impossível conceituar exhaustivamente bem jurídico*”³⁸.

Ademais, conforme se discorreu no item retro, é possível constatar que há mais de dois séculos se iniciou esse processo de secularização do poder punitivo. Isso, de fato, traz profundas implicações à formulação da doutrina teórico-dogmática do direito penal. Em face de tal fenômeno, há cerca de 150 anos começa a se formar a ideia de *bem jurídico*, que está em pauta na discussão jurídico-penal até os tempos hodiernos – razão pela qual é objeto de tão intensos debates.

Atribui-se o primeiro uso do termo ao jurista alemão JOHANN MICHAEL FRANZ BIRNBAUM, que na primeira metade do século XIX, mais especificamente no ano de 1834, publicou no 15º tomo do *Archiv des Criminalrechts* o trabalho intitulado “*Über das Efordernis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung*”³⁹, no qual trouxe o conceito de bem jurídico.

³⁶ ROXIN, Claus. **La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 24. Tradução livre do original: “*El Estado no tiene la misión de realizar ideas y valores por las que cada uno tiene que decidirse por convicción propia, sin necesidad del imperativo legal, para así garantizar su éxito. La pretensión de imponer esas ideas mediante la violencia estatal acaba la mayoría de las veces en la dictadura. La idea de una justicia abstracta no puede realizarse en este mundo. La tarea del Estado es más modesta: debe mejorar las relaciones sociales, esto es, la libertad, la seguridad y el bienestar de sus ciudadanos, y la mejor forma posible de conseguirlo es orientar la finalidad de la pena a la evitación de comportamientos delictivos mediante la incidencia en el delincuente y en la conciencia jurídica de la comunidad*”.

³⁷ GRECO, Luis. **Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 77.

³⁸ TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 181.

³⁹ Nesse sentido: D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal** (...), p. 64.; HASSEMER, Winfried. Linhas Gerais de uma Teoria Pessoal do Bem Jurídico in **O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?**, Trad. Luis Greco, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011; ROXIN, Claus.

A terminologia adotada se opunha à tese iluminista de concepção individualista da “lesão de direitos”, ou melhor, explicitando que o delito consistiria numa lesão de direito subjetivo, teoria, então, defendida por PAUL JOHANN ANSELM VON FEUERBACH. Para a concepção deste renomado autor alemão, somente seria legítimo o delito que lesionasse os interesses estritamente privados da vítima, sendo que BIRNBAUM queria ressaltar aquilo que realmente seria lesionado pelo infrator, isto é, o que efetivamente transcenderia a lesão concreta à vítima, ou seja, o interesse de toda a coletividade. Evidentemente, essa teoria comportou novos questionamentos, mormente porque não conseguiu conceituar precisamente o que seria um bem jurídico.

Nesse sentido, ROLAND HEFENDEHL – antes de trazer uma abordagem crítica à teoria do bem jurídico – elenca alguns conceitos de bem jurídico pré-existentes à sua obra. São eles: 1) “*os bens jurídicos supõem aqueles pressupostos valiosos e necessários para a existência*” (MAYER, Hellmuth); 2) “*aquelas circunstâncias dadas ou finalidades que são úteis para o indivíduo e seu livre desenvolvimento no marco de um sistema social global estruturado sobre a base da concepção desses fins ou para o funcionamento do próprio sistema*” (ROXIN, Claus); 3) “*pressupostos instrumentais necessários para o funcionamento do sistema social e para que este sobreviva*” (RUDOLPHI, Hans-Joachim); e 4) “*aqueles pressupostos que asseguram as possibilidades de participação do indivíduo na sociedade*” (CALLIESS, Rolf-Peter) ⁴⁰.

JUAREZ TAVARES⁴¹ salienta que os conceitos de bem jurídico normalmente buscam elucidar, de forma sintética, as diretrizes do pensamento jurídico quanto ao conteúdo do injusto e às finalidades da norma, o que não raro o faz confundir indevidamente com o próprio bem jurídico. Nesse sentido, propõe o referido autor quatro vertentes conceituais, quais sejam: 1) positivista; 2) neokantiana; 3) ontológica; e 4) funcionalista.

Sobre o Recente Debate em Torno do Bem Jurídico in ***O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?***, Trad. Luis Greco, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 181.; e TAVARES, Juarez. ***Teoria do Injusto*** (...), p. 182; entre outros.

⁴⁰ HEFENDEHL, Roland. ¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros?: bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. ***Revista electrónica de ciencia Penal y Criminología***. 04-14 (2002) p. 02.

⁴¹ TAVARES, Juarez. ***Teoria do Injusto*** (...), p. 181.

Não raro, como bem salientou o doutrinador supracitado, há uma mescla de conceitos que fogem das diretrizes ideológicas iniciais *“tornando ainda mais confusa a conceituação que se propõem a formular e obscurecendo seus reais propósitos e sua visão ideológica do direito penal”*⁴². Ele refere que os conceitos adotados sobre bem jurídico, como fundamentos de incriminação, não são nada mais que uma escolha política, ingênua ou comprometida, acerca do que se pretende com a sua proteção. Todavia, ainda que as definições sejam atrativas e de interesse para o estudo do Direito Penal, são deveras abstratas. E isso é um tanto quanto problemático, na medida em que uma das funções do conceito é justamente a de servir como um delimitador da esfera de atuação do direito penal⁴³.

Destarte, traz-nos complicações o fato de termos uma delimitação abstrata, que pode ser o mesmo que não delimitar – ou pior: criar uma pretensa delimitação, uma “falsa instituição limitadora do poder”, porque, na verdade, segue bastante aberto o campo de atuação do legislador no processo de criminalização.

Em face desta constatação, ROLAND HEFENDEHL⁴⁴ afirma que

(...) podemos ver que, no intento de definir positivamente um bem jurídico, chega-se rapidamente a um resultado que nos desilude: a relatividade social e político-jurídica do fenômeno “bem jurídico” nos condena à triste encruzilhada de escolher entre a vagueza e a seletividade.

Dessa forma, conclui-se que ou se utiliza uma definição tão vaga, que não enuncia claramente os seus atributos e funciona como cláusula geral, ou seleciona-se uma categoria (uma parte) indefinida dos bens jurídicos a serem tutelados pela norma penal⁴⁵. Isso pode acarretar o sério problema do uso do direito penal (o aparato estatal repressivo) não para a proteção de bens jurídicos concretos, mas como mero instrumento político – como alertou CLAUS ROXIN⁴⁶ –, carecendo ele de uma conceituação axiológica-racional para a própria legitimação de seu exercício.

⁴² TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto** (...), p. 181.

⁴³ Ibidem, p. 181.

⁴⁴ HEFENDEHL, Roland. ¿Debe ocuparse el (...), p. 03.

⁴⁵ Ibidem, p. 03.

⁴⁶ ROXIN, Claus. **A proteção de bens** (...), p. 12.

Entretanto, noutro sentido, um importante aspecto da teoria do bem jurídico é sustentado por WINFRIED HASSEMER, que desenvolveu a concepção pessoal de bem jurídico. Inicialmente, o retromencionado jurista asseverou que

Desde suas origens (...), o recurso à proteção de bens jurídicos apresentava-se como demanda por descriminalização: o legislador penal só poderia criminalizar aquilo que “realmente” ameaçasse um bem jurídico (e não também, por exemplo, violações a convicções valorativas dominantes, como a moral sexual coletiva).⁴⁷

Essa concepção, num exercício retórico, poderia fazer com que um raciocínio inverso também seja imperativo: bens jurídicos exigem a proibição de um determinado comportamento, na medida em que esse “realmente” os ameace. Contudo, alerta WINFRIED HASSEMER que “*não se pode retirar do princípio do bem jurídico (...) um imperativo de criminalização*”, pois “*o princípio do bem jurídico não pode responder sozinho à questão do merecimento de pena*”, visto que a ameaça a um bem jurídico é pressuposto necessário, mas não suficiente, da criminalização desse comportamento⁴⁸. Nessa linha aproximativa, MANUEL DA COSTA ANDRADE trabalha acerca do merecimento de tutela penal, definindo-o conceitualmente como “dignidade penal” – sobre o que se discorrerá melhor adiante.

Retornando ao pensamento de WINFRIED HASSEMER, explicita o autor que sua teoria consiste num conceito de bem jurídico que exprimiria “*uma clara opção dentro da esfera de tensão entre indivíduo, sociedade e Estado; bens jurídicos são interesses humanos que carecem de proteção penal*”⁴⁹. Mas, para o doutrinador alemão, a proteção de instituições só pode ir até onde for condição de possibilidade de proteção de pessoas humanas.

Segundo o supracitado autor, a teoria do bem jurídico só terá legitimidade e eficácia de for capaz de assimilar teoricamente o desenvolvimento de estruturas sociais, sem com isso abrir mão da tradição personalista da teoria. Tal pensamento advém de uma compreensão liberal do Estado, para a qual o Estado não é um fim em si próprio e na qual só se compreende a universalização de valores – no caso, bens

⁴⁷ HASSEMER, Winfried. Linhas Gerais de (...), p. 17.

⁴⁸ Ibidem, pp. 17-18.

⁴⁹ Ibidem, p. 21.

jurídicos – a partir da concepção de que a própria coletividade é, na sua base e na sua essência, formada por indivíduos⁵⁰.

Noutra senda, GÜNTER STRATENWERTH, ao qual anteriormente se fez referência para distinguir bem jurídico de interesse, chama a atenção para um problema atinente ao princípio ora estudado. Refere o autor que, por mais promissoras que sejam as teorias que aceitam os bens jurídicos como “objetos”, “estados de coisas” ou “dados”, é preciso resolver um novo problema que se apresenta, que é o fato de que os bens jurídicos não são propriamente objetos, uma vez que não são palpáveis ou perceptíveis pelos sentidos⁵¹.

Se assim o fossem, muitos bens jurídicos relativos a construções um pouco mais complexas (mesmo individuais, como a honra, os direitos de personalidade, etc.) não poderiam ser considerados como tais. Disso decorre a necessidade de uma primeira abstração para a compreensão da essência do bem jurídico, uma vez que não é um objeto dado⁵².

Contudo, GÜNTER STRATENWERTH chama a atenção para a pergunta sobre até que ponto é válida essa abstração, sem que o conceito perca qualquer contorno. Pois, para o retromencionado doutrinador, também o Estado, a paz pública ou internacional ou o ordenamento jurídico são “objetos” dos quais se lança mão para definir bens jurídicos, de modo que os “estados das coisas” merecedores de proteção compreendem tanto objetos psicofísicos e ideal-abstratos quanto estados reais e relações da vida – *“o que significa que também essa versão do conceito de bem jurídico só pode realizar a função que lhe é atribuída pelo dogma pagando o preço de nada mais dizer”*⁵³.

De fato, o citado jurista alemão afirma que, ao se lançar mão da teoria do bem jurídico, é preciso atribuir-lhe um conceito que não se perca na vagueza, deixando de lado qualquer proposição mais concreta, e que consiga determinar o substrato do bem jurídico de modo mais preciso do que as hipóteses até então

⁵⁰ HASSEMER, Winfried. Linhas Gerais de (...), p. 21.

⁵¹ STRATENWERTH, Günter. Sobre o conceito (...), pp. 104-105.

⁵² Ibidem, p. 105.

⁵³ Ibidem, p. 105.

lançadas⁵⁴. Refere que o “*substrato subjacente ao conceito de bem jurídico*” não é “*nem um objeto, nem um juízo de valor*”, e sim “*a relação (valorada) entre um ser humano e um interesse*”⁵⁵.

Nesse sentido, com relação ao que se identificou como bens jurídicos individuais, o autor mencionado refere que não há dúvida de que eles são protegidos em razão do “*desenvolvimento pessoal do ser humano*”, referindo que “*é inclusive a única finalidade a que esses bens devem servir*”⁵⁶. Conforme refere precisamente:

(...) é certo que o bem jurídico, entendido como relação, não se esgota no “bem” a que se dirige a proteção do Direito. É muito difícil, porém, abandonar essa sugestão, de modo que o conceito leva a equívocos. Para que um bem pareça digno de proteção, ele tem de ser atribuído a uma pessoa, ter justamente uma relação com ela. (...) A atribuição de um bem à pessoa contém por sua vez um elemento normativo, a saber: ela significa que o bem jurídico é algo pertencente à pessoa, é algo considerado *dessa* pessoa.⁵⁷

Nesse aspecto, porém, o autor ressalta que a relação entre a pessoa e o bem não é passível de ofensa por qualquer intervenção delitiva – o direito de propriedade não se altera com o furto, por exemplo. Toda atribuição tem, contudo, o seu lado fático, que corresponde a ela a possibilidade de utilizar o bem, de conduzir a própria vida, de fazer uso das próprias capacidades físicas.

E é nessa relação indissociável que se encontra o verdadeiro substrato do bem jurídico⁵⁸. O bem jurídico não é, portanto, uma mera atribuição normativa, tampouco consiste num feixe de possibilidades fáticas: ele tem de consistir na união desses dois aspectos, na disponibilidade do bem em conformidade ao Direito⁵⁹.

⁵⁴ STRATENWERTH, Günter. Sobre o conceito (...), p. 107.

⁵⁵ Ibidem, p. 108.

⁵⁶ Ibidem, p. 108.

⁵⁷ Ibidem, p. 108.

⁵⁸ Ibidem, p. 108.

⁵⁹ Ibidem, p. 109.

1.1.4 BENS JURÍDICOS SUPRAINDIVIDUAIS

A despeito das críticas de GÜNTER STRATENWERTH à concepção de bem jurídico, não se compreende ser possível prescindir dela, mormente quando há a necessidade de objetivar exatamente o quê tutela a norma penal quando seu objeto extrapola a esfera subjetiva – tornando ainda mais difícil estabelecer puramente a relação de "interesse" sem identificar um bem a que se refira. Afinal, é possível afirmar que não são todos os bens jurídicos que são difíceis de delimitar seu conceito, mas isso está longe de ser a regra.

Exemplificando o dito acima: bens jurídicos como o patrimônio ou a vida são facilmente identificáveis para as sociedades que os têm como valores, pois são concretos, visíveis, palpáveis. O problema maior atinente à questão da delimitação e conceituação são os chamados bens jurídicos supraindividuais (coletivos ou difusos), em que se trabalha com noções abstratas de bem jurídico.

Nesse sentido, ROLAND HEFENDEHL exemplifica este conceito de bem jurídico coletivo citando a segurança pública e a proteção do crédito, criticando tais construções doutrinárias por ser questionável sua extensão, tendo em vista a necessária abstração a que é preciso recorrer para compreendê-los. Chega-se ao ponto em que praticamente se inventa um bem jurídico coletivo para criar um novo tipo delitivo⁶⁰. É nesse estágio que se começa a perceber uma das questões mais problemáticas do reconhecimento dos bens jurídicos tutelados pelos crimes eleitorais – dentre os quais se insere o delito de corrupção eleitoral –, uma vez que a eleição diz respeito à formação do poder representativo da própria comunidade política.

Entretanto, o autor supracitado não nega que a complexidade das instituições sociais da atualidade e a sua concepção de Estado não podem prescindir da construção de bens jurídicos coletivos de forma consistente e segura, fugindo à mera retórica que pretensamente justifica a criação de tipos penais. Em suas próprias palavras:

⁶⁰ HEFENDEHL, Roland. ¿Debe ocuparse (...), p. 06.

Esta opinião da doutrina parte, na realidade, de um pressuposto correto: não se pode, sem mais, inventar um bem jurídico coletivo quando se considera necessário criar um novo tipo delitivo. A segurança coletiva e a proteção do crédito são precisamente construções doutrinárias duvidosas. Por outro lado, pode-se entender rapidamente que nosso atual Estado não pode ser concebido sem bens jurídicos coletivos.⁶¹

Desta forma, defende ele que a imprecisão de um conceito positivo de bem jurídico não quer dizer que se deva abrir mão deste conceito, que é bastante valioso para o direito penal. Entretanto, para que atue justamente como limitador da esfera penal, deve-se abandonar a tentativa de buscar um conceito positivo de bem jurídico e lançar mão de uma análise concreta de bem jurídico para cada delito tipificado na legislação e averiguar, em cada caso, qual o bem protegido⁶².

Assim, pode-se afirmar que, na teoria de ROLAND HEFENDEHL, é preciso, portanto, fazer uma análise empírica dos fatos e, a partir destes, encontrar o bem jurídico que a norma penal pretende tutelar. Alude o autor:

O bem jurídico há de se tratar de um objeto do mundo real, submetido às leis da física. Essa simples frase possui, quiçá, maior clareza e operatividade que as abstratas definições utilizadas pela doutrina, que em ocasiões chegou a se referir ao bem jurídico como um bem ideal e intangível.⁶³

Dialogando com tal questão, talvez seja mais perceptível o quão problemática se torna a questão de quais são os bens jurídicos tutelados pelo tipo penal da corrupção eleitoral, uma vez que o processo democrático diz respeito à própria existência do indivíduo em sociedade e da defesa de seus interesses (ou de seu grupo) perante essa. Aparenta ser inegável, aqui, que qualquer tutela de um bem jurídico na esfera eleitoral transcende a personalidade e a individualidade.

Assim, parece-nos necessário buscar a ideia de uma teoria geral de bem jurídico. Porque, a despeito de conseguir atingir certa precisão ao invocar o empirismo, lançando mão de definições obtidas a partir do mundo material, as críticas

⁶¹ HEFENDEHL, Roland. ¿Debe ocuparse (...), p. 06. Tradução livre do original: *“Esta opinión de la doctrina parte en realidad de un presupuesto correcto: no se puede sin más inventar un bien jurídico colectivo cuando se considere necesario crear un nuevo tipo delictivo. La seguridad colectiva y la protección del crédito son precisamente construcciones doctrinales dudosas. Por otro lado puede entenderse rápidamente que nuestro Estado actual no puede concebirse sin bienes jurídicos colectivos”*.

⁶² Ibidem, p. 07-08.

⁶³ Ibidem, p. 08

sobre a imprecisão do que seria um bem jurídico voltam a ganhar força quando nos deparamos com o problema dos bens jurídicos supraindividuais – como, por exemplo, os direitos políticos exercidos conjuntamente por toda a população de uma comunidade.

Tome-se os exemplos trazidos por ROLAND HEFENDEHL⁶⁴, conforme acima mencionados, sobre bens jurídicos coletivos – como a “segurança coletiva” e a “proteção do crédito” –, aos quais certamente se equipara a “ordem democrática”, que será bastante abordada na esfera eleitoral. Diz-se isto para afirmar que bens jurídicos supraindividuais são aqueles que servem aos interesses de “*muitas pessoas*”, da generalidade delas.

Isso soa abstrato, mas o próprio autor estabelece alguns critérios para precisar este conceito. Assevera ROLAND HEFENDEHL⁶⁵ que, para tornar mais concreta a noção de bem jurídico supraindividual, deve-se lançar mão dos princípios da “*não exclusão no uso*” e da “*não rivalidade no consumo*”. É dizer: para que um bem jurídico possa ser considerado supraindividual, todos devem poder desfrutá-lo, não podendo ninguém ser excluído de seu uso. De igual maneira, a utilização desse bem por um determinado indivíduo não pode prejudicar nem impedir que outros cidadãos o utilizem.

Há, ainda, um terceiro critério delimitador: o da “*não distributividade*”, ou seja, um bem jurídico será supraindividual “*quando for conceitual, real e juridicamente impossível dividi-lo em partes e atribuir uma porção sua a um indivíduo*”. Porque todo “*bem jurídico coletivo se caracteriza por poder ser desfrutado por cada membro da sociedade, por isso não é possível relacioná-lo em todo ou em parte a um único setor da mesma*”: cada cidadão deve ser beneficiado por ele em igual medida⁶⁶.

Nessa senda, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS define o “bem jurídico coletivo” como aquele que apresenta como característica essencial o fato de poder “*ser gozado por todos e por cada um, sem que ninguém deva poder ficar excluído desse gozo: nesta possibilidade de gozo reside o interesse individual legítimo na integridade o bem*

⁶⁴ HEFENDEHL, Roland. ¿Debe ocuparse (...), p. 03.

⁶⁵ Ibidem, p. 04.

⁶⁶ Ibidem, p. 04.

jurídico coletivo”⁶⁷. Assim, pode-se afirmar que há um conceito de bem jurídico coletivo com interesses individuais, que não é excluído por seu caráter coletivo. Quer-se afirmar, o bem jurídico coletivo possui uma relação difusa com os usuários, sem que isso signifique o caráter difuso do bem jurídico universal enquanto tal⁶⁸:

A relevância autônoma dos bens jurídicos colectivos – generosos e em nada egoístas – provirá precisamente da potencial multiplicação indeterminada de interesses de toda e qualquer pessoa, se bem que não individualizáveis em concreto. Decerto: tais bens apresentam-se, por sua própria natureza, como muito mais vagos e carentes de definição precisa, de mais duvidosa corporização ou mesmo de impossível tangibilidade⁶⁹.

Entretanto, a despeito de conseguir se estabelecer algum critério de definição, a problemática ainda maior relativa aos bens jurídicos supraindividuais – ou coletivos, ainda que se prefira adotar a primeira denominação – se dá no momento em que se pretende lançar mão da tutela penal sobre eles. Isto porque, valendo-se novamente das lições de ROLAND HEFENDEHL, para a tutela desses valores, seria inviável a tipificação de condutas sob a forma de crimes de dano ou de perigo concreto. Isto não seria possível, uma vez que não há meio, salvo abstrações forçosas, de afirmar que uma determinada ação lesionou ou colocou concretamente em perigo um interesse de tão vaga corporificação⁷⁰.

De igual maneira, como expõe JORGE DE FIGUEIREDO DIAS⁷¹, afirma-se que não se poderia exigir que o direito penal agisse somente no momento em que ocorresse uma lesão, ou um perigo que não se concretizou em um dano apenas por uma casualidade, a valores que representam as condições de existência da própria humanidade e da sociedade. Destarte, sustenta-se que a estrutura típica adequada para a tutela de um bem jurídico supraindividual seria a de crimes de perigo abstrato – ou mesmo a dos chamados delitos de acumulação –, mediante a técnica de antecipação da tutela penal.

⁶⁷ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal: Parte Geral** (Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 150.

⁶⁸ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito (...)**, p. 150.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 151.

⁷⁰ HEFENDEHL, Roland. ¿Debe ocuparse (...), p. 10-11.

⁷¹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito (...)**, p. 136.

Entretanto, CLAUS ROXIN⁷² assevera que a antecipação da tutela por meio da tipificação de crimes de perigo de abstrato não está livre de ser contestado, visto que “*conduz a incriminações cada vez mais amplas no campo prévio e com bens protegidos cada vez mais inapreensíveis*”. Traz o alerta de que isso pode significar “*um pôr em perigo do direito penal mediante o direito penal do perigo*”.

Ainda, dialogando com este panorama ora trabalhado – a imprecisão de determinados bens jurídicos supraindividuais –, FABIO ROBERTO D’AVILA afirma o seguinte, defendendo, a despeito da maleabilidade e da artificialidade com que por vezes o conceito de bem jurídico é manipulado, a manutenção deste critério como delimitador do campo de atuação do ilícito-típico penal:

A assunção de bens jurídicos artificiais significa, por um lado, uma importante cisão conceitual a partir da supressão de um elemento nuclear, sem que se tenha, de antemão e de forma clara, quer as razões disso, quer os critérios segundo os quais isso se torna possível. Até porque se está a falar de um elemento crítico, é dizer, de um elemento cuja ausência deveria implicar a ilegitimidade da prescrição normativa e não o abandono do critério.⁷³

Assevera também o supracitado autor que o bem jurídico-penal é – quer dizer, deve ser, obrigatoriamente – a “*representação jurídica de um valor transcendente e corporizável*”⁷⁴. Desta forma, o bem jurídico carecerá apenas de uma última dimensão de análise, da “*análise acerca da sua orientação axiológica, que hoje, em razão da conformação normativa dos Estados Democráticos de Direito, não pode se dar senão a partir de uma leitura constitucional*”⁷⁵.

Por fim, ressalta-se que se retomará a problemática estabelecida em relação aos bens jurídicos tutelados pelas normas penais eleitorais adiante. Todavia, por questão metodológica, opta-se por trabalhar o princípio da ofensividade, de modo que se poderá trabalhar posteriormente a compreensão do crime de corrupção eleitoral como ofensa a bens jurídicos penais.

⁷² ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General** (Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito). 2ª. ed. Madrid: Civitas, 1997, p. 60.

⁷³ D’AVILA, Fabio Roberto. Aproximações à Teoria (...), p. 196.

⁷⁴ Ibidem, p. 197.

⁷⁵ Ibidem, p. 197.

1.2 OFENSIVIDADE

1.2.1 ASPECTOS GERAIS SOBRE O CONCEITO DE OFENSIVIDADE NA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL

A despeito da maleabilidade e de certa vagueza que permeia o conceito de bem jurídico, é importante destacar que diversos juristas se debruçaram sobre a tarefa de buscar a legitimação de um bem jurídico como tal a partir da perspectiva da ofensividade. Trata-se tal teoria a partir de um conceito autônomo de ofensividade, ainda que não prescindida da correlação com um bem jurídico.

A questão essencial é o fato de se dar prioridade à definição e conceituação daquela, sem se preocupar em delimitar o que é, de fato, um bem jurídico – como tem procedido a tradição alemã. Dentre os estudiosos do tema, destacam-se os juristas italianos, pois, como salientou FRANCESCO C. PALAZZO, foi justamente na doutrina italiana a ofensividade que esta se desenvolveu de maneira mais aprofundada, especialmente se comparada à doutrina germânica⁷⁶. É, nas suas palavras, “*um produto tipicamente italiano, ou ao menos é no desenvolvimento da doutrina italiana que possui méritos especiais*”⁷⁷.

Ademais, destaca FRANCESCO C. PALAZZO que a ofensividade é um indicativo de ordem constitucional que influi sobre o Direito Penal, sob uma perspectiva garantidora, limitadora do poder punitivo, com o fito de preservar a liberdade individual frente à perseguição estatal⁷⁸. Nessa senda, de início se pode apontar que a ofensividade está intrinsecamente ligada ao direito à liberdade. Sobre esse aspecto, FÁBIO ROBERTO D’ÁVILA assevera que a proteção constitucional a tal

⁷⁶ PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, pp. 80-82.

⁷⁷ PALAZZO, Francesco C. Meriti i limite dell’ofensività. In: **Prospettive del còdice penale i valori costituzionale**. Milano: Giuffrè, 1997, p.74. Tradução livre do original: “*un prodotto tipicamente italiano, o almeno nella elaborazione del quale dottrina italiana può vantare meriti speciali*”.

⁷⁸ PALAZZO, Francesco C. **Valores** (...), p. 79.

direito “*somente pode ser ponderada mediante idêntico interesse constitucional de proteção de outros bens jurídicos, como vida, integridade física, etc.*”⁷⁹.

Desta forma, o supracitado jurista brasileiro afirma, acerca da perspectiva da compreensão do crime como a necessária ofensa a bens jurídicos:

Esta orientação de base onto-antropológica, sob uma perspectiva dogmática, traduz uma concepção de ilícito penal estabelecido fundamentadamente na ofensa a interesses objetivos, no desvalor que expressa a lesão ou pôr-em-perigo a bens juridicamente protegidos e, portanto, em clara oposição à simples violação subjetiva do dever e às mais variadas acepções do denominado Willensstrafrecht (direito penal da vontade).⁸⁰

Assim, deve-se ter em conta que a noção de ofensa penal é normativa, ou seja, construída a partir de critérios prévios de valoração⁸¹. É preciso levar em conta que, tal qual a busca pela definição do que é um bem jurídico, o conceito de ofensividade no direito penal é o resultado de um longo processo evolutivo não findo.

Segundo leciona FERRANDO MANTOVANI⁸², o direito penal, na sua história, oscila entre dois princípios, respectivamente corolários de um direito penal de base objetivista e de base subjetivista: o *princípio da ofensividade do fato* e o *princípio do crime como mera violação de um dever*. Essa segunda compreensão, fruto de um direito penal de fundamento subjetivista, calca-se na idéia de um direito penal do dever – próprio de regimes autoritários, como o fascismo e o nacional-socialismo –, trazendo implicações indesejadas no âmbito da moderna doutrina das ciências criminais (como a punibilidade do delito putativo e da tentativa inidônea, da subjetivação das causas excludentes do crime, etc.)⁸³.

Assim, afirma FERRANDO MANTOVANI⁸⁴ que o primeiro princípio por ele destacado é que acarreta numa delimitação do campo de atuação do ilícito penal, sendo tal compreensão a compatível com um estado democrático, sustentada na ideia do delito como uma necessária ofensa a um bem jurídico, não sendo concebível um crime sem ofensa. A ofensividade seria um princípio que traduz, portanto, a máxima

⁷⁹ D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios: contributo para compreensão de crime como ofensa a bens jurídicos**. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 69.

⁸⁰ Ibidem, p. 69.

⁸¹ SCALCON, Raquel Lima. **Ilícito (...)**, p. 125.

⁸² MANTOVANI, Ferrando. **Principi di diritto penale**. Padova: Cedam, 2002, p. 81.

⁸³ Ibidem, pp. 81-82.

⁸⁴ Ibidem, p. 81.

jurídico-principiológica *nullum crimen, nulla poena sine iniura* (não há crime nem pena sem ofensa).

Nesse sentido, asseveram GIORGIO MARINUCCI e EMILIO DOLCINI⁸⁵ que, em um Estado pluralístico, laico, inspirado nos valores de tolerância, no qual todo o poder emana do povo soberano, que reconhece a dignidade da pessoa humana e um núcleo de direitos invioláveis, não pode o Direito Penal perseguir valores transcendentais ou éticos, nem pode degradar o homem a mero objeto de tratamento por sua presumida inclinação antissocial, tampouco pode reprimir a mera desobediência. O único modelo de direito penal e de delito, compatíveis com a Constituição, é o compreendido como instrumento de proteção de bens jurídicos, sendo o crime estruturado como ofensa aos bens jurídicos, na forma de lesão, ou ao menos na forma de perigo⁸⁶.

Percebe-se, assim, que os modelos de Estado e os modelos de crime possuem uma relação fundamental na estruturação do ilícito-típico. Isso significa dizer que, nas palavras de PAULO CÉSAR BUSATO⁸⁷:

(...) para que se possa falar de um tipo de ação ou um tipo de omissão ou que a situação fática analisada é uma daquelas das quais deve ocupar-se o Direito penal, é necessário que não só haja uma correspondência descritiva entre o fato e a norma, mas também uma relevância, uma lesividade que justifiquem a intervenção do sistema criminal.

Da mesma forma, GIOVANI FIANDACA e ENZO MUSCO⁸⁸ referem que a ofensividade é um princípio-chave do direito penal, pelas mesmas razões até então postas:

Dado que o direito penal só auferir legitimação na proteção dos bens socialmente relevantes, para a existência de um crime não basta apenas a realização de um comportamento material, mas é necessário que tal conduta lese ou coloque em perigo bens jurídicos.

Nos regimes autoritários, o fortalecimento da compreensão do crime como mera violação dos deveres impostos pelo Estado denota uma política criminal

⁸⁵ MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. **Corso di diritto penale**, vol 1 – Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità; Il reato: nozione, struttura e sistematica. Milano: Giuffrè, 2001, p. 452.

⁸⁶ *Ibidem*, pp. 452-453.

⁸⁷ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 347.

⁸⁸ FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. **Diritto penale: parte generale**. 6ª Ed. Bologna: Zanichelli Editore, 2010, p. 3. Tradução livre do original: "*Posto che il diritto penale trova legittimazione soltanto nella tutela dei beni socialmente rilevanti, ai fini della sussistenza di un reato non basta la realizzazione di un comportamento materiali, ma è necessario che tale comportamento leda o ponga in pericolo beni giuridici*".

alicerçada “na exaltação dos vínculos éticos de fidelidade e obediência”⁸⁹ ao regime, demonstrando-se claramente a relação entre Estado-cidadão, e, via de consequência, os modelos de crime voltados a concretizar as linhas ideológicas adotadas.

