

FERNANDO GASPAR NEISSER

Crimes eleitorais e controle material da propaganda eleitoral:
necessidade e utilidade da criminalização da mentira na política

Dissertação de mestrado

Orientador: Professor Associado Alamiro Velludo Salvador Netto

FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

São Paulo

2014

FERNANDO GASPAR NEISSER

Crimes eleitorais e controle material da propaganda eleitoral:
necessidade e utilidade da criminalização da mentira na política

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de mestre no Programa de Pós-Graduação, na área de concentração de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, sob a orientação do Professor Associado Alamiro Velludo Salvador Netto.

São Paulo

2014

“Sou um cético, um descrente da pena no Brasil e alhures, como suficiente fator impeditivo ou educacional, principalmente quando atrás do crime está a ambição econômica ou política. (...) quanto mais profuso ou detalhado for o elenco dos crimes eleitorais, mais numerosos serão os meios e modos do câmbio negro da política partidária para iludir os dispositivos penais e dar a aparência de genuinidade a eleições fraudulentas”.

HUNGRIA, Nelson.

RESUMO

A dissertação propõe um questionamento quanto à legitimidade da criminalização da propaganda eleitoral falsa. Para tanto, analisa o papel das eleições na Democracia e o papel da Justiça Eleitoral, no Brasil, como instituição incumbida de sua organização, realização e regulação. Em seguida, identifica a propaganda política como meio de que se valem as campanhas eleitorais para o convencimento dos eleitores, estudando sua evolução histórica até o desenvolvimento do *marketing* eleitoral, suas características e os limites, formais e materiais, que lhe são impostos normativamente no Brasil. A partir destes elementos, a pesquisa foca-se no crime de divulgação de fatos inverídicos na propaganda eleitoral, previsto no artigo 323 do Código Eleitoral. São averiguadas a legitimidade e necessidade da criminalização, perquirindo quanto ao bem jurídico tutelado e ao risco no qual este é colocado pela conduta proibida, especialmente quanto ao efeito que a propaganda eleitoral falsa tem na formação do voto do eleitor. Por fim, sob o enfoque da política criminal, são questionadas a viabilidade do controle de conteúdo da propaganda eleitoral, conduzido pela Justiça Eleitoral, e sua oportunidade, à luz das consequências que traz à sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Crimes Eleitorais. Propaganda Eleitoral. *Marketing* Eleitoral. Propaganda Negativa. Propaganda Falsa. Legitimidade. Necessidade. Política Criminal.

ABSTRACT

The dissertation proposes a questioning of the legitimacy of criminalizing false electoral propaganda. It analyzes the role of elections in democracy and of the Electoral Justice in Brazil, as an institution responsible for its organization, development and regulation. Then identifies political propaganda as a means of which election campaigns use to convince voters, studying its historical evolution up to the development of the electoral marketing; its characteristics and limits, formal and material that are normatively imposed in Brazil. From these elements, the research focuses on the crime of disseminating untrue facts on electoral propaganda under article 323 of the Electoral Code. The legitimacy and necessity of criminalization are investigated, inquiring as to the protected legal interest and the risk in which it is placed by the prohibited conduct, especially as to the effect that false electoral propaganda has on the formation of the voter's choice. Finally, with a focus on criminal policy are questioned the feasibility of the content control conducted by the Electoral Justice, and its opportunity, in light of the consequences it brings to society.

KEYWORDS: Election Crimes. Electoral Propaganda. Electoral Marketing. Negative Propaganda. False Advertising. Legitimacy. Necessity. Criminal Policy.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	8
	PRIMEIRA PARTE: DEMOCRACIA E CONTROLE POSITIVO DA PROPAGANDA ELEITORAL	18
1	DEMOCRACIA, ELEIÇÃO E JUSTIÇA ELEITORAL	18
1.1	CONCEITO DE DEMOCRACIA	18
1.2	DEMOCRACIA E ELEIÇÕES	22
1.3	ELEIÇÕES E JUSTIÇA ELEITORAL	29
2	CAMPANHA ELEITORAL, PROPAGANDA POLÍTICA E ORDENAMENTO JURÍDICO	39
2.1	A CAMPANHA ELEITORAL	39
2.2	OS PARTIDOS POLÍTICOS E A ORGANIZAÇÃO DAS CAMPANHAS ELEITORAIS	42
2.2.1	As Pesquisas e as Campanhas Eleitorais	47
2.3	A PROPAGANDA POLÍTICA E A PROPAGANDA ELEITORAL	52
2.4	ANÁLISE HISTÓRICA DA PROPAGANDA POLÍTICA	55
2.5	A PROPAGANDA ELEITORAL NEGATIVA	65
2.5.1	A Propaganda Eleitoral Falsa como Modalidade de Propaganda Negativa	71
2.6	A REGULAMENTAÇÃO DA PROPAGANDA ELEITORAL NO BRASIL	76
2.6.1	O Controle Formal da Propaganda Eleitoral	77
2.6.2	O Controle Material da Propaganda Eleitoral	82

	SEGUNDA PARTE: ANÁLISE CRÍTICA DA CRIMINALIZAÇÃO DO CONTEÚDO DA PROPAGANDA ELEITORAL	87
3	LEGITIMIDADE E NECESSIDADE DE CRIMINALIZAÇÃO DA MENTIRA NA PROPAGANDA ELEITORAL	91
3.1	BEM JURÍDICO COMO CRITÉRIO DE LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DE CONDUTAS	91
3.2	PRINCÍPIOS E CONCEITO DE BEM JURÍDICO PENAL	100
3.3	BENS JURÍDICOS INDIVIDUAIS E SUPRAINDIVIDUAIS	107
3.3.1	Antecipação da Tutela Pena e os Crimes de Perigo	111
3.4	IDENTIFICAÇÃO DO BEM JURÍDICO TUTELADO PELO CRIME DO ARTIGO 323 DO CÓDIGO ELEITORAL	115
3.4.1	Proteção ao Direito Supraindividual a Uma Campanha Eleitoral Limpa e Honesta	125
3.4.2	Proteção a Direito Individual à Livre Formação da Convicção Política do Eleitor	134
3.5	FRAGMENTARIDADE COMO CRITÉRIO DE VERIFICAÇÃO DA NECESSIDADE DE CRIMINALIZAÇÃO	138
3.6	LESIVIDADE COMO CRITÉRIO DE VERIFICAÇÃO DA NECESSIDADE DE CRIMINALIZAÇÃO	149
3.6.1	O Artigo 323 do Código Eleitoral como Crime de Perigo Concreto	155
3.6.2	Análise dos Efeitos da Propaganda Eleitoral na Formação da Vontade: a Capacidade de Influenciar o Eleitor	160

3.6.3	Os Efeitos <i>Underdog</i> e <i>Bandwagon</i>: o Bumerangue que se Volta contra quem Ataca	179
3.7	SUBSIDIARIEDADE E POSSIBILIDADE DE OUTRAS SOLUÇÕES NÃO PENAS	188
4	VIABILIDADE E OPORTUNIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DA MENTIRA NA PROPAGANDA ELEITORAL	200
4.1	VIABILIDADE DO CONTROLE PROPOSTO PELO ARTIGO 323 DO CÓDIGO ELEITORAL: PERSPECTIVA PRAGMÁTICA E COMPROMETIMENTO COM A REALIDADE	200
4.2	O DESAFIO DA AFERIÇÃO DA VERDADE PELO DIREITO PENAL	204
4.2.1	Verdade e Veracidade	208
4.2.2	Fatos e Opiniões	217
4.2.3	O Desafio da Aferição do Elemento Subjetivo do Tipo: Fatos Sabidamente Inverídicos	225
4.3	OPORTUNIDADE DO CONTROLE PROPOSTO PELO ARTIGO 323 DO CÓDIGO ELEITORAL: CUSTOS DA CRIMINALIZAÇÃO	231
4.3.1	A limitação da Informação Veiculada ao Eleitor: Receio de Atração do Controle Judicial Penal e Autocensura	233
4.3.2	A Função Comunicativa das Decisões Judiciais: a Retirada de Responsabilidade do Cidadão Eleitor e a Porosidade do Controle Judicial	237
	CONCLUSÕES	243
	REFERÊNCIAS	253

INTRODUÇÃO

O cerne da presente dissertação é a análise dos crimes eleitorais que propõem o controle do conteúdo da propaganda eleitoral, insertos na Lei Federal nº 4.737/1965 (Código Eleitoral) e na Lei Federal nº 9.504/1997 (Lei das Eleições). Isto sob a óptica de sua pertinência dentro do sistema criminal, seja com relação à necessidade de tipificação das condutas ali contidas, seja quanto à sua eficácia na proteção dos bens jurídicos tutelados.

A liberdade do exercício do direito de sufrágio e a legitimidade do pleito são, resumidamente, os valores escudados pela legislação. A amplitude destes conceitos e a diversidade de condutas abarcadas no ordenamento justificam a escolha de apenas uma parcela dos tipos penais para empreender a pesquisa. Neste quadro, de especial relevo para o trabalho, serão os crimes eleitorais concernentes à propaganda eleitoral, cuja tutela se dirige à proteção da veracidade e autenticidade das informações transmitidas aos eleitores, permitindo a formação da vontade concernente ao voto de forma serena, desimpedida e sem a contaminação por dados falseados.

A pesquisa centrará seu escopo, assim, em expor as características dos crimes de divulgação de fatos inverídicos na propaganda eleitoral (artigo 323 do Código Eleitoral); calúnia, injúria e difamação na propaganda eleitoral (artigos 324, 325 e 326 do Código Eleitoral); inutilização, alteração ou perturbação de propaganda eleitoral lícita (artigo 331 do Código Eleitoral); impedimento do exercício de propaganda eleitoral (artigo 332 do Código Eleitoral); utilização de símbolos, frases ou imagens de entes públicos na propaganda eleitoral (artigo 40 da Lei nº 9.504/1997); pesquisa fraudulenta (artigo 33, § 4º, da Lei nº 9.504/1997).

Apreciados os tipos penais do subconjunto indicado, a dissertação buscará averiguar a oportunidade de manutenção da criminalização destas condutas, tendo por objeto precípua de análise o crime descrito no artigo 323 do Código Eleitoral, relativo à divulgação de fatos falsos na propaganda eleitoral, sob a óptica da dogmática penal; como norte, terá os princípios da fragmentaridade e da intervenção mínima, bem como a utilidade da criminalização quanto às funções e fins pretendidos pelo legislador. O fato de que a norma jurídica seja vigente, válida e vinculante não pode representar um ponto-final

à investigação do cientista do Direito. Como postula Kindhäuser, tratando da formulação da lei, a Democracia “[...] não pode proporcionar acordos que obriguem definitivamente [...]”, pelo que “[...] a integração social por meio do acordo democrático é um processo aberto de formação de opinião [...]”, já que “[...] a racionalidade da norma é provisória e basicamente falível [...]”, já que falhas, “[...] nós devemos nos esforçar para demonstrar sua falsidade, quer dizer, buscar casos nos quais a norma não seja justa com os interesses dos possíveis afetados ou das vítimas”. Ainda que a princípio esta tarefa caiba ao Parlamento, é “[...] também uma tarefa da ciência do Direito”¹.

Ademais, será objeto de estudo tangencial a regulamentação não penal, denominada cível no âmbito do Direito Eleitoral, concernente ao controle do conteúdo das propagandas eleitorais. Nesse sentido, será ponderado se os mecanismos não criminais mostram-se suficientes para o controle das condutas tidas por lesivas aos bens jurídicos que se pretende tutelar.

Essencial compreender que o Direito Eleitoral é o ramo do Direito que disciplina o processo de substituição periódica dos mandatários que exercem em nome do povo o Poder Político. Com fundamento eminentemente constitucional, deduzido já desde o artigo 1º, parágrafo único da Constituição Federal², a escolha de cidadãos para o exercício de mandatos políticos temporários pelos seus pares é conceito fundante da própria ideia de Democracia e, em nosso tempo, do que se denominou Estado Democrático de Direito.

Na doutrina jurídica há uma clara cisão entre o estudo da aquisição do poder e de seu exercício. Enquanto este último é tratado cientificamente por diversos ramos do Direito, como o Direito Administrativo e o Direito Parlamentar, a primeira recebe análise doutrinária com o Direito Eleitoral.

Primeira questão que decorre da necessidade de organizar eleições periódicas para determinados cargos eletivos é a atribuição desta tarefa a algum órgão ou Poder, este último entendido na acepção que lhe dá a Constituição Federal em seu artigo 2º (Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário). O tema não é pacífico na doutrina internacional, tendo recebido soluções diversas de acordo com as contingências próprias de cada Estado.

¹ KINDHÄUSER, Urs. **Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa**. Tradução do alemão para o espanhol de Claudia López Díaz. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996, pp. 48-49. Tradução livre.

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

No Brasil, a matéria foi objeto de tratamento com o primeiro Código Eleitoral, o Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932, que, no bojo do processo revolucionário que culminou com a ascensão de Getúlio Vargas à Presidência da República, criou a Justiça Eleitoral (artigo 5º) e atribuiu-lhe, dentre outras, as tarefas de normatizar as eleições (artigo 14, § 4), preparar os processos eleitorais (artigo 31, § 2), dirigir e fiscalizar os serviços de identificação de eleitores nos cartórios eleitorais (artigo 31, § 4) e apurar os votos, proclamando os candidatos eleitos (artigo 23, § 11).

A criativa solução de delegar estas funções a um órgão especializado dentro do Poder Judiciário deveu-se à sua pulverização por todo o território nacional, facilitando o controle das eleições, bem como à relativa confiança que a população tinha na imparcialidade do Poder Judiciário, mormente em comparação com os demais poderes da República.

A desabonadora experiência eleitoral vista no período compreendido entre a proclamação da República e a Revolução de 1930, alcunhada historicamente de República Café com Leite, apontava para a necessidade de um choque de moralidade na condução dos pleitos, inclusive para legitimá-los frente a um eleitorado justificadamente pouco confiante com a regularidade dos processos eleitorais³.

Apesar das claras vantagens na criação da Justiça Eleitoral e sua escolha para a condução do processo de troca de mandatários, a breve análise das tarefas a ela atribuídas

³ Carlos Alberto Ungaretti Dias narra o discurso de Sylvio Portugal, presidente do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, em 8 de abril de 1935, na instalação da Assembleia Constituinte do Estado de São Paulo. Na ocasião, defendendo a transferência ao Poder Judiciário das competências relativas à organização e realização das eleições, além do julgamento de sua legitimidade, afirmou o desembargador que “[...] é jurisdicional julgar os elementos que constituem a legalidade da eleição: elegibilidade do candidato, maioria de votos, sucessão das operações eleitorais na conformidade da lei, ausência de vícios que corrompam a sinceridade do comício”. Segundo o autor, ainda, “[...] considerou ainda que os juízes são os mais aptos a agir imparcialmente no julgamento das eleições, dadas as garantias constitucionais que os defendem. Descartou completamente confiar tal encargo ao Executivo, devido às circunstâncias que enquadram sua atividade. Por sua vez, ‘o Legislativo nem sempre dispõe de tranquilidade necessária para apreciar, com critério jurídico, eleição que não raro ocorre em atmosfera de lutas e vibrações de toda a espécie. As paixões desenvolvidas nas campanhas eleitorais tolhem ao Parlamento a noção do justo, os conluios de grupos, correntes ou partidos, espírito de facção, concessões recíprocas, conchavos secretos transformaram muitas vezes a verificação de poderes pelo Legislativo em cenas que seriam burlescas, se não fossem deploráveis’.” A observação mostra-se empiricamente embasada, afinal, “[...] a ‘verificação dos poderes’ foi transformada na etapa final de aniquilação das oposições. Na eleição de 1902, dos 205 deputados que formavam o plenário da Câmara, 74 ocuparam vagas decorrentes de degolas. Em todos os pleitos seguintes, dezenas de candidatos, respaldados pelos eleitores, tiveram sua vitória frustrada na Comissão de Verificação. Em 1914, a prática foi radicalizada: foram afastados 91 parlamentares. O sistema oligárquico não permitia nem mesmo a participação de aristocratas dissidentes”: DIAS, Carlos Alberto Ungaretti. *A verificação dos poderes e a justiça eleitoral*. In: BAUAB, José D’Amico (Org.). **Paulistânia eleitoral**: ensaios, memórias, imagens. São Paulo: Tribunal Regional Eleitoral, 2011, pp. 82-84.