Desta feita, o modelo de crime como ofensa a bens jurídicos concebido ante o chamado princípio da ofensividade é antes de tudo uma projeção da linha político-ideológica a que se deve pensar o Direito penal. Isso impinge uma forma de analisar a norma, seja ela comissiva ou omissiva, com base na relevância do comando normativo. ALESSANDRO GAMBERINI leciona que os tipos criminais estão empiricamente arraigados no modelo de Estado instituído e na razão estabelecida entre o respeito às garantias individuais e as demandas pela defesa social⁹⁰. Ou seja, num Estado Democrático de Direito, o fato delituoso não é mais visto como pecado⁹¹, de tal sorte que a ofensividade impõe aquilo que chamamos de secularização do direito penal.

Ainda, nos dizeres de LUIGI FERRAJOLI, “a necessária lesividade do resultado, qualquer que seja a concepção que dela tenhamos, condiciona toda a justificação utilitarista do direito penal como instrumento de tutela e constitui seu principal limite axiológico externo”⁹². É ela que forja o “fundamento axiológico do primeiro dos três elementos substanciais ou constitutivos do delito: a natureza lesiva do resultado, isto é, dos efeitos que produz”⁹³.

O jurista italiano ainda refere que o princípio da ofensividade (à qual denomina “lesividade”) é de suma importância para a fundamentação de um direito penal mínimo, ao tornar viável uma fundamentação teleológica laica, orientada para a função de defesa do sujeito mais frágil – ou “débil”, como por vezes gosta de se referir – através da tutela de direitos e interesses considerados *necessários* ou *fundamentais*⁹⁴. É da ofensividade que se reconhece o caráter subsidiário do direito

⁸⁹ D’AVILA, Fabio Roberto. Teoria do crime e ofensividade. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico in ***Ofensividade em Direito Penal: Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos***. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 68.

⁹⁰ GAMBERINI, Alessandro. Il reato come offesa ad un bene giuridico e l’anticipazione della punibilità in ***Introduzione al sistema penale***, vol. II. CURI, Francesca (org.). Torino: G. Giappichelli, 2001, p. 305.

⁹¹ Ibidem, p. 305.

⁹² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 428.

⁹³ Ibidem, p. 428.

⁹⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e (...)**, p. 429.

penal e a sua condição de *extrema e ultima ratio*, como afirmam GIOVANI FIANDACA e ENZO MUSCO⁹⁵.

Constitui-se, assim, que a pretensão de relevância se encontra vinculada à concorrência de um tipo de ação que possui uma dimensão *formal* (pretensão conceitual de relevância ou tipicidade formal), e outra *material* (antijuridicidade ou tipicidade material – violação de um bem jurídico), como bem salienta PAULO CÉSAR BUSATO⁹⁶. E tal fato se dá por exigências constitucionais, sendo a análise da ofensividade primordial.

Dito de outra forma, a conduta há de afligir o bem jurídico protegido pela norma de forma suficiente a justificar a intervenção penal. O tipo penal deve ser formal e materialmente ofensivo de maneira suficiente para que se movimente o aparato punitivo.

Nesse jaez, GIOVANI FIANDACA e ENZO MUSCO discorrem sobre o tema:

Feitas estas premissas gerais, é oportuno situar, em particular, a atenção para o problema debatido entre o alcance e os reais limites do princípio da ofensividade: isto é, o princípio de que, como já mencionado, leva a reconhecer o núcleo duro do delito na agressão (na forma de lesão ou ameaça de lesão) de um ou mais bens jurídicos. Se o significado ideológico, de cunho garantista, de tal princípio é amplamente compartilhado e compartilhável, desde o seu reconhecimento inteiramente consistente com a recusa de se concentrar o delito sobre os perigos ou a atitude interior do autor, ou seja, que atualmente a questão está respectivamente em: a) a sua constitucionalização, ou pelo menos a sua base jurídico-positivista em nível de código ou de outras fontes regulamentadoras, b) o seu valor em termos da abstrata estruturação legislativa do crime, para a concreta interpretação – reconstrução do tipo incriminador operado pelo interprete doutrinal e /ou jurisprudencial.⁹⁷

⁹⁵ Nesse sentido: “*Fala-se de uma natureza subsidiária do direito penal para expressar, precisamente, a idéia do instrumento penal como ‘extrema ratio’: o recurso à pena estatal se justifica quando resulta, além de necessário com as condições já antecipadas (no sentido de que os outros instrumentos de natureza administrativa, civil, etc., seriam insuficientes), também de acordo com o seu propósito*” (Tradução livre do original: “*Si parla di carattere sussidiario del diritto penale per esprimere, appunto, l’idea dello strumento penale come extrema ratio: il ricorso alla pena statale è giustificato quando risulta, oltre che necessario nei termini già anticipati (nel senso cioè che gli altri strumenti di natura civile, amministrativa ecc. sarebbero insufficienti), anche conforme allo scopo*”). FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. **Diritto penale** (...), p. 29.

⁹⁶ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal** (...), p. 347.

⁹⁷ FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. **Diritto penale** (...). Tradução livre do original: “*Fatte queste premesse generali, è opportuno soffermare in particolare l’attenzione sul dibattuto problema dell’effettiva portata e dei limiti del principio di offensività: cioè di quel principio che, come si è già*

Nesse mesmo sentido, retomando as lições de FERRANDO MANTOVANI⁹⁸, o jurista italiano assevera que não se pode conceber a ideia de crimes sem ofensa, não podendo o legislador atuar em face de fatos materiais inofensivos, desempenhando a ofensividade uma função de delimitação do campo de atuação da esfera criminal. Consequentemente, deve-se refutar qualquer modelo de direito penal que recorra ao subjetivismo, embasando-se na “vontade criminosa” ou na “periculosidade do agente”.

A ofensividade termina por consagrar o direito penal calcado no fato, não no autor, em um modelo que procura se compatibilizar com os princípios maiores do Estado Democrático de Direito. Só a significativa lesão ou colocação em perigo a um bem jurídico penalmente tutelado – ou seja, insuficientemente protegido pelas demais esferas jurídicas de regulamentação e controle – pode autorizar a incidência do ilícito penal.

Tal ideia resta bem exprimida nas lições de FÁBIO ROBERTO D’AVILA⁹⁹:

Devemos observar que, quando falamos em ofensividade, estamos a referir a uma exigência de dano ou perigo ao bem jurídico-penal, assente nas formas de dano/violação, concreto pôr-em-perigo e cuidado-de-perigo, e tendo como categoria-limite de ofensividade, a noção material de cuidado-de-perigo. (...) Trata-se, em termos substanciais, de uma interferência, jurídico-penalmente desvaliosa, na esfera de manifestação do bem jurídico, capaz de representar uma concreta situação de desvalor, e, conseqüentemente, consubstanciar um verdadeiro resultado jurídico. Concepção que é verificada, no caso concreto, através de um juízo ex ante, de base total, e mediante um critério objetivo-normativo, nomeadamente uma possibilidade, não insignificante, de dano ao bem jurídico. Logo, em poucas palavras, sem ao menos uma possibilidade, não-insignificante, de dano ao objeto jurídico da norma, sem ao menos uma ofensa de cuidado-de-perigo, não podemos reconhecer a ocorrência de um legítimo ilícito penal.

accennato, induce a ravvisare lo zoccolo duro del reato nell'aggressione (sotto forma di lesione o di messa in pericolo) di uno o più beni giuridici.

Se il significato ideológico, in chiave garantista, d'un tale principio è ampiamente condivisibile e condiviso, essendo il suo riconoscimento del tutto coerente col rifiuto di incentrare il reato sulla pericolosità o sull'atteggiamento interiore dell'autore, cio su cui a tutt'oggi si controverte riguarda, rispettivamente: a) la sua costituzionalizzazione o, comunque, il suo fondamento giuridico-postivo a livello codicistico o di altre fonti ordinamentali; b) la sua valenza sui sul piano della astratta strutturazione legislativa dei fatti di reato, sui di quello della concreta interpretazione-ricostruzione delle fattispecie incriminatrici ad opera dell'interprete dottrinale e/o giurisprudenziale.”.

⁹⁸ MANTOVANI, Ferrando. **Principi di diritto** (...), p. 81.

⁹⁹ D’AVILA, Fabio Roberto. **Direito Penal e Direito Administrativo. Elementos para uma distinção qualitativa in Ofensividade em Direito Penal: Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp. 99-100.

Assim, constata-se que a ofensividade, sob um prisma analítico, além de necessitar de uma fundamentação positiva, divide-se em diferentes dimensões sobre as quais se projeta. Destarte, necessário discorrer algumas linhas sobre tal questão.

1.2.2 *SOBRE O FUNDAMENTO POSITIVO DA OFENSIVIDADE E SUA FUNÇÃO COMO PRINCÍPIO ESTRUTURANTE DA ORDEM CONSTITUCIONAL*

Procurando desenvolver melhor o conceito de ofensividade, FERRANDO MANTOVANI coloca cinco questões trazidas por tal princípio, essenciais para sua compreensão e estruturação epistemológica: (1) o seu fundamento de direito positivo; (2) o seu valor absoluto ou relativo; (3) o seu objeto; (4) o grau de antecipação da tutela do bem jurídico, compatível com tal princípio; (5) a sua técnica de atuação como cânone do processo legislativo de criminalização e de interpretação¹⁰⁰.

O problema, como exposto por RAQUEL LIMA SCALCON¹⁰¹, se traduz da seguinte forma:

Tem-se que o estudo da noção penal de ofensividade demanda um duplo exame: o primeiro, consubstanciado na tentativa de definição estipulativa do seu conteúdo de sentido par ao Direito Penal (ou seja, o que afinal se deve entender por ofensa em termos jurídico-penais); o segundo, subdividido em (i) um questionamento acerca do fundamento da ofensividade (se mera questão de Polícia Criminal, se efetiva exigência de base legal ou, ainfra, se efetiva exigência com assento constitucional) e (ii) uma subseqüente análise da natureza normativa da ofensividade (se regra ou princípio), notadamente influenciada pelo resultado do exame antecedente.

De fato, a estruturação lógica trazida pela jurista é pertinente. Afinal, como asseverado por ela, para que seja possível averiguar o fundamento da ofensividade, é preciso compreender, antes, o que se busca fundamentar, necessitando conhecer a questão para poder justificá-la¹⁰². Evidentemente, não se tem a pretensão de

¹⁰⁰ MANTOVANI, Ferrando. **Principi di diritto** (...), pp. 82 e ss.

¹⁰¹ SCALCON, Raquel Lima. **Ilícito e pena** (...), p. 126.

¹⁰² SCALCON, Raquel Lima. **Ilícito e pena** (...), p. 126.

desenvolver com a profundidade devida que o tema demanda no presente trabalho, justamente para não se perder o foco. Todavia, necessária discorrer minimamente, para ilustrar a questão.

Nessa iniciada linha de raciocínio, FÁBIO ROBERTO D'AVILA¹⁰³ afirma que o problema da relatividade ou não do princípio da ofensividade passa, necessariamente, pela problemática de sua fundamentação positiva. Vale dizer: é um conceito positivo do que é, de fato, a ofensividade, que possibilitará a verificação se é possível relativizar sua aplicação no ordenamento jurídico ou não. Isso porque a ofensividade decorre de uma zona de tensão entre a proteção da liberdade e a intervenção estatal para a proteção de bens jurídicos.

Consoante leciona o supracitado jurista:

A zona de tensão gerada pelo conflito entre os princípios de necessária ofensividade e da intervenção penal é responsável unicamente pela construção dos limites da própria ofensividade, ou seja, ponderando os interesses intervencionistas de prevenção geral positiva, entre outros interesses de política criminal, com a garantia de necessária ofensa, obtém-se o desenvolvimento das hipóteses de ofensividade admissíveis e um conceito *lato* de ofensividade e, por sua vez, o *âmbito possível de tutela jurídico-penal*.¹⁰⁴

Todavia, não é tal zona de tensão capaz de extrapolar os limites estabelecidos pela ofensividade, em razão da particularidade de derivarem conjuntamente do fato de serem princípios conformadores do princípio originário da tutela de bens jurídicos¹⁰⁵. E, nesse sentido, imperioso lembrar que a liberdade é um dos mais elevados bens jurídicos no Estado de Direito, de modo que a sua restrição somente pode se dar em face de uma conduta que venha a representar uma ofensa a outro bem jurídico tutelado – ou seja, dentro do âmbito de proteção¹⁰⁶.

Assim, faz-se necessário compreender que *“toda criminalização de uma conduta enseja, necessariamente, uma correlata restrição ao direito fundamental à liberdade”*¹⁰⁷. Contudo, trata-se a liberdade de um bem que não pode simplesmente ser suprimido e afastado, independentemente da pretensão do sistema punitivo em

¹⁰³ D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e Crimes Omissivos** (...), p. 63.

¹⁰⁴ Ibidem, p. 68.

¹⁰⁵ Ibidem, pp. 68-69.

¹⁰⁶ SCALCON, Raquel Lima. **Ilícito e pena** (...), p. 134; D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e Crimes Omissivos** (...), p. 69.

¹⁰⁷ SCALCON, Raquel Lima. **Ilícito e pena** (...), p. 130.

dar eficácia à proteção de outros bens – do contrário, como já dito, não haveria qualquer barreira para o soberano, de forma que se caminhará a passos largos para regimes incompatíveis com a democracia e o Estado de Direito.

Dessa forma, havendo essa colisão entre a proteção à liberdade e a necessária intervenção estatal, explica RAQUEL LIMA SCALCON¹⁰⁸, impõe-se um limite intransponível, independente dos objetivos traçados pela norma incriminadora, que vem a ser a “proibição de excesso”, cuja finalidade é analisar a intensidade da restrição de um bem jurídico em detrimento de outro, de modo a impedir a sua total supressão. Ou seja, preserva-se o seu “núcleo essencial”, o que significa o *“reducto do direito sem o qual o direito não existiria como tal”*¹⁰⁹, não podendo mais compreendê-lo pelo mesmo sentido, porque ele simplesmente deixaria de existir de acordo com sua compreensão.

Essa compreensão de que há uma tensão ponderativa entre a liberdade e o princípio da intervenção estatal para a prevenção geral positiva decorre da *“inexistência de ordenação abstracta de bens constitucionais”*, que *“torna indispensável uma operação de balanceamento desses bens”*, de modo a obter uma solução casuística¹¹⁰. Todavia, o entendimento sobre a ofensividade simplesmente compreendida como princípio pode acarretar problemas conceituais

Como expõe FABIO ROBERTO D’AVILA, entender a ofensividade pressupõe assimilar a distinção conceitual entre princípios e regras. Valendo-se das lições de ROBERT ALEXY e JOAQUIM JOSÉ GOMES CANOTILHO, o retromencionado jurista traz à balha a diferença conceitual destes dois tipos de normas que integram o ordenamento jurídico. Os princípios constituem exigências de otimização em uma convivência conflitual, de modo que se admite o balanceamento de interesses, em juízo de ponderação de princípios eventualmente conflitantes, conforme o seu peso. Por outro lado, as regras se determinam por uma relação antinômica, prevalecendo a lógica do “tudo ou nada”¹¹¹.

¹⁰⁸ Ibidem, pp. 134-135.

¹⁰⁹ FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 43.

¹¹⁰ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1240.

¹¹¹ D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e Crimes Omissivos (...)**, p. 64.

É importante tal compreensão, pois admitir, sob este prisma, a ofensividade tão somente como princípio – na esteira do mero juízo ponderativo –, significaria, então, que, em eventual ponderação entre a ofensividade como elemento principal do delito e a prevenção geral positiva como valor a ser perseguido pela ordem jurídica, poder-se-ia compreender tal conceito como derogável¹¹². Contudo, não é tal lógica, deveras simplista, que constitui o fundamento epistemológico da ofensividade, enquanto delimitador do campo de atuação do ilícito-típico.

Como já dito anteriormente, a inexistência da compreensão do delito como a ofensa a bens jurídicos conduz ao direito penal do dever, criminalizando meras violações de conduta – pensamento típico de regimes autoritários. Assim, a ofensividade é inafastável, não sendo derogável, mas um princípio constitucional estruturante de todo o sistema interno, os quais, por meio de diversos subprincípios e regras, encontram diferentes graus de densificação e concretização¹¹³.

Conforme leciona JOAQUIM JOSÉ GOMES CANOTILHO¹¹⁴, há princípios jurídicos fundamentais, pelos quais se deve entender “*os princípios historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional*”. Dentre tais princípios, destaca o da “*proibição de excesso*”, sobre o qual discorre: “*Proibir o excesso não é só proibir o arbítrio; é impor, positivamente, a exigibilidade, adequação e proporcionalidade dos actos dos poderes públicos em relação aos fins que eles prosseguem*”¹¹⁵.

Como já referido acima, a ofensividade vem a cumprir essa função de proibir os excessos da intervenção estatal punitiva, admitindo-a tão somente quando estritamente necessária para a proteção de bens jurídicos. Dessa forma, a ofensividade não é apenas um critério de aferição da lesão ou ameaça de lesão (perigo concreto ou abstrato), mas uma norma que constitui critério de formulação e aplicação de outras normas – uma “metanorma”, como bem apontou RAQUEL LIMA SCALCON¹¹⁶, citando a teoria dos princípios de HUMBERTO BERGMANN ÁVILA.

¹¹² Ibidem, p. 65.

¹¹³ Ibidem, p. 65.

¹¹⁴ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional** (...), p. 1165.

¹¹⁵ Ibidem, p. 1165.

¹¹⁶ SCALCON, Raquel Lima. **Ilícito e pena** (...), pp. 134-135.

Nesse sentido, a supracitada autora bem explica a fundamentação da ofensividade como princípio fundamental e estruturante do direito penal:

(...) caso a constatação de uma ofensa a um bem jurídico na base do ilícito penal seja considerada da ordem do contingente, do opcional, do não necessário ou, ainda, do (in)oportuno, dever-se-á concluir que a ofensividade não passa de um princípio de Política Criminal. E, portanto, poderá ser tão volátil, tão instável e tão efêmera quanto qualquer orientação de cunho *político*.

A efetiva verificação de uma ofensa a um bem jurídico nos ilícitos penais não seria, segundo essa concepção, uma condição necessária para sua legitimidade. Seria apenas algo que, conquanto pudesse eventualmente ser surpreendido em um determinado ilícito, talvez não o fosse em outro, sem que isso em nada afetasse a sua validade. A ofensividade, portanto, transformar-se-ia quase em uma questão “de gosto” (*matter of taste*).

Todavia, é justamente isso que não se pode admitir. Um ilícito penal, para que seja legítimo, deve necessariamente amparado na noção de ofensa a bem jurídico. Logo, a ofensividade deve ser compreendida como exigência – não como contingência.¹¹⁷

Nesse aspecto é que se compreende a ofensividade como uma “imposição de ordem constitucional”¹¹⁸, sendo inderrogável, inafastável tanto na criminalização de condutas quanto na aplicação das normas penais nas análises casuísticas. Por isso, entende-se que a ofensividade admite uma dupla feição, sobre a qual se passa a tecer breves considerações.

1.2.3 A DUPLA FEIÇÃO DA OFENSIVIDADE: JURE CONDENDO E JURE CONTIDIO

A ofensividade, para VITTORIO MANES, está profundamente enraizada na problemática da legitimidade do próprio direito penal, questionando a sua extensão e os seus predicados possíveis de proteção, vale dizer, a qualidade e a quantidade de

¹¹⁷ Ibidem, pp. 130.

¹¹⁸ Ibidem, pp. 130.

ofensa digna de relevância penal¹¹⁹. A ideia de ofensividade, ainda dentro do pensamento do retromencionado jurista, se projeta tanto na dimensão de *categoria*, quanto na de *princípio*¹²⁰.

Enquanto definida como *categoria*, a ofensividade é um “conceito descritivo de síntese”, que permite mensurar o caráter lesivo de uma conduta tipificada em relação ao bem jurídico tutelado nas suas formas de manifestação como de *dano* e *perigo*; já como princípio, a necessária ofensa “(...) *sustenta problemáticas distintas e colocadas em níveis diferentes: aquelas da plausibilidade da opção penal na política, e da instância de racionalidade que a legitima; aquelas da aplicação crítica dos tipos incriminadores*”¹²¹. Vale dizer: é um conceito valioso e original para buscar investigar o fundamento, os conteúdos e os limites da intervenção penal, tanto na sua esfera abstrata, quanto na administração sobre sua aplicação concreta¹²².

Seguindo a mesma linha de raciocínio, FABIO ROBERTO D’AVILA¹²³ salienta que a ofensividade atua em um duplo nível – não apenas em uma dupla feição, como acima exposto. O primeiro nível seria *de jure condendo*, ou seja, delimitando e informando a criação da lei penal no plano legislativo. O segundo nível seria *de jure conditio*, no qual se exige uma interpretação da norma em conformidade às exigências do princípio da ofensividade (no plano de aplicação material da norma).

Da mesma forma, FRANCESCO C. PALAZZO explicita que a ofensividade, respondendo a uma “*clara exigência de delimitação do direito penal*”¹²⁴, atua em dois níveis:

A nível legislativo, o princípio de lesividade (ou ofensividade), enquanto dotado de natureza constitucional, deve impedir o legislador de configurar tipos penais que já hajam sido construídos, *in abstracto*, como fatos *indiferentes* e preexistentes à norma. Do ponto de vista, pois, do valor e dos interesses sociais, já foram consagrados como *inofensivos*. A nível jurisdicional-aplicativo, a integral atuação do

¹¹⁹ MANES, Vittorio. **Il Principio di Offensività nel Diritto Penale**: Canone di Politica Criminale, Criterio Ermeneutico, Parametro de Ragionevolezza. Torino: G. Giappichelli, 2005, p.11.

¹²⁰ Ibidem, p. 01.

¹²¹ MANES, Vittorio. **Il Principio di (...)**, pp. 01-02. Tradução livre do original: “(...) *sottende problematiche distinte e collocate a diversi livelli: quello della plausibilità dell’opzione penale sul piano politico, e dell’istanza di razionalità che la legittima; quello dell’applicazione critica delle fattispecie incriminatrici*”.

¹²² MANES, Vittorio. **Il Principio di (...)**, p. 02.

¹²³ D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e crimes (...)**, p. 49.

¹²⁴ PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e (...)**, pp. 79-80.

princípio da lesividade deve comportar, para o juiz, o dever de excluir a subsistência do crime quando o fato, no mais, em tudo se apresenta na conformidade do tipo, mas, ainda assim, concretamente, é inofensivo ao bem jurídico específico tutelado pela norma.¹²⁵

Da mesma forma, discorrem GIORGIO MARINUCCI e EMILIO DOLCINI sobre essa dupla feição da ofensividade¹²⁶:

Este princípio se aplica tanto ao legislador quanto ao intérprete: o **legislador** deve configurar os crimes como as tantas formas de ofensa a um bem jurídico, no sentido de que somente pode atribuir relevância penal apenas a fatos que envolvem a **lesão** ou, pelo menos, a **exposição ao perigo** de um bem jurídico; o **intérprete** deve reconstruir individualmente os tipos de crime com a ajuda do critério do bem jurídico, **afastando** do fato criminoso os **comportamentos não ofensivos** ao bem protegido pela norma incriminadora.

Ainda na lição de FABIO ROBERTO D'AVILA, o ilícito penal, portanto, erige-se a partir do *desvalor* que expressa o resultado jurídico, ou seja, a ofensa a um bem jurídico, que “*assume a posição de pedra angular do ilícito*”¹²⁷. Sob o prisma do crime como ofensa a bens jurídicos, a ofensividade torna-se uma “*categoria jurídica capaz de expressar um autônomo desvalor de resultado, absolutamente independente de outros centros de desvalor que possam a ela estar teleologicamente relacionados*”, de forma que ganha plena autonomia e, decorrentemente, capacidade de fundamentação e delimitação do ilícito¹²⁸.

A configuração deste processo, conforme o retromencionado jurista dá-se em dois níveis distintos de valoração do resultado: primeiro, como valoração positiva, na qual se valora o próprio bem jurídico como expressão axiológica irradiante e simultaneamente condensadora da intencionalidade normativa; segundo, como resultado da tensão oriunda entre a afirmação e afirmação e a negação deste valor positivo (bem jurídico), que é a própria ofensividade, na qual a negação do valor

¹²⁵ Ibidem, p. 80.

¹²⁶ MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. **Corso di diritto** (...), p. 449. Tradução livre do original: “Questo principio vincola sia il legislatore che l’interprete: il **legislatore** deve configurare i reati come altrettante forme di offesa a un bene giuridico, nel senso che può attribuire rilevanza penale soltanto a fatti che comportano la **lesione** o, almeno, l’**esposizione a pericolo** di un bene giuridico; l’**interprete** è tenuto a ricostruire i singoli tipi di reato con l’aiuto del criterio del bene giuridico, **estromettendo** dal fatto di reato e **comportamenti non offensivi** del bene tutelato dalla norma incriminatrice”.

¹²⁷ D’AVILA, Fabio Roberto. Teoria do crime (...), p. 76.

¹²⁸ D’AVILA, Fabio Roberto. Teoria do crime (...), p. 76.

expressará um conteúdo de desvalor que, em determinados níveis, poderá tornar-se “*perceptível e jurídico-penalmente interessante*”¹²⁹.

Diante do acima afirmado, percebe-se a priorização de uma compreensão objetiva do ilícito penal a partir do desvalor do resultado, ainda que o autor não menospreze o significado do desvalor da ação, sobre o qual afirma ter “*relevância jurídico-penal apenas entre os fatos detentores de desvalor de resultado, dentre os fatos violadores de um bem jurídico-penal*”¹³⁰. É diante desta preponderância do desvalor do resultado sobre outras formas de desvalor que se afigura essencial a ideia de que não há crime sem ofensa a um bem jurídico penalmente tutelado.

1.2.4 COMPREENSÃO DO CRIME COMO OFENSA A BENS JURÍDICOS: RELAÇÃO COM O TEXTO CONSTITUCIONAL E A NOÇÃO DE BEM JURÍDICO-PENAL A PARTIR DA OFENSIVIDADE

Outra questão que desponta acerca da compreensão de ofensividade, em termos jurídico-penais, é a significação do conceito a partir da Constituição. Vale dizer: é a carta constitucional, na sua condição de lei maior, que dará os indicativos de quais são os bens passíveis de tutela em determinado ordenamento jurídico.

Nesse sentido, traz-se as lições de FRANCESCO C. PALAZZO, que assevera que a teoria do delito calcada na ofensa a bens jurídicos é necessariamente a delimitação a partir dos indicativos de tutela pela própria carta constitucional¹³¹. Isso, ainda que (faz a necessária ressalva o autor) com a evolução da concepção de Estado Social, a Constituição também tem sido referência de ordem “propulsora” da atuação do aparato repressivo para “*novas matérias em novas fronteiras integrativas*” daquele Estado¹³².

¹²⁹ Ibidem, p. 76.

¹³⁰ Ibidem, p. 77.

¹³¹ PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e (...)**, p. 80.

¹³² Ibidem, pp. 77-78.

Entretanto, como se trabalhará adiante, a Constituição serviu como um importante signo (e, ao mesmo tempo, significante) para o reconhecimento de bens jurídicos. A Constituição de cada Estado é, via de regra, norteada por valores axiomáticamente relevantes, oriundos de um processo cultural antropológico, forjado no curso da história da sociedade que o institui. Tais valores virão a ser de suma importância para o campo da esfera penal.

Como salientam EMILIO DOLCINI e GIORGIO MARINUCCI¹³³, em um Estado pluralista, laico e inspirado em valores de tolerância, no qual todo o poder estadual promana do povo soberano, que reconhece no homem o valor da dignidade e um conjunto de direitos invioláveis, o direito penal não pode perseguir fins transcendentais ou éticos. Igualmente, não pode o Direito penal degradar o homem à condição de mero “objeto de tratamento” pelas suas presumíveis tendências antissociais, nem pode fazer assentar o crime em meras atitudes interiores ou na vontade pura e simples – de qualquer maneira manifestada – de desobedecer às leis¹³⁴.

Nesse sentido, destacam os autores supracitados:

O único modelo de direito penal compatível com a Constituição italiana é, portanto, aquele que o direito penal é instrumento de proteção de bens jurídicos: e o único modelo de crime é aquele cujo centro se situa na ofensa a um bem jurídico.

O repúdio de qualquer visão subjectivista do direito penal encontra, de resto, explícita confirmação nos princípios que a Constituição dedica exclusivamente ao direito penal. Acolhem-se, aí, os clássicos princípios liberais da legalidade dos crimes e das penas e da irretroactividade da lei penal, tomando por eixo uma ideia de crime incarnada, *não* – subjectivamente – naquilo que o homem “é” ou “quer”, *mas antes* – objectivamente – naquilo que o homem “faz”: “ninguém pode ser punido” (...) “a não ser por força de uma lei que tenha entrado em vigor antes da *prática do facto*”.¹³⁵

E complementam ainda os juristas italianos afirmando que, intrinsecamente a esta fisionomia do Estado desenhada pela Constituição – na sua aproximação com os princípios da legalidade e da irretroatividade –, a expressão “*facto*” revela, em

¹³³ DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e Escolha de Bens Jurídicos. In **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Ano 4, Fasc. 2, abril/jun. 1994, p. 152.

¹³⁴ Ibidem, p. 152.

¹³⁵ DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e Escolha (...), p. 152.

última análise, o seu tradicional significado liberal: “*facto*’ é sinónimo de ofensa a bens jurídicos”¹³⁶.

Ainda, EMILIO DOLCINI e GIORGIO MARINUCCI contribuem para esta questão trazendo hipóteses problemáticas, segundo as quais da constituição podem surgir proibições de incriminação; o questionamento sobre se somente bens constitucionalmente relevantes podem ser merecedores de tutela penal; e o fato de elucidar se a Constituição impõe ou não mandamentos de tutela penal¹³⁷.

Da primeira questão exposta acima, é clarividente que os textos constitucionais trazem proibições de incriminação, no que diz respeito à liberdade de seus cidadãos. A partir do momento que se reconhece aos cidadãos de um Estado constitucional direitos e liberdades civis, ético-sociais, econômicas e políticas, eles obviamente não podem ser fonte de tipificação penal.

Todavia, no que atine ao direito à liberdade é que há relação com a sanção penal. E isto soa bastante óbvio, se pensarmos a partir do prisma que, se o direito a liberdade pessoal é um valor de relevância inequívoca para a sociedade, qual seria a legitimidade da pena privativa de liberdade para restringi-la total ou parcialmente¹³⁸? Neste ponto, os autores ora citados¹³⁹ referem que uma tese de legitimação da pena restritiva de liberdade reside na necessidade de dano ou perigo de dano a um bem jurídico de igual relevância.

Já no que diz respeito acerca dos bens jurídicos expressamente relevados na Constituição, já fora salientado que esta é a expressão dos valores considerados relevantes por uma sociedade. Destarte, com a decorrência do tempo, é praticamente certo o surgimento de novos valores no seio daquela sociedade, o que acarreta novas demandas para sua efetivação e a instituição e o reconhecimento de novos direitos oriundos daqueles (quando com eles não se confundem).

Deste modo, novos valores implicam no reconhecimento de novos bens jurídicos, que não podem permanecer alheios ao ordenamento jurídico, visto que podem até atingir o “*status*” de serem considerados constitucionalmente relevantes e,

¹³⁶ Ibidem, p. 152.

¹³⁷ Ibidem, p. 155.

¹³⁸ Ibidem, p. 155.

¹³⁹ Ibidem, p. 155.

inclusive, mercedores de tutela penal. Explicam EMILIO DOLCINI e GIORGIO MARINUCCI: *“A verdade é que a não menção de alguns bens na Carta Constitucional não reflete necessariamente uma sua desclassificação na escala de valores”*¹⁴⁰. E citam como exemplo o caso do meio ambiente, o qual não é mencionado na Constituição Italiana, mas que, por outro lado, não há dúvida de sua relevância e merecimento de tutela penal¹⁴¹.

Então, com esse pensamento, poderia haver a sanção com a restrição de liberdade com base na ofensa a um bem jurídico que não tem (estritamente) relevo constitucional, pois o legislador não fica adstrito à escolha dos bens positivados no texto constitucional para a tipificação penal.