mostra um descompasso com as tradicionais funções delegadas ao Poder Judiciário. Normatizar eleições, preparar processos eleitorais, dirigir e fiscalizar os cartórios eleitorais, empreender o alistamento dos eleitores, apurar votos e proclamar os eleitos são todas ações muito mais afinadas com aquilo que usualmente compete ao Poder Executivo. Os próprios verbos utilizados distam daqueles concernentes em geral ao Poder Judiciário, usualmente cingidos a julgar, analisar ou dirimir conflitos.

A divisão de funções entre os Poderes da República jamais é absoluta ou estanque. O Poder Executivo detém parcela de tarefas vinculadas à edição de normas gerais, mediante medidas provisórias ou da regulamentação por decretos; o Poder Legislativo cumpre papéis aproximados aos de julgamento, tanto nas infrações político-administrativas (como as previstas no Decreto-Lei nº 201/67) quanto nas Comissões Parlamentares de Inquérito; o Poder Judiciário, assim como o Legislativo, resguarda para si as funções executivas atinentes aos seus próprios servidores, patrimônio, orçamento e gestão.

Ainda que seja assim, a atribuição à Justiça Eleitoral de toda uma cadeia de responsabilidades⁴ sobre tema tão sensível impôs um desafio de significativa monta. Decorre da mera análise do comportamento humano em geral a convicção de que em todas as fases desta cadeia haverá tentativas de burla, de falseio e de alteração dos procedimentos previstos para que se atinjam finalidades extrajurídicas.

Se a Democracia sobrevive hoje como a forma mais benéfica e coerente de organização do Estado e de seus cidadãos, tal constatação não decorre da ausência de fragilidades em sua estrutura. O ponto mais sensível do sistema é o momento em que aquele que exerce o Poder Político deve ceder espaço ao próximo que lhe sucederá⁵. A natureza humana, pelo que se percebe ao longo de séculos de estudo da história, parece aferrar-se com rara aderência ao exercício do poder. Nem mesmo a outorga hereditária do poder, empreendida por muito mais tempo que a eleição democrática, evitou que

⁴ Assim trata-se a matéria em virtude do encadeamento lógico verificado na inscrição dos partidos políticos e a tutela de seu funcionamento; no alistamento dos eleitores e no controle de sua eventual filiação partidária; no registro de candidatos, controle dos atos de propaganda eleitoral e fiscalização de sua prestação de contas; na organização e realização do pleito propriamente dito, com o chamamento compulsório de cidadãos em auxílio, para, finalmente, chegar à apuração dos votos, proclamação dos resultados e diplomação dos eleitos.

⁵ Importa consignar que a preocupação com a legitimidade dos processos de transmissão do poder pela via eleitoral é anterior à própria democracia. René González de la Vega suscita o tema ao recordar que “[...] proviene nuestro tema de antiguo. Los romanos expidieron su Lex Julia de ambitu, para reprimir el empleo de medios ilícitos en la obtención de funciones públicas. Los griegos, antes, impusieron la pena de muerte, al ciudadano que votaba dos veces; también se castigó así, a quien vendía o compraba el voto”. GONZÁLEZ DE LA VEGA, René. **Derecho penal electoral**. 3ª ed. Cidade do México: Editorial Porrúa, 1994, p. 231.

assassinatos e golpes fratricidas buscassem contaminar a forma prescrita de transmissão do poder.

Assim, a Justiça Eleitoral teve de se fortalecer com uma ampla capacidade de sancionamento de condutas, já que responsável por essencial tarefa de ordem constitucional, estrutural do próprio Estado Democrático de Direito, sabidamente alvo de inúmeros ataques no sentido de burlar alguma ou todas as fases do processo eleitoral.

O controle de condutas e o sancionamento daquelas contrárias à previsão legal ou regulamentar é, assim, elemento essencial à própria atuação da Justiça Eleitoral. Não é possível conceber o exercício de suas tarefas sem que às condutas contrárias ao seu funcionamento se estabeleça um apenamento. Assentadas estas primeiras premissas, adentra-se no campo propriamente daquilo que a presente dissertação aborda.

As ações e omissões contrárias ao regular funcionamento do processo eleitoral são tratadas na legislação por meios diversos. Na qualidade de executora de uma tarefa, a Justiça Eleitoral dota-se da capacidade administrativa de executar suas próprias decisões (autoexecutoriedade), bem como de apenar administrativamente aqueles que atuam na contramão da previsão normativa.

Há, aqui, clara semelhança com a atuação do Poder Executivo, como no controle do tráfego de veículos, por exemplo. A possibilidade de fixação de normas técnicas regulamentares ao Código de Trânsito Brasileiro por um órgão administrativo (Contran), sua aplicação pelos órgãos locais (Detrans) e o apenamento administrativo à violação, com as multas aplicadas por agentes de fiscalização pulverizados pelo território nacional, dão a medida desta linha de sancionamento.

Na Justiça Eleitoral, é exemplo desta forma de controle de condutas o regramento atinente à concessão de direito de resposta, previsto nos artigos 57-D, 58 e 58-A da Lei nº 9.504/1997. Ainda que processados por meio de regramento legal previsto no artigo 96 da mesma lei, os pedidos de direito de resposta cuidam claramente de procedimento administrativo, com sancionamento interno ao sistema e, de igual modo, próprio dos órgãos administrativos, executores de políticas públicas ou funções de Estado⁶.

⁶ Conforme leciona Vidal Serrano Nunes Júnior, “[...] o direito de resposta guarda íntima relação com o direito de crítica, pois, embora não componha exatamente o seu arcabouço de sustentação jurídica, o certo é que, em dadas circunstâncias, a resposta serve como veículo de crítica jornalística, ou, mais precisamente, de

Além dos procedimentos administrativos internos ao sistema eleitoral, do que são exemplos a análise anual das contas partidárias e as sanções de restrição de acesso ao fundo partidário, também conta a Justiça Eleitoral com competências jurisdicionais cíveis, onde há aplicação de sanções da mesma natureza.

Neste campo, podem-se inserir as multas aplicadas à captação ilícita de sufrágio, prevista no artigo 41-A da Lei das Eleições, e às denominadas condutas vedadas aos agentes públicos em campanha eleitoral, dispostas nos artigos 73 a 78 da mesma norma. Aqui não se fala mais em atuação meramente administrativa. Há lide, partes, contraditório, ampla defesa e acesso a vias recursais, mas as normas proibitivas são consideradas cíveis, porquanto falta rigor técnico ao tratamento do tema na jurisprudência.

O conflito surge, entretanto, quando passa a ser necessário compatibilizar as atuações administrativa e jurisdicional cível da Justiça Eleitoral, outorgada excepcionalmente por previsão legal, com suas funções eminentemente jurisdicionais penais, que não são abandonadas em virtude da assunção de novas responsabilidades.