Com relação à terceira questão proposta pelos autores, traz-se à tona a possibilidade de haver mandamentos penais na Carta Constitucional – o que também já fora referido anteriormente, na ressalva feita por FRANCESCO C. PALAZZO. Na Constituição Federal brasileira de 1988, por exemplo, pode-se encontrar mandados expressos de incriminação, que não deixam dúvidas sobre a valoração de necessidade de tutela penal – como, v.g., o crime de racismo¹⁴² –; entretanto, o problema se instaura quando passa a se tratar das denominadas “obrigações implícitas de incriminação” – casos como aqueles em que a Constituição brasileira traz expressões como “punirá severamente”, do que se interpreta haver mandamento de imposição de sanção penal, ou como o dispositivo do artigo 5º, XLI, que afirma que *“a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”*.

Nos exemplos relativos a mandamentos implícitos acima trazidos, compreende-se a necessidade de proteção de bens jurídicos expressamente reconhecidos, como os “direitos e liberdades fundamentais”. Contudo, a imprecisão, em face da extensa abrangência, de tais postulados não significa, necessariamente, que se deva lançar mão da tutela penal na busca pela sua proteção – além do fato de

¹⁴⁰ DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e Escolha (...), p. 168.

¹⁴¹ Ibidem, p. 170.

¹⁴² Artigo 5º, XLII, CRFB/1988: *“a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”*.

que a admissão das chamadas “obrigações implícitas de incriminação” pode dar margem para erros e para tipificações indevidas.

Na esteira deste pensamento, verifica-se que, por vezes, a linguagem da Constituição, pondo um bem como fundamental, é indício de que este bem é merecedor de tutela maior, mais severa ou penal, se for o caso¹⁴³. Destaca-se, contudo, que tal análise deve, imprescindivelmente, ultrapassar um pensar simplista de que o reconhecimento de um bem como fundamental é fundamento suficiente para a legitimação da criação de um tipo incriminador e da própria tutela penal sobre tal bem.

De fato, deve-se reconhecer que o relevo (a positivação) dos bens jurídicos no texto constitucional é índice de merecimento de tutela penal¹⁴⁴, porém, por si só, não justifica a tipificação da sanção penal. Entretanto, MANUEL DA COSTA ANDRADE define este reconhecimento – o merecimento de tutela penal – como “dignidade penal”, que se caracteriza *“como a expressão de um juízo qualificado de intolerabilidade social, assente na valoração ético-social de uma conduta, na perspectiva da sua criminalização e punibilidade”*¹⁴⁵. Este “juízo qualificado de intolerabilidade” não precisa estar posto na Carta Constitucional, porém a presença de um bem no texto da Carta Magna é indicativo assente dessa valoração positiva, de modo que a ofensa a ele constitui óbvia valoração negativa.

No plano constitucional, a dignidade penal assegura que somente os bens de eminente tutela devem ter a proteção penal, de modo que obriga a se recorrer a um juízo de proporcionalidade para limitar a interpretação da linguagem do texto constitucional¹⁴⁶. E, sobre este ponto, cabe registrar que EMILIO DOLCINI e GIORGIO MARINUCCI procuram delimitar esse juízo de proporcionalidade à luz da ofensividade, afirmando a presença de uma relação inversamente proporcional entre a relevância do bem e a sua forma de tutela: *“quanto menos grave é a ofensa (e a gravidade da*

¹⁴³ DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e Escolha (...), p. 192.

¹⁴⁴ Ibidem, p. 191.

¹⁴⁵ COSTA ANDRADE, Manuel da. A “dignidade penal” e a “carência de tutela penal” como referência de uma doutrina teleológico-racional do crime. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 2, Fasc. 2, abril/jun. 1992, p. 184.

¹⁴⁶ COSTA ANDRADE, Manuel da. A “dignidade penal” (...), p. 184.

ofensa decresce à medida que se afasta do estádio da lesão), tanto mais elevada deve ser a categoria do bem”¹⁴⁷.

Passando pelo juízo de dignidade penal, é imprescindível para o processo de criminalização o juízo de carência penal, como refere MANUEL DA COSTA ANDRADE¹⁴⁸: *“A legitimação negativa, mediatizada pela dignidade penal, tem de acrescer a legitimação positiva, mediatizada pelas decisões em matéria de técnica de tutela (carência de tutela penal)”. Ainda, a carência penal muitas vezes é confundida com a subsidiariedade penal, em razão do raciocínio necessário para sua concretização.*

O retromencionado jurista também descreve a *ratio* para criminalização, conforme a carência penal, dizendo que *“a afirmação de carência de tutela penal significa que a tutela penal é adequada e necessária para a prevenção da danosidade social, e que a intervenção do direito penal no caso concreto não desencadeia efeitos secundários, desproporcionadamente lesivos”¹⁴⁹.*

Deste modo, é imprescindível para o processo de tipificação penal legítimo que haja uma projeção acerca da dignidade penal do bem jurídico que se procura tutelar penalmente, do que é indissociável o reconhecimento da carência de proteção a este bem, de modo que seja estritamente necessário o lançar mão do direito penal para atingir este fim. É este processo, que se confunde com a própria formação e reconhecimento de um Estado Democrático de Direito na Constituição, o que exige um modelo de direito penal compatível com este, que implica na necessária relação do crime como ofensa a bens jurídicos – vale dizer, a própria relação entre bem jurídico e ofensividade.

1.3 PRIMEIRAS OBSERVAÇÕES ACERCA DO BEM JURÍDICO E DA OFENSIVIDADE NO CRIME DE CORRUPÇÃO ELEITORAL

Frente às questões trabalhadas no presente capítulo, será possível examinar se há respeito ao critério da ofensividade, tanto pelo legislador brasileiro, ao

¹⁴⁷ DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e Escolha (...), p.194.

¹⁴⁸ COSTA ANDRADE, Manuel da. A “dignidade penal” (...), pp. 185-186.

¹⁴⁹ Ibidem, p. 187.

criminalizar a corrupção eleitoral, quanto aos julgadores, ao analisar casos paradigmáticos de delitos da espécie. Tendo em vista a inderrogabilidade do princípio da ofensividade, enquanto imperativo de ordem constitucional, estruturante de toda a teoria do delito à luz da necessária proteção de bens jurídicos penalmente dignos, analisar-se-á sob esse prisma as ações típicas relativas a tal crime.

Nessa seara, necessário será compreender o que efetivamente visa tutelar o crime de compra de votos, também chamado de “corrupção eleitoral” (artigo 299 do Código Eleitoral). Isso, porque, mesmo tendo em vista que se trata de uma das condutas mais contrárias ao processo democrático – possivelmente junto à alteração do resultado de votação, à violação do sigilo da urna (artigo 315 e artigo 317 do Código Eleitoral, respectivamente), entre outros –, é preciso averiguar em que medida tal conduta pode, de fato, afetar os bens jurídicos que justificam sua tipificação.

Para tanto, será imperativo, antes de adentrar essas questões pontualmente, discorrer acerca dos fundamentos do Estado de Direito, do princípio democrático, da democracia representativa e dos direitos políticos, uma vez que consubstanciam os elementos essenciais do processo eleitoral. Somente a partir de então é que se poderá averiguar os valores identificados e elevados à condição de bens no ordenamento, a fim de verificar a justificação da tutela penal.

2. FUNDAMENTOS MATERIAIS E CONSTITUCIONAIS DO CRIME DE CORRUPÇÃO ELEITORAL

2.1 ESTADO DE DIREITO E PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO

No presente capítulo, traz-se à tona a necessidade de discorrer acerca da formação do Estado Democrático de Direito contemporâneo, seus fundamentos e suas finalidades, para assim compreender o papel que o Direito Eleitoral cumpre dentro do ordenamento jurídico que àquele se amolda. Como não poderia se dar de forma distinta, trata-se aqui de obrar sobre a concepção do Estado moderno historicamente formulada, pertinente ao sistema jurídico pátrio, enquanto estrutura fundadora do ramo que faz a interface com o Direito Penal nos crimes eleitorais.

Isso porque, consoante explica JOSÉ JAIRO GOMES¹⁵⁰, o crime eleitoral é apenas uma especificação da compreensão de crime em geral – isto é, extraída do da teoria do delito, própria do Direito Penal –, com a *"particularidade de objetivar a proteção de bens e valores político-eleitorais caros à vida coletiva"*. Tais valores referidos patentemente dizem respeito ao sistema e processo eleitoral em si.

Entretanto, mais do que observar a tipificação penal de condutas inerentes ao procedimento eletivo, é preciso compreender a natureza jurídico-conceitual do Direito Eleitoral. Isso para, na verdade, ir mais adiante e compreender exatamente quais são os valores políticos que se diz tutelar mediante a criminalização de determinadas ações inerentes ao sistema político-eleitoral, em caráter de proteção da coletividade.

Afinal, desde a composição do eleitorado e dos que concorrem para ser eleitos (quem pode votar e quem pode ser votado) até uma forma valorativa de votação (qual a melhor e mais justa forma de se votar) são questões que precisam ser compreendidas para compreender o valor que se dá ao sufrágio. Há todo um processo social, político e cultural que transforma a aptidão a votar de um poder exclusivo de um estamento social a uma compreensão do sufrágio como um direito estabelecido

¹⁵⁰ GOMES, José Jairo. **Crimes e processo penal eleitorais**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 03.

em forma direta, secreta, universal e periódica, definido como cláusula pétrea na Constituição Federal de 1988 (artigo 60, § 4º, inciso II). Essa recapitulação é essencial para se captar a valoração jurídica dada ao voto, o norte de toda a estruturação do Direito Eleitoral.

De tal forma, comporta ressaltar, como será explicitado ao longo deste capítulo, que o Direito Eleitoral – enquanto fonte primeira do objeto deste trabalho, os delitos eleitorais – guarda, por sua vez, íntima relação com o Direito Constitucional. Porque este ramo das ciências jurídicas é, conforme leciona MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO¹⁵¹, o conhecimento sistematizado das regras jurídicas relativas "*à forma do Estado, à forma do governo, ao modo de aquisição e exercício do poder, ao estabelecimento de seus órgãos e aos limites de sua ação*".

O Direito Eleitoral, precisamente, dedica-se ao estudo das normas e procedimentos que organizam e disciplinam o funcionamento do poder de sufrágio popular, de modo que se estabeleça a precisa adequação entre a vontade do povo e a atividade governamental¹⁵². Assim sendo, a eleição dos agentes políticos necessariamente passa pela compreensão da estrutura que outorga, delimita e legitima o poder a ser exercido por aqueles, trazendo igualmente a compreensão do processo que a eles delega tal exercício.

Por óbvio, a noção de Estado organizado por um sistema de regras que dispõe acerca da organização dos poderes instituídos não carrega, intrinsecamente, a noção de democracia. Basta lembrar das experiências da Alemanha Nazista e da União Soviética Stalinista, exemplos clássicos da obra "*Origens do totalitarismo*", de HANNAH ARENDT¹⁵³, que rememora que os regimes totalitários não simplesmente irromperam com a estrutura do Estado Moderno (assemelhando-se, de outra forma, a um modelo despótico primitivo), mas dele se apropriaram, ainda sob o caráter de legitimação das massas – como refere a autora citada, "*os movimento totalitários são*

¹⁵¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 11.

¹⁵² RIBEIRO, Fávila. **Direito eleitoral**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 4.

¹⁵³ Ver: ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, pp. 442 e ss.

possíveis onde quer que existam massas que, por um motivo ou outro, desenvolveram certo gosto pela organização política" ¹⁵⁴.

O que faz com que um Estado seja efetivamente democrático, então? Entretanto, outro questionamento exsurge desta pergunta, a demonstrar a necessidade de um conceito prévio: o que se compreender por "Estado"? Para JORGE MIRANDA¹⁵⁵, o Estado é uma espécie, um subgênero, das "sociedades políticas", as quais se apresentam em tal variedade que é "*cientificamente imprescindível proceder a distinções e classificações*".

No constitucionalismo moderno, a sociedade é o círculo mais amplo e o Estado o mais restrito dessa relação: a sociedade vem primeiro; o Estado vem depois¹⁵⁶ – em que pese ARISTÓTELES ter chegado a afirmar ser "*evidente (...) que o Estado existe por natureza e é anterior a cada indivíduo*", por força da natureza política do homem¹⁵⁷. Nesse aspecto, JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO¹⁵⁸, remontando-se às lições de JEAN BODIN e THOMAS HOBBS, refere que o "*Estado é, assim, uma forma histórica de qualidades que a distinguem de outros 'poderes' e 'organizações de poder'*".

A terminologia "Estado" foi consagrada em "*O Príncipe*", de NICOLAU MAQUIAVEL, em que pese já ser comumente utilizada antes mesmo da publicação da obra do historiador florentino em defesa do Estado absolutista. Sua origem decorre do isolamento do primeiro termo da expressão latina "*status rei publicæ*" (estado da república), demonstrando a clara vinculação que o conceito carrega com o poder político¹⁵⁹.

De toda maneira, como já destacado, a evolução do conceito de Estado ao longo do tempo perpassa diversos teóricos da política, da filosofia, da sociologia e do Direito passíveis de destaque, mas é a partir da modernidade que passa a buscar um conceito mais preciso. Contudo, vale destacar que foi MAX WEBBER que partiu, a partir

¹⁵⁴ ARENDT, Hannah, **Origens** (...), p. 361.

¹⁵⁵ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 3.

¹⁵⁶ BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 61.

¹⁵⁷ BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade**: para uma teoria geral da política. São Paulo: Paz e Terra, 2007, pp.65-66.

¹⁵⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional** (...), p. 89.

¹⁵⁹ BOBBIO, Norberto. **Estado** (...), p. 66.

de uma perspectiva sociológica, da "força" como elemento essencial a definir o Estado¹⁶⁰.

No entanto, o Estado moderno racionalizou o emprego da violência, de maneira que o sociólogo alemão MAX WEBER, a partir dessa reflexão, proferiu seu clássico conceito, caracterizando aquele como a determinada "*comunidade humana que, dentro de um determinado território, reivindica para si o monopólio da violência legítima*"¹⁶¹. Essa formulação acabou sendo implementada por seu contemporâneo na Universidade de Heidelberg, o jurista GEORG JELLINEK, constituindo-se o Estado moderno pelos seguintes componentes: "*é a corporação de um povo assentada num determinado território e dotada de um poder originário de mando*"¹⁶².

Salienta-se que, ainda que sob outro enfoque (jurídico), a partir de sua "*Teoria pura do Direito*", HANS KELSEN¹⁶³ se aproxima do primado weberiano da "força", ao identificar Estado com Direito e com "*ordem jurídica*", quando afirma que, em sua estrutura conceitual, "*o Estado é uma ordem de coação*", mas, por sua vez, afasta dele os elementos políticos e ideológicos que o direcionam. De outra forma forma, ROBERT DAHL¹⁶⁴, sob o prisma da ciência política, acaba trazendo uma similitude conceitual ao postulado de MAX WEBER e GEORG JELLINEK, referindo que o "*estado é um tipo muito especial de associação que se distingue pelo tanto que pode garantir a obediência às regras sobre as quais reivindica jurisdição, por seus meios superiores de coerção*".

Desta feita, rememora-se que JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO referiu que, para distinguir o Estado de outras formas de poder, é preciso identificar as suas qualidades em relação a estas. Em primeiro lugar, compreende-se dentre estas a *soberania*, traduzida, em termos gerais, num "*poder supremo*" no plano constitucional interno e "*num poder independente*" no plano internacional¹⁶⁵. Articulando essas duas dimensões, o constitucionalista português se aproxima da definição trazida por GEORG JELLINEK, recortando de tal conceito seus seguintes elementos constitutivos: (1) poder

¹⁶⁰ BONAVIDES, Paulo. **Ciência** (...), p. 65.

¹⁶¹ Ibidem, pp. 65-66.

¹⁶² Ibidem, p. 67.

¹⁶³ KELSEN, Jans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2001, pp. 316-317.

¹⁶⁴ DAHL, Robert. **Sobre** (...), p. 53.

¹⁶⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito** (...), p. 90.

político de comando, (2) que tem como destinatários os cidadãos nacionais, (3) reunidos num determinado território¹⁶⁶.

De tal forma, constitui-se o Estado, basicamente, da tríade "*povo, poder e território*", conforme consagrado nas ciências política e jurídica do início do Século XX. Contudo, apenas o conceito trazido pelo jurista alemão antes citado carrega intrinsecamente um elemento valorativo democrático sobre o Estado, porquanto remete ao povo o "poder originário de mando" – o que não foi uma preocupação de seus coetâneos.

Daí decorre o reiterado questionamento: o que faz com que o Estado se qualifique como "democrático", a se compreender como uma organização política que vá além da força e da coerção? Para responder a essa pergunta JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO¹⁶⁷ recorre à formulação ilustre de ABRAHAM LINCOLN sobre a "essência" da democracia: "*governo do povo, pelo povo e para o povo*".

Uma breve frase de densidade tamanha, capaz de tanto dizer com tão pouco: o poder político deve ter o seu povo como o princípio, o meio e o fim. São os membros de uma comunidade que devem constituir e compor o corpo político, as ações de poder devem ser executadas por eles e as finalidades de tais ações necessitam ter como direção a população em geral, à qual pertencem. Trata-se de um sintetismo do que se compreende por "*princípio democrático*".

JOSÉ AFONSO DA SILVA¹⁶⁸, ao discorrer sobre o princípio democrático, assevera que democracia é um conceito histórico, não consistindo num valor-fim, mas em meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, traduzido-se basicamente nos direitos alçados à categoria de fundamentais. Compreende, assim, que a historicidade destes envolve o conceito de "democracia" na mesma medida, enriquecendo-lhe o conteúdo em cada etapa do desenvolvimento social, tendo como princípio básico de que ela (democracia) "*revela um regime político em que o poder repousa na vontade do povo*".

¹⁶⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito** (...), p. 90..

¹⁶⁷ Ibidem, p. 287.

¹⁶⁸ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 40.

Acerca do princípio democrático, traz-se a lição de JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA¹⁶⁹:

Primeiramente, a democracia surge como um processo de democratização, entendido como processo de aprofundamento democrático da ordem política, econômica, social e cultural. Depois, o princípio democrático recolhe as duas dimensões historicamente consideradas como antitéticas: por um lado, acolhe os mais importantes elementos da teoria democrática-representativa (órgãos representativos, eleições periódicas, pluralismo partidário, separação de poderes); por outro lado, dá guarida a algumas das exigências fundamentais da teoria participativa (alargamento do princípio democrático a diferentes aspectos da vida econômica, social e cultural, incorporação de participação popular directa, reconhecimento de partidos e associações como relevantes agentes de dinamização democrática etc.).

Destarte, verifica-se que o princípio acima referido foi positivado no ordenamento jurídico-constitucional, insculpindo-se no parágrafo único do artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o fundamento de que *"todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou directamente"*. Assim, consagrou-se expressamente a regra de que o povo é a *fonte primária* do poder, caracterizando o *princípio da soberania popular*.

2.2 SOBERANIA POPULAR E DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

Consoante destacado no final do item anterior, é possível verificar do dispositivo constitucional que positiva o princípio democrático que este se divide, analiticamente, a participação popular no poder em duas formas distintas: *representativa* e *participativa*. Como ressalta JOSÉ AFONSO DA SILVA¹⁷⁰, são nessas duas dimensões que se projeta o princípio da ordem democrática adotada na Carta Magna, enquanto exercício da soberania popular, elemento fundamental do Estado constitucional brasileiro.

¹⁶⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 195.

¹⁷⁰ SILVA, José Afonso da. **Comentário** (...), pp. 40-41.

A despeito dessa importante distinção, é imprescindível salientar que o objeto do presente trabalho tem como enfoque o exame de condutas penalizadas que dizem respeito ao processo eleitoral – no caso, a democracia representativa. Nesta, a participação popular é exercida de forma – como classifica o supracitado constitucionalista – *"indireta, periódica e formal, por via das instituições eleitorais que visam a disciplinar as técnicas de escolha dos representantes do povo"* ¹⁷¹.

O que se verifica, outrossim, é a identificação naturalística que se faz entre o princípio democrático – o poder que emana do povo – e o exercício do poder político mediante representantes por aquele eleitos. Isso decorre do fato de que as teorias da democracia representativa surgem na modernidade, por força de a formação dos estados se dar em territórios extensos, de grande contingente populacional.

À toda evidência, não se pretende neste trabalho revisitar toda a pluralidade de concepções acerca dela estabelecidas, desde a origem etimológica do termo, na Grécia Antiga (*démokratía*, de *demos*, 'povo', e *kratía*, 'força, poder'). Todavia, é importante tecer algumas considerações sobre sua compreensão no percurso histórico, a fim de bem compreender a importância da relação entre princípio democrático e processo eleitoral.

De início, salienta-se que NORBERTO BOBBIO¹⁷² refere que a democracia possui duas acepções, uma descritiva e outra valorativa. É particularmente interessante para o presente trabalho destacar o uso descritivo que se faz de tal conceito, a bem de ilustrar o objeto no exame da relação que se estabelece entre democracia e processo eleitoral. *In verbis*:

No seu uso descritivo, por democracia os antigos entendiam a democracia direta, os modernos, a democracia representativa. Quando falamos de democracia, a primeira imagem que nos vem à mente é o dia das eleições, longas filas de cidadãos que esperam a sua vez para colocar o voto na urna. Caiu uma ditadura, instaurou-se um regime democrático? O que nos mostram os televisores de todo o mundo? Uma cadeira de eleitor e um homem qualquer, ou o primeiro cidadão, que exercem o próprio direito ou cumprem o próprio dever de eleger quem deverá representá-los.¹⁷³

¹⁷¹ SILVA, José Afonso da. **Comentário** (...), p. 41.

¹⁷² BOBBIO, Norberto. **Teoria** (...), p. 371.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 371.

A icônica situação descrita pelo autor remete à cristalina concepção que a sociedade contemporânea tem de que o exercício de seu direito democrático passa pelo processo de eleger os seus representantes políticos. A associação que se faz como relevante ato democrático não é o voto para decidir, mas sim para eleger aqueles que deverão decidir¹⁷⁴. Aos antigos, por sua vez, o termo democracia remeteria a uma praça, a uma aglomeração de pessoas num espaço aberto, para deliberações que teriam o caráter de uma "*necessária e útil correção do poder direto do povo*"¹⁷⁵.

O processo de eleição na democracia hodierna é o ato de cidadania por excelência de outorgar os poderes de Estado aos mandatários do poder que se candidatam para tanto, necessitando-se, pois, caracterizar a conferência de legitimidade que se dá a esse procedimento. Entretanto, primeiro se torna imprescindível realizar um breve apanhado histórico, para bem conceituar a democracia – e compreender o sentido valorativo supramencionado.

Consoante anteriormente adiantado, a primeira referência cronológica a que usualmente se recorre é à antiga Grécia, donde se dá a origem etimológica de democracia e o desenvolvimento inicial de seu conceito. Não se desconhece que a temática era abordada ainda pelos filósofos pré-socráticos, desde que EMPÉDOCLES DE AGRIGENTO, no Século V antes de Cristo, defendia que "*o conhecimento do igual se faz pelo igual*", pois "*não nos é possível colocar (a divindade) ao alcance de nossos olhos ou de apanhá-la com as mãos, principais caminhos pelos quais a persuasão penetra o coração do homem*", "*mas a lei válida para todos, estende-se pelo éter largamente difundido e pela imensurável luz do céu*"¹⁷⁶. Entretanto, é em ARISTÓTELES que se encontra o maior expoente sobre política e democracia de todo o período clássico.

Segundo ensina NORBERTO BOBBIO¹⁷⁷ sobre o pensamento de ARISTÓTELES, para o filósofo grego, na sua obra "*Política*", *democracia* seria uma degeneração da *politia* (em "*Ética à Nicômaco*" também denominada *timocracia*), a terceira forma de

¹⁷⁴ BOBBIO, Norberto. **Teoria** (...), p. 372.

¹⁷⁵ Ibidem, pp. 374-376.

¹⁷⁶ EMPÉDOCLES DE AGRIGENTO in BORNHEIM, Gerd Alberto (Organizador). **Os filósofos pré-socráticos**. São Paulo: Cultrix, 1993, pp. 67 e ss.

¹⁷⁷ BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, pp. 56-57.

classificação dos governos – constituindo aquela uma das seis possíveis, sintetizadas no seguinte parágrafo:

Como constituição e governo significam a mesma coisa, e o governo é o poder soberano da cidade, é necessário que esse poder soberano seja exercido por *um só*, por *poucos* ou por *muitos*. Quando um só, poucos ou muitos exercem o poder buscando o interesse comum, temos necessariamente as constituições retas; quando o exercem no seu interesse privado, temos desvios... Chamamos *reino* ao governo monárquico que se propõe a fazer o bem público; *aristocracia*, ao governo de poucos..., quando tem por finalidade o bem comum; quando a massa governa visando ao bem público, temos a *politia*, palavra com que designamos em comum todas as constituições... As degenerações das formas de governo precedentes são a *tiranía* com respeito ao reino; a *oligarquia*, com relação à aristocracia; e a *democracia*, no que diz respeito à *politia*. Na verdade, a tirania é o governo monárquico exercido em favor do monarca; a oligarquia visa ao interesse dos ricos; a democracia, ao dos pobres. Mas nenhuma dessas formas mira a utilidade comum.¹⁷⁸

Para o filósofo grego, ao passo que a *politia* seria um bom governo de muitos, *democracia* seria o seu desvio. Todavia, diferentemente das demais degenerações (o reino pela *tiranía*, a *aristocracia* pela *oligarquia*), a *democracia* seria "o desvio menos ruim: com efeito, pouco se afasta da forma de governo correspondente".

Entretanto, o próprio ARISTÓTELES afirma, em momento posterior da obra, que *politia* seria, de modo geral, "uma mistura de oligarquia e de democracia", de modo que, "via de regra são chamados de *politias* os governos que se inclinam para a democracia, e de *aristocracia* os que se inclinam para a oligarquia"¹⁷⁹. A distinção que outrora faz entre ambas as formas citadas seria a seguinte: "Na democracia governam os homens livres e os pobres, que constituem a maioria; na oligarquia governam os ricos e os nobres, que representam uma minoria"¹⁸⁰.

Ao final, NORBERTO BOBBIO alude que o filósofo grego procurou, após identificar a concepção de democracia, fazer uma espécie de fusão entre este regime e a oligarquia, no que ambos apresentariam de positivo, cabendo aqui destacar o que entendeu como um "meio-termo", que traria "o melhor dos dois sistemas legislativos"¹⁸¹. No caso, significa tal proposta como a consagração de manter o método eleitoral,

¹⁷⁸ ARISTÓTELES. *Política*, (1279 a-b) *apud* BOBBIO, Norberto, **A teoria das formas** (...), p. 56.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 60.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 60.

¹⁸¹ BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas** (...), pp. 61-62.

próprio da oligarquia, excluindo-se o requisito de renda para dele participar, como forma de congratular a democracia, integrando na política todos os "homens livres", independentemente de suas posses e riquezas.

Conforme expõe MARCOS RAMAYANA¹⁸² sobre a Grécia antiga, foi neste tempo e local que surgiu a ideia do consenso para a eleição de um representante de determinada coletividade. O procedimento eleitoral já era verificado em Atenas, quando magistrados e membros do conselho advinham de um processo eletivo mesclado com critérios de sorteio, e a fase da votação eleitoral era manifestada publicamente pelo povo, com o levantamento de seus braços em assembleia pública.

De fato, a despeito de ter permanecido a tradição aristotélica intocada por séculos, não é possível simplesmente adotar conceitos próprios da sociedade ateniense do Século IV antes de Cristo para ora definir o que se compreende por princípio democrático. Entretanto, é digna de nota a antiguidade da ideia de equidade entre membros de uma sociedade, no que diz respeito à participação, à composição ao exercício do poder governamental, a qual servirá de norte até os tempos cotidianos.

Indiscutivelmente, a sociedade ocidental atravessou inúmeras e plurais transformações estruturais ao longo de quase dois milênios, entre a ascensão e queda de impérios, reinos e regimes revolucionários. Entretanto, é válido o resgate histórico, para fins de estabelecer um critério valorativo essencial de democracia: a igualdade de participação dos cidadãos de uma determinada sociedade em seu processo político-constitutivo e no exercício do poder que dele exsurge.

A distinção fundamental entre o conceito de democracia da antiguidade e a contemporânea está, pois, na valoração da representatividade, em detrimento da participação direta. A origem, já se disse, está no contingente populacional cada vez maior dos Estados, além da estrutura cada vez mais complexa do sistema sociopolítico organizado.

A impossibilidade fática de se proceder à democracia direta trouxe um importante debate acerca da representação política já no período da Revolução

¹⁸² RAMAYANA, Marcos. **Direito eleitoral** – 8ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 3.

Francesa, em que se contrapunham as ideias de JEAN-JACQUES ROUSSEAU e BARÃO DE MONTESQUIEU, conforme anota GILBERTO BERCOVICI¹⁸³:

O debate sobre a representação política durante a Revolução Francesa, de crucial importância para o Ocidente, teve como principal fonte as obras de Montesquieu e de Jean-Jacques Rousseau. Para Montesquieu, o povo deveria fazer por si mesmo tudo o que pudesse realizar, deixando para seus ministros (delegados, representantes), nomeados por ele, a execução das tarefas que não conseguisse cumprir.

Conforme o supracitado autor, deste pensamento decorria a ideia de que o povo não teria capacidade para exercer as atividades de governo, em que pese fosse plenamente apto para escolher seus representantes. A corrupção da representatividade se resolveria com o estabelecimento de mandatos curtos e frequentes assembléias que colocassem os eleitores em contato com os mandatários eleitos¹⁸⁴.

Desta maneira, a própria constituição do Estado moderno passou a se conceber como um Estado representativo por excelência. Conforme aduziu JORGE MIRANDA¹⁸⁵, o que o caracteriza é o papel central e decisivo que nele desempenha o processo eleitoral, porquanto "*não há representação política sem eleição*", ao passo que a recíproca não é verdadeira. Nesse sentido, prossegue:

O sentido da eleição política é que muda do governo constitucional liberal do século XIX para o governo democrático dos séculos XX e XXI. Naquele, tem caráter instrumental: em ambiente social homogêneo, com identificação natural entre a formação e os interesses de eleitores e elegíveis (o povo burguês), reduz-se a técnica de designação dos governantes (à laia do sorteio ou da rotação nas Cidades-Estados da Antiguidade). Com a democracia representativa, a eleição torna-se a peça essencial do sistema, torna-se a via de assegurar a coincidência da vontade dos governantes com a vontade do povo e a prossecução do interesse coletivo de harmonia com esta vontade. E ela tanto vai incidir sobre o futuro como sobre o passado, pelo juízo individualizado ou global de responsabilidade política que exprime sobre a ação dos governantes

¹⁸³ BERCOVICI, Gilberto. O Impasse da Democracia Representativa. In: **Direito Constitucional Contemporâneo**. ROCHA, Fernando Ximenes; MORAES, Filomeno; (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2005 (pp. 281-303), p. 284.

¹⁸⁴ Ibidem, pp. 284-285.

¹⁸⁵ MIRANDA, Jorge. **Eleições e contencioso eleitoral** (conferência). II Assembleia das Jurisdições Constitucionais dos Estados de Língua Portuguesa, 2012, Maputo, Moçambique. Disponível em: <<http://cjcplp.org/wp-content/uploads/2015/09/a2-jorgemiranda.pdf>>. Acesso em: 12 de dezembro de 2016.

no período imediatamente anterior e no qual exerceram as suas funções.

Denota-se que o procedimento eleitoral assume fundamental importância, pois, no Estado constitucional contemporâneo, sendo um de seus elementos constituintes. Nessa esteira, cabe lembrar a "fórmula de Popper", que pode ser entendida fundamentalmente como forma ou técnica processual de seleção e destituição pacífica de dirigentes. Trata-se de uma justificação negativa do princípio democrático – "*A democracia nunca foi soberania do povo, não o pode ser, não o deve ser*" –, em que se desloca o elemento valorativo substancialmente para os procedimentos e os mecanismos de escolha dos governantes e, conseqüentemente, os mecanismos de limitação prática do poder¹⁸⁶.

Mesmo sob um aspecto crítico da representatividade, não se concebe o Estado atual sem representatividade e eleições. O princípio majoritário, segundo HANS KELSEN¹⁸⁷, é crucial para bem representar a correlação das forças existentes na sociedade no âmbito político, no que denominou de "*democracia parlamentar*". Nessa senda, discorre o autor sobre o tema:

(...) o elemento decisivo é representado pelas relações reais das forças sociais, então a forma democrática parlamentar, com seu princípio majoritário-minoritário que constitui uma divisão essencial em dois campos, será a expressão 'verdadeira' da sociedade hoje dividida em duas classes essenciais. E, se há uma forma política que ofereça a possibilidade de resolver pacificamente esse conflito de classes, deplorável mas inegável, sem levá-lo a uma catástrofe pela via cruenta da revolução, essa forma só pode ser a da democracia parlamentar, cuja ideologia é sim, a liberdade não alcançável na realidade social, mas cuja realidade é a paz.

Assim, é fundamental para o objeto deste estudo bem compreender a importância do processo eleitoral dentro do próprio Estado Democrático. Sendo as eleições o procedimento que garante o "*processo dinâmico*"¹⁸⁸ que realiza uma comunhão de valores sociais atingidos através de consensos mínimos ou coexistenciais pelo povo, o que é congratulado através da representação parlamentar, assume-se a importância que tem o voto de cada membro da comunidade – para esta em seu todo, como para aquele também.

¹⁸⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional** (...), p. 291.

¹⁸⁷ KELSEN, Hans. **A Democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 33-34.

¹⁸⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional** (...), p. 289.

Notadamente, ressaltam dois conceitos substanciais de caráter bastante abrangente a nortear a ideia de representatividade, da qual advém o substrato do direito eleitoral e dos bens jurídicos por este tutelados: a "democracia" e o "povo". Em verdade, aquela não pode prescindir deste, que, por sua vez, é tanto seu elemento componente como nela encontra o fundamento de legitimação para sua participação no exercício do poder. Noutras palavras: não se pode compreender democracia sem participação do povo, assim como não se pode conceber soberania popular sem democracia.

Com isso, uma vez que se discorreu acerca da democracia e da representatividade que se a ela imbrica na constituição do Estado moderno, necessário se faz dissertar sobre o conceito de "povo", sua qualificação e a compreensão que levou a atingir o atual estágio, em que se conclama pela igualdade na participação do poder político-representativo como valor intrínseco à democracia. Somente tal compreensão permitirá alcançar a identificação dos bens jurídicos pertinentes ao sufrágio e ao processo eleitoral.

2.3 POVO, CIDADANIA, INDIVIDUALISMO E IGUALITARISMO

Posta a questão conceitual acima, de que democracia e povo são dois conceitos que não podem ser concebidos um sem o outro, cabe responder, por primeiro, então, a um questionamento: o que se entende por povo? O que qualifica o povo como tal e como se o legitima, na sua integralidade, por meio do princípio democrático? Quais as ideias que norteiam uma sociedade que congratula o igualitarismo no processo eleitoral.

Em princípio, traz-se a lição de PAULO BONAVIDES¹⁸⁹, que, citando passagem da obra *"Essência e valor da democracia"*, do jurista alemão HANS KELSEN, busca

¹⁸⁹ BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 52.

responder à pergunta "O que é o povo?", oferecendo uma noção da dificuldade em definir precisamente esse conceito:

Pressuposto fundamental da democracia é que pela pluralidade de seres humanos forme nela uma unidade. Para isso é o "povo", como unidade tão essencial que não é apenas objeto senão algo mais, a saber, sujeito do poder. Pelo menos na esfera abstrata deve ser isto. Contudo, não há nada mais problemático para uma consideração dirigida à realidade do fato do que precisamente aquela unidade que aparece sob a designação de povo.

Desta feita, a conceituação de povo pode se dar em três aspectos: político, jurídico e sociológico¹⁹⁰. Neste último, pode-se recorrer à formulação de REINHOLD ZIPPELIUS¹⁹¹ sobre "povo" enquanto a *"totalidade de indivíduos que se sente ligada por um sentimento de afinidade nacional, que, por seu turno, está fundada numa pluralidade de factores"*, como, por exemplo, o parentesco rácico, a cultura e o destino político comuns. Por certo, essa ideia é fundadora do Estado Nacional, de modo que, na contemporaneidade, imbrica-se a ele os problemas inerentes aos conflitos estabelecidos na relação dele com as minorias¹⁹².

Entretanto, para fins do presente trabalho, interessam a concepção política e jurídica do termo, porquanto necessário o estabelecimento de critérios dogmáticos a fundamentar as instituições pertinentes ao Direito Eleitoral, mormente aquelas que tipificam penalmente condutas atinentes a este processo – *"não há povo sem organização política"*, afirma JORGE MIRANDA¹⁹³, pois *"é a mesma a origem do povo e da organização"*. De tal forma, estabelece-se cá a vinculação destes conceitos de povo com a capacidade de participação no processo eleitoral, legitimado pelo princípio democrático.

Nesse sentido, PAULO BONAVIDES¹⁹⁴ classifica "povo", para fins políticos, como *"o quadro humano sufragante"*, a parcela populacional que assumiu capacidade decisória sobre o governo, constituindo, assim, o *"corpo eleitoral"*. Esta acepção política coloca que povo não é o mesmo que população, mas aquela parte capaz de participar, através de eleições, do processo democrático, dentro de um sistema

¹⁹⁰ BONAVIDES, Paulo. **Ciência** (...), pp. 74 e ss.

¹⁹¹ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do estado** – 3ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 94.

¹⁹² Nesse sentido, ver: ZIPPELIUS, Reinhold, **Teoria** (...), pp. 99 e ss.

¹⁹³ MIRANDA, Jorge. **Teoria** (...). Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 77.

¹⁹⁴ BONAVIDES, Paulo. **Ciência** (...), p. 75.

variável de limitações, que depende de cada país e de cada época. Vale destacar, ainda, que JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO¹⁹⁵ compreende por "povo", numa forma sintética, os *"sujeitos do soberano e destinatários da soberania"*.

Todavia, é o aspecto jurídico que qualifica normativamente a noção política de povo, trazendo para este *"tanto os que se acham no território como fora deste, no estrangeiro, mas presos a um determinado sistema de poder ou ordenamento normativo, pelo vínculo de cidadania"*, entendida esta como a *"prova de identidade que mostra a relação ou vínculo do indivíduo com o Estado"* ¹⁹⁶. É o status de cidadania que define basicamente a capacidade pública do indivíduo, a soma dos políticos e deveres que ele tem perante o Estado.

Nessa senda, JORGE MIRANDA¹⁹⁷ salienta que o povo abrange os destinatários permanentes da ordem jurídica estatal, de modo que, ao conceito de povo, reporta-se o de cidadania. Para o jurista português, os cidadãos são *"os membros do Estado, (...) os destinatários da ordem jurídica estatal, os sujeitos e os súbditos do poder"*, de maneira que a qualificação do indivíduo por meio da conceito de cidadania é mais precisa do que pelo de nacionalidade, que remete à concepção sociológica acima referida, não sendo possível estabelecer mais corretamente a relação entre direitos e obrigações de todos os concidadãos, em condições de igualdade entre si, para com o Estado que compõem e integram.

Daí a afirmar, nos dizeres de KILDARE GONÇALVES CARVALHO¹⁹⁸, que nacionalidade é um atributo que pode ser conferido tanto a um indivíduo quanto a uma coletividade de pessoas, bem como se pode outorgar a qualidade de nacional a coisas. Entretanto, a cidadania somente pode ser atribuída às pessoas singulares, porquanto se lhes reconhece a capacidade de participar do processo democrático em tal condição.

O conceito de cidadania, obviamente, não é estanque, visto que, tal qual o de democracia, é histórico e evolui e se enriquece com o evoluir dos tempos, sendo tributária da soberania popular¹⁹⁹. Na contemporaneidade, em que dominam os

¹⁹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito** (...), p. 90.

¹⁹⁶ BONAVIDES, Paulo. **Ciência** (...), p. 77.

¹⁹⁷ MIRANDA, Jorge. **Teoria** (...), pp. 101-102.

¹⁹⁸ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 56.

¹⁹⁹ SILVA, José Afonso da. **Comentário** (...), p. 41.

Estados, participar na vida jurídica e política que ele propicia e beneficiar-se da defesa e da promoção de direitos que ele oferece significa participar no Estado, de maneira que *"a cidadania apresenta-se como status e, simultaneamente, como objecto de um direito fundamental das pessoas"*²⁰⁰.

De tal forma, é a cidadania, compreendida como os cidadãos em seu todo, que atribui a qualidade democrática a um povo. Porque o conceito de "povo" pode redundar – como alerta NORBERTO BOBBIO²⁰¹ – numa abstração cômoda, mas perigosamente falaciosa; os indivíduos, mesmo com seus defeitos e interesses, são uma realidade. Daí também decorre o acautelamento de KILDARE GONÇALVES CARVALHO²⁰² nesse sentido, citando FRIEDRICH MÜLLER:

O povo, conceito plurívoco e não unívoco, e sua utilização, nas democracias, de modo a evitar usurpações da soberania, ou seja, o *povo* como povo ativo, o *povo* como instância global de atribuição de legitimidade, o *povo* como ícone, o *povo* como destinatário das prestações civilizatórias do Estado (...)

Constata-se, pois, que o conceito de povo é deveras importante para compreender a elementar *"soberania popular"*, inerente ao princípio democrático. Todavia, a abstração "povo" nada diz e não tem força para implicar direitos e obrigações a ninguém sem a devida qualificação de cidadania, atribuída a cada um dos indivíduos que o compõem, compreendidos como aqueles que possuem o direito fundamental de participar da vida política da sociedade, de integrar o Estado enquanto seu elemento constitutivo, inclusive através de representantes por aqueles eleitos, e exercer o poder estatal que daquele emana e a ele é dirigido.

Na tradição da Europa continental, de profunda influência na configuração de nosso ordenamento jurídico, a primeira manifestação da cidadania²⁰³ enquanto direito subjetivo e qualificação do regime de Estado, no âmbito de sua evolução histórica e já adentrando a modernidade, se dá justamente a partir da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, documento oriundo da Revolução Francesa. No artigo 7º da Carta, exprime-se que *"a lei é a expressão da*

²⁰⁰ MIRANDA, Jorge. **Teoria** (...), p. 104.

²⁰¹ BOBBIO, Norberto. **Teoria** (...), p. 380.

²⁰² CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito** (...), pp. 56-57.

²⁰³ SILVA, José Afonso da. **Comentário** (...), p. 41.

vontade geral", de modo que *"todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação"*.

De tal forma, verifica-se que o documento revolucionário já previa que o exercício do poder político, compreendido em sua instância máxima pela formulação e execução das leis, era alcançável a qualquer cidadão e que este também tinha o direito de eleger quem o representasse. Não à toa que MANUEL GONÇALVES FERREIRA FILHO²⁰⁴ refere ser *"correto incluir os direitos típicos do cidadão entre aqueles associados ao regime político, em particular entre os ligados à democracia"*, compreendendo-se a cidadania como direito político inerente à capacidade de votar e ser votado, somente sendo suspensos ou restritos – como no caso das inelegibilidades – nos casos previstos na própria Constituição Federal e na legislação complementar.

Nessa senda, é possível asseverar que a cidadania é o elemento que qualifica o exercício da soberania popular. São os cidadãos que constituem, de fato e de direito, o povo, do qual se compreende emanar todo o poder conferido ao Estado, que àquele deve ser legitimamente dirigido, com a finalidade de alcançar os objetivos provenientes dos valores fundamentais. Este pensamento permite depreender que tanto mais valor se atribuirá ao processo de eleição dos agentes políticos quanto mais a democracia seja exercida na forma representativa.

Entretanto, ainda carece de fundamentação mais precisa esse conceito de cidadania, calcado, em verdade, sobre o indivíduo que assume a condição de cidadão. Da mesma forma, é imprescindível que identifique a valoração ontológica à noção existencial de igualdade intrínseca à ideia do cidadão-indivíduo.

Aqui, cabe retomar por ora a formulação do conceito de Estado moderno no tempo, para igualmente assimilar a ideia de exercício do poder político por meio da representatividade de seus cidadãos. Nesse aspecto, a secularização, conforme já trazida anteriormente, constitui um fenômeno importante para a formação do Estado constitucional moderno ocidental, porquanto dá uma nova perspectiva sobre a instituição e o ser-indivíduo (uma figura tipicamente moderna), e a relação que guardam entre si.

²⁰⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso** (...), pp. 115 e ss.

Um prisma importante acerca desse tópico é trazido por JOHN GREVILLE AGARD POCOCK²⁰⁵, que retrata esse movimento de secularização como a "*dessacralização da política*", que guarda relação intrínseca ao estabelecimento da ideia de "liberdade religiosa". A religiosidade, ao longo dos séculos, funcionou como instrumento de coesão social e unidade axiológica, de modo que o poder se destinou a perseguir aqueles que se contrapunham à atividade confessional por aquele exercida.

Segunda o supracitado autor, o problema da relação entre Estado e Igreja no Ocidente se estabelece já no final da Idade Antiga, quando, em 324 depois de Cristo, Constantino estabeleceu o cristianismo como religião oficial do Império Romano²⁰⁶. De tal forma, a sociedade europeia ocidental adentra a Idade Média sobre a estrutura na qual a Igreja não era um segmento do poder estatal, mas o próprio Estado, e este, simplesmente enquanto autoridade civil, visto que não se reconhecia uma sociedade civil separada da instituição estatal e da Igreja, era simplesmente o "*departamento de Polícia da Igreja*"²⁰⁷.

Tal situação se prolonga no tempo, até o advento das ideias iluministas, no final do Século XVIII, quando já na modernidade se consagra o individualismo – que, na Europa, tem sua gênese em João Calvino²⁰⁸ –, em contraposição à tradição do holismo típico da era medieval. Para LOUIS DUMONT²⁰⁹, a origem do individualismo encontra-se no próprio desenvolvimento do pensamento cristão, no que tange à justificação naturalística do direito (direito natural), em contraposição ao direito positivo; ao passo que na antiguidade o ser humano era visto como um "ser social", a ser guiado pela concepção da natureza enquanto ordem – de modo que a ordem social deveria estar em conformidade com a ordem da natureza –, na modernidade, aquela concepção é afastada, de modo que "*não se trata de seres sociais*", mas de *indivíduos*, de "*homens que se bastam a si mesmos enquanto feitos à imagem de Deus e enquanto depositários da razão*".

²⁰⁵ POCOCK, John Greville Agard; MICELI, Sergio (org.). **Linguagens do ideário político**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2003, pp. 401 e ss.

²⁰⁶ Ibidem, p. 401.

²⁰⁷ DUMONT, Louis. **O individualismo**: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna. Rio de Janeiro: Rocco, 2000, pp. 66 e ss.

²⁰⁸ Nesse sentido, ver: DUMONT, Louis. **O individualismo** (...), pp. 66 e ss.

²⁰⁹ DUMONT, Louis. **O individualismo** (...), pp. 86-87.

Acerca do tema, o mencionado autor francês traz ilustrativa passagem de OTTO GIERKE:

O Estado deixou de derivar como um todo parcial da harmonia decretada por Deus do todo universal. Ele explica-se simplesmente por si mesmo. O ponto de partida de especulação já não é mais o conjunto da humanidade, mas o Estado soberano individual e auto-suficiente, e esse mesmo Estado individual alicerça-se na união, ordenada pelo direito natural, de homens individuais, numa comunidade revestida do poder supremo.²¹⁰

Essa mudança paradigmática, o individualismo sobre o holismo, obscurece noções mais aprofundadas e estruturais de sociedade por um período considerável, porquanto o social dá lugar ao jurídico, o político e o econômico. Todavia, é ela que introduz o pensamento de uma comunidade calcada no aspecto igualitário entre seus membros, porque *"o individualismo subentende, ao mesmo tempo, igualdade e liberdade"*²¹¹.

Deste novo panorama, surgirá um conflito entre duas teorias igualitárias: uma "liberal" e outra "socialista". Esta relação tensionada entre liberalismo e socialismo se estabelece a partir de uma sintética diferenciação entre ambas: a sociedade liberal é igualitária no sentido de que recorre às leis da troca mercantil e à *"identidade natural de interesses"*, no intuito de assegurar a ordem e a satisfação geral, em negação absoluta de um sistema de castas, isto é, um sistema hierárquico orientado para as necessidades de todos; a sociedade socialista mantém a negação da hierarquia (pelo menos em princípio e inicialmente), mas reintroduz a preocupação com o *"todo social"*, combinando, assim, um elemento do individualismo e um elemento do holismo, numa nova forma híbrida – de modo que a igualdade ocupará, aqui, um lugar secundário, deixando de ser um atributo do indivíduo para passar a ser de justiça social²¹².

Em que pesem as profundas distinções entre as sociedade relatadas acima, é necessário focar, para as finalidades deste estudo, na seguinte questão: a formação do Estado moderno carrega nas suas características essenciais o conceito de uma sociedade política formada por indivíduos que se consideram iguais entre si?

²¹⁰ GIERKE, Otto. **Natural Law and the Theory of Society**: Cambridge: Cambridge University, 1934. *apud* DUMONT, Louis. **O individualismo (...)**, p. 87.

²¹¹ DUMONT, Louis. **O individualismo (...)**, p. 91.

²¹² *Ibidem*, pp. 91-92.

Como narra FRANKLIN LE VAN BAUMER²¹³, apesar das divergências de proposições e teorias justificantes erigidas no revolucionário Século XVIII, quando se irrompe com o absolutismo, não se estabelecia conflito quanto ao entendimento de que os princípios universais da política deveriam estar de acordo com o direito natural de cada indivíduo, de modo que havia concordância geral quanto às seguintes ideias: (I) governo devia ser por consenso dos indivíduos; (II) os indivíduos tinham direitos fundamentais; e (III) todo o governo, apesar da sua forma, estava limitado pela natureza.

Desta forma, a partir do momento em que não mais o grupo, mas o indivíduo é concebido como o ser real, a ideia outrora presente de integração social a partir da *sujeição* cede em virtude da concepção de integração a partir da *associação*. Assim, LOUIS DUMONT²¹⁴ refere que o desaparecimento da hierarquia faz esvaír, junto com esta, a atribuição imediata da autoridade a um agente de governo, assim destacando:

Nada mais nos resta senão uma coleção de indivíduos, e a construção de um poder acima deles só pode ser justificada supondo-se o consentimento comum dos membros da associação. Há um ganho em consciência, em interioridade, mas há uma perda em realidade, pois os grupos humanos têm chefes independentemente de um consenso formal, sendo a sua estruturação uma condição da existência desses grupos como um todo.

Dessa maneira, não se poderia formar uma sociedade construída sobre a ideia do individualismo sem a sistematização de um governo que permitisse tratá-los com a paridade, na busca do mencionado "consenso formal". Esse sistema se dá justamente por meio da democracia representativa, em que é necessário estabelecer uma identidade mais ou menos ampla de ideias, mas sempre mínima, entre representante e representado²¹⁵.

Para todos os efeitos, cabe um esclarecimento: obviamente não se tem a pretensão de tratar a democracia representativa como um sistema ideal, alheio a

²¹³ BAUMER, Franklin Le Van. **O pensamento** (...), pp. 127-128.

²¹⁴ DUMONT, Louis. **O individualismo** (...), pp. 92-93.

²¹⁵ Acerca do conceito de representação, ver: BOBBIO, Norberto. **Teoria** (...), pp. 457-458: *"Representar' significa tanto, em sentido técnico-jurídico, 'agir em nome e por conta de um outro', quanto na linguagem comum e na linguagem filosófica, 'reproduzir' ou 'espelhar' ou 'refletir', simbolicamente, metaforicamente, mentalmente, ou de inúmeros outros modos, uma realidade objetiva, independentemente do fato de que essa realidade só possa ser 'representada', ou possa também dar-se em si".*

corruptelas e mazelas inerentes ao seu próprio sistema social. Entretanto, cabe lembrar que o presente trabalho se debruça sobre a tipificação de crimes eleitorais embasados justamente na proteção desse sistema, tal como concebido. E, desta feita, é necessário compreender o sufrágio e a legitimação de todo o processo eleitoral e de consequente exercício do poder político.

2.4 JUSTIFICAÇÃO E LEGITIMAÇÃO DO EXERCÍCIO DO PODER ESTATAL: A DEMOCRACIA COMO SISTEMA LEGITIMANTE E O SUFRÁGIO COMO INSTRUMENTO QUE CONFERE LEGITIMIDADE À DEMOCRACIA

Pelas razões apresentadas nos itens anteriores, para compreender o instituto do sufrágio e a sua correlação com a teoria do bem jurídico, é preciso entender o seu papel no Estado e na democracia – compreendendo-se, aqui, *prima facie* e sinteticamente, como a participação dos membros de uma sociedade na composição e direcionamento do poder governamental – e o seu conteúdo material, enquanto justificativa desse mesmo poder estatal. Ressalta-se que as teorias da justificação do poder, em sentido estrito, não tem por objetivo a simples explicação do porquê do poder político e como ele consiste na realidade, mas a demonstração de sua legitimação, o que somente pode se aferir com base em categorias éticas²¹⁶.

Nos dizeres de REINHOLD ZIPPELIUS²¹⁷:

Trata-se, pois, de saber se o Estado se pode representar como racional e eticamente (ou também teologicamente) necessário, ou pelo menos legítimo, ou se trata de um simples produto casual da história, de uma "doença na evolução na história da humanidade" (Jellinek, 185), que deve ser superada o mais rapidamente possível.

Uma tal justificação não é assunto de uma ciência avaliativa. As doutrinas éticas da justificação terminam tipicamente na demonstração de que determinados fins especialmente importantes só podem ser atingidos pela existência de um Estado, designadamente aqueles fins que são mais valiosos que as restrições que a existência do Estado possa trazer.

²¹⁶ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria** (...), p. 149.

²¹⁷ Ibidem, pp. 149-150.

Quer-se afirmar: o poder estatal, à toda evidência, não possui uma justificação apriorística, no sentido de ser valorativamente legitimada. Passa-se por um processo de construção de sentido que implica necessariamente, mesmo que em projeção no horizonte, em atingir essa legitimação do exercício do poder perante a comunidade que o constitui. É, numa palavra, a busca do porquê de qualificar o Estado constitucional contemporâneo como "democrático" e "de Direito".

Reitera-se, na esteira do que afirmado anteriormente, que a legitimação do poder estatal não passa pela compreensão acerca da natureza que constitui o poder político sobre determinada comunidade – *como e por que o poder assim o é?* É, porém, a assimilação (dentro de uma realidade fática, cultural e conjuntural, num delimitado espaço-tempo) do porquê de determinada comunidade acatar o exercício do poder político que sobre ela recai, nos moldes em que estabelecidos – *por que se aceita o poder como ele é?*

Esse modelo de legitimação do exercício do poder é dividido em duas formas por REINHOLD ZIPPELIUS²¹⁸: a dignidade de aceitação do Poder do Estado (legitimação normativa) ou da sua aceitação fática (legitimação social). Importante ressaltar que não se pode confundir o conceito de legitimidade do poder com o de legalidade, que, por sua vez, significa que uma determinada função do poder estatal é obtida e exercida de forma juridicamente regulada.

Para o presente estudo, é preciso levar em conta que o processo de legitimação do poder aqui enfocado não é o do exercício propriamente dito (executivo e administrativo), mas da constituição do corpo político que o exerce. Quer dizer: traz-se esse conceito de legitimação para o próprio procedimento em que uma sociedade compõe a classe que a representará no âmbito da tomada de decisões que afete e aplique medidas que coercitivamente influem na ampla coletividade dos indivíduos.

Coloca-se em questão, então, que a democracia (compreendida nos moldes até então trabalhados) é um procedimento de legitimação do exercício do poder estatal. Todavia, sua qualificação legitimadora perpassa pela concepção de um

²¹⁸ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria** (...), pp. 149-150.

procedimento de formação do poder político enquanto "*formação da vontade política direta do povo*"²¹⁹.

Tal processo é resultado de uma construção valorativa, que termina por fundamentar e projetar no horizonte o sentido da própria democracia, enquanto poder legitimado. Sobre esse aspecto, descreve o constitucionalista alemão KONRAD HESSE²²⁰:

Esse procedimento converte-se em parte integrante essencial da ordem democrática por o parlamento ser formado sobre a base de uma eleição pelo povo todo, não como as representações estamentais mais antigas, pela reunião de representantes nascidos ou chamados, não pela nomeação ou cooptação, e por o procedimento eleitoral ser determinado pelos princípios da liberdade e igualdade: somente quando a eleição é livre, ela é capaz de proporcionar legitimidade democrática e, somente quando todos os membros do povo têm direito a votar em forma igual e cada voto tem o mesmo peso, existe igualdade de direito eleitoral como condição fundamental da democracia moderna, na qual não há mais escalonamento dos direitos políticos.

É nessa esteira que se compreende a concretização dos valores democráticos da sociedade contemporânea, calcada na liberdade dos indivíduos de um corpo social na formação da vontade político do povo que é composto por cada um deles. Porque somente assim é possível contrapor os diversos e plurais interesses que estão representados nesse processo formador do corpo político, em que uma parcela minoritária (até mesmo individual) aceita o resultado que contempla uma maioria opositora.

Conforme ressalta FERNANDO GASPAR NEISSER²²¹, o fundamento conceitual da regra da maioria está no processo de aceitação do resultado eleitoral por uma sociedade, no momento em que ele efetivamente reflete a composição das opções postas à escolha. Por isso diz-se que a democracia se legitima não só no exercício do poder político, mas na própria composição do corpo que o exerce, quando passa a ser efetivamente aceito para assim procedê-lo.

²¹⁹ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, pp. 126 e ss.

²²⁰ Ibidem, p. 126.

²²¹ NEISSER, Fernando Gaspar. **Crimes eleitorais e controle material da propaganda eleitoral: necessidade e utilidade da criminalização da mentira na política**. 2014. 277 f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, pp. 22-23.

Contudo, o supramencionado jurista traz a lição do professor de Ciências Políticas da Universidade de Nova York ADAM PRZEWORSKI, que pondera que a pequena influência de cada voto na formação da vontade política da maioria é um *"fantasma que assombra a democracia"*²²². Afinal, não há nenhuma forma de tomada de decisões coletivas, salvo a unanimidade, que seja capaz de dar eficácia causal à participação individual.

Por tal razão, dá-se tamanha importância ao procedimento eleitoral na democracia representativa: é por meio do exercício do sufrágio que a vontade de cada indivíduo está posta na formação do corpo político que representa, na linha de KONRAD HESSE²²³, a formação da vontade política do povo. Evidentemente, o exercício deste poder é o que irá dar outra dimensão qualitativa para a democracia representativa, mas será também – e principalmente – por meio do voto que cada indivíduo poderá, no decorrer do tempo, manifestar sua própria vontade e modificar o corpo político que exerce o poder popular.

É nesse sentido que ROBERT DAHL²²⁴ define como um dos critérios adotados para conceituar o que é um processo democrático a "participação efetiva", princípio que, segundo o autor, quer dizer que *"antes de ser adotada uma política pela associação, todos os membros devem ter oportunidades iguais e efetivas para fazer os outros membros conhecerem suas opiniões sobre qual deveria ser esta política"*. Na democracia representativa, por evidente, isso passaria por uma ampla discussão de projetos políticos que congratulassem, por meio da eleição de representantes, qual a maioria política que iria definir os rumos do poder estatal de determinada sociedade.

De tal forma, uma vez que se quer levar em conta a participação efetiva dos membros de uma determinada sociedade, que implicarão em compor uma maioria, a aceitação desse processo demanda outro critério definidor da democracia: a "igualdade do voto". Segundo o cientista político inglês²²⁵, quando chegar o momento em que a decisão sobre a política for tomada, todos os membros devem ter oportunidades iguais e efetivas de voto, e todos os votos devem ser contados como iguais, pois só assim se contemplará um processo que carregue o entendimento e a

²²² NEISSER, Fernando Gaspar. **Crimes** (...), p. 23.

²²³ HESSE, Konrad. **Elementos** (...), p. 126.

²²⁴ DAHL, Robert. **Sobre** (...), p. 49.

²²⁵ Ibidem, pp. 49-50.

aceitação da população sobre a composição desse corpo político – o consagrado princípio *one man, one vote* (um homem, um voto).

O procedimento eleitoral termina por ser, como já adiantado em momento anterior, o elemento que qualifica a democracia representativa, enquanto consagração do exercício do poder popular num sistema que não consegue prescindir de representação, ao passo que a democracia é ela mesma a legitimação do exercício do poder político estatal. Desta maneira, é igualmente substancial que esse próprio procedimento eletivo seja legitimado e a ele conferido um caráter democrático participativo.

Por tal razão, KONRAD HESSE, recorre ao direito positivado na Lei Fundamental alemã, no que pertinente ao processo eleitoral, para destacar como "*pressupostos fundamentais de eleições democráticas*" cinco princípios. Estes auxiliam a compreender a íntima ligação entre o processo eleitoral e a democracia, classificando as referidas eleições democráticas necessariamente como (I) gerais, (II) diretas, (III) livres, (IV) iguais e (V) secretas²²⁶.

E assim discorre sobre cada um deles:

"*Geral*" é uma eleição somente então quando o círculo de pessoas com direito a votar compreende fundamentalmente todos os cidadãos; é inadmissível negar o direito a participar em eleições a determinadas camadas ou grupos, por exemplo, vincular o direito de votar a um censo patrimonial, como isso no Direito Eleitoral do Século XIX, em grande medida, foi o caso. (...) *Direta* é uma eleição somente quando está assegurado "que os representantes eleitos são determinados decisivamente pelos eleitores, portanto, pela votação e na votação", não, por exemplo, pela introdução posterior de uma instância, que escolhe, segundo sua discricção, os deputados; por conseguinte, está excluída uma intercalação de eleitores secundários. *Livre* é uma eleição somente quando não se realiza qualquer coação ou pressão direta ou indireta, a qual poderia prejudicar a liberdade de resolução do eleitor – o que, naturalmente, não se opõe à tentativa de uma influência consciente por propaganda eleitoral; isso pressupõe uma conservação taxativa do *segredo do voto*. *Igual* é uma eleição, por fim, somente quando cada voto tem o mesmo peso, o mesmo "valor de contagem" e fundamentalmente o mesmo valor de resultado, portanto, deve ser considerado de forma igual na distribuição de mandatos.²²⁷

Dito isso, denota-se a importância do exercício do sufrágio no Estado Democrático de Direito e porque a ele se confere tamanha dignidade. Afinal, do

²²⁶ HESSE, Konrad. **Elementos** (...), pp. 126-127.

²²⁷ Ibidem, pp. 127-128.

contrário, a deturpação do processo eleitoral significa a contaminação do procedimento de composição do corpo político enquanto formação da vontade política do povo, de modo que o exercício do poder estatal estará por consequência viciado, esvaziando a própria democracia.

O exercício do sufrágio é o direito de tomar parte do corpo eleitoral, na organização do poder. Seu conteúdo evidentemente não se esgota com a designação dos representantes, mas é fundamental para a formação do poder político, enquanto principal instrumento de participação do cidadão na democracia representativa. É ele em si, o exercício do voto, um bem jurídico fundamental para o Estado Democrático de Direito

Daí porque se compreende que o legislador identifique condutas que entenda ser ofensivas ao exercício do sufrágio – tanto enquanto direito fundamental do cidadão quanto para a formação do poder político-democrático – que demandem a tutela penal do Estado, como medida de proteção àquele. Porque, na democracia representativa, o voto não é apenas um instrumento-meio, mas um de seus próprios elementos basilares de sua estrutura, visto que nele a formação da vontade política do povo e do corpo que exerce o poder em seu nome se fundamenta.