Ao mesmo tempo em que o legislador circunscreve condutas, tratando-as como ilícitos administrativos, tipifica outras, ou as mesmas, como crimes eleitorais. Nesta seara, o Direito Penal aplica-se com toda sua gama de princípios e valores, restringindo a pretensão sancionatória do Estado ao cumprimento das etapas previstas na teoria do delito.

Para que haja a imputação a alguém da conduta prevista no tipo do artigo 323 do Código Eleitoral⁷, relativo à divulgação na propaganda eleitoral de fato sabidamente inverídico, por exemplo, forçoso que se verifique a adequação dos fatos ao tipo legal, bem como que sejam ultrapassadas as fases de análise da antijuridicidade e da culpabilidade, a fim de se concluir pela condenação do autor.

Tal manifestação no mundo dos fatos – divulgação de fato sabidamente inverídico – também será coibida no exercício da função administrativa da Justiça Eleitoral pelo mesmo

uma espécie de contracrítica. O direito de resposta oferece oportunidade para o estabelecimento de uma relação contraditória entre o crítico e o criticado, que, na resposta, pode não só retificar um erro de informação, mas também contraditar a crítica que lhe foi dirigida, esclarecendo seu posicionamento e o enquadramento pretendido pelo seu trabalho”. NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística**. São Paulo: FTD, 1997, pp. 78-79.

⁷ Código Eleitoral, art. 323. “Divulgar, na propaganda, fatos que sabe inverídicos em relação a partidos ou candidatos e capazes de exercerem influência perante o eleitorado: Pena – detenção de dois meses a um ano, ou pagamento de 120 a 150 dias-multa. Parágrafo único. A pena é agravada se o crime é cometido pela imprensa, rádio ou televisão.”

Juízo Eleitoral que, porventura, apreciará o processo crime. Ao fazer uso do Poder de Polícia atribuído pela lei⁸, conceito eminentemente afeto aos órgãos do Poder Executivo, determinará o Juiz Eleitoral a imediata cessação da publicidade tida por ilícita.

Dado que entre o Direito Penal e o Direito Administrativo os planos de responsabilização e persecução são diversos, por vezes se verificará em concreto a punição cível por uma conduta, com a simultânea absolvição penal. Do mesmo modo diferem as finalidades pretendidas pelos subsistemas. Enquanto o Penal pode buscar as prevenções gerais e especiais, por meio da aplicação da pena, o Administrativo, em geral, cingir-se-á a evitar a continuidade da conduta lesiva e, por vezes, cumulará este desvalor com a aplicação de sanção pecuniária ou até com a cassação do registro de candidatura, a teor de uma regulação tradicional.

Assim sendo, vê-se que a sobreposição instâncias repressoras no seio do ordenamento eleitoral é, *per se*, fonte de problemas que merecem maior tratamento científico.

A esta constatação deve-se somar, ainda, a multiplicidade de tipos penais previstos na legislação eleitoral e, para o que importa nesta pesquisa, no subsistema dos crimes atinentes à propaganda eleitoral e ao controle de seu conteúdo. Muitos destes tipos são mera repetição de crimes comuns, previstos no Código Eleitoral, aos quais se acresce a finalidade específica eleitoral⁹; outros tratam de uma extensão sancionatória de condutas já reprimidas pela via administrativa ou cível da própria Justiça Eleitoral, ocasião em que o Direito Penal se vê instrumentalizado como reforço à atividade executiva do Estado, do que se tem como exemplo os crimes ligados às pesquisas eleitorais, dispostos nos artigos 33 e 34 da Lei das Eleições.

Neste cenário é que cabe perquirir da justificativa para manutenção destas condutas como criminosas. As perguntas que inspiram a dissertação referem-se às finalidades que o Estado deve ter em mente quando empresta o simbolismo do Direito Penal a condutas que,

⁸ Lei das Eleições, art. 41. “A propaganda exercida nos termos da legislação eleitoral não poderá ser objeto de multa nem cerceada sob alegação do exercício do poder de polícia ou de violação de postura municipal, casos em que se deve proceder na forma prevista no art. 40. § 1º O poder de polícia sobre a propaganda eleitoral será exercido pelos juízes eleitorais e pelos juízes designados pelos Tribunais Regionais Eleitorais. § 2º O poder de polícia se restringe às providências necessárias para inibir práticas ilegais, vedada a censura prévia sobre o teor dos programas a serem exibidos na televisão, no rádio ou na internet.”

⁹ Como são exemplos os crimes de calúnia, difamação e injúria na propaganda eleitoral, previstos nos artigos 324, 325 e 326, respectivamente.

eventualmente, poderiam ser tão bem coibidas por outras vias menos gravosas. Mais do que isso, pretende-se investigar se até para que se atinja a proteção dos bens jurídicos supostamente tutelados, a via do Direito Administrativo e das sanções cíveis não se mostra mais apta, seja por sua celeridade, seja pela simplicidade de sua aplicação, seja, ainda, pela facilidade de imputação do fato ao autor, em vista da possibilidade de responsabilização com menor grau de análise dos elementos subjetivos.

Se os desafios sucintamente expostos já demonstram o interesse científico em aprofundar a análise do tema, sua oportunidade atualmente também é patente. Em julho de 2010, o Senado Federal instituiu comissão de juristas com a finalidade de elaboração de um anteprojeto de Código Eleitoral, sistematizando suas regras com aquelas dispostas hoje na Lei das Eleições. A comissão, presidida pelo ministro Dias Toffoli¹⁰, do Supremo Tribunal Federal, conta com ex-ministros do Tribunal Superior Eleitoral, juristas e advogados militantes da área, além de magistrados da Justiça Eleitoral. Até agora, o trabalho da comissão não foi concluído, sendo certo que se encontra aberto o campo para o debate de política criminal ínsito a esta fase pré-legislativa.

Num momento de revisão da legislação eleitoral, com vistas à sua racionalização e sistematização, sem dúvida é oportuna a meditação sobre a necessidade de permanência de todos os tipos penais incriminadores hoje vigentes.

Sabe-se que a descriminalização de condutas encontra, via de regra, resistências junto à opinião pública, especialmente quando desacompanhada de um discurso legitimador que a insira em um processo mais amplo de organização racional, do qual ela será apenas uma parte das providências.

Assim, com as atividades da comissão especial de juristas em andamento, é de se supor que, a partir de então, o Congresso Nacional possa se debruçar sobre o tema, trazendo, com isso, a sociedade civil a refletir sobre a melhor forma de realizar a árdua tarefa de transferir o poder entre mandatários de modo pacífico, organizado, propiciando ao corpo eleitoral as mais amplas e corretas informações para a tomada de decisão.

¹⁰ O presidente da comissão, ministro Dias Toffoli, resumiu que “Nosso trabalho será o de buscar a reorganização, a racionalização do sistema legal existente, porque temos um Código Eleitoral que data de 1965, com várias leis ordinárias, complementares, consultas, um emaranhado que precisa ser sistematizado e adaptado aos tempos atuais. É importante que o Parlamento instale uma comissão destinada a sistematizar, organizar e dar racionalidade ao sistema”. Entrevista acessada no endereço: <<http://www.conjur.com.br/2010-jul-07/comissao-codigo-eleitoral-consolidar-legislacao-vigente> em 14/07/2012>.

À academia caberá criar e debater argumentos que permitam aos legisladores a elaboração de uma norma jurídica que seja ao mesmo tempo justa e suficiente, bem como sistemática e tecnicamente correta. Como modesta contribuição e com esta finalidade em vista é que se julga oportuna a elaboração da dissertação aqui apresentada.

As mazelas da vida política nacional, da corrupção às promessas descumpridas conduzem a opinião pública a defender reiteradas reformas legais, expandindo o escopo da ação punitiva do Estado. Assim foi com a minirreforma eleitoral de 2006, no esteio da acusação de compra de apoio parlamentar pelo governo Lula, quando a Lei nº 11.300 extinguiu eventos artísticos, distribuição de brindes, *outdoors*, incrementando ainda penas. Mesmo fenômeno repetiu-se com a Lei nº 12.034, em 2009, e, mais recentemente, com a alcunhada Lei Ficha Limpa, a Lei Complementar nº 135/2010. Na mesma linha foi a reforma empreendida pela Justiça Eleitoral, instituindo a fidelidade partidária, sob pena de perda de mandato, aos parlamentares. Em todos estes episódios, percebe-se clara a intenção de reduzir questões políticas ao âmbito jurídico, pretendendo reformar o agir político pelo Direito.

Em interessante obra¹¹, Lorraine Minnite escreve sobre o que chama “mito da fraude eleitoral”. O autor sustenta, com base em dados empíricos, não haver fraude eleitoral¹² significativa nos Estados Unidos, a ponto de alterar o resultado eleitoral. Mesmo assim, constata que a sociedade americana vive sob o pânico das fraudes eleitorais, suscitando em toda eleição tal “fantasma”. Em resposta, legislações mais e mais rigorosas são aprovadas, combatendo um mal menor do que o imaginado. Há um paralelo com o tema aqui vertido. Ainda que se admita a gravidade dos episódios de corrupção, sendo imprescindível seu combate, é de se questionar se, por meio do Direito, em especial do Direito Penal Eleitoral, será possível remediar tal situação. Em seu ensaio sobre as virtudes da mentira, o historiador norte-americano Martin Jay traça um perfil sombrio para quem

¹¹ MINNITE, Lorraine C. **The myth of voter fraud**. Ithaca: Cornell University Press, 2010. Em sentido contrário, em reconhecida obra que analisa a histórica norte-americana sob o escopo da fraude eleitoral: CAMPBELL, Tracy. **Deliver the vote: A history of election fraud, an american political tradition – 1742-2004**. Nova Iorque: Carroll & Graff Publishers, 2006.

¹² O conceito de fraude no Direito Eleitoral norte-americano é restrito. Ele envolve: a tentativa de registro eleitoral em nome de outrem ou por uma segunda vez, o voto por outra pessoa ou a tentativa de um segundo voto e as alterações diretas no resultado das urnas, como a troca de cédulas ou a alteração de sistemas e dados computacionais.

vislumbrar a possibilidade de separar a mentira e a ação política. Ao analisar a história da política, questiona se não seria até indesejável tal meta¹³.

Por fim, considera-se importante o tratamento científico do tema em face da quase ausência de estudos em âmbito nacional que tenham investigado a matéria. Nas pesquisas preliminares empreendidas, deparou-se com diversos comentários aos tipos penais eleitorais, bem como com análises focadas no processamento das ações penais. Com relação à oportunidade de manutenção das condutas atualmente criminalizadas, não se vislumbrou qualquer análise mais detida.

¹³ A interessante obra analisa os argumentos expendidos ao longo da história por filósofos e pensadores que se esforçaram em tratar a mentira no campo da política. Após reconhecer que a maior parte das opiniões analisadas sofreu influência da posição ocupada na sociedade, e na política, por quem a emitiu, o autor conclui que, por vezes, a mendacidade na política é não apenas tolerável, mas necessária. Ele sustenta também que um irreduzível apego à busca pela verdade absoluta costuma desembocar em governos autoritários. Diz, assim, que “[...] for ironically, truth-telling can under certain circumstances be a weapon of the powerful, while lying is a tactic of the weak. And the politician who doggedly follows his moral convictions, embracing what Weber famously called a *Gesinnungsethik* (ethic of ultimate ends), may ultimately do more harm than one who practices a *Verantwortungsethik* (ethic of responsibility). Convictions, after all, is an ambivalent virtue when compromise and flexibility may better serve the common good. For it may be fueled more by the desire – dare we call it self-serving? – to save one’s soul than to save the world. This is not a brief for cynicism or immorality nor a justification of winning ‘by any means necessary’, let alone an exhortation to give up entirely the desire to know what is the truth (at least to the extent politics include that quest). It is just a sober recognition that politics, however we choose to define its essence and limit its contours, will never be an entirely fib-free zone of authenticity, sincerity, integrity, and righteousness. And maybe, I hope it will be clear by now, that’s ultimately a good thing too [...]” JAY, Martin. **The virtues of mendacity**: on lying in politics. Charlottesville: University of Virginia Press, 2010, p. 180.

PRIMEIRA PARTE: DEMOCRACIA E CONTROLE POSITIVO DA PROPAGANDA ELEITORAL

CAPÍTULO 1 DEMOCRACIA, ELEIÇÃO E JUSTIÇA ELEITORAL

1.1 CONCEITO DE DEMOCRACIA

Iniciar um trabalho que tem por pano de fundo a Democracia, aludindo à sua etimologia ou resgatando a experiência das cidades-estados helênicas, constitui lugar-comum, que pouco acrescenta ao que se pretende debater, seja pela palavra deitar suas raízes em uma sociedade completamente diversa da nossa – na qual governo (*kratos*) e povo (*demos*) eram conceitos que pouco tangenciavam os atuais sentidos destes termos¹⁴ –, seja pelas notáveis diferenças prática e teórica entre o que então se denominava democracia e aquilo a que hoje se atribui tal nome¹⁵.

Assim sendo, melhor proveito pode-se ter com a tentativa de definir a atual Democracia, este incompleto resultado de um processo que extrai suas iniciais características do republicanismo e humanismo renascentistas, apenas inspirados em uma antiguidade clássica que dificilmente existiu como se a imaginava naquele momento¹⁶.

Se o Homem era a medida de todas as coisas, retomando Protágoras de Abdera, como fez o Renascimento, e único fim digno da ação humana, naturalmente era necessário encontrar nova justificativa para o exercício do poder temporal. Ao ser afastado o caráter estritamente divino que impunha a obediência e organizava os estratos da sociedade

¹⁴ Neste sentido é o alerta de Giovanni Sartori, quando afirma que a palavra grega *demos* assumia, à época, quatro sentidos diversos, a saber: *plethos*, ou o corpo de cidadãos em sua integralidade; *hoi polloi*, ou “muitos”, sem precisa definição de qual número mínimo representaria este conceito; *hoi pleiones*, ou “a maioria”, ideia fundamental para a democracia; *ochlos*, ou “a multidão”, um agrupamento ocasional de pessoas, sem estruturação orgânica: SARTORI, Giovanni. **La democracia en 30 lecciones**. Tradução de Alejandro Pradera. Buenos Aires: Alfaguara, p. 16.

¹⁵ Na mesma linha diz-se que “[...] a Democracia tem se convertido, ao longo dos séculos, em sonho querido buscado pelas gerações e se traduz num caminho em busca de justiça, da igualdade e da liberdade. Perdeu com isso, o sentido antigo que como a classificavam os filósofos gregos. Seu conceito volatiliza-se em meio a referências outras que os antigos desconheciam, para nós tão indissociáveis de bem-estar, do poder de promover escolhas individuais e coletivas”. FRAZ, Luís Otávio Queiroz. A eleição, ato de Democracia. Relatório de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas, apresentado ao Seminário de Direito Constitucional sob regência do professor Jorge Miranda, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 26/09/2008, p. 8.

¹⁶ Para uma evolução histórica da democracia: DAHL, Robert. **Sobre a democracia**. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: UNB, 2001, pp. 17-42.

medieval, apenas o próprio homem e sua vontade detinham legitimidade para ocupar aquele espaço simbólico.