2.5 O CONTEXTO BRASILEIRO

Antes de adentrar os aspectos da dogmática penal ínsitos aos crimes eleitorais, procura-se apenas contextualizar o aspecto político brasileiro para compreender o cenário sobre o qual se sucede a tipificação das condutas àqueles relacionadas. É que, uma vez traçadas as balizas sobre as quais se entende exatamente o que é o sufrágio, elemento fundamental de todo o Direito Eleitoral e dos delitos a este conexos, compreende-se ser importante verificar a estrutura sócio-política que lhes servem de pano de fundo, a fim de averiguar ser caráter essencial.

E um relato histórico é interessante para bem entender onde se pretende chegar: segundo estudo feito por ANE FERRARI RAMOS CAJADO, THIAGO DORNELLES e

AMANDA CAMYLLA PEREIRA²²⁸, o primeiro processo eleitoral ocorrido no país data de quase cinco séculos. Em 1532 foi fundada pelos colonizadores portugueses a Vila de São Vicente, localizada na capitania hereditária homônima (atualmente município do estado de São Paulo), ano no qual também se realizaram as primeiras eleições no território que hoje compõe o Brasil.

Naquela ocasião, somente tinham direito a participar da escolha dos administradores públicos daquela urbe os denominados "*homens bons*", assim compreendidos "*os nobres de linhagem, os senhores de engenho, e os membros da alta burocracia militar*", a esses se acrescentando os "*homens novos*", que era os "*burgueses enriquecidos pelo comércio*"²²⁹. Denota-se, pois, que o direito de votar estava restrito a um grupo determinado, nitidamente elitizado, componente de um percentual baixo em relação ao total da população e de características bastante singulares.

Ademais, aquele processo de votação se dava de uma forma muito peculiar também. Antes de escolher os representantes, os próprios eleitores eram escolhidos pelos "*homens bons*" que falavam os nomes de seus candidatos "*ao pé do ouvido do escrivão*". Os seis mais votados formariam três duplas, que iriam elaborar um total de nove listas com os nomes dos pretendentes a ocupar os cargos da Câmara. Após, um juiz, selecionado pelo critério etário, rearranjaría as nove listas, reduzindo-as a três, que seriam sorteadas para determinar a composição dos cargos eletivos para cada um dos três anos subsequentes²³⁰.

Como já dito anteriormente, foi um longo processo histórico e cultural para sair de uma situação em que o estamento dos "*homens bons*" – uma elite política dominante – fosse a única contemplada no processo de eleição dos representantes políticos até se chegar ao exercício do sufrágio como direito fundamental elevado ao *status* de cláusula pétrea. No caso do Brasil, é importante repisar que não se pode olvidar de antigos e maléficos problemas que afetam o processo eleitoral pátrio desde os tempos da República Velha. Condutas como o clientelismo e a corrupção eleitoral,

²²⁸ CAJADO, Ane Ferrari Ramos; DORNELLES, Thiago; PEREIRA, Amanda Camylla. **Eleições no Brasil**: uma história de 500 anos. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 2014, p. 11.

²²⁹ Ibidem, p. 11.

²³⁰ Ibidem, pp. 12-13.

que ferem a transparência e a “limpeza” da disputa democrática acabam por colocar em cheque fundamentos do próprio Estado de Direito.

Diante de tal raciocínio, deve-se lembrar das lições históricas de RAYMUNDO FAORO, em sua obra-prima *“Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro”*. Nesse trabalho, o jurista e sociólogo desenvolve a ideia de como ocorre a formação de uma elite político-econômica brasileira, que se torna um verdadeiro estamento social que detém o poder político através de práticas patrimonialistas²³¹.

Essa ideia de “patrimonialismo estamental”, expressa por FAORO – que, segundo o próprio autor, afasta-se dos conceitos adotados por MAX WEBER –, recebe importante leitura de RUBENS GOYATÁ CAMPANTE. Para esse autor, o patrimonialismo estamental no Brasil representa:

Uma imutabilidade histórica, que se constitui através de arranjos intimamente relacionados nos campos econômico e sociopolítico. No primeiro, prevalece o capitalismo politicamente orientado. O Estado não assume o papel de fiador e mantenedor de uma ordem jurídica impessoal e universal que possibilite aos agentes econômicos a *calculabilidade* (termo caro a Weber, amplamente usado por Faoro) de suas ações e o livre desenvolvimento de suas potencialidades; ao contrário, intervém, planeja e dirige o mais que pode a economia, tendo em vista os interesses particulares do grupo que o controla, o estamento. Não há “regras do jogo” estáveis na economia, pois elas atendem ao subjetivismo de quem detém o poder político. Esse tipo de capitalismo adota do moderno capitalismo a técnica, as máquinas, as empresas, sem lhe aceitar, todavia, a “alma” - a racionalidade impessoal e legal-universal. Um arranjo tradicional, mas maleável em face da modernidade capitalista, a qual aceita seletivamente, mas sem vender a alma - conformada à racionalidade personalista e casuística. O capitalismo não brota espontaneamente na sociedade, mas vicia-se

²³¹ RAYMUNDO FAORO se refere a “patrimonialismo” como “*uma ordem burocrática, com o soberano sobreposto ao cidadão, na qualidade de chefe para funcionário*”. (FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro** – 3ª ed. Rio de Janeiro: Globo, 2001, p. 33.)

Ainda, sobre a estruturação do sistema capitalista no Brasil, leciona: “(…) o capitalismo, dirigido pelo Estado, impedindo a autonomia da empresa, ganhará substância, anulando a esfera das liberdades públicas, fundadas sobre as liberdades econômicas, de livre contrato, livre concorrência, livre profissão, opostas, todas, aos monopólios e concessões reais”. (Ibidem, p. 33.)

no estímulo e na tutela estatal: tire-se do capitalismo brasileiro o Estado e pouco ou nada sobrar, adverte Faoro.²³²

O desenvolvimento de um capitalismo patrimonial atrelado ao Estado e a um estamento social que dele se apropria traz profundas consequências na formação do poder político brasileiro. O conceito de patrimonialismo é deveras importante para a constituição do que SÉRGIO BUARQUE DE HOLANDA²³³ definiria como “*homem cordial*” – uma figura que definiria o ideário do cidadão brasileiro.

A formação de um estado patrimonial representa verdadeira apropriação da coisa pública pelo poder privado – esse composto por determinada elite classista do poder político. “*Não era fácil aos detentores das posições públicas de responsabilidade (...) compreenderem a distinção entre os domínios do privado e do público*”, diz o autor²³⁴. Valendo-se da definição de MAX WEBER, SÉRGIO BUARQUE DE HOLANDA diferencia o funcionário “patrimonial” do puro burocrata:

Para o funcionário “patrimonial”, a própria gestão política apresenta-se como assunto de seu interesse particular; as funções, os empregos e os benefícios que deles auferem relacionam-se a direitos pessoais do funcionário e não a interesses objetivos, como sucede no verdadeiro Estado burocrático, em que prevalecem a especialização das funções e o esforço para se assegurarem garantias jurídicas aos cidadãos. A escolha dos homens que irão exercer funções públicas faz-se de acordo com a confiança pessoal que mereçam os candidatos, e muito menos de acordo com as suas capacidades próprias. Falta a tudo a ordenação impessoal que caracteriza a vida no Estado burocrático. O funcionalismo patrimonial pode, com a progressiva divisão das funções e com a racionalização, adquirir traços burocráticos. Mas em sua essência ele é tanto mais diferente do burocrático, quanto mais caracterizados estejam os dois tipos.²³⁵

É visualizando esse cenário da formação sociopolítica do Brasil que se pode começar a compreender a essência da preocupação do legislador em tutelar penalmente o processo eleitoral. A usurpação do poder público por setores privados, que o orientarão para a execução de seus próprios interesses pessoais é uma

²³² CAMPANTE, Rubens Goyatá. **O patrimonialismo em Faoro e Weber e a sociologia brasileira**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582003000100005>. Acesso em: 16 de julho de 2014.

²³³ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**, 26ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 146.

²³⁴ Ibidem, p. 145.

²³⁵ Ibidem, p. 146.

preocupação constante em toda a administração pública e na sua relação com a esfera privada.

Por isso – conforme já dito diversas vezes ao longo deste capítulo –, tendo em vista que *“todo poder emana do povo”*, como consagra o artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal, há sempre o pensamento de que esse poder deve não apenas ser exercido, mas também constituído de uma forma democrática. E a constituição desse sistema, norteado pelo princípio democrático, dever-se-á dar, logicamente, por meio da regra majoritária, dentro de um sistema que consagre a igualdade do poder de participação de seus concidadãos.

Assim, é plenamente compreensível o temor que existe que toda a corrupção do poder político tenha início dentro do próprio processo eleitoral, que, *a priori*, seria o procedimento por excelência para a constituição do poder político representativo de um Estado Democrático de Direito. Uma passagem histórica interessante, contida na obra de RAYMUNDO FAORO, ajuda a ilustrar essa perspectiva:

A peça principal da eleição, denunciada no sorites do senador Nabuco e lamentada pelo imperador, é o presidente de província. Agente de confiança do chefe do ministério, movimenta a máquina na província, organiza as molas da qualificação e da eleição, comanda os bonecos eleitorais, inclusive os potentados rurais. A sátira de Timon (João Francisco Lisboa), na amostra do Maranhão, abre o pano do palco, sem deixar nada ao pudor dos espectadores. Um presidente chega a São Luís e é candidato: toma logo as providências, convocando uma facção legal, demitindo e nomeando, mas, sobretudo "fazendo recrutar os desordeiros (purgando assim a sociedade destas fezes perniciosas), já enfim montando uma polícia homogênea e ativa, e tomando todas as providências que o seu esclarecido zelo, e os reclamos da opinião lhe ditavam como indispensáveis para o triunfo da boa causa e o completo aniquilamento da facção".²³⁶

Aliás, seguindo essa linha, já mias contemporaneamente, assevera DAVID FLEISCHER²³⁷ sobre a corrupção do poder público no Brasil e sua relação com o processo eleitoral:

²³⁶ FAORO, Raymundo. **Os donos** (...), p. 450.

²³⁷ FLEISCHER, David. **Political corruption in Brazil**: The delicate connection with campaign finance. In Crime, Lae & Social Change n. 25. Dordrecht: Kluwers Academic Publishers, 1997, p. 297. Tradução livre do original: *“The practice of political corruption in Brazil has a long history since the colonial period, along two dimensions: 1) the manipulation of political decisions to favor private economic gains; and 2)*

A prática da corrupção política no Brasil tem uma longa história, desde o período colonial, ao longo de duas dimensões: 1) a manipulação de decisões políticas para favorecer os ganhos econômicos privados; e 2) a apropriação ilegal e 'desvio' de recursos públicos por políticos e / ou seus designados (pessoas ou instituições), para uso próprio ou para financiamento de campanha.

(...)

A segunda dimensão é mais complexa e envolve uma grande variedade de esquemas e estratégias: empréstimos temerários ou fraudulentos de instituições financeiras públicas, funcionários públicos "fantasmas", contratos públicos superfaturados a partir de procedimentos licitatórios "manipulados", desvio de fundos públicos para fundações "filantrópicas" ligadas aos seus tomadores de decisão, alocação de recursos para os governos locais destinados a obras e serviços públicos nunca executados, exigência de comissão percentual das empresas contratadas pelo governo para assegurar o desembolso para serviços e obras públicas já executadas, etc.

Ainda, DAVID FLEISCHER especifica que, em alguns casos, os desvios de recursos públicos em projetos elaborados por membros do congresso não se direcionam diretamente para o auferimento de lucro ilícito por eles mesmos, mas para angariar "capital político". Desse modo, essa troca de apoio político poderia ser usada na campanha de reeleição seguinte, uma negociação espúria para o fim de, como o retromencionado autor denominou, "*sobrevivência política*"²³⁸.

Nesse sentido que se deve compreender o anseio do poder estatal em exercer um controle preciso sobre o processo eleitoral. É essa a realidade fática que dá o conteúdo à proteção que se visa dar à ordem democrática, de modo que se permite, com esse apanhado, sair de uma mera abstração a um conteúdo concreto que permite balizar o bem jurídico que se pretende tutelar.

the illegal appropriation and 'detour' of public funds by politicians and/or their designates (persons or institutions), for their own use or for campaign finance.

(...)

The second dimension is more complex and involves a large variety of schemes and strategies: "sweetheart" loans from public financial institutions, "no-show" public employees, over-invoiced public contracts with "rigged" bidding procedures, diversion of public funds to "philanthropic" foundations linked to their decision makers, allocation of funds to local governments for public works and services never executed, requiring a percentage kickback from government contractors to insure disbursements for services and public works already executed, etc."

²³⁸ FLEISCHER, David. **Political** (...), p. 297.

2.6 A CONSAGRAÇÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS E DO SUFRÁGIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Traçados os parâmetros teórico-constitucionais valorativos e o cenário político, histórico e cultural sobre o qual se debruça o presente trabalho, cumpre averiguar a consagração dos direitos políticos em nosso ordenamento jurídico. Tal verificação permite compreender a essência do direito ao sufrágio e sua posição no sistema de norma que o rege e o preserva.

De início, pode-se estabelecer que os direitos políticos "*foram a base do regime democrático*"²³⁹. Nos dizeres de GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO²⁴⁰, trata-se de uma expressão ampla, que se refere ao direito de participação no processo político como um todo: o direito ao sufrágio universal e ao voto periódico, livre, direto, secreto e igual, à autonomia de organização dos partidos e à igualdade de oportunidade entre estes.

Com isso, é possível afirmar que os direitos políticos são, na verdade, a instrumentalização da participação popular na composição e no exercício do poder político estatal. São as "*técnicas destinadas a efetivar a designação dos representantes do povo nos órgãos governamentais*" no regime representativo, que com o decorrer do tempo, transformaram-se em regras, sancionadas no direito positivo como "*normas de agir*"²⁴¹.

De tal forma, como assinala NÉVITON GUEDES²⁴², é por intermédio dos direitos políticos que a Constituição Federal cumpre a função de resguardar e concretizar o regime democrático em nosso país. Assim, sob o aspecto jurídico, há uma recíproca dependência conceitual entre os direitos políticos e a ideia de democracia concretamente conformada na Carta Magna. E incumbe a esta, não sem considerar os "*fatores reais que conformam a sociedade*", mas não se pautando

²³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional** – 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 279.

²⁴⁰ Ibidem, p. 279.

²⁴¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo** – 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 344.

²⁴² GUEDES, Néviton. **Dos direitos políticos** in CANOTILHO, José Joaquim Gomes... [et. al]. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p.657.

exclusivamente por eles, conformar uma ideia de "*democracia constitucionalmente adequada*"²⁴³.

A adequação acima referida perpassa pelo ideal de que não basta estar *formalmente* consagrada a recusa às ordens de domínio que não se originem na vontade soberana do povo, necessitando, também, estar *materialmente* sustentada em princípios, que são basilares de todo ordenamento jurídico. E é nesse sentido que advêm os direitos políticos: uma conformação constitucional-normativa dos instrumentos de realização do princípio democrático, isto é, do devido exercício da soberania popular.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 designou o Capítulo IV, do Título II, para tratar dos direitos políticos, inserindo-os, portanto, dentre os direitos e garantias fundamentais – como não poderia ser de outra forma. Assim, o artigo 14 da Carga Magna regulamentou basicamente o exercício da soberania popular, trazendo a seguinte redação:

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

- I - plebiscito;
- II - referendo;
- III - iniciativa popular.

Com isso, restou positivado na Lei Maior que o exercício da soberania popular se dá por meio do sufrágio universal e pelo voto direto, secreto e igualitário, consagrando os valores que regem o processo eleitoral norteado pelo princípio democrático. Ademais, vale ressaltar que também se sancionou a obrigatoriedade do alistamento eleitoral e do voto para os cidadãos brasileiros maiores de dezoito anos (sendo facultativo para os analfabetos, os maiores setenta anos e os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos), constituindo, de fato, o exercício do sufrágio como um *poder-dever*.

Aos direitos políticos, por seu *status* de garantias fundamentais, é vedada a cassação. A própria Carta Magna, em seu artigo 15, assim estabeleceu, determinando que aqueles somente são passíveis de suspensão nas hipóteses de cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado, incapacidade civil

²⁴³ GUEDES, Néviton. **Dos direitos** (...), pp. 657-658.

absoluta, condenação criminal transitada em julgado (enquanto durarem seus efeitos), recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa e improbidade administrativa.

A Constituição Federal de 1988, entretanto, não foi pioneira em discorrer sobre os direitos políticos em nosso país. Destaca-se que já na Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824, havia menção a eles, o que ocorreu em todas as cartas constitucionais que o sucederam. Sobre a tutela constitucional dos direitos políticos, e a tutela penal da lesão a esses direitos, trabalhar-se-á no capítulo seguinte.

3. O CRIME DE CORRUPÇÃO ELEITORAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

3.1 A TUTELA PENAL DOS DIREITOS POLÍTICOS NO BRASIL E OS ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA CORRUPÇÃO ELEITORAL

Diante do exposto no capítulo anterior, cabe por ora examinar a tutela penal dos direitos políticos no ordenamento jurídico pátrio, na qual se insere a tipificação delitiva da conduta denominada de "corrupção eleitoral". Inicialmente, faz-se um breve apanhado histórico da produção legislativa nesse sentido, a fim de bem delimitar e melhor compreender o crime objeto do presente estudo.

Conforme verificado anteriormente, a "Constituição do Imperio do Brazil", de 25 de Março de 1824, foi o primeiro conjunto normativo a reger o Estado brasileiro após a declaração da independência. Nela, já se trouxe disposições positivadas sobre a "garantia dos direitos civis e políticos", ainda que tenha tratado das eleições e do direito ao voto em outro título e que o sufrágio fosse limitado a uma parcela muito menor da população.

Contudo, no que diz respeito às regras sobre eleições e às sanções cominadas para infrações pertinentes ao seu procedimento, verifica-se que estas remetem ainda ao período colonial do Brasil. As primeiras normas positivadas relativas ao processo eleitoral neste território se encontram no Título XLV das Ordenações Manuelinas²⁴⁴, que dispunha sobre as eleições dos juízes, vereadores e outros oficiais representantes do Reino nos pelouros da colônia.

Nesta Ordem, a única cominação de pena corporal se dava aos juízes ou oficiais que, eleitos em desconformidade com as regras nela previstas, insistissem em tomar posse de tais cargos eletivos, mesmo com a determinação de que não o

²⁴⁴ In JOBIM, Nelson; PORTO, Walter Costa (org.). **Legislação eleitoral no Brasil**: do século XVI a nossos dias, v. 1. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Biblioteca, 1996, pp. 9 e seguintes.

fizessem – a esses, impunha-se a pena de degredo por dois anos no continente da África. Nesse mesmo sentido, vieram as Ordenações Filipinas²⁴⁵ posteriormente.

Somente no Alvará de 12 de novembro de 1611, emitido por ordem do Rei Filipe III de Espanha e que tratou da forma de realização das eleições para juízes e procuradores nas colônias brasileiras, que se trata, pela primeira vez, dos "subornos e desordens" ocorridos nos processos eleitorais. A pena era idêntica à citada no parágrafo anterior para aquele que oferecesse "suborno" em troca de votos, para si ou para outrem, ou que promovessem "inquietação" no processo eleitoral.

Cita-se o texto do primeiro tópico da norma acima referida:

1 Primeiramente, tanto que os Corregedores, ou Ouvidores entrarem nas Terras, aonde hão de fazer a eleição, escolherão duas, ou três pessoas, que lhes parecer, das mais antigas e honradas, e de que tenham informação, que são zelosas do bem publico e de sãs consciências, e lhes perguntarão pelas pessoas, que ha nas ditas Villas, dando-lhes juramento dos santos Evangelhos; e saberão delias as qualidades, que tem para poderem servir os cargos da governança, e dos parentescos, que entre ellas ha, e amizade, ou ódio, e de suas idades. E no mesmo dia, que os ditos Corregedores e Ouvidores, ou Juizes Ordinários houverem de fazer eleição, farão lançar pregões, que nenhuma pessoa, de qualquer qualidade e condição que seja, soborne na dita eleição, pedindo, nem procurando votos para si, nem para outrem, nem por qualquer outra via inquietem, sendo certos, que se ha de tirar disso devassa; e os que forem comprehendidos, que sobomárão, ou inquietarão a tal eleição, serão presos e condemnados em dous annos de degredo para um dos lugares de Africa, e além disso pagarão cincoenta cruzados para Captivos. E dos ditos pregões se farão autos.²⁴⁶

De tal maneira, o que se verifica é que, desde o período anterior à declaração de independência, havia a imposição de penas corporais pelo Reinado de Portugal aos habitantes das colônias brasileiras em duas hipóteses: (1) quando turbassem o processo eleitoral – ainda que não houvesse uma mínima especificação de condutas que configurariam o que se chamou de "inquietação" das eleições; (2) quando oferecessem "suborno" para obterem o voto, para si ou para outrem. Neste segundo caso, verifica-se o que seria o predecessor mais antigo do crime de corrupção eleitoral no Direito brasileiro – que ainda se verificaria em outras normas

²⁴⁵ JOBIM, Nelson; PORTO, Walter Costa (org.). **Legislação** (...), p. 14.

²⁴⁶ *In* JOBIM, Nelson; PORTO, Walter Costa (org.). **Legislação** (...), p. 17.

esparças nas desordenadas ordenações coloniais, como no Regimento de 10 de maio de 1640²⁴⁷.

Faz-se tal destaque para trazer à tona a importância que se dava, desde aquele remoto período da formação nacional, à preservação do voto alheio a interesses escusos. Quer dizer: antes mesmo de se conceber o sufrágio como um direito universal, do advento dos ideais iluministas que forjaram a democracia moderna, da formação de um estado independente, já se procurava tutelar a lisura do processo eleitoral, por meio da preservação da honestidade do voto.

Essa constatação é importante para averiguar a amplitude do fenômeno da corrupção no processo eleitoral – traduzida ali na cominação de pena à prática do "suborno" em troca do voto –, denotando como sua reprovação precede qualquer interesse na "tutela da democracia". Quer dizer: mesmo sob a égide de um Estado absolutista (cabendo lembrar que a instalação de uma Monarquia Constitucional em Portugal se deu tão somente no início do Século XIX), em tempos anteriores ao surgimento das ideias de liberdade e igualdade, o poder instituído objetivava, de fato, tutelar a escolha livre do eleitor.

De qualquer forma, somente na primeira codificação de normas penais promulgada pelo Estado brasileiro independente, o Código Criminal do Império do Brasil (Lei de 16 de dezembro de 1830), é que houve a tipificação de diversas condutas delitivas sob a justificativa de tutelar direitos políticos dos cidadãos. O precursor mais antigo de nosso atual Código Penal reservou para esse tópico seu Título III, denominado "*Dos crimes contra o livre gozo, e exercício dos Direitos Políticos dos Cidadãos*", no qual trazia três dispositivos incriminadores de condutas atinentes ao processo eleitoral²⁴⁸.

²⁴⁷ JOBIM, Nelson; PORTO, Walter Costa (org.). **Legislação** (...), pp. 20 e seguintes.

²⁴⁸ "Artigo 100. Impedir, ou obstar de qualquer maneira, que votem nas eleições primárias, ou secundárias os Cidadãos activos, e os Eleitores, que estiverem nas circunstancias de poder, e de dever votar.

Penas - de prisão por dous a seis mezes, e de multa correspondente á metade do tempo.

Artigo 101. Solicitar, usando de promessas de recompensa, 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, recaiam, ou deixem de recahir em determinadas pessoas, ou para esse fim comprar ou vender votos.

Penas - de prisão por tres a nove mezes, e de multa correspondente á metade do tempo; bem assim da perda do emprego, se delle se tiver servido para commetter o crime.

Artigo 102. Falsificar em qualquer eleição as listas dos votos dos Cidadãos, ou Eleitores, lendo nomes diversos dos que nellas estiverem, ou acrescentando, ou diminuindo nomes, ou listas; falsificar as actas de qualquer eleição. Penas - de prisão com trabalho por seis mezes a tres annos, e de multa correspondente á metade do tempo."

Nessa esteira, verifica-se que a legislação penal entraria em consonância com as normais constitucionais então vigentes, agora visando proteger bens jurídicos identificados na Carta de 1824. Ao contrário do constatado nas regras dispostas nas ordenações reais portuguesas, as condutas infringentes ao processo eleitoral tipificadas como delitos, a partir de então, deixavam de ser meros comandos de poder oriundos da vontade do Rei para buscar sua justificação (e legitimação) a partir de valores consagrados na Constituição do Império.

Dentre as condutas mencionadas, destaca-se a pertinente ao presente trabalho, contida no artigo 101 do Código Criminal de 1830:

Artigo 101. Solicitar, usando de promessas de recompensa, 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, recaiam, ou deixem de recahir em determinadas pessoas, ou para esse fim comprar ou vender votos.

Penas - de prisão por tres a nove mezes, e de multa correspondente á metade do tempo; bem assim da perda do emprego, se delle se tiver servido para commetter o crime.

Conforme se verifica, pela primeira vez se trouxe à norma penal a descrição da conduta de aliciamento do eleitor, por meio de promessas de recompensa – compreendida como uma vantagem indevida –, a fim de influenciar o direcionamento de sua votação para determinado cargo eletivo. Curiosamente, o tipo penal descrito também trazia expressamente a expressão "comprar ou vender votos", utilizadas atualmente apenas como expressão popular para a corrupção eleitoral.

Não se pretende discorrer com profundidade acerca da coação moral praticada sob o eleitor, que também integra a mesma norma supratranscrita (presente na elementar "*ameaças de algum mal*", empregada na solicitação do voto). É possível, porém, constatar que o legislador do Império a uniu à conduta de compra e venda de votos no mesmo tipo, distinguindo-a da coação física, tipificada no artigo 100 do mesmo Código ("*impedir ou obstar de qualquer maneira, que votem*").

Verifica-se, pois, que houve um juízo de valor moral negativo sob as condutas que configuram alguma forma de aliciamento ou pressão indevida para captar o voto do eleitor a unificá-las no mesmo dispositivo. Contudo, não foram estas consideradas tão graves quanto a coação física (e quaisquer outras formas que o impedissem de exercer o direito ao sufrágio) e a falsificação dos documentos oficiais

comprobatórios do processo eleitoral, tendo em vista a pena cominada a estas ser maior do que àquelas.

De tal modo, a "compra e venda de votos", que era uma prática constatada há muito nos pleitos ocorridos no território brasileiro, provavelmente por essa razão, não era vista como tão grave quanto as outras condutas mencionadas – chamando a atenção, também, que não houve, por parte do legislador de 1830, a preocupação com a tutela penal do sigilo do voto. Não se pretende, por óbvio, estabelecer uma classificação de crimes por ordem de gravidade a partir da pena cominada, visto ser objeto de grandes debates a desproporcionalidade das penas de alguns delitos em relação às de outros.

Apenas a título de comparação com a legislação atualmente vigente, para melhor compreender o cerne deste trabalho, verifica-se que o crime de corrupção eleitoral possui exatamente a mesma pena cominada à conduta de empregar violência ou grave ameaça contra o eleitor, para coagi-lo a votar, ou não votar, em determinado candidato ou partido (artigo 301 do Código Eleitoral, com pena cominada de reclusão até quatro anos e pagamento de cinco a quinze dias-multa). Constata-se apenas que, ao longo da evolução da legislação eleitoral, a corrupção eleitoral manteve-se como um delito com cominação de pena inferior a de diversas outras condutas infringentes ao processo eleitoral.

Com a destituição da família real e a proclamação da República, em 1889, formou-se novo congresso constituinte, que promulgou a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. Nesta Carta Constitucional, houve novas disposições sobre o status de cidadão brasileiro, no Título IV, tendo as garantias direitos políticos e civis figurado nessa mesma divisão, na Seção II, denominada "*Declaração de direitos*".

Entretanto, antes mesmo do advento da Constituição republicana, o governo provisório, chefiado pelo Marechal Manoel Deodoro da Fonseca, publicou o Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890, promulgando o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil. Faz-se tal apontamento apenas porque essa nova Lei trouxe reformas bastante significativas na parte dos crimes contra o livre exercício dos direitos políticos, que foram tipificados no Capítulo I do Título IV (abrangidos, segundo a classificação adotada, pelos "*crimes contra o livre gozo e exercício dos direitos*

individuaes"), tendo como referência de tais direitos, todavia, os já consagrados nos tempos do Império – visto que a nova Constituição somente seria promulgada no ano posterior.

Entretanto, na legislação da República recém formada, diferentemente do Código Criminal do Império, trouxe-se a tipificação de diversas outras condutas inerentes ao processo eleitoral – quatorze dispositivos, enquanto naquele eram apenas três. Todavia, também se distinguindo da norma que revogava, o Código Penal de 1890 classificou todos esses crimes relativos às eleições como "contra o livre exercício dos direitos políticos", não mais abarcando, por exemplo, condutas atentatórias às reuniões de representantes eleitos, como anteriormente.

Nesse sentido, colaciona-se excerto da obra de GALDINO SIQUEIRA²⁴⁹, que traz comentários ao Código Penal de 1890, aqui especificamente sobre os crimes que tutelavam o "livre exercício dos direitos políticos", já mencionando as alterações posteriores trazidas pela legislação:

Na maior parte dos codigos garante-se o exercício dos direitos políticos do cidadão, encarados como referentes ao voto, ou como direito eleitoral. (...) O nosso código de 1830 fazia do tit. III, da parte II, objecto dos crimes contra o direito eleitoral e bem assim dos crimes contra o livre exercicio dos conselhos geraes provinciaes e camaras municipaes, methodo também seguido pelo codigo allemão. O codigo vigente occupa-se sómente dos crimes contra o direito eleitoral, neste capitulo, qualificando-os casuisticamente, vindo as leis mencionaas no texto, n. 3.208 de 1916 e 4.226 de 1920 prever outras figuras dlictuosas contra o mesmo direito eleitoral.

A lição trazida pelo jurista supracitado auxilia a identificar o bem jurídico penal tutelado por tais normas, identificando que a transformação política por que passava o país à época ressignificava, em parte, o conceito dos direitos políticos ali protegidos, em que pese não se distinguir de valores historicamente consagrados, por se relacionarem à democracia e ao direito ao sufrágio. Nesse aspecto, destacou a importância que as alterações na legislação penal da época vinham trazendo ao Brasil da República Velha, marcada pelo "voto de cabresto":

Somente com as ultimas leis têm-se modificado os nossos costumes politicos, assegurada melhor a verdade do voto, especialmente na capital do paiz, onde a mais desenfreiada fraude e mais revoltantes

²⁴⁹ SIQUEIRA, Galdino. **Direito penal brasileiro**: (segundo o Codigo Penal mandado executar pelo Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência), v. 2. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, pp. 219-220

violências se registravam frequentemente nas eleições, dest'arte deturpando-se pela base o regimen político adoptado, de nada valendo as comminações penaes, letra morta se tornando a lei penal. A necessidade da repressão dos actos attentatorios da regularidade do processo de alistamento eleitoral desde logo se patenteia, porquanto é nelle que se determina, em concerto, o direito de ser eleitor.²⁵⁰

E, na esteira do já trazido anteriormente, verifica-se que a consolidação dos bens jurídicos penalmente tutelados pelos crimes eleitorais na legislação pátria se dava em consonância com o apregoado por KONRAD HESSE e ROBERT DAHL, citados anteriormente:

Para ser traducção do exercicio da soberania, é necessario que o processo da eleição obedeça aos princípios da legalidade, sensu stricto, de modo que nas listas só figurem os devidamente qualificados como eleitores; da liberdade, no sentido de que o eleitor vote segundo a própria vontade e sem impedimentos ou pressão exterior; da honestidade, eliminada todo meio de corrupção; da sinceridade, só admittidos a votar aquelles que têm direito, sendo os resultados da votação fielmente verificados e proklamados (FLORIAN). A violação de cada um destes princípios constitue crime, e os crimes assim configurados, segundo os principios violados, podem ser distribuídos em tres grupos, classificação tradicional, que vem desde o código penal francez, arts. 109, 111 e 113, a saber: a coerção ou violência, que offende a liberdade da eleição; a corrupção, que lhe tira a honestidade, e a fraude, que lhe tira a sinceridade ou a verdade.²⁵¹

Com maior relevância para o presente estudo, cabe destacar na citação supra o valor "honestidade" do voto, que poderia muito bem ser traduzido, em termos mais comumente utilizados hoje, como probidade e lisura do processo eleitoral. O sufrágio em si, enquanto elemento essencial da democracia, como já se disse, é violado quando se perde sua honestidade, contaminando o pleito que conduzirá ao poder as novas lideranças políticas.