Tal constatação não leva diretamente à moderna Democracia, dado que “o Homem” e “todos os homens” são ideias bastante diversas. Em outras palavras, a mudança de foco do divino para o secular, operada inicialmente nas repúblicas da Península Itálica entre os séculos XV e XVI, apenas abriu as portas para que a justificação do exercício do poder ganhasse novos contornos. Assim é que as repúblicas de então teriam, aos olhos de hoje, caráter essencialmente aristocrático, na medida em que os agentes condutores dos negócios públicos eram, no mais das vezes, os membros de suas elites culturais, econômicas e religiosas.

Nada obstante esta confirmação, o reconhecimento de que cabia aos homens atribuir legitimidade para que outros governassem foi um importante passo no processo que encontraria, com o Iluminismo do século XVIII, seu próximo degrau: a igualdade formal.

Aquilo que Robert Dahl qualifica como ideia tida por subversiva em grande parte da história¹⁷, a igualdade política formal nasce da constatação da impossibilidade de atribuir, eticamente, uma diferença essencial entre os seres humanos, principalmente no tocante à capacidade de decidir acerca do seu próprio governo. O racionalismo que impulsionara o pensamento de Locke, Kant, Bacon e Montesquieu, dentre outros, impedia que a filosofia justificasse a discrepância apenas pelo nascimento ou vinculação à Igreja.

Se a igualdade política parece ser inatingível na prática – sendo a primeira de muitas razões a natural discrepância na vontade de cada um em participar da coisa pública –, sua afirmação como norte teórico, por sobre o qual se erigiu o conceito da moderna Democracia, é inegável. Mas apenas a igualdade não teria o condão de alterar de forma tão radical o modo de organização da vida política. Os membros das ordens monásticas medievais eram formalmente iguais entre si, assim como eram, em regra, os servos vistos em conjunto. O Iluminismo erige como segunda ideia-chave a liberdade, entendida em suas vertentes negativa e positiva.

¹⁷ “Through much of recorded history, an assertion that adult human beings are entitled to be treated as political equals would have been widely viewed by many as self-evident nonsense, and by rulers as a dangerous and subversive claim that they must suppress”. DAHL, Robert. **On political equality**. New Haven: Yale University Press, 2006, p. 1.

No espectro negativo, a liberdade impõe ao exercício do poder limitações. Cria para os homens o espaço do privado, imune à atuação do Estado e dele protegido. Como liberdade positiva, por outro lado, imbrica-se com a noção de igualdade, justificando a participação política. Servos podem ser iguais, mas apenas cidadãos detêm a liberdade positiva para agir na esfera pública¹⁸.

E é no cotejo das noções de igualdade política e liberdade positiva que foram construídas as instituições que paulatinamente receberam o adjetivo “democráticas”¹⁹. A mais simbólica delas, sem dúvida, é a escolha dos mandatários por meio do voto livre e igual em eleições periódicas. A eleição permite que todos participem efetivamente do controle da agenda pública, consagrando a liberdade positiva²⁰.

Mas esta participação perderia a qualificação de “efetiva” caso não se permitissem aos partícipes da eleição a liberdade de expressão e o acesso a fontes diversas de informação. De nada adiantaria realizar eleições se os votantes desconhecessem os candidatos, suas ideias, propostas, passado e pretensões. Nesta linha é que Robert Dahl traça como instituições necessárias para a Democracia: a existência de representantes escolhidos em eleições livres, justas e frequentes; a liberdade de expressão; a existência de fontes alternativas de informação; a autonomia para se associarem os cidadãos na busca pelo exercício do Poder Político; a inclusão de todos os membros adultos do corpo político no processo.

Postas estas considerações, parece possível assumir tal definição de Democracia, conceituando-a como o modo de organização do corpo político, que permite, simultaneamente, a participação efetiva de todos os seus membros adultos; que podem se

¹⁸ A questão das duas noções de liberdade é tratada no clássico ensaio de Isaiah Berlin, “Two Concepts of Liberty”, decorrente de sua aula inaugural ao assumir a titularidade da cadeira de Teoria Política e Social de Oxford em 1958. BERLIN, Isaiah. **Liberty**. Editado por Henry Hardy. Nova Iorque: Oxford University Press, 2002, pp. 166-217.

¹⁹ A influência das diferentes concepções de liberdade na constituição da democracia é tratada com profundidade por Friederich August von Hayek, em sua seminal obra sobre o tema. HAYEK, Friederich A. von. **The constitution of liberty**. Editada por Ronald Hamowy. Chicago: The University of Chicago Press, 2011, pp. 57-72.

²⁰ Aqui já se fala em democracia representativa, assumindo a impossibilidade de participação simultânea de todos os cidadãos no governo. A preocupação já era externada por Madison, Hamilton e Jay, quando afirmaram que “[...] the truth is that in all cases a certain number at least seems to be necessary to secure the benefits of free consultation and discussion, and to guard against too easy a combination for improper purposes; as, on the other hand, the number ought at most to be kept within a certain limit, in order to avoid the confusion and intemperance of a multitude. In all very numerous assemblies, of whatever characters composed, passion never fails to wrest the scepter from reason. Had every Athenian citizen been a Socrates, every Athenian assembly would still have been a mob.” HAMILTON, Alexander; MADISON, James e JAY, John. **The Federalist Papers**. ROSSTER, Clinton (ed). Nova Iorque: Signet Classic, 2003, p. 79.

candidatar e escolher representantes mediante eleições livres, justas e periódicas, com ampla liberdade de associação e troca de informações, possibilitando que se atinja um entendimento esclarecido sobre a agenda política e suas alternativas²¹.

Todos os elementos componentes do conceito – participação, direito à candidatura, direito ao voto livre e periódico em eleições justas, liberdade de associação e de busca por fontes de informação – são passíveis de gradação²². É possível conceber, sem maiores dificuldades, um ordenamento jurídico que tenha restrições maiores para candidaturas que para o voto, como ocorre no Brasil, com as restrições impostas pela Lei Complementar nº 64/1990. Igualmente, a liberdade de associação encontra barreiras legais, como quando direcionada à prática de delito. Do mesmo modo, a liberdade de informação, obstada se intentar a propagação de mensagens de intolerância ou, de qualquer modo, restrita àqueles que detêm os meios de comunicação.

Porém, não se pode admitir que qualquer dos elementos seja de todo afastado – ou a tal ponto obstaculizado – que as funções a que vocacionado deixem de ser cumpridas. Um regramento da imprensa que não permitisse vocalizar com razoável proporcionalidade as ideias do corpo político, por exemplo, tornaria impossível qualificar o Estado no qual inserido como democrático.

Daí decorre que a Democracia admite gradação, sendo maior ou menor em função da amplitude e firmeza na garantia daqueles elementos e do cumprimento de suas funções institucionais.

Robert Dahl prefere denominar Poliarquias os sistemas de organização efetivamente encontrados na realidade, em contraposição a uma Democracia apenas concebida teoricamente. Assim é que distribui as possíveis formas de Poliarquia em hegemonias fechadas – nas quais não há quase possibilidade de contestação pública (liberdade de expressão, manifestação e associação) e de participação (direito a votar e ser votado em eleições que atendam aos critérios democráticos) –; oligarquias competitivas – quando se permite a contestação sem grande possibilidade de inclusão efetiva no governo

²¹ A adoção de um conceito liberal de democracia, fundado nas ideias de Robert Dahl, justifica-se na medida em que o *marketing* político e a própria propaganda eleitoral, como entendida hoje, somente podem ser incorporados ao processo eleitoral no âmbito do liberalismo político.

²² Um profundo estudo acerca da definição da Democracia e de seus elementos constitutivos pode ser encontrado em SARTORI, Giovanni. *The Theory of Democracy Revisited. Part two: the classical issues*. Chatham: Chatham House Publishers, 1987, pp. 3-38.

–; hegemonias inclusivas – em que existe o direito à participação, limitado pelo acesso deficiente à informação –; Poliarquias propriamente ditas – com alto grau de contestação pública e inclusão participativa. A consciência de não ser a Democracia um formato terminado, definitivo, leva à possibilidade de seu estudo detalhado, com o intuito de compreendê-la e aprimorá-la²³.

O professor de filosofia da Universidade Brown, Jason Brennan, vislumbra a Democracia como um método de tomada de decisões, apontando ser a forma pela qual se decide como e quando coagir as pessoas a fazer aquilo que elas não querem. A Democracia em sua vertente política seria, assim, o método a decidir, direta ou indiretamente, os meios pelos quais um governo pode ameaçar as pessoas com o uso da violência. Neste sentido, “[...] o símbolo da Democracia não é apenas a urna – mas a urna conectada a uma arma [...]”²⁴.

1.2 DEMOCRACIA E ELEIÇÕES

A vinculação plena entre Democracia e eleições é bem exposta por Jorge Miranda, para quem “[...] aquilo que caracteriza o Estado constitucional representativo é o papel central, decisivo, privilegiado que nele desempenha a eleição. Pode haver eleição sem representação política (...). Porém, em contrapartida, a representação política não pode conceber-se sem eleição [...]”, já que “[...] o Estado representativo é um Estado que assenta na eleição política [...]”²⁵.

²³ DAHL, Robert. **Polyarchy**: participation and opposition. New Haven: Yale University Press, 1971, pp. 1-16.

²⁴ “The symbol of democracy is not just the ballot – it is the ballot connected to a gun”. BRENNAN, Jason. **The ethics of voting**. Princeton: Princeton University Press, 2011, p. 8.

²⁵ MIRANDA, Jorge. Sobre o direito eleitoral. Intervenção no I Fórum Eleitoral, promovido pela Comissão Nacional de Eleições de Portugal em 17.06.1992. In: MIRANDA, Jorge. **Estudos de direito eleitoral**. Lisboa, Lex, 1995, p. 147 (146-155). Não se deve esquecer que eleições podem e são utilizadas em regimes não democráticos. Lembra Dieter Nohlen, em sua clássica obra, que “[...] las elecciones pueden ser utilizadas en lugar de otras técnicas (designación de representantes mediante sucesión, por oficio o por nombramiento), sin tener contenido democrático alguno. En consecuencia, las elecciones no son exclusivas de las democracias. Recuérdese que en las democracias existentes, las elecciones se celebraron mucho antes de que se impusiera el sufragio universal, es decir, el uso de las elecciones como técnica precedió la evolución de las democracias”. NOHLEN, Dieter. **Sistemas electorales y partidos políticos**. 3ª ed. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 11.

Eleição, simplesmente, é o processo que aufere as intenções de um determinado corpo de eleitores, com vistas a ordenar as opções ofertadas de acordo com a contagem de votos atribuídos a cada uma. Cuida, assim, de um modo coletivo de solução de impasses.

A vida em sociedade, bastante anterior aos primeiros registros históricos, suscita constantemente a criação de impasses, na medida em que dois é o número suficiente de pessoas para que se tenha potencial discordância sobre uma questão determinada. O agrupamento cada vez maior de pessoas, intuitiva e estatisticamente, incrementa a chance de desavença, fenômeno que obrigou as sociedades, desde cedo, a criar mecanismos para a solução destas controvérsias.

Necessidade, criatividade e características intrínsecas ao ser humano forneceram, em variadas proporções, diversos modos de resolução de disputas. A simples imposição da vontade por quem tem força suficiente para tanto, conquanto pouco sofisticada, certamente foi a primeira delas. O incremento da força pela união de esforços, formando-se grupos, sem dúvida constituiu passo concomitante à própria vida em grupo.

Da violência sendo exercida a qualquer momento, por quem – pessoa ou grupo – se julgasse apto a tanto, que Hobbes vislumbrou como imagem costumeira das eras primevas, parece ter decorrido curiosa transformação. Ao invés de iniciar o confronto físico, basta o cotejo quantitativo das forças reunidas em defesa de cada opção. O indivíduo ou grupo que tivesse congregado maior suporte, potencialmente sendo apto a dominar fisicamente os demais, imporá sua opção. Ao restante dos indivíduos e grupos, apoiadores das outras opções, cientes da inferioridade em caso de conflagração, compete admitir a derrota. O grande grupo social, ao qual todos pertencem, deixa de sofrer as consequências de um conflito violento, como a redução de sua população total, a queda da produtividade e os traumas decorrentes de tais experiências²⁶.

²⁶ Adam Przeworski, professor de Ciências Políticas da Universidade de Nova Iorque, pondera que a pequena influência de cada voto na formação da vontade da maioria é um fantasma que assombra a Democracia. Em suas palavras, “[...] no hay ninguna forma de toma de decisiones colectiva, salvo la unanimidad, capaz de dar eficacia causal a la participación individual. El autogobierno colectivo se alcanza no cuando cada votante tiene influencia causal en el resultado final, sino cuando la elección colectiva es resultado de la suma de las voluntades individuales”. PRZEWORSKI, Adam. **Qué esperar de la democracia: límites y posibilidades del autogobierno**. Tradução de Stella Mastrangelo. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2010, p. 51. Hans Kelsen, por outro lado, já havia refutado esta leitura da regra da maioria como síntese da comparação de forças entre os grupos que compõem a sociedade. Para ele, “[...] si se intenta derivar el principio de mayoría únicamente de la idea de igualdad tendría inevitablemente ese carácter mecánico y absurdo que le reprochan los partidarios de la autocracia. Sería solo la expresión pobremente formalizada de la experiencia de que los muchos son más fuertes que los pocos, y la proposición ‘la fuerza prima sobre el Derecho’ sólo

Tem-se, assim, o fundamento conceitual da regra da maioria, elemento que ajuda a explicar, independentemente dos demais aspectos de uma sociedade, a aceitação do resultado eleitoral, quando este efetivamente reflita a composição das opções postas à escolha²⁷. A eleição serve, neste contexto, como mecanismo apto a auferir e contabilizar as preferências do corpo político, evitando que a divergência escale a ponto de chegar ao conflito físico²⁸. Nem toda eleição, no entanto, está apta a cumprir com tal desiderato.

Pouco contribuiria para revelar o grau de preferência de cada opção no grupo se, por exemplo, apenas um subgrupo determinado e restrito pudesse votar. Igual consequência haveria se o universo de opções postas à escolha fosse demasiada e irrazoavelmente cerceado²⁹. À mesma conclusão chegar-se-ia caso os eleitores fossem coagidos a votar em um ou outro sentido, refletindo não suas próprias opções, mas aquelas de seus coatores.

Portanto, pode-se afirmar que uma eleição, para cumprir com sua finalidade e ser tida por democrática, deve, simultaneamente, atender aos requisitos expostos quando se conceituou a Democracia: permitir ampla participação, outorgar direito à candidatura, ao

podría ser superada convirtiéndose ella misma en una proposición jurídica”. Para solucionar este impasse, postula que “[...] únicamente la idea de que deben ser libres, si no todos, sí al menos tantos hombres como sea posible – es decir, que tan pocos hombres como sea posible deben verse en la situación de que su voluntad esté en contradicción con la voluntad general del orden social –, lleva de una manera razonable al principio da mayoría”. KELSEN, Hans. **De la esencia y valor de la democracia**. Tradução de Juan Luis Requejo Pagés. 2ª ed. Oviedo: KRK Ediciones, 2009, pp. 51-52. Assim, a liberdade, não a igualdade, é o fundamento de legitimação da regra da maioria para a escolha política.