Nesse cariz, recorre-se novamente aos ensinamentos de GALDINO SIQUEIRA²⁵²:

A corrupção (correspondente ao ambitus) se verifica quando o voto é solicitado ou cedido mediante lucro, dest'arte offendendo-se a honestidade do suffragio, bem como a sua sinceridade. Isto se verifica: 1.º) pela compra ou pela venda do voto; 2.º) pelo emprego de promessa de valores, vargos públicos ou particulares para o eleitor

²⁵⁰ SIQUEIRA, Galdino. **Direito penal** (...), p. 220.

²⁵¹ Ibidem, p. 220.

²⁵² Ibidem, p. 221.

votar por determinado candidato. Taes são os casos dos arts. 166 e 167. Em qualquer dessas modalidades, são elementos do crime:

- 1.º) um candidato, em favor do qual se verifica a corrupção;
- 2.º) o voto de um ou mais eleitores, que é objecto da corrupção;
- 3.º) um meio ou premio ou compensação, mediante a qual se opera a corrupção;
- 4.º) o fim, a manifestação expressiva do voto, ou a abstenção (CARRARA, TUOZZI, FLORIAN).

No Código Penal de 1890, o crime de corrupção eleitoral, por sua vez, subdividiu-se em dois – artigos 166 e 167 –, separando a conduta na modalidade ativa da passiva. Veja-se:

Artigo 166. Solicitar, usando de promessas ou de ameaças, votos para certa e determinada pessoa, ou para esse fim comprar votos, qualquer que seja a eleição a que se proceda:
 Penas - de prisão cellular por tres mezes a um anno e de privação dos direitos politicos por dous annos.

Artigo 167. Vender o voto:
 Penas - de prisão cellular por tres mezes a um anno e de privação dos direitos politicos por dous annos.

Constata-se, pois, que a legislação exprimiu, ao conferir autonomia ao tipo penal em sua forma passiva, o igual juízo de reprovação que recai sobre a conduta do eleitor "vender" o seu voto. Apenas a título de observação, em que pese o sentido socialmente conhecido sobre a expressão "vender o voto", evidentemente não se afigura a melhor técnica jurídica concentrar todas as ações possíveis de configurar a conduta de corrupção eleitoral passiva no verbo nuclear "vender" – utilizado no sentido figurado comumente.

De qualquer maneira, a despeito de não se tratar de uma novidade, visto que o Código do Império já tipificava essa forma delitativa, o legislador republicano fez questão de enfatizar a reciprocidade existente nas relações de corrupção eleitoral. Tal valoração indica o intuito de tutelar a "honestidade" do voto (como mencionado por GALDINO SIQUEIRA, na citação acima), o que se compreende nessa expressão de PEDRO HENRIQUE TÁVORA NIESS²⁵³: *"o voto não é uma mercadoria exposta à venda ou à troca, mas uma premiação que deve ser conquistada após justa disputa, pelas ideias*

²⁵³ NIESS, Pedro Henrique Távora. **Direitos políticos, condições de elegibilidade e inelegibilidade**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 128 *apud* GOMES, Suzana de Camargo. **Crimes eleitorais** – 4ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, p. 196.

e pela história de cada competidor". Contudo, a divisão das duas modalidades típicas da corrupção eleitoral existiu tão somente no Código Penal de 1890.

Após a Revolução de 1930, com a chegada de Getúlio Dornelles Vargas ao poder, no início do período conhecido na história do Brasil como "Segunda República", foi editado o primeiro Código Eleitoral de nosso país, o Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932. Este documento foi responsável por importantes modificações no sistema eleitoral (como reconhecer o poder de voto às mulheres, por exemplo), além de criar a Justiça Eleitoral – que seria reconhecida na Constituição de 1934, extinta na Carta de 1937 (a "Polaca") e sua recriação em 1945, com o fim da Era Vargas²⁵⁴.

O Código de 1932, mormente com a criação de um órgão judiciário especializado e de uma sistemática nova, veio para responder *"a um dos anseios máximos da Revolução de 1930, qual seja, dar ao processo eleitoral brasileiro mais perfeição e autenticidade"*. Buscava-se a moralização do sistema eleitoral, desacreditado diante das fraudes comuns no período da República Velha²⁵⁵.

O que importa destacar é que, com a primeira codificação da legislação eleitoral no país, também se reuniu nesta Lei os crimes eleitorais, em seu artigo 107. Deste modo, as condutas penalmente típicas relativas às eleições passariam a figurar, desde aquele momento até hoje, na legislação especial, razão pela qual nunca constaram do Código Penal de 1940, até hoje vigente.

Naquela ocasião, as condutas típicas do crime de corrupção eleitoral foram todas unificadas (tanto as relativas à modalidade ativa quanto à passiva) num mesmo tipo penal, o § 21 do artigo 107. Transcreve-se o dispositivo:

Artigo 107. São delitos eleitorais:

(...)

§ 21. Oferecer, prometer, solicitar, exigir ou receber dinheiro, dádiva ou qualquer vantagem, para obter ou dar voto, ou para conseguir abstenção, ou para abster-se de voto:

Pena - seis meses a dois anos de prisão celular.

²⁵⁴ RIBEIRO, Fávila. **Direito** (...), pp. 94-95.

²⁵⁵ Nesse sentido, ver: DA COSTA, Elcias Ferreira. **Compêndio de Direito Eleitoral**. São Paulo: Sugestões Literárias S/A, 1978, pp. 141 e seguintes.

Verifica-se que a redação dada ao tipo da corrupção eleitoral em 1932 muito se assemelha à prevista na legislação hoje vigente. Isso se observa quando, na década seguinte, já no crepúsculo do Estado Novo, foi editado o Decreto-Lei nº 7.586, de 28 de maio de 1945, instituindo o segundo Código Eleitoral (que recriou a justiça especializada) e dando a seguinte redação para o crime de corrupção eleitoral, em seu artigo 123, item 20:

Artigo 123. São infrações penais:

(...)

20) Oferecer, prometer, solicitar, ou receber dinheiro, dádiva ou qualquer vantagem, para obter ou dar voto e para conseguir ou prometer abstenção:

Pena – detenção, de seis meses a dois anos.

Como já destacado, a estrutura típica do delito de corrupção eleitoral delineada em 1932 é deveras semelhante à atualmente descrita no artigo 299 do Código Eleitoral atualmente vigente, instituído pela Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 (ironicamente, em pleno período da ditadura militar):

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

Pena - reclusão até quatro anos e pagamento de cinco a quinze dias-multa.

É possível observar que a redação atual dessa norma penal incluiu o verbo nuclear "*dar*", na modalidade ativa da corrupção eleitoral, que configuraria tão somente exaurimento das condutas típicas "*oferecer*" e "*prometer*". Contudo, a alteração significativa ocorreu com a inclusão da elementar "*para si ou para outrem*" no tipo, trazendo relevante discussão.

Assim, conforme foi exposto no início deste tópico, permite-se verificar que a tutela penal do sufrágio precede não apenas a consagração dos direitos políticos, mas a estruturação do próprio Estado nacional, porquanto as Ordenações Manuelinas e Filipinas já traziam disposições sancionadoras para a obtenção de voto mediante promessas, paga ou outras formas que subvertessem a lisura das eleições coloniais. Outrossim, uma vez positivados os direitos políticos no texto constitucional, a partir de 1824, constatou-se que a legislação penal acompanhou o movimento, tutelando crimes relativos ao processo eleitoral.

Mais especificamente para os fins do presente estudo, é possibilitada a averiguação de que o crime de corrupção eleitoral esteve sempre no cerne dos delitos relativos ao processo eleitoral, que, por sua vez, correspondem à tutela penal dos direitos políticos. Entretanto, necessário se faz discorrer acerca do tipo criminal destacado, a fim de identificar com maior precisão o bem jurídico penalmente tutelado, as hipóteses de ofensividade e sua natureza como um todo.

3.2 O INJUSTO TÍPICO DA CORRUPÇÃO (ELEITORAL): ESTRUTURA TÍPICA DA CORRUPÇÃO ELEITORAL E AS (DES)SEMELHANÇAS COM OS CRIMES DE CORRUPÇÃO ATIVA E PASSIVA

O crime tipificado no artigo 299 do Código Eleitoral (Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965), objeto do presente estudo, é comumente denominado pela doutrina e pela comunidade jurídica em geral de "*corrupção eleitoral*". A opção por tal denominação, que encontra total respaldo na doutrina jurídica (conforme se verificará adiante), se dá em razão da correlação que a conduta típica analisada mantém com o crime de corrupção e com o preciso sentido que o verbete carrega.

Sobre a palavra "corrupção", LUIZ RÉGIS PRADO²⁵⁶ menciona que ela tem sua origem ligada à ideia de degradação, deterioração, menosprezo, "*seja natural, seja valorativo*". A etimologia latina do vocábulo (*corruptio, ónis*), segundo o Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa²⁵⁷, traz o sentido de "deterioração" – no aspecto naturalístico, de putrefação –, tendo dentre os seus significados "*depravação de hábitos, costumes*", "*devassidão*", "*ato ou efeito de subornar uma ou mais em causa própria ou alheia*", "*uso de meios ilegais para apropriar-se de informações privilegiadas, em benefício próprio*".

Trata-se, pois, de uma ação praticada por alguém, que lança mão de meios ilícitos para a obtenção de um benefício ou uma vantagem – seja em razão do cargo

²⁵⁶ PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**, v. 3: parte especial, arts. 250 a 395-H. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 578.

²⁵⁷ HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

de poder que ocupa, ou de querer algo daquele que o faz –, que não os obteria, acaso prezasse por uma conduta normativamente regular ou virtuosa. No que atinente ao objeto deste estudo, delimita-se a "corrupção" a partir de sua objetividade normativo-jurídica, prescindindo de maiores digressões acerca dela enquanto fenômeno social²⁵⁸.

No que atinente à estrutura típica do crime de corrupção eleitoral, discorreu-se bastante no item anterior sobre a existência de duas modalidades: ativa e passiva. Dessa divisão, bem como da própria nomenclatura adotada, surge o comparativo com os crimes de corrupção passiva e ativa, previstos respectivamente nos artigos 317 e 333 do Código Penal:

Corrupção passiva

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

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

(...)

Corrupção ativa

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

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

Percebe-se que há robusta similitude entre os verbos nucleares que compõem as ações desses dois tipos penais com os do crime de corrupção eleitoral ("*oferecer*", "*prometer*", "*solicitar*" e "*receber*"), o que reforça o traço comparativo estabelecido entre esses dispositivos. Nesse aspecto, destaca-se afirmação JOSÉ JAIRO GOMES²⁵⁹ sobre o tema:

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

Note-se, porém, que a descrição contida no artigo 299 reúne as duas modalidades de corrupção: a ativa e a passiva.

²⁵⁸ Por evidente, caberia uma extensa pesquisa, lançando mão de outros ramos do saber científico, para analisar o fenômeno da "corrupção"; todavia, faz-se necessário o recorte metodológico, a fim de melhor precisar o desenvolvimento do trabalho.

²⁵⁹ GOMES, José Jairo. **Crimes** (...), p. 53.

Não obstante a assertiva do supracitado autor, esta não encontra respaldo no confronto com as informações obtidas no exame da evolução histórica da legislação. Isso porque, conforme já delineado, a corrupção eleitoral foi tipificada pela primeira vez no Código Criminal do Império, de 1830, que, a despeito do texto distinto ao atual, já carregava o sentido da solicitação mediante promessas para o fim de "comprar ou vender votos".

Ademais, quando adveio o primeiro Código Eleitoral, em 1932, que trouxe redação semelhante à atual para o crime de corrupção eleitoral (já com a presença dos verbos nucleares "oferecer", "prometer", "solicitar" e "receber", além de ainda constar a ação de "exigir"), vigia então o Código Penal republicano, de 1890, que não trazia tipo penal semelhante aos crimes de corrupção ativa ou passiva. Na verdade, na legislação da República Velha, havia a previsão dos crimes de "peita ou suborno"²⁶⁰, que podiam até carregar o sentido dado aos delitos atualmente previstos na lei, mas distavam consideravelmente da estrutura típica consagrada para os crimes de corrupção da legislação hoje em vigência. A influência que o Código Penal de 1940 aparenta ter exercido sobre a redação do crime do artigo 299 do Código Eleitoral de 1965 foi a inclusão da elementar "para si ou para outrem" no tipo, elidindo a necessidade de aquele que solicita ou recebe a vantagem ser o destinatário final desta.

Entretanto, não se pode desconhecer que há importante similitude entre os institutos referidos. Isso porque se identifica nessa prática comum da corrupção, ainda

²⁶⁰ O Código Penal dos Estados Unidos do Brazil (Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890) tipificava tais crimes nos artigos 214 a 218:

"Artigo 214. Receber para si, ou para outrem, directamente ou por interposta pessoa, em dinheiro ou outra utilidade, retribuição que não seja devida; aceitar, directa, ou indirectamente, promessa, dadia ou recompensa para praticar ou deixar de praticar um acto do officio, ou cargo, embora de conformidade com a lei.

Exigir, directa ou indirectamente, para si ou para outrem, ou consentir que outrem exija, recompensa ou gratificação por algum pagamento que tiver de fazer em razão do officio ou commissão de que for encarregado:

Penas – de prisão celllular por seis mezes a um anno e perda do emprego com inhabilitação para outro, além da multa igual ao triplo da somma, ou utilidade recebida.

Artigo 215. Deixar-se corromper por influencia, ou suggestão de alguém, para retardar, omittir, praticar, ou deixar de praticar um acto contra os deveres do officio ou cargo; para prover ou propor para emprego publico alguém, ainda que tenha os requisitos legaes:

Penas – de prisão celllular por seis mezes a um anno, e perda do emprego com inhabilitação para outro.

Artigo 216. Nas mesmas penas incorrerá o juiz de direito, de facto, ou arbitro que, por peita ou suborno, der sentença, ainda que justa.

§ 1º Si a sentença for criminal condemnatoria, mais injusta, soffrerá o peitado ou subordinado a mesma pena que tiver imposto ao que condemnara, além da perda do emprego e multa.

Artigo 217. O que der ou prometter peita, ou suborno, será punido com as mesmas penas impostas ao peitado e subornado.

Artigo 218. São nullos os actos em que intervier peita ou suborno."

que em momentos distintos, uma ação sobre a qual recai o juízo de reprovação penal, visto que ofende bens jurídicos valiosos para a formação do próprio Estado Democrático de Direito. Noutras palavras: a denominação comum "corrupção", atribuída a todos esses delitos, denota que estes crimes tenham objetos que se comuniquem, ainda que cada um na sua esfera – eleições e administração pública.

Essa compreensão é importante para o presente estudo, uma vez que auxilia a identificar qual o bem jurídico penalmente tutelado pelo crime de corrupção eleitoral. Além disso, faz-se necessário avaliar se há necessidade de recair a tutela penal sobre tal bem jurídico e se a conduta identificada ali no tipo representa, de fato, uma ofensa àquele.

3.3 A NATUREZA JURÍDICA DOS CRIMES ELEITORAIS E DA CORRUPÇÃO ELEITORAL

Num primeiro momento, antes de procurar identificar o bem jurídico-penal do delito de corrupção eleitoral, é preciso compreender a própria natureza jurídica dos crimes eleitorais. Sendo aquele espécie deste gênero, é imprescindível averiguar a classificação atribuída a tais normas, porquanto, como já se discorreu, a própria estrutura dos tipos penais na legislação ao longo da história auxilia a identificar seu objeto de tutela.

NÉLSON HUNGRIA²⁶¹ definiu os crimes eleitorais como: *“as infrações penalmente sancionadas, que dizem respeito às várias e diversas fases da formação do eleitorado e processo eleitoral”*. GIUSEPPE LAURI²⁶² refere que a terminologia *“crimes eleitorais”* é a *“locução elíptica”* com a qual se busca indicar quaisquer

²⁶¹ HUNGRIA, Nélon. Crimes eleitorais. In *Revista Eleitoral da Guanabara*, Rio de Janeiro: Centro de Estudos Políticos, 1968, p. 129.

²⁶² LAURI, Giuseppe. *I reati elettorali*: con particolari riferimento alla riforma dell'articolo 416-ter c.p. Disponível em: <<http://benvenutiinitalia.it/wp-content/uploads/2014/05/LAURI-Tesina-2014.pdf>>. Acesso em: 02 de agosto de 2014.

violações criminais às várias normas que regem a realização de eleições em cada uma de suas fases.

No que diz respeito à sua natureza, FÁVILA RIBEIRO²⁶³ refere que os crimes eleitorais compõem subdivisão dos crimes políticos (juntamente com os crimes militares). Sustentando tal afirmação, vale-se da lição do jurista italiano VICENZO MANZINI²⁶⁴, que refere que o crime eleitoral tem "*o caráter objetivamente político porque é desferido contra a personalidade do Estado e porque ofende a interesse político do cidadão, atingindo contemporânea e prevalecentemente a interesse do Estado*".

E o supracitado autor segue nessa linha, citando GIUSEPPE MAGGIORE²⁶⁵, que observa que os direitos políticos consistem no poder que possuem os indivíduos no contexto estatal, enquanto cidadãos e exclusivamente por decorrência da cidadania, para participar da vida constitucional e administrativa e para exercer funções públicas. De tal forma, a vontade manifestada pelos titulares dos direitos políticos, dentro de certos limites e formas determinadas, deve ser considerada como vontade do próprio Estado – sendo que a ofensa decorrente da atividade ilícita contra um direito político significaria afetar o "*funcionamento de uma manifestação essencial do Estado*".

Entretanto, a compreensão dos delitos eleitorais enquanto espécie dos crimes políticos está longe de ser pacífica. Até porque, conforme leciona RENÉ ARIEL DOTTI²⁶⁶, a definição de "crime político", valendo-se do texto do Código Penal italiano, é "*todo o delito que ofende um interesse político do Estado ou um direito político do cidadão*", sendo também considerado "*o crime comum determinado, no todo em parte, por motivo político*", consoante remete à Lei de Segurança Nacional (artigo 2º da Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983²⁶⁷).

²⁶³ RIBEIRO, Fávila. **Direito** (...), p. 624

²⁶⁴ MANZINI, Vincenzo. **Tratato di Diritto Penali Italiano**, v. 4. Torino: Torinese, 1950, p. 549 *apud* RIBEIRO, Fávila. **Direito** (...), p. 621.

²⁶⁵ MAGGIORE, Giuseppe. **Derecho Penal**. Bogotá: Temis, 1955, pp. 104-105 *apud* RIBEIRO, Fávila. **Direito** (...), p. 622.

²⁶⁶ DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral** – 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 379.

²⁶⁷ "Artigo 1º - Esta Lei prevê os crimes que lesam ou expõem a perigo de lesão:

I - a integridade territorial e a soberania nacional;

II - o regime representativo e democrático, a Federação e o Estado de Direito;

III - a pessoa dos chefes dos Poderes da União.

Para o retromencionado jurista, os crimes políticos podem ser classificados da seguinte forma:

(...) a) *próprio*, quando ofende a personalidade e a organização política do Estado; b) *impróprio*, quando agride um direito político do cidadão; c) *puro*, o que tem exclusiva natureza política; e d) *impuro* ou *relativo*, quando ofende bens e interesses tanto políticos como comuns.²⁶⁸

Nessa esteira, NELSON HUNGRIA²⁶⁹ subdivide os crimes políticos em puros e relativos, definindo a primeira categoria como aquele que

(...) ofende ou expõe a perigo de ofensa, exclusivamente, a ordem política em sentido amplo ou a ordem político social (compreensiva não apenas das condições existenciais e o regime governamental do Estado e dos direitos políticos dos cidadãos, senão também, nas suas bases fundamentais, a organização social, sobre a qual se ergue a ordem política em sentido estrito), e cujo autor, além disso, tem por escopo esse mesmo resultado específico ou assume o risco de seu advento.

De outra parte, considera o supracitado autor o crime político relativo como

(...) crime comum, isto é, lesivo de interesses de direito comum, mas praticado por motivo político, ou como meio de crime político, formando com este unidade jurídica (crime complexo), ou no curso ou por ocasião de crime político, apresentando-se um e outro intimamente conexos.²⁷⁰

Verifica-se, pois, que o supracitado autor exigia uma especificidade no dolo da conduta penalmente típica para qualificá-la como "crime político".

Independentemente de recorrer à teoria subjetiva do crime político, NELSON HUNGRIA²⁷¹ é enfático no sentido de que os crimes eleitorais são políticos, uma vez

Artigo 2º - Quando o fato estiver também previsto como crime no Código Penal, no Código Penal Militar ou em leis especiais, levar-se-ão em conta, para a aplicação desta Lei:

I - a motivação e os objetivos do agente;

II - a lesão real ou potencial aos bens jurídicos mencionados no artigo anterior."

²⁶⁸ DOTTI, René Ariel. **Curso** (...), p. 379.

²⁶⁹ HUNGRIA, Nelson. A criminalidade política no direito brasileiro. In **Revista Forense**, v. 188, a. 87. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 7 *apud* TOURINHO, Luciano de Oliveira Souza; SOTERO, Ana Paula da Silva; LIMA, Mariana Gomes; e NONATO, João Leles. **Política da criminalidade e vulnerabilidade social**: Entre os paradigmas da justiça criminal e da seletividade penal in *Sistema Penal & Violência (Revista Eletrônica do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS)*, v. 8, n. 2, pp. 152-167. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2016, p. 155.

²⁷⁰ *Ibidem*, p. 155.

²⁷¹ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal** – 4ª ed., v. 1, t. I. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 187 *apud* GOMES, Suzana de Camargo. **Crimes** (...), p. 37.

que "são dirigidos, subjetiva e objetivamente, de modo imediato, contra o Estado como unidade orgânica das instituições políticas e sociais". Nesse sentido, ressalta:

(...) caracteristicamente políticos são os crimes eleitorais. Abstraído o exagero romântico e *suranné* do individualismo, é força convir que a colaboração do indivíduo na atividade estatal, por meio do voto, representa, em última análise, antes que um *direito individual*, uma *função orgânica* do próprio Estado. Se é lição banal que se não deve confundir *direito político* com *função pública*, ainda que de caráter político, por isso que, nesta, o titular age por um fim que está fora dele, enquanto, naquele, quem o exerce é determinado *prevalentemente* pelo seu interesse próprio, não há como rotular de *direito político* a função eleitoral, cujo exercício atende primacialmente ao interesse geral, afastando o indivíduo de sua atividade peculiar, para gravitar na esfera própria do Estado. O eleitor atua em nome e por conta do Estado. A locução *direito eleitoral* é inadequada. E sobe de ponto essa impropriedade quando vem que ao cidadão há de sempre ficar, necessariamente, a faculdade ou liberdade de escolha dos candidatos aos cargos eletivos; mas não se pode perder de vista que essa faculdade não é concedida ao indivíduo *por si mesmo*, mas *como e enquanto* órgão e instrumento do Estado, dentro do sistema democrático indireto ou representativo. A tutela penal, na espécie, é estudada, primacialmente, no interesse das instituições representativas, o que vale dizer: no sentido da regularidade de atuação do Estado segundo o regime democrático indireto, cujo êxito está conceituadamente subordinado ao voto popular na seleção da elite ou dos *right men* a que devem ser confiadas a elaboração das leis e a suprema gestão da coisa pública. Os *crimes eleitorais*, exatamente apreciados, são, por consequência, crimes *contra o Estado* ou *contra a ordem política*.²⁷²

Em posicionamento diverso, MARCOS RAMAYANA²⁷³ assevera que as condutas tipificadas pela legislação eleitoral se tratam, na verdade, de crimes comuns, porquanto se limitam a tutelar bens jurídicos que dizem respeito tão somente ao processo eleitoral e à esfera da política partidária, razão pela qual não são considerados "crimes políticos". Compartilhando desse pensamento, JOEL JOSÉ CÂNDIDO²⁷⁴ adota teoria objetiva da classificação dos crimes políticos em nosso ordenamento jurídico, definindo que somente podem assim ser considerados aqueles previstos na já mencionada Lei de Segurança Nacional²⁷⁵.

²⁷² HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal** – 4ª ed., v. 1, t. I. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 187 *apud* GOMES, Suzana de Camargo. **Crimes** (...), pp. 37-38.

²⁷³ RAMAYANA, Marcos. **Direito** (...), p. 534.

²⁷⁴ CÂNDIDO, Joel José. **Direito eleitoral brasileiro** – 16ª ed. São Paulo: Edipro, 2016, p. 272.

²⁷⁵ Sem aqui adentrar no mérito de sua (não) recepção pela Constituição Federal de 1988, uma vez que editada em período de exceção, com claro viés de instrumentalizar juridicamente a perseguição política praticada pelo regime militar.

Por sua vez, ANTONIO CARLOS DA PONTE²⁷⁶ defende uma terceira posição, de caráter eclético. Diz o autor que os crimes podem ser políticos ou comuns. A primeira hipótese seria a dos *"crimes eleitorais puros ou específicos, cujos bens ou interesses são protegidos apenas pela legislação eleitoral, pois atingem não só a imagem, mas, por vezes, a própria existência do Estado Democrático de Direito"*, ao passo que a segunda se daria no caso dos *"crimes eleitorais acidentais, cujos bens ou interesses são protegidos na legislação penal comum e na legislação eleitoral"*, de modo que configurariam crimes comuns "de natureza especial", mas não políticos.

Nesse sentido, o supracitado autor traz exemplo pertinente ao objeto do presente trabalho, relativo ao crime de corrupção eleitoral:

Quem pratica crimes como a corrupção eleitoral, nem sempre está preocupado em atingir a essência do Estado, na maioria das vezes atua buscando a satisfação de um interesse espúrio imediato próprio ou alheio. Todavia, não se pode esquecer que referido comportamento atinge o alicerce democrático e a própria sustentação do Estado. Classificar o apontado delito como comum significa observar apenas uma ponta do *iceberg*, desconsiderando sua parte mais importante.²⁷⁷

A situação hipotética acima citada é trazida pelo jurista para diferenciar o que considera um crime eleitoral essencialmente político de delitos cometidos contra a honra durante o período eleitoral, os quais considera de natureza comum.

Importa também destacar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como ressaltado por SUZANA DE CAMARGO GOMES²⁷⁸, se firmou no sentido de qualificar os delitos eleitorais como "crimes comuns", porém utilizando tal expressão como contraposição aos "crimes de responsabilidade", a fim de definir sua competência para processar e julgar aqueles, quando cometidos por pessoas que têm estabelecido na Suprema Corte o foro, por prerrogativa de função. Não se manifestaram os Ministros do Pretório Excelso quanto à natureza política ou não dos crimes eleitorais.

Essa distinção trazida no presente estudo tem por objetivo não discorrer sobre as consequências de se considerar os crimes eleitorais como políticos (como para relevá-los para fins de reincidência ou de extradição), mas para bem

²⁷⁶ PONTE, Antônio Carlos da. **Crimes eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2016, pp. 55-56.

²⁷⁷ PONTE, Antônio Carlos da. **Crimes** (...), p. 56.

²⁷⁸ GOMES, Suzana de Camargo. **Crimes** (...), p. 44.

compreender sua natureza, a fim de identificar os bens jurídicos que tutelam. Desta feita, em que pese parecer de pouca utilidade prática, o discernimento conceitual que paira sobre os delitos eleitorais possibilita verificar a natureza de seu próprio objeto de proteção.

Na esteira dos ensinamentos trazidos acima, aparenta ser correta a categorização dos crimes eleitorais enquanto crimes políticos. A consecução do processo eleitoral por meio do instituto do sufrágio universal e, como lhe é inerente, do exercício da cidadania pelos membros da sociedade demanda um sistema normativo que possibilite a preservação desses próprios valores no procedimento de composição do poder político.

De certo modo, concorda-se com NELSON HUNGRIA, quando refere que a tutela penal dos crimes eleitorais se dá "*no interesse das instituições representativas*", "*no sentido da regularidade de atuação do Estado segundo o regime democrático indireto*". Faz-se a ressalva, contudo, no que diz respeito à crítica ao "individualismo", que norteia sua ideia de que o exercício do voto seria, antes do que um "direito individual", uma "função orgânica" do próprio Estado.

Não se faz contraposição à ideia de que o exercício do sufrágio configura, em si, também, a própria instituição do poder estatal, mas a base fundamental para o Estado Democrático de Direito contemporâneo – como visto no capítulo anterior –, para o instituto do sufrágio e para a cidadania se construir sobre o ideal do ser humano como indivíduo. Pode-se considerar, assim, que a conduta que atenta contra o processo eleitoral democrático, em maior ou em menor grau, atinge uma função orgânica do Estado, mas, precipuamente, atenta, ao fim e ao cabo, de forma difusa contra os direitos políticos de cada um de seus cidadãos – sobre que se discorrerá melhor adiante.

3.4 OS BENS JURÍDICO-PENAIIS TUTELADOS PELOS CRIMES ELEITORAIS E O DELITO DE CORRUPÇÃO ELEITORAL

Diante das considerações tecidas no tópico anterior, importante é verificar a natureza dos bens jurídicos tutelados pelos crimes eleitorais, antes de se analisar individualmente o a conduta de corrupção eleitoral. Esse procedimento metodológico permitirá averiguar de forma mais precisa o objeto de tutela do tipo penal examinado no presente estudo.

Nesse sentido, segundo SUZANA DE CAMARGO GOMES²⁷⁹, para além da definição formal de delito – uma conduta previamente tipificada na legislação, com cominação de pena privativa de liberdade –, os crimes eleitorais devem ser analisados também sob um enfoque material. Refere a autora:

(...) tomando-se em apreço a acepção do crime sob o ângulo material, é possível vislumbrar o conteúdo axiológico e ontológico existente na tipificação do ilícito penal eleitoral.

Desta forma, considerando que os bens jurídicos tutelados pela lei penal e eleitoral estão consubstanciados, precipuamente, na liberdade do exercício dos direitos políticos, na autenticidade das eleições, o conceito material de crimes eleitorais há de ser haurido em face desses elementos substanciais.

Assim, é dado afirmar que os crimes eleitorais, sob o aspecto *material*, podem ser conceituados como todas aquelas ações ou omissões humanas, sancionadas penalmente, que atentem contra os bens jurídicos expressos no exercício dos direitos políticos e na legitimidade e regularidade dos pleitos eleitorais.²⁸⁰

Nessa senda, uma classificação interessante estabelecida por FÁVILA RIBEIRO²⁸¹ apresenta um norte sobre quais seriam os bens juridicamente tutelados – em completude a esse buscado aspecto material da norma. O referido autor diferencia os crimes eleitorais entre: 1) os lesivos à autenticidade do processo eleitoral; 2) os lesivos ao funcionamento do serviço eleitoral; 3) os lesivos à liberdade eleitoral; e 4) os lesivos aos padrões éticos igualitários nas atividades eleitorais. O supramencionado autor ainda traz outra proposta, em classificar os crimes em torno da proteção de três bens: a liberdade do sufrágio, a legalidade e a transparência no pleito eleitoral²⁸².

²⁷⁹ GOMES, Suzana de Camargo. **Crimes** (...), pp. 26-27.

²⁸⁰ Ibidem, p. 27.

²⁸¹ RIBEIRO, Fávila. **Direito** (...), p. 624.

²⁸² Ibidem, p. 624.

Outra classificação proposta é a de JOEL JOSÉ CÂNDIDO, que visa a “*objetividade jurídica das normas legais*”²⁸³. Esse autor amplia o leque antes delineado por FÁVILA RIBEIRO e categoriza os delitos eleitorais em: 1) contra a organização administrativa da justiça eleitoral; 2) contra os serviços da justiça eleitoral; 3) contra a fé pública eleitoral; 4) contra a propaganda eleitoral; 5) contra o sigilo e o exercício do voto; e 6) contra os partidos políticos²⁸⁴.

Ainda, recorrendo novamente às lições de SUZANA DE CAMARGO GOMES, verifica-se que a autora propõe outra organização categórica dos crimes eleitorais a partir do bem jurídico tutelado. São eles: 1) crimes contra o alistamento eleitoral; 2) crimes contra a atividade partidária; 3) crimes contra a administração da justiça eleitoral; 4) crimes contra a liberdade do eleitor; 5) crimes contra a igualdade do eleitor; e 6) crimes conexos eleitorais²⁸⁵.

Nesse sentido, para ANTÔNIO CARLOS DA PONTE²⁸⁶, o tipo de bem jurídico-penal tutelado pelos crimes eleitorais tipificados no ordenamento jurídico pátrio é constatável a partir do modo como estão dispostos em nossa legislação, “*sem qualquer concepção crítica do modelo de Estado adotado*”. Essa disposição, afirma, conduz à conclusão de que os bens-jurídicos resguardados por esses tipos delitivos são supraindividuais, por transcenderem a esfera subjetiva e atingirem uma coletividade bastante ampla – chegando o autor a se referir a “*toda a sociedade*” –, posto que tenha reflexos individuais.

Quanto ao crime de corrupção eleitoral, mais especificamente, o supracitado autor defende que há um “mandado implícito” de criminalização da conduta de corrupção eleitoral, porquanto ela “*macula, dentre outros, o princípio da moralidade administrativa*”²⁸⁷. A ideia ínsita a esse posicionamento é a de que o postulante a mandato eletivo visa, ao fim e ao cabo, ascender a cargo político, de forma que, acaso eleito, será ele um administrador público.

De tal maneira, preservar a lisura do processo político eleitoral significaria, desde o início, tutelar os valores que constroem o estado ideal de coisas almejado

²⁸³ CÂNDIDO, José Joel. **Direito** (...), p. 254.

²⁸⁴ CÂNDIDO, José Joel. **Direito** (...), pp. 254-255.

²⁸⁵ GOMES, Suzana de Camargo. **Crimes** (...), pp. 57-58.

²⁸⁶ PONTE, Antônio Carlos da. **Crimes** (...), p.56.

²⁸⁷ Ibidem, p. 103.

para a administração pública – enquanto forma de poder de gestão do Estado Democrático de Direito²⁸⁸. É dizer, de outra forma: não é possível considerar proba uma gestão administrativa, se o agente político que é eleito por seus pares para chefiá-la alcança tal posto de forma ímproba.

De outra forma, JOSÉ JAIRO GOMES²⁸⁹ afirma que o objeto de tutela do crime de corrupção eleitoral é *"a liberdade do eleitor de escolher livremente, de acordo com sua consciência e seus próprios critérios e interesses, o destinatário de seu voto"*. Afirma o retromencionado autor que pretende a norma evitar que se estabeleça um *"vínculo psicológico"* entre o candidato e o eleitor, conduzindo este a votar naquele tão somente em razão de uma vantagem auferida²⁹⁰.

Quer dizer: não se admitiria o voto dado tão somente em razão de uma "troca", sem que o eleitor considerasse o papel político-representativo do candidato e as ideias postas em debate para o exercício do poder estatal pelos concorrentes. Por tal razão, SUZANA DE CAMARGO GOMES²⁹¹ refere que o resguardo pretendido é a *"liberdade do sufrágio, a emissão do voto legítimo"*, de modo que esse não esteja *"afetado por qualquer influência menos airosa"*, visto que, como já referido antes, *"o voto não é uma mercadoria exposta à venda ou troca"*.

Ressalta-se que, examinando a doutrina que discorre sobre a matéria em exame, a busca pela identificação do bem jurídico-penal do delito de corrupção eleitoral necessariamente remonta à ideia de GALDINO SIQUEIRA (citada acima), de que tal delito visa proteger a "honestidade" do voto. E isso é compreensível, na medida em que, a despeito das dessemelhanças pontuais, se recorre novamente ao traço comparativo entre aquela conduta típica e os crimes de corrupção ativa e passiva.

Isso porque, remontando à ideia de um "mandado implícito de criminalização" da corrupção eleitoral, não seria concebível, sem admitir uma grande incoerência lógica, um ordenamento jurídico que tipificasse como delito a corrupção praticada pelo funcionário público e pelo particular, mas não o fizesse em relação

²⁸⁸ Nesse aspecto, destaca-se que a expressão "administração pública" aqui empregada compreende, para efeitos didáticos do presente trabalho, todas as atividades administrativas próprias de quaisquer órgãos e poderes do Estado, não se atendo somente ao Executivo.

²⁸⁹ GOMES, José Jairo. **Crimes** (...), p. 53.

²⁹⁰ Ibidem, p. 54.

²⁹¹ GOMES, Suzana de Camargo. **Crimes** (...), p. 196.

àquele ilícito. Se a ação de o agente público, em razão de seu cargo, solicitar ou receber vantagem indevida do particular (ou se este dar ou oferecer a vantagem indevida àquele) é tipificada como delito, sob a justificativa de tutelar penalmente o próprio Estado, não há congruência se não se tipificar igualmente o ato daquele que se candidata a ocupar aquele mesmo cargo, mas que, para atingir seu objetivo, dá ou oferece vantagem ao cidadão que tem o poder de elegê-lo (ou se este solicita ou recebe a vantagem).

Desta forma, voltar a recorrer ao traço comparativo entre os crimes de corrupção eleitoral e corrupção ativa e passiva permite iniciar a compreensão sobre qual o objeto de tutela daquele, a partir da consolidada percepção sobre este. Nesse sentido, para CEZAR ROBERTO BITENCOURT²⁹² o bem jurídico protegido, nos crimes de corrupção ativa e de corrupção passiva, é a Administração Pública, especialmente sua moralidade e probidade administrativa. Protege-se, na verdade, a probidade de função pública, sua respeitabilidade, bem como a integridade de seus funcionários, constituindo a corrupção passiva a venalidade de atos de ofício, num verdadeiro tráfico da função pública.

Entretanto, confrontando em parte a clássica visão, de que os crimes de corrupção visam apenas tutelar bens que indicam que "a administração seria um fim em si", ROBERTO J. DE LA MATA BARRANCO e LEYRE HERNÁNDEZ²⁹³ trazem outra perspectiva. Para os referidos autores, os delitos contra a Administração, enquanto objeto de proteção, não se correspondem nem com o conjunto orgânico, nem com sua dignidade ou prestígio, "*senão com a função pública como atividade da prestação aos administrados*".

E prosseguem os juristas supracitados:

Em tal sentido, o que se trata de tutelar não é um ente abstrato com independência de sua função jurídico-social, senão seu correto funcionamento para que possa servir com eficácia e objetividade aos

²⁹² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**, v. 5: parte especial: dos crimes contra a administração pública, dos crimes praticados por prefeitos – 4ª ed, São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 109-110 e 239-242.

²⁹³ BARRANCO, Roberto J. de la Mata; HERNÁNDEZ, Leyre. A luta contra a corrupção por meio do direito penal. In **Direito penal econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tledemann**, pp. 143-156. São Paulo: LibresArs, 2013, pp. 147-148.

²⁹³ BARRANCO, Roberto J. de la Mata; HERNÁNDEZ, Leyre. A luta contra a corrupção por meio do direito penal. In **Direito penal econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tledemann**, pp. 143-156. São Paulo: LibresArs, 2013, pp. 147-148.

interesses gerais. Não estamos, portanto, somente ante um conceito objetivo e não subjetivo da Administração, senão ante um conceito prestacional que exige delimitar seus fins e concretizar os princípios que informam a adoção de decisões de sua competência, sobre o qual o respeito às previsões constitucionais é inevitável e, por conseguinte, primando segundo o caso, uns ou outros, aos princípios de coordenação, eficácia, imparcialidade, hierarquia, objetividade e, por conseguinte, como conceito envolvente, legalidade.

Orientada a concreção do bem jurídico em direção a uma vertente objetiva na qual se tenha em conta a Administração não em si mesma considerada, senão no que ela representa enquanto ao serviço que deve prestar aos cidadãos, a maioria da doutrina atual opta por considerar bem jurídico protegido dos delitos de corrupção, genericamente, o bom funcionamento da Administração.²⁹⁴

De fato, a observação trazida pelos autores diz respeito aos crimes contra a administração pública em geral, não especificamente aos delitos de corrupção ativa e passiva (espécies daquele gênero). Entretanto, o ensinamento é importante para o presente trabalho: não se vê como adotar uma perspectiva, para identificar o bem jurídico-penal do crime de corrupção eleitoral, que veja o Estado como um "fim em si mesmo" – daí porque a contrariedade à sobreposição do valor da "função orgânica" do exercício do voto ao direito político individual do cidadão, como operado por NELSON HUNGRIA.

Nessa esteira, MARCELO ALMEIDA RUIVO²⁹⁵ traz uma nova proposta para a identificação do bem jurídico tutelado nas múltiplas e variadas formas do fenômeno da corrupção, o que "*impõe certa amplitude capaz de abarcar todas as modalidades*". Para o jurista retromencionado, o crime de corrupção "*protege o ato administrativo realizado dentro dos limites materiais da negociabilidade do serviço público determinados em lei*", o que se traduz na defesa do conteúdo desse ato administrativo, "*a título de expressão do interesse político comunitário dos cidadãos na configuração do Estado e legitimação*".

O que é reprimido pelo instituto penal da corrupção passiva é o abuso das competências ligadas ao cargo por parte do funcionário. Isso porque o titular da função pública representa "*os interesses políticos difusos dos cidadãos na execução da ação administrativa, o que, em nenhuma hipótese, se pode identificar ou substituir ao*

²⁹⁴ BARRANCO, Roberto J. de la Mata; HERNÁNDEZ, Leyre. *A luta (...)*, p. 148.

²⁹⁵ RUIVO, Marcelo Almeida. *O bem jurídico do crime da corrupção passiva no setor público*, p. 275. Disponível em: https://www.academia.edu/33649518/O_BEM_JUR%C3%8DDICO_DO_CRIME_DA_CORRUP%C3%87%C3%83O_PASSIVA_NO_SETOR_P%C3%9ABLICO>. Acesso em: 30 de junho de 2017.

Estado", objetivando o tipo penal a resguardar do perigo de dano os valores nucleares do ato administrativo ²⁹⁶.

Trazendo esse raciocínio para a esfera eleitoral, a criminalização da corrupção praticada no âmbito da compra ou da venda dos votos visa tutelar os valores nucleares ligados ao exercício do direito de sufrágio e da cidadania em si. Vale dizer: é direito de todo e qualquer cidadão participar de eleições conscienciosas, de maneira que o processo democrático se perfectibilize sem a deturpação do exercício da soberania popular desde a eleição de seus representantes.

É, pois, todo e qualquer cidadão o titular do bem jurídico ofendido pela prática da corrupção eleitoral por qualquer candidato ou eleitor, visto o perigo de dano que acarreta a formação do poder político de forma viciada. O ato de votação se constitui num direito político fundamental exatamente porque é o instrumento que compõe e qualifica a própria democracia representativa, não podendo se admitir que seja corrompido por interesses espúrios de quaisquer dos participantes desse processo, quaisquer que sejam.

Nesse sentido, ANTONIO CARLOS DA PONTE²⁹⁷ afirma que, "*quando praticada a corrupção eleitoral, a própria estrutura do Estado – lastreada na probidade e na moralidade administrativas – é abalada ou colocada em risco*", afirmando que, "*por intermédio de um ataque à liberdade de voto, é atingida a própria cidadania*". A bem da verdade, não se compreende que o poder estatal em si seja atacado pela conduta da compra e venda de votos, podendo ele remanescer com sua exata estrutura atual, bastando para tanto observar o histórico da formação do Estado brasileiro; entretanto, não se tira a razão do autor quando se afirma que a cidadania em si é ofendida.

A observar esse proceder construtivo, o assinalamento do titular do bem jurídico ofendido pela corrupção eleitoral é essencial para delinear devidamente qual é este bem. Não raro se afirma genericamente que as vítimas do crime de corrupção eleitoral são "a sociedade"²⁹⁸, "o Estado"²⁹⁹ e, "*em última análise, a própria democracia*"³⁰⁰, o que não é exatamente de todo equivocado, mas que só fará sentido

²⁹⁶ Ibidem, p. 278.

²⁹⁷ PONTE, Antonio Carlos da. **Crimes** (...), p. 104.

²⁹⁸ GOMES, José Jairo. **Crimes** (...), p. 54.

²⁹⁹ PONTE, Antonio Carlos da. **Crimes** (...), p. 122.

³⁰⁰ GOMES, Suzana de Camargo. **Crimes** (...), p. 188.

se se compreender que, naquela conduta delitativa, é o direito ao sufrágio e à cidadania de cada cidadão que compõe e legitima aquelas elementos que é afetado.

Noutras palavras: sociedade, Estado e democracia somente carregarão sentido concreto, preenchido por elementos que permitam vislumbrá-los para além da representação que exercem no ideário político e social, se isso se der a partir da compreensão de que todos os cidadãos têm direito a eleições que prezem pela lisura do processo e pela honestidade dos votos. Honestidade essa que deve prezar para que o exercício do convencimento, praticado por meio de debates, propagandas e promessas de campanha, não extrapole o caráter minimamente impessoal do compromisso assumido ou do pedido feito pelo eleitor.

Com isso, no caso da corrupção eleitoral, é possível questionar qual o bem jurídico-penal, tendo em vista essa aparente dupla dimensão sobre a qual se projeta: um bem individual, se pensado no aspecto de que a negociabilidade espúria sobre o voto afeta a própria liberdade de sufrágio do eleitor e a cidadania exercida pelo candidato, ou um bem supraindividual, quando pensado que não apenas coloca em risco a lisura do pleito, mas macula o próprio procedimento em si.

3.5 OFENSIVIDADE NO CRIME DE CORRUPÇÃO ELEITORAL

Identificado o bem jurídico tutelado pela norma penal, faz-se necessário refletir acerca da pretensão de ofensa que a conduta tipificada apresenta para aquele referido bem. Isso porque não basta, para a relevância de um tipo de ação, sua correspondência descritiva, sendo preciso, ainda, que a ação guarde uma dimensão material e não só conceitual de relevância, a ponto de justificar a intervenção do sistema penal³⁰¹, conforme amplamente discorrido no primeiro capítulo.

Desta feita, no que concerne ao crime tipificado no artigo 299 do Código Eleitoral (corrupção eleitoral), há de se fazer algumas considerações. Inicialmente,

³⁰¹ BUSATO, Paulo César. **Direito** (...), p. 347.

torna-se imprescindível aferir a natureza em que é classificada o delito em comento, para somente depois se averiguar aspectos mais específicos da ofensividade no crime de corrupção eleitoral.

Quanto a esse primeiro momento, não há divergências na doutrina de que o delito analisado se trata de crime formal, uma vez que não depende da ocorrência de um resultado, tanto na sua modalidade ativa quanto passiva³⁰². Nesse ponto, resguarda similitude quanto aos crimes de corrupção ativa e passiva³⁰³. Entretanto, verifica-se que o próprio legislador inclui a elementar típica no delito – *"ainda que a oferta não seja aceita"* –, a fim de deixar extirpadas de dúvidas que se trata de crime formal.

Ainda, cabe ressaltar, como é evidente, que a ofensividade de uma conduta necessita da aferição de todas as elementares típicas no seu aspecto material. O crime é comum, na sua modalidade ativa, podendo qualquer pessoa oferecer ou prometer a vantagem indevida para obter voto, ainda que para outrem, desde que este, obviamente, seja candidato³⁰⁴.

Todavia, no que diz respeito à modalidade passiva, o crime é próprio: somente aquele que de fato é eleitor pode praticá-lo³⁰⁵. Tanto o é que, também no que diz respeito à forma ativa do delito de corrupção eleitoral, a jurisprudência pátria não considera típica, por exemplo, a oferta de vantagem indevida para obter voto daquele que não é eleitor (seja por não ser alistável ou por não estar alistado na circunscrição do pleito), considerando, assim, crime impossível tal hipótese³⁰⁶.

³⁰² Nesse sentido: CORDEIRO, Vinicius; SILVA, Anderson Claudino da. **Crimes eleitorais e seu processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 121; GOMES, José Jairo. **Crimes (...)**, p. 56; GOMES, Suzana de Carmargo. **Crimes (...)**, pp. 202-203; RIBEIRO, Fávila. **Direito (...)**, p. 636; e PONTE, Antonio Carlos da. **Crimes (...)**, pp. 119-122, somente este último divergindo quanto ao "recebimento da vantagem", no que defende se tratar de crime material, admitindo a tentativa nesta hipótese – do que discordamos.

³⁰³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado (...)**, pp. 11 e 232.

³⁰⁴ GOMES, José Jairo. **Crimes (...)**, p. 53.

³⁰⁵ *Ibidem*, p. 54.

³⁰⁶ Nesse sentido: HABEAS CORPUS. CRIME DE CORRUPÇÃO ELEITORAL. ELEIÇÕES DE 2004. PREFEITO. DISTRIBUIÇÃO DE CARTÕES-SAÚDE E ITENS ESCOLARES. AUSÊNCIA. INDIVIDUALIZAÇÃO. ELEITOR. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO. DOLO ESPECÍFICO. INEXISTÊNCIA. JUSTA CAUSA. TRANCAMENTO. AÇÃO PENAL. ORDEM CONCEDIDA.

1. Para a configuração do crime de corrupção eleitoral, além de ser necessária a ocorrência de dolo específico, qual seja, obter ou dar voto, conseguir ou prometer abstenção, é necessário que a conduta seja direcionada a eleitores identificados ou identificáveis e que o corruptor eleitoral passivo seja pessoa apta a votar. Precedentes. 2. Na espécie, os supostos corruptores passivos nem mesmo seriam identificáveis, porquanto a distribuição de itens escolares e cartões-saúde - decorrentes de programas

Essa exigência dialoga com a classificação do delito como doloso: exige-se, para sua configuração, o elemento subjetivo do tipo consistente no dolo de obter ou dar o voto, como também no de conseguir ou prometer a abstenção, em troca de benefício ou utilidade ilícitos³⁰⁷. A finalidade especial deve estar caracterizada, razão pela qual a promessa ou a solicitação da vantagem indevida deve ser concreta, direcionada, individualizada.

Colaciona-se lição de SUZANA DE CAMARGO GOMES³⁰⁸ nesse sentido:

(...) 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 compromisso da entrega da vantagem tendo como contraprestação o voto ou a abstenção.

O caráter negocial é indispensável para a caracterização do delito, ou seja, a vantagem, a promessa, o benefício deve visar à obtenção do voto.

Postas essas considerações, questiona-se se o crime de corrupção eleitoral é de dano ou de perigo. Na esteira do que discorrido anteriormente, verificou-se que a ofensividade é, também, um critério de aferição da lesão ou ameaça de lesão a um determinado bem jurídico, de modo que podem os crimes ser classificados como de dano, de perigo concreto ou de perigo abstrato.

Acerca deste ponto, VINICIUS CORDEIRO e ANDERSON CLAUDINO DA SILVA³⁰⁹ defendem que qualquer forma de corrupção, ativa ou passiva, cria uma "*possibilidade de dano real*", indicando se tratar de um crime de perigo concreto. ANTONIO CARLOS DA PONTE³¹⁰ afere que se tratam de crimes de "*tendência transcendente ou excessiva*", querendo dizer com isso que "*a conduta do agente será dirigida ao alcance de um objeto que vai além do simples resultado*" – que seria, no caso, a quebra da paridade necessário no processo eleitoral.

sociais custeados pela Prefeitura, então chefiada pelo ora impetrante - teria alcançado mais da metade da população, consoante se extrai dos termos da denúncia, o que afasta o dolo específico. 3. Ordem concedida para trancar a ação penal. (Tribunal Superior Eleitoral. **Habeas Corpus nº 693-58.2012.6.00.0000**. Relator: Ministro Dias Toffoli, julgado em 11/06/2013. Disponível em: <<http://inter03.tse.jus.br/sjur-consulta/pages/inteiro-teor-download/decisao.faces?idDecisao=48165&noCache=-767238745>>. Acesso em: 25 de junho de 2016.)

³⁰⁷ CORDEIRO, Vinicius; SILVA, Anderson Claudino da. **Crimes** (...), p. 122.

³⁰⁸ GOMES, Suzana de Camargo. **Crimes** (...), p. 198.

³⁰⁹ CORDEIRO, Vinicius; SILVA, Anderson Claudino da. **Crimes** (...), p. 122.

³¹⁰ PONTE, Antonio Carlos da. **Crimes** (...), pp. 122-123.

Contudo, a precisa observação de FÁVILA RIBEIRO³¹¹ ajuda a nortear essa questão:

A corrupção é uma das formas mais danosas e resistentes, denotando crescente expansão, tomando aspectos cada vez mais engenhosos, prejudicando, em larga escala, a austeridade de um processo eleitoral.

O fato é que toda e qualquer prática de corrupção no processo eleitoral, a fim de captar ou dar o voto – mesmo que não considerada uma efetiva lesão aos bens jurídicos tutelados –, no mínimo coloca em significativo risco o procedimento eleitoral. Desnecessário retornar ao ponto de que a representatividade democrática significa que o processo de eleição dos representantes é não somente forma, mas uma qualificação da própria democracia, de modo que toda e qualquer conduta que vise quebrantar os princípios e valores básicos deste processo, se não o maculam *per se*, criam concreto perigo para tanto.

Contudo, é de se ir além: entendemos que a própria conduta em si lesa o instituto do sufrágio e o procedimento eleitoral. Da mesma forma que uma pequeníssima oferta de vantagem indevida a funcionário público do mais baixo grau hierárquico de um órgão administrativo, praticado em plena clandestinidade, configura o delito de corrupção ativa, pouco importando se a imagem ou a confiabilidade da administração pública sejam abalados e se um ato de ofício deixa de ser praticado.

Quer dizer, apenas se poderia afirmar que não há desvalor do resultado se se pensar sob uma ótica utilitarista, a considerar apenas a lisura do processo eleitoral e a paridade entre os candidatos que lhe é inerente. Todavia, a considerar que a corrupção eleitoral tutela, também, a probidade nas campanhas eleitorais, a fim de garantir a todo e cada cidadão um procedimento realizado de forma alheia a interesses espúrios e imorais, tanto a conduta daquele possa vir ou a ser ou efetivamente seja agente político quanto daquele que promete elegê-lo lesa tal bem jurídico, se o voto é solicitado ou prometido mediante negociata indevida.

Para bem ilustrar: pense-se na seguinte situação hipotética: numa cidade de população mediana, há cerca de cento e cinquenta mil eleitores; na eleição para o cargo de prefeito, um dos candidatos obtém cerca de cem mil votos (muito mais do que a soma obtida no pleito por seus adversários, contabilizando os votos brancos e

³¹¹ RIBEIRO, Fávila. **Direito** (...), pp. 636-637.

nulos e as abstenções); entretanto, foi demonstrado que o prefeito eleito comprou um único voto – o que, evidentemente, acaso não tivesse ocorrido, não teria modificado o resultado do pleito. O desvalor da ação é indiscutível; mas pode-se dizer que não há desvalor do resultado?

Por tudo que já foi afirmado anteriormente, entendemos que não há falar em resultado irrelevante para o direito penal, na espécie. Ora, a tutela penal que recai sobre aquele que pratica o crime de corrupção eleitoral, reitera-se, não diz respeito somente ao resultado do pleito. Quando se fala em sua "lisura" – como quase todos os autores referem, mesmo sem muito discorrer –, objetiva-se proteger todos os cidadãos de que pessoas que praticam atos de corrupção possam se alçar ao cargo de representantes de determinada comunidade política.

Por tal razão, verificamos que o crime de corrupção eleitoral possui natureza complexa, visto que, ao fim e ao cabo, tutela mais de um bem jurídico – tal qual, por exemplo, o delito de roubo, que tem por objeto de defesa o patrimônio e a liberdade, ou o de incêndio, que busca resguardar a vida, a integridade física e o patrimônio. No caso da corrupção eleitoral, identifica-se que os objetos de tutela podem ser classificados em dois bens jurídicos: a lisura do pleito (consistente na proteção do resultado do processo eleitoral, num interesse geral e abstrato sobre um processo probatório de formação do poder político) e o sufrágio (consubstanciada na preservação do instituto em si, da honestidade do voto, da liberdade do exercício de sufrágio, enquanto direito individual do cidadão, seja este eleitor ou candidato).

Dessa forma, a questão que implica certa controvérsia se dá em relação a essa duplicidade. Porque, a se pensar na "lisura do pleito", por seu próprio caráter abstrato, está-se a falar evidentemente de um bem jurídico supraindividual. Por outro lado, considerar o instituto do sufrágio em si implica em relevar uma situação concreta, um direito subjetivo do eleitor, um instrumento próprio da democracia, mas que somente se materializa na ação do indivíduo e, principalmente a se levar em conta a honestidade do voto, caracterizada pela sua inegociabilidade, o que se detecta é um bem jurídico individual.

Nesse aspecto, a ofensividade material no delito da espécie assume particular dupla feição, podendo-se caracterizar o crime de duas formas simultâneas: como de perigo abstrato, enquanto tutela do bem jurídico supraindividual (como já

apontado no primeiro capítulo); ou de crime de dano, a se olhar pelo outro prisma, quando se refere que a prática *per se* já configura lesão ao instituto do sufrágio – e afeta a própria condição de cidadania do indivíduo, cujo elemento de qualificação na democracia representativa se dá pelo próprio sufrágio. Da mesma maneira que um objeto pode ser visto e significado por dois pontos de vista distintos, é como compreendemos essa norma em relação à ofensa a seus objetos de tutela.

A primeira hipótese se configura mediante ofensa ao interesse geral e abstrato no resultado probado das urnas, que as eleições não sejam afetadas por interesses alheios ao processo democrático de composição do poder político, por meio da eleição de representantes. A segunda diz respeito ao instituto do sufrágio em si. Na esteira do que defendido por GALDINO SIQUEIRA, como visto acima, a corrupção retira a honestidade do voto. A doutrina de direito eleitoral citada faz constante referência a tutela do crime de corrupção eleitoral é a liberdade do voto.

De tal forma, o delito em comento tem por objeto de tutela, inevitavelmente, a "lisura" (no sentido de retidão, honradez, boa-fé, correção, seriedade, decência, probidade) do processo eleitoral como um todo. Entretanto, pensamos que isso não se limita a vislumbrar o resultado do processo, impedindo que candidatos que pratiquem a corrupção eleitoral se beneficiem da ilicitude para se alçar ao cargo de poder – o que é apenas uma faceta (modalidade ativa) do delito.

Nessa esteira, pensamos que não apenas há uma ideia de caráter geral e abstrato sob a proteção das condutas incriminadas. A tutela penal do crime de corrupção eleitoral diz respeito à inegociabilidade do voto ou da abstenção. A ofensa, a partir da promessa ou do pedido de vantagem indevida, se concretiza materialmente na ação individual, mesmo que não afete o resultado do pleito.

Daí porque dissemos que protege "o instituto do sufrágio em si": trata-se do direito político por excelência, daquilo que é mais do que um instrumento de participação do cidadão na democracia representativa, mas de uma instituição que ela própria confere ao Estado Democrático esse *status*. E, uma vez que se o corrompe – no ato de votar ou de ser votado –, está-se indo contra os princípios da própria cidadania e da soberania popular.

Cabe registrar que, por fundamentos semelhantes a esse raciocínio, o Tribunal Superior Eleitoral, ao abordar a questão, rejeitou, a exemplo do que ocorre nos crimes de corrupção ativa e passiva, a hipótese de considerar insignificante, para o direito penal, a conduta do crime de corrupção eleitoral. Nesse sentido, colaciona-se excertos do voto da Ministra Cármen Lúcia, relatora do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 10.672/SC, julgado em 25 de novembro de 2010³¹²:

O princípio da insignificância, como bem ponderou o Tribunal Regional Eleitoral, deve ser aplicado nos crimes contra o patrimônio quando o valor do bem jurídico tutelado é ínfimo. Como o bem ora tutelado é o livre exercício do voto, a lisura do processo de obtenção do voto, o referido princípio não pode ser utilizado para excluir a tipicidade da conduta.

Além disso, a jurisprudência exige um grau de reprovabilidade reduzido do comportamento do autor, o que não é o caso dos autos. O crime previsto no artigo 299 do Código Eleitoral atinge um bem jurídico de grande valor e a conduta é veementemente reprovada pelo ordenamento jurídico.

A despeito da colocação citada, importa registrar a discordância quanto à consideração como possivelmente insignificantes somente as condutas atinentes aos delitos patrimoniais. Todavia, o relevante é que o crime de corrupção eleitoral, mesmo que praticado em situações como a hipótese acima destacada, acarretam dano ao bem jurídico penalmente tutelado, pois não é admissível que a postulação a cargos eletivos, para composição do poder político, se dê de forma contrária a todos os princípios norteadores da administração pública e da própria democracia.

Desta forma, o valor (expresso em quantia monetária ou não) da vantagem indevida é indiferente para a aferição da ofensa na conduta típica – nesse sentido, asseveram VINICIUS CORDEIRO e ANDERSON CLAUDINO DA SILVA³¹³ que "*independe, aos olhos da Lei, a valoração do bem ofertado, mesmo que aos olhos de terceiro possa parecer irrisória ou mesmo sem valor*", podendo ser lícito ou não o objeto da oferta ou da solicitação. Da mesma forma, defendemos que igualmente irrelevante é a quantidade de votos que se obtêm ou se dá para restar caracterizada a ofensa aos bens jurídicos tutelados pela norma penal do artigo 299 do Código Eleitoral.

³¹² TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 10.672/SC**. Relatora: Ministra Cármen Lúcia, Diário de Justiça Eletrônico nº 226, de 25 de novembro de 2010, p. 41.

³¹³ CORDEIRO, Vinicius; SILVA, Anderson Claudino da. **Crimes** (...), p. 122.

Assim, a ofensa ao bem jurídico-penal tutelado pelo crime de corrupção eleitoral – a liberdade do exercício do sufrágio e da cidadania, a inegociabilidade do ato de votação, a defesa do instituto qualificador da democracia representativa em si – configura-se em cada ato de compra ou de venda de voto ou de abstenção. Por outro lado, além disso, há considerar também o perigo abstrato de lesão que acarreta a outro objeto de tutela – o resultado garantido mediante a lisura dos procedimentos eletivos dos agentes que irão compor o poder político representativo, o direito de cada um dos cidadãos dessa comunidade a um processo probo, escorreito, transparente, despido de vícios.

Vale destacar, por fim, que a Lei nº 9.840, de 28 de setembro de 1999, introduziu o artigo 41-A a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Lei das Eleições), criando a norma sancionadora denominada "captação ilícita de sufrágio" – cuja redação é bastante semelhante ao crime de corrupção eleitoral³¹⁴⁻³¹⁵. Todavia, defendemos que não se trata de norma apta, apenas pela via própria do contencioso eleitoral, a proteger de forma suficiente os bens jurídicos sobre os quais se discorreu acima, sendo somente a consequência em outra esfera, mediante instituto próprio, das condutas inerentes ao crime de corrupção eleitoral – tal qual é a improbidade administrativa nos crimes praticados contra a administração pública³¹⁶.

Destarte, justifica-se a atuação do sistema repressivo estatal sobre os crimes de corrupção eleitoral, uma vez que os bens jurídicos protegidos pela norma são dignos de tutela penal. A formação do quadro político-social brasileiro, de viés autoritário, estamental e patrimonialista, justifica o juízo de reprovação penal sobre as condutas de compra e venda de votos, mormente numa sociedade que ainda se estabelece institucionalmente sobre uma frágil democracia – a despeito, claro, de não ser a tutela penal a panaceia para problema tão complexo.

³¹⁴ "Artigo 41-A. Ressalvado o disposto no artigo 26 e seus incisos, constitui captação de sufrágio, vedada por esta Lei, o candidato doar, oferecer, prometer, ou entregar, ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto, bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública, desde o registro da candidatura até o dia da eleição, inclusive, sob pena de multa de mil a cinqüenta mil Ufir, e cassação do registro ou do diploma, observado o procedimento previsto no artigo 22 da Lei Complementar no 64, de 18 de maio de 1990. (Incluído pela Lei nº 9.840, de 1999)"

³¹⁵ Não focamos nessa norma, por distar da análise pretendida neste trabalho, que objetiva averiguar o objeto de tutela de um crime que encontra normas penais correspondentes em nosso ordenamento jurídico há quase dois séculos. Entretanto, para melhor exame do ilícito eleitoral destacado, ver: SANSEVERINO, Francisco de Assis. **Compra de votos**: análise à luz dos princípios democráticos. Porto Alegre, Verbo Jurídico, 2007.

³¹⁶ Nesse sentido: SANSEVERINO, Francisco de Assis. **Compra de (...)**, p. 219.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. O presente estudo permitiu averiguar que se reforça a ideia de identificar o objeto de proteção da norma penal, a fim de estabelecer critérios de delimitação do horizonte de projeção do ilícito-típico e, conseqüentemente, da atuação do sistema punitivo. Essa compreensão é importante para o direito penal, tanto a fim de justificar o porquê de a norma penal existir como para compreender a que ela deve servir.
2. Esse critério de delimitação perpassa pela necessidade de secularizar o exercício do poder, estabelecendo que este não atue meramente para a imposição de condutas e de premissas morais, adentrando-se a esfera de autonomia do sujeito e, de certa forma, suprimindo-a, confundindo delito e pecado (como escreveu CESARE BECCARIA).
3. Afinal, o uso da violência estatal que pretende apenas impor ideias, realizar valores morais, não apenas contraria princípios reitores do Estado Democrático de Direito (como a melhoria das relações sociais, a consagração da liberdade, da segurança, da vida). Uma sistemática voltada tão somente para a coerção corretiva, na esteira do alertado por CLAUS ROXIN, tende a consolidar regimes autoritários e autocráticos.
4. Deste modo, a concepção de um bem jurídico, enquanto objeto de proteção da norma penal, tem encontrado forças para se fixar como critério de delimitação e de justificação da atuação do aparato repressivo. É bem jurídico aquele pressuposto fundamental para o desenvolvimento do ser humano, que necessita de proteção para possibilitar que este prospere na vida em sociedade.
5. Entretanto, uma definição vaga de bem jurídico, como alertou ROLAND HEFENDEHL, implica o risco de esvaziar de sentido o próprio conceito, uma vez que possui justamente a função de identificar o objeto de proteção da norma penal e, assim, delimitar sua zona de atuação. Por isso, é imprescindível não incorrer em abstrações indevidas ao se lançar mão do bem jurídico, sendo igualmente importante caracterizá-lo de forma minimamente concreta e inteligível – sob pena de qualquer coisa poder ser alçada à condição de bem jurídico.

6. Essa problemática se torna mais evidente quando se trata de bens jurídicos supraindividuais. Os bens jurídicos individuais, ou pessoais (WINFRIED HASSEMER), não raro são de fácil identificação – como a vida ou o patrimônio –, mas mesmo alguns deles demandam maior abstração para se compreender (como a honra). Entretanto, ao se tratar de bens jurídicos coletivos (JORGE DE FIGUEIREDO DIAS), ou – denominação que preferimos – "supraindividuais", a abstração se torna cada vez mais necessária, em face da dificuldade de se recorrer tão somente a critérios empíricos, materiais.

7. Vale dizer: há bens jurídicos que dizem respeito não somente ao interesse de um indivíduo ou de um grupo delimitado, mas a uma parcela difusa da sociedade, à sua generalidade. Isso porque a complexidade das instituições sociais da atualidade e a sua concepção de Estado não podem prescindir da construção de bens jurídicos que extravasem a esfera subjetiva, adotada inicialmente como critério.

8. Estabelece-se, assim, uma tensão entre a necessidade de abstrair para compreender esses complexos objetos de interesse tutelados com a concepção de bem jurídico enquanto critério de delimitação do direito penal. ROLAND HEFENDEHL, para tornar mais palpável a noção de bem jurídico supraindividual, defende que se deve lançar mão dos princípios da "não exclusão no uso", da "não rivalidade no consumo" e da "não distributividade" do bem jurídico – todos devem poder desfrutá-lo, não podendo ninguém ser excluído de seu uso, sendo que a utilização desse bem por um determinado indivíduo não pode prejudicar nem impedir que outros cidadãos o utilizem, tampouco podendo ele ser dividido em partes, atribuindo uma porção específica a cada indivíduo.

9. A despeito da maleabilidade e de certa vagueza que permeia o conceito de bem jurídico, é possível encontrar sua legitimação como tal a partir da perspectiva da ofensividade. Trata-se de importante "orientação de base onto-antropológica" (FABIO ROBERTO D'AVILA), que traduz uma concepção de ilícito penal estabelecida fundamentadamente na ofensa a interesses objetivos, no desvalor que expressa a lesão ou o perigo de lesão a bens juridicamente protegidos.

10. A noção de ofensa penal é normativa, construída a partir de critérios prévios de valoração, sendo importante para afastar o direito penal de sua base subjetivista, instituindo o crime como mera violação de um dever (algo típico de regimes autoritários), e norteá-lo a partir da perspectiva da "ofensa do fato". Da mesma forma

que o bem jurídico, cumpre a função de delimitar o campo de atuação do sistema punitivo (FERRANDO MANTOVANI).

11. O único modelo de direito penal e de delito, compatíveis com a Constituição, é o compreendido como instrumento de proteção de bens jurídicos, sendo o crime estruturado como ofensa aos bens jurídicos – na forma de lesão, ou ao menos na forma de perigo (GIORGIO MARINUCCI e EMILIO DOLCINI). Para tanto, a ofensividade necessita de um fundamento jurídico positivo, consistente na superação da zona de tensão criada entre a necessidade de intervenção do sistema penal e da restrição que implica ao direito fundamental à liberdade – o que, significa dizer, não pode ser mero critério político criminal de contingência, mas uma exigência lógica da própria existência do ilícito-típico.

12. De tal forma, consubstancia-se a ofensividade como um "imperativo de ordem constitucional", inderrogável, inafastável tanto na criminalização de condutas quanto na aplicação das normas penais nas análises casuísticas (RAQUEL SCALCON). Assim, a ofensividade assume dupla feição, atuando em dois níveis: o primeiro, seria *de jure condendo*, delimitando e informando a criação da lei penal no plano legislativo; o segundo, *de jure conditio*, exigindo uma interpretação da norma em conformidade às exigências do princípio da ofensividade, no plano de aplicação material (FABIO ROBERTO D'AVILA).

13. Colocadas essas questões, impende identificar o método de escolha para identificar os bens jurídicos cuja ofensa demanda a proteção penal. Nesse sentido, a teoria do delito calcada na ofensa a bens jurídicos é necessariamente a delimitação a partir dos indicativos de tutela pela própria carta constitucional (FRANCESCO C. PALAZZO). De tal forma, é na Constituição Federal que se pode encontrar elementos dos quais se pode, em determinados casos, extrair mandados expressos de criminalização de condutas, bem como averiguar se determinados bens orientam e definem a tutela penal, respeitando a ofensividade enquanto critério – ainda que o fato de não serem mencionados os desqualifiquem numa escala valorativa.

14. De tal modo, no caso do crime de corrupção eleitoral, tornou-se imperioso preciso averiguar, antes da análise do próprio tipo, os seus fundamentos materiais e constitucionais. Com isso, para além do texto da carta de 1988, a formação do Estado Democrático de Direito contemporâneo, seus fundamentos e suas finalidades, auxiliou

a compreender o panorama sobre o qual se coloca o próprio direito eleitoral, disciplina jurídica que norteia o delito em discussão.

15. O crime em exame dialoga, inexoravelmente, com o instituto do sufrágio, estabelecido como um direito fundamental e político, em forma direta, secreta, universal e periódica, bem como sendo definido como cláusula pétreia na Constituição Federal de 1988. Contudo, recorrer ao procedimento de formação do poder político tornou necessário remontar o processo que confeccionou a concepção deste poder tal como se estabelece hoje.

16. Falar em "Estado Democrático de Direito" tornou-se lugar comum hodiernamente, uma vez que tudo a ele diz respeito na consagração dos valores definidos como direitos humanos (seja da perspectiva negativa, de se abster na esfera de autonomia cidadão, seja na positiva, de tutelar direitos mediante a prestação de serviços). Em verdade, o Estado é uma espécie, um subgênero, das "sociedades políticas" (JORGE MIRANDA), as quais se apresentam em tal variedade que é cientificamente imprescindível proceder a distinções e classificações.

17. De qualquer forma, pode-se bem compreender o Estado, como uma forma histórica de qualidades que o distinguem de outros poderes e organizações de poder (JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO). É a *"comunidade humana que, dentro de um determinado território, reivindica para si o monopólio da violência legítima"* (MAX WEBER), *"a corporação de um povo assentada num determinado território e dotada de um poder originário de mando"* (GEORG JELLINEK).

18. Contudo, o que interessa para o presente trabalho é a qualificação do Estado como democrático. A organização estatal norteada por esse princípio, conforme se viu, é aquela que obedece à formação do poder na formulação expressa por ABRAHAM LINCOLN ("do povo, pelo povo e para o povo"), que foi consagrada como fundamento em nossa Constituição Federal: "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente".

19. Desta feita, identificou-se o conceito de soberania popular, que guarda profunda relação com a democracia. No que pertinente para o presente estudo, observou-se que o conceito de soberania do povo guarda relação naturalística com o de democracia representativa, uma vez que, ao contrário da antiguidade, a extensa

aglomeração dos "comuns" no processo de urbanização consolidado na modernidade tornou imprescindível a eleição de representantes para o exercício do poder político, uma vez que a tomada direta de decisões se tornou inviável, pela numerosidade.

20. A "democracia parlamentar" (HANS Kelsen) consagrou o processo dinâmico que realiza uma comunhão de valores sociais atingidos através de consensos mínimos ou coexistenciais pelo povo, o que é congratulado através da representação no parlamento. Com isso, verificou-se que dois conceitos se tornam o núcleo essencial dessa formação do poder: povo e voto. E o direito ao voto é o que confere, a partir da noção importante da participação de cada indivíduo no seio comunitário, a qualificação deste (enquanto elemento imprescindível da democracia): a cidadania.

21. Por primeiro, conforme se averiguou, "povo", num aspecto sociológico, pode ser compreendido enquanto a totalidade de indivíduos que se sente ligada por um sentimento de afinidade nacional, que, por seu turno, está fundada numa pluralidade de fatores (REINHOLD ZIPPELIUS). Num aspecto político, "povo" pode ser definido como a composição dos sujeitos do soberano e destinatários da soberania (JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO).

22. Entretanto, num aspecto jurídico, mais relevante para este estudo, entende-se por "povo" os membros do Estado, os destinatários da ordem jurídica estatal, os sujeitos e os súditos do poder (JORGE MIRANDA), sendo a relação destes indivíduos qualificada mediante uma prova de identidade entre eles e o Estado (PAULO BONAVIDES).

23. Essa prova de qualificação é a cidadania, que se apresenta como *status* e, simultaneamente, como objeto de um direito fundamental das pessoas. Diferentemente da nacionalidade, que é um atributo que pode ser conferido tanto a um indivíduo quanto a uma coletividade de pessoas ou a coisas, a cidadania somente pode ser atribuída às pessoas singulares, porquanto se lhes reconhece a capacidade de participar do processo democrático em tal condição.

24. Assim, o que se verifica é que o conceito de cidadania está intrinsecamente ligado à condição de cidadão-indivíduo, de maneira que o individualismo aporta na política moderna como um elemento estruturante da democracia contemporânea.

Trata-se de um processo que perpassa a "dessacralização da política" (JOHN GREVILLE AGARD POCOCK), em que o Estado deixa de ser o departamento de polícia da Igreja.

25. Para LOUIS DUMONT, a origem do individualismo encontra-se no próprio desenvolvimento do pensamento cristão, no que tange à justificação naturalística do direito (direito natural), em contraposição ao direito positivo; ao passo que na antiguidade o ser humano era visto como um "ser social", a ser guiado pela concepção da natureza enquanto ordem – de modo que a ordem social deveria estar em conformidade com a ordem da natureza –, na modernidade, aquela concepção é afastada, de modo que "não se trata de seres sociais", mas de indivíduos, de "homens que se bastam a si mesmos". Nessa mudança paradigmática, o social dá lugar ao jurídico, o político e o econômico, ao passo que introduz o pensamento de uma comunidade calcada no aspecto igualitário entre seus membros, porque o individualismo subentende, ao mesmo tempo, igualdade e liberdade.

26. Essa noção é importante, a partir do momento em que se reconhece o poder político do indivíduo e qualidade de este ver em seu representante não o seu senhor, mas um semelhante não-hierárquico, ao qual foi outorgado o mandato do exercício do poder político de forma livre e consciente pelo outorgante. Nada mais resta senão uma coleção de indivíduos, e a construção de um poder acima deles só pode ser justificada supondo-se o consentimento comum dos membros da associação.

27. De tal maneira, o exercício desse poder político precisa ser justificado e legitimado pelos pares do mandatário. Não se trata de compreender o poder a partir da natureza que o constitui (*Como e por que o poder assim o é?*), mas do fato de determinada comunidade assimilar e acatar o seu exercício nos moldes em que estabelecidos (*Por que se aceita o poder como ele é?*).

28. E, conforme discorrido ao longo do presente estudo, o processo de legitimação e justificação do poder perpassa não somente pelo seu exercício, mas essencialmente pelo seu processo de constituição. É exatamente este que qualificará um sistema de poder como uma democracia, e a formação da vontade política direta do povo, no modelo da democracia representativa, passa por um procedimento eleitoral que assegure a participação efetiva dos membros dessa comunidade (ROBERT DAHL), o que somente pode ser atingido por meio de um processo que

contemple oportunidades iguais de voto, sendo que todos os votos devem ser contados como iguais – consagrando-se o princípio de *one man, one vote* (um homem, um voto).

29. Nessa linha, KONRAD HESSE estabelece como pressupostos fundamentais de eleições democráticas cinco princípios, que elucidam a compreensão da íntima ligação entre o processo eleitoral e a democracia. Para serem qualificadas como democráticas, as eleições necessariamente devem ser (I) gerais, (II) diretas, (III) livres, (IV) iguais e (V) secretas.

30. Daí nasce o direito político ao sufrágio enquanto direito fundamental, pois sem ele o próprio processo de formação política do Estado não é democrático. Os direitos políticos são, pois, a instrumentalização da participação dos cidadãos no processo democrático de composição do poder estatal. São as técnicas destinadas a efetivar a designação dos representantes do povo nos órgãos governamentais no regime representativo (JOSÉ AFONSO DA SILVA).

31. O contexto da formação político-social brasileira traz uma realidade em que o norte utópico dos valores democráticos acima delineados foram bastante distorcidos. Trata-se de sociedade que se estabeleceu sob os alicerces do estamentismo e do patrimonialismo, que contribuíram para a formação e a manutenção de uma patronato político (RAYMUNDO FAORO). Mesmo o estabelecimento de eleições sempre perpassou uma dificuldade em definir, de forma ampla e efetiva, a qualificação dos cidadãos, sendo históricas as práticas já no período republicano como o "voto de cabresto".

32. Conforme se permitiu averiguar, ainda no tempo das Ordenações Manuelinas, no Brasil colonial do Século XVII, relatava-se episódios de práticas de suborno e coerção nas eleições para juízes e procuradores das colônias, havendo a imposição de penas corporais para tais práticas. Quer dizer: antes mesmo de se conceber o sufrágio como um direito universal, do advento dos ideais iluministas que forjaram a democracia moderna, da formação de um estado independente, já se procurava proteger a lisura do processo eleitoral e preservar a honestidade do voto.

33. Concluiu-se que todo esse panorama político-social contribui para que os direitos políticos fossem objeto de abordagem desde a primeira carta constitucional,

de 1824, até a Constituição Cidadã, de 1988. Mas, não somente isso, também se identificou que o processo de criminalização de condutas com o fito de tutelar os direitos políticos acompanhou toda a legislação penal do Brasil, desde que se tornou um Estado independente.

34. No Código Criminal do Império de 1830, o crime de corrupção eleitoral tipificado na legislação vigente hoje já encontrava delito correspondente, no título denominado "Dos crimes contra o livre gozo, e exercício dos Direitos Políticos dos Cidadãos". O uso de promessas e recompensas para dar ou obter o voto é prática penal reprovada desde os primórdios do Estado brasileiro.

35. De tal forma, constatou-se que a redação desse delito sofreu alterações, até chegar no seu estágio atual, conforme tipificado no artigo 299 do Código Eleitoral (Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965): "*Dar, oferecer, prometer, solicitar ou receber, para si ou para outrem, dinheiro, dádiva, ou qualquer outra vantagem, para obter ou dar voto e para conseguir ou prometer abstenção, ainda que a oferta não seja aceita: Pena - reclusão até quatro anos e pagamento de cinco a quinze dias-multa*".

36. O crime em exame, como verificado, guarda semelhanças com os delitos de corrupção ativa e passiva. Suas naturezas distintas – crime eleitoral, enquanto espécie de crime político, e crimes contra a administração pública – dizem respeito, na verdade, a duas faces distintas do poder político: aquele na sua constituição; estes, no seu exercício. Ainda que tal comparativo não seja fundamental para o objeto do presente estudo, ele é um importante auxiliar para a compreensão do crime de corrupção eleitoral.

37. Os bens jurídicos tutelados pelo crime de corrupção eleitoral foram identificados pela doutrina como a "liberdade do sufrágio, a emissão do voto legítimo" (SUZANA DE CAMARGO GOMES), "a liberdade do eleitor de escolher livremente, de acordo com sua consciência e seus próprios critérios e interesses, o destinatário de seu voto" (JOSÉ JAIRO GOMES). Da mesma forma, podemos concluir que ele objetiva tutelar, também, a lisura do pleito – o resultado do pleito não maculado por práticas de atos de corrupção.

38. Trata-se de delito que remonta às questões dogmáticas trazidas nos primeiros capítulos. Num primeiro momento, o que se averiguou foi que a doutrina não

raro incorre em abstrações imprecisas para definir o bem jurídico penalmente tutelado por essa norma, dificultando uma precisa identificação deste, enquanto critério de delimitação – e de compreensão da própria norma. Entretanto, é passível de se aferir que não carece de razão a compreensão ampla do delito em tela.

39. Nesse sentido, verificamos que o crime de corrupção eleitoral possui natureza complexa, visto que tutela mais de um bem jurídico, que podem ser definidos em dois: a lisura do pleito (consistente na proteção do resultado do processo eleitoral, num interesse geral e abstrato sobre um processo probó de formação do poder político) e o sufrágio (consubstanciada na preservação do instituto em si, da honestidade do voto, da liberdade do exercício de sufrágio, enquanto direito individual do cidadão, seja este eleitor ou candidato).

40. Em nossa compreensão, auxiliada pela contribuição da obra de MARCELO RUIVO sobre o crime de corrupção passiva, o que constitui esse segundo bem jurídico é a inegociabilidade do sufrágio, pautada pela compreensão de que a promessa ou a solicitação da vantagem retiram a *honestidade* do voto, na esteira do defendido por GALDINO SIQUEIRA. O que não se confunde, obviamente, com as práticas da persuasão e de cobrança típicas da campanha eleitoral (a despeito de se ter ciência da estreita linha que separa tais condutas).

41. De toda forma, essa percepção implica a reflexão de que a ofensividade se projeta em dois aspectos distintos, a considerar cada um desses bens. A se pensar na "lisura do pleito", está-se a falar evidentemente de um bem jurídico supraindividual; a considerar o sufrágio, enquanto a liberdade de seu exercício, trata-se de direito individual por excelência, pela própria natureza do instituto e por sua condição na democracia.

42. Nesse aspecto, a ofensividade material no delito da espécie assume particular dupla feição, podendo-se caracterizar o crime de duas formas simultâneas: de perigo abstrato, enquanto tutela do bem jurídico supraindividual; ou de dano, a se olhar pelo prisma do bem jurídico individual. Em qualquer situação, a prática *per se* configura ofensa ao instituto do sufrágio – naquela, coloca em risco a lisura, o resultado probó, a ascensão ao poder político de forma escorregia; nesta, afeta a própria condição de cidadania do indivíduo, cujo elemento de qualificação na democracia representativa se dá pelo próprio sufrágio, inegociável por natureza.

43. O delito de corrupção eleitoral tem por objeto de tutela, inevitavelmente, a "lisura" (no sentido de retidão, honradez, boa-fé, correção, seriedade, decência, probidade) do processo eleitoral como um todo. Entretanto, pensamos que isso não se limita a vislumbrar o resultado do processo, impedindo que candidatos que pratiquem a corrupção eleitoral se beneficiem da ilicitude para se alçar ao cargo de poder – o que é apenas uma faceta (modalidade ativa) do delito.

44. Afinal, como referido, a tutela penal do crime de corrupção eleitoral diz respeito à inegociabilidade do voto ou da abstenção. A ofensa, a partir da promessa ou do pedido de vantagem indevida, se concretiza materialmente na ação individual, mesmo que não afete o resultado do pleito – daí também porque não há falar em resultado insignificante.

45. O sufrágio, enquanto direito político extremamente fundamental, não é ato negociável – quer dizer, fora dos limites estabelecidos pela própria liberdade de persuasão política. Sua condição de bem jurídico, por si só ou pelo processo eleitoral que constitui, encontra respaldo nos valores constitucionais consagrados, enquanto alicerce da democracia.

46. Não se compreende, por fim, que há um mandado implícito de criminalização da conduta. Todavia, trata-se de bem jurídico digno de tutela penal, cuja ofensa compromete o interesse valorado pelo legislador constitucional e por toda a sociedade, de maneira que a ofensividade, enquanto critério de criminalização e de baliza da incidência do aparato repressivo, se encontra observada no caso da corrupção eleitoral.

47. Todavia, cumpre sempre ressaltar, o Direito Penal jamais é a solução efetiva para os problemas mais complexos da sociedade. A despeito de tal observação fugir do âmbito da análise dogmática estabelecida na presente dissertação, cabe o registro: a sociedade brasileira precisa de profundas reformas culturais e na estrutura jurídico-estatal, acaso pretenda que a formação do poder político atenda a seus anseios democráticos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMELUNG, Knut. O conceito de bem jurídico na teoria jurídico-penal da proteção de bens jurídicos *in* ***O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?***, Trad. Luis Greco, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BARRANCO, Roberto J. de la Mata; HERNÁNDEZ, Leyre. A luta contra a corrupção por meio do direito penal. *In* ***Direito penal econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedemann***, pp. 143-156. São Paulo: LibresArs, 2013.

BAUMER, Franklin Le Van. **O pensamento europeu moderno. Volume I Séculos XVII e XVIII**. Edições 70: Lisboa, 1977.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BERCOVICI, Gilberto. O Impasse da Democracia Representativa. *In*: ***Direito Constitucional Contemporâneo***. ROCHA, Fernando Ximenes; MORAES, Filomeno; (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**, v. 5: parte especial: dos crimes contra a administração pública, dos crimes praticados por prefeitos – 4ª ed, São Paulo: Saraiva, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade**: para uma teoria geral da política. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2013.

CAJADO, Ane Ferrari Ramos; DORNELLES, Thiago; PEREIRA, Amanda Camylla. **Eleições no Brasil**: uma história de 500 anos. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 2014.

CAMPANTE, Rubens Goyatá. **O patrimonialismo em Faoro e Weber e a sociologia brasileira**. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582003000100005>. Acesso em: 16 de julho de 2014.

CÂNDIDO, Joel José. **Direito eleitoral brasileiro** – 16ª ed. São Paulo: Edipro, 2016.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CORDEIRO, Vinicius; SILVA, Anderson Claudino da. **Crimes eleitorais e seu processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

COSTA ANDRADE, Manuel da. A “dignidade penal” e a “carência de tutela penal” como referência de uma doutrina teleológico-racional do crime. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 2, Fasc. 2, abril/jun. 1992.

COSTA ANDRADE, Manuel da. **Consentimento e Acordo em Direito Penal**. Coimbra: Coimbra, 1991.

D'AVILA, Fabio Roberto. Aproximações à Teoria da Exclusiva Proteção de Bens Jurídicos no Direito Penal Contemporâneo *in Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. 1. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2009.

D'AVILA, Fabio Roberto. Direito Penal e Direito Administrativo. Elementos para uma distinção qualitativa in ***Ofensividade em Direito Penal: Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos***. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

D'AVILA, Fabio Roberto. Teoria do crime e ofensividade. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico in ***Ofensividade em Direito Penal: Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos***. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DA COSTA, Elcias Ferreira. **Compêndio de Direito Eleitoral**. São Paulo: Sugestões Literárias S/A, 1978.

DAHL, Robert. **Sobre a democracia**. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios: contributo para compreensão de crime como ofensa a bens jurídicos**. Coimbra: Coimbra, 2005.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais de direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e Escolha de Bens Jurídicos. ***Revista Portuguesa de Ciência Criminal***, Ano 4, Fasc. 2, abril/jun. 1994.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral – 5ª ed.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DUMONT, Louis. **O individualismo: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna**. Rio de Janeiro: Rocco, 2000.

EMPÉDOCLES DE AGRIGENTO in BORNHEIM, Gerd Alberto (Organizador). **Os filósofos pré-socráticos**. São Paulo: Cultrix, 1993.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro – 3ª ed.** Rio de Janeiro: Globo, 2001.

FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

FIANDACA, Giovani; MUSCO, Enzo. **Diritto penale: parte generale**. 6ª Ed. Bologna: Zanichelli Editore, 2010.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal: Parte Geral (Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FLEISCHER, David. **Political corruption in Brazil: The delicate connection with campaign finance**. In *Crime, Law & Social Change* n. 25. Dordrecht: Kluwers Academic Publishers, 1997.

GAMBERINI, Alessandro. Il reato come offesa ad un bene giuridico e l'anticipazione della punibilità *in* **Introduzione al sistema penale**, vol. II. CURI, Francesca (org.). Torino: G. Giappichelli, 2001.

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

GOMES, Suzana de Camargo. **Crimes eleitorais – 4ª ed.** São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010.

GRECO, Luís. **Introdução à dogmática funcionalista do delito**. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/56829036/ARTIGO-LUIS-GRECO>>. Acesso em 10 de novembro de 2014.

GRECO, Luis. **Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GUEDES, Néviton. **Dos direitos políticos** *in* CANOTILHO, José Joaquim Gomes... [et. al]. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

HASSEMER, Winfried. Linhas Gerais de uma Teoria Pessoal do Bem Jurídico *in O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?*, Trad. Luis Greco, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

HEFENDEHL, Roland. ¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros?: bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. *Revista electrónica de ciencia Penal y Criminología*. 04-14 (2002).

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**, 26ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

HUNGRIA, Néelson. Crimes eleitorais. *In Revista Eleitoral da Guanabara*, Rio de Janeiro: Centro de Estudos Políticos, 1968.

JOBIM, Nelson; PORTO, Walter Costa (org.). **Legislação eleitoral no Brasil: do século XVI a nossos dias**, v. 1. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Biblioteca, 1996.

KELSEN, Hans. **A Democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Jans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

LAURI, Giuseppe. **I reati elettorali**: con particolari riferimento alla riforma dell'articolo 416-ter c.p. Disponível em: <<http://benvenutiinitalia.it/wp-content/uploads/2014/05/LAURI-Tesina-2014.pdf>>. Acesso em: 02 de agosto de 2014.

LISZT, Franz Von. **Tratado de direito penal alemão**. Trad.: Lehrbuch des deutschen stranfrechts. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial : Superior Tribunal de Justiça, 2006.

MANES, Vittorio. **Il Principio di Offensività nel Diritto Penale**: Canone di Política Criminale, Criterio Ermeneutico, Parametro de Ragionevolezza. Torino: G. Giappichelli, 2005.

MANTOVANI, Ferrando. **Principi di diritto penale**. Padova: Cedam, 2002.

MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. **Corso di diritto penale**, vol 1 – Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità; Il reato: nozione, struttura e sistemática. Milano: Giuffrè, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional** – 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Eleições e contencioso eleitoral** (Conferência). II Assembleia das Jurisdições Constitucionais dos Estados de Língua Portuguesa, 2012, Maputo, Moçambique. Disponível em: <<http://cjcplp.org/wp-content/uploads/2015/09/a2-jorgemiranda.pdf>>. Acesso em: 12 de dezembro de 2016.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MORIN, Edgar; LE MOIGNE, Jean Louis. **A inteligência da complexidade**. São Paulo: Petrópolis, 2000.

NEISSER, Fernando Gaspar. **Crimes eleitorais e controle material da propaganda eleitoral**: necessidade e utilidade da criminalização da mentira na política. 2014. 277 f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

PALAZZO, Francesco C. Meriti i limite dell'offensività. *In: Prospettive del còdice penale i valori constizionale*. Milano: Giuffrè, 1997.

PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

POCOCK, John Greville Agard; MICELI, Sergio (org.). **Linguagens do ideário político**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2003.

PONTE, Antônio Carlos da. **Crimes eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2016.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**, v. 3: parte especial, arts. 250 a 395-H. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

RAMAYANA, Marcos. **Direito eleitoral** – 8ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

RIBEIRO, Fávila. **Direito eleitoral**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Org. e trad.: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José, 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General (Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito)**. 2ª. ed. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. **La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

RUIVO, Marcelo Almeida. **O bem jurídico do crime da corrupção passiva no setor público**, p. 275. Disponível em: <https://www.academia.edu/33649518/O_BEM_JUR%C3%8DDICO_DO_CRIME_D_A_CORRUP%C3%87%C3%83O_PASSIVA_NO_SETOR_P%C3%9ABLICO>.

Acesso em: 30 de junho de 2017.

SANSEVERINO, Francisco de Assis. **Compra de votos: análise à luz dos princípios democráticos**. Porto Alegre, Verbo Jurídico, 2007.

SCALCON, Raquel Lima. **Ilícito e pena: modelos opostos de fundamentação do direito penal contemporâneo**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2013.

SCHÜNEMANN, Bernd. **¡El derecho penal es la ultima ratio para la protección de bienes jurídicos!** – Sobre lós limites inviolables del derecho penal em um Estado liberal de derecho. Bogotá: Digiprint Editores EU, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo** – 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SIQUEIRA, Galdino. **Direito penal brasileiro**: (segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência), v. 2. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

STRATENWERTH, Günter. Sobre o conceito de “bem jurídico” *in* **O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?**, Trad. Luis Greco, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TOURINHO, Luciano de Oliveira Souza; SOTERO, Ana Paula da Silva; LIMA, Mariana Gomes; e NONATO, João Leles. **Politização da criminalidade e vulnerabilidade social**: Entre os paradigmas da justiça criminal e da seletividade penal *in* *Sistema Penal & Violência (Revista Eletrônica do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS)*, v. 8, n. 2, pp. 152-167. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2016.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 10.672/SC**. Relatora: Ministra Cármen Lúcia, Diário de Justiça Eletrônico nº 226, de 25 de novembro de 2010, p. 41.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Habeas Corpus nº 693-58.2012.6.00.0000**. Relator: Ministro Dias Toffoli, julgado em 11/06/2013. Disponível em: <<http://inter03.tse.jus.br/sjur-consulta/pages/inteiro-teor-download/decisao.faces?idDecisao=48165&noCache=-767238745>>. Acesso em: 25 de junho de 2016

VON HIRSCH, Andrew. El concepto de bien jurídico y el “principio del daño” *in* **La teoría del bien jurídico**. HEFENDEHL, Roland. (Org.). Madri: Marcial Pons, 2007.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do estado** – 3ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.



Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
Pró-Reitoria Acadêmica
Av. Ipiranga, 6681 - Prédio 1 - 3º. andar
Porto Alegre - RS - Brasil
Fone: (51) 3320-3500 - Fax: (51) 3339-1564
E-mail: proacad@pucrs.br
Site: www.pucrs.br/proacad