²⁷ O sorteio como método de solução de controvérsias e escolha de governantes já foi bastante debatido e cogitado na história, tendo sido, inclusive, utilizado por cidades-estados gregas. Rousseau menciona que Montesquieu defendia tal sistema, pois que seria “[...] da natureza da democracia [...]”, já que esta é “[...] um modo de eleger que não aflige ninguém; deixa a cada cidadão uma razoável esperança de servir a pátria”. Em contraposição, o próprio Rousseau afirma que “[...] as eleições por sorteio teriam poucos inconvenientes numa verdadeira democracia, onde, sendo todos iguais em costumes, dotes intelectuais, preceitos e fortuna, a escolha se tornaria quase indiferente. Mas, como afirmei, não existe verdadeira democracia”. ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social e outros escritos**. São Paulo: Cultrix, 1998, pp. 108-109.

²⁸ Para Rosanvallón, “[...] en la elección democrática se mezclan un principio de justificación y una técnica de decisión [...]”, ainda que ambas, em sua leitura, sejam fundadas em ficções. A principal, a ficção da vontade geral, a qual se assume de todos, mesmo sendo aritmeticamente claro que ela deriva apenas daquela maioria que a conformou. ROSANVALLÓN, Pierre. **La legitimidad democrática: imparcialidad, reflexividad, proximidad**. Tradução de Heber Cardoso. Buenos Aires: Manantial, 2009, pp. 22-26.

²⁹ Esta é também a conclusão de Jorge Miranda, para quem “[...] a eleição, particularmente a eleição política, traduz antes de mais (embora nem sempre apenas isso) uma forma de selecção. Actividade pluripessoal, envolve também destinatários plurais e a possibilidade de opção entre os eleitores – daí a formação, ou a possibilidade de formação, de uma maioria e de uma minoria. Consoante se contemplam apenas os requisitos de pluralidade de intervenientes e da pluralidade de votos ou se exigem ainda a pluralidade de elegíveis e de candidatos (ou pessoas consideradas idóneas para a eleição) e a pluralidade ou o pluralismo de tendências eleitorais (ou correntes de eleitores) poder-se-á, porém, falar em eleição em sentido formal e em eleição em sentido material”. MIRANDA, Jorge. Introdução ao direito eleitoral. In: MAURÍCIO, Artur (Org.). **Estudos em memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 594 (593-622).

voto livre e periódico dos eleitores, em eleições justas, em ambiente com liberdade de associação e de troca de informações. Cada uma destas condicionantes tem o seu papel para caracterizar a eleição como democrática.

A ampla participação, na condição de eleitores, permite que, de fato, sejam vocalizadas as opiniões de todo o corpo social. Admitem-se restrições quanto à idade e capacidade mental, dado que se exige a plena possibilidade de formação e manifestação da vontade, o que todo adulto dotado de suas faculdades intelectivas está habilitado a fazer³⁰.

O leque das opções aberto ao eleitor deve, também, ser amplo o suficiente para congregiar o maior número possível de alternativas viáveis. Com isso, admite-se a possibilidade de alguma restrição, visto que, em tese, pode haver tantas opções desejadas quanto são os eleitores. Em uma hipotética eleição a determinado cargo, por exemplo, em que se autorize o preenchimento da cédula com qualquer nome pretendido pelo eleitor, é possível, no limite, imaginar que todos os eleitores possam empatar com um único voto, o próprio.

Deste modo, até para que a eleição cumpra sua função como mecanismo de resolução de conflitos, necessário que as opções tenham um mínimo de representatividade para que sejam postas à apreciação do eleitorado. Este mínimo não pode ser de monta a tolher parte significativa do corpo político de sua potencial escolha.

Este difícil ponto de equilíbrio é buscado, nas eleições para o preenchimento dos mandatos nos parlamentos e governos, com um sistema de filtragem que exige, aqui no Brasil, por exemplo, filiação partidária, domicílio eleitoral em determinada circunscrição, idade mínima, não condenação em determinadas instâncias e por certos atos ilícitos, dentre outras condições constitucionais e legais. É o sistema das elegibilidades e inelegibilidades, em nosso ordenamento dispostas na Lei Complementar nº 64/1990³¹.

³⁰ Kelsen analisa as diversas formas de restrição do corpo de eleitores, criticando veementemente a exclusão das mulheres, ainda vista em quase todos os países até a época de seus escritos, bem como as limitações em função de renda, pagamento de impostos e afins. KELSEN, Hans. **Teoría general del estado**. Tradução de Luis Legaz Lacambra. Cidade do México: Nacional, 1959, p. 437.

³¹ O jurista austríaco continua suas ponderações afirmando que “[...] no sólo el derecho electoral activo, o capacidad electoral, sino también el pasivo, o ‘elegibilidad’, debe ser lo más general posible, es decir, no debe estar ligado a condiciones que sólo pueden ser cumplidas por cierto número de hombres. En general, las condiciones de elegibilidad son las mismas que las que se exigen para ser elector. Pero a veces se requiere para la primera un límite más alto de edad, o estar en posesión de la ciudadanía desde más largo tiempo”. *Idem, ibidem*.

Todavia, não basta ampla participação na condição de eleitor, que é o exercício do direito político ativo, ou candidato, denominado direito político passivo ou *ius honorum*. A definição reclama também que a eleição seja justa e que a votação seja periódica e livre.

Por eleição justa entende-se aquela cujo resultado efetivamente espelhe as decisões tomadas pelos eleitores. Não se admite que mecanismos externos ao processo eleitoral façam com que o voto dado a determinado candidato seja ignorado ou, com igual resultado, que se contabilize voto que não partiu de um eleitor. No Brasil e alhures, a história dos processos eleitorais bem demonstra que a inserção de votos falsos, a votação em nome de eleitores mortos, o roubo de urnas, os vícios nas contagens e outros estratagemas foram práticas constantes.

A necessidade de periodicidade das eleições não desperta maior questionamento. Como o resultado eleitoral reflete a distribuição das opiniões em um dado momento, a periodicidade presta-se a permitir que as alterações nesta distribuição sejam levadas em conta. Outrossim, serve para que o corpo de eleitores faça um controle de suas próprias opções passadas, referendando-as ou repudiando-as, conforme os resultados práticos delas decorrentes.

Voto livre é aquele que reflete uma decisão formada pelo eleitor sem contaminação com fatores tidos por indevidos. A ideia terá implicações profundas neste trabalho, sendo objeto de futura reflexão, merecendo, desde já consideração.

Toda e qualquer decisão de voto tomada por um indivíduo nasce da conjunção praticamente insondável de fatores endógenos e exógenos, muitos dos quais atuando inconscientemente³². Difícil é, portanto, aferir cientificamente quais deles são legítimos e quais devem ser tidos por indevidos.

Intuitivamente, repudiam-se as coações física e moral, bem como a oferta de utilidades aos eleitores em troca do voto. Assim é que, em um primeiro plano, se tem por livre o voto decidido sem este tipo de influência. Por esta razão, inclusive, que no século XIX o sigilo da votação passou a ser incorporado paulatinamente como elemento essencial

³² A ciência política investiga, dentre outros objetos, as razões que movem os eleitores a votar em determinado candidato. Quatro são as principais correntes que buscam explicar este fenômeno: a teoria psicológica, também chamada Modelo de Michigan; a teoria histórico-contextual sociológica; a teoria da racionalidade restrita, de fundo econômico; a teoria da escolha racional, esta com diversos matizes. Uma explanação detalhada, perpassando os fundamentos de cada uma é encontrada em FIGUEIREDO, Marcus. **A decisão do voto: democracia e racionalidade**. Belo Horizonte: UFMG, 2008.

à Democracia. Com tal medida, afasta-se ou dificulta a tentativa de controle sobre o eleitorado, feita por quem o coaja ou oferte benesses para obter apoio.

No entanto, mais complexo é caracterizar como legítima ou indevida a influência decorrente das informações que chegam ao eleitorado. Se, por um lado, a plena troca de opiniões é um dos elementos essenciais do próprio conceito de Democracia, por outro sustenta-se que tais informações não podem levar o eleitor a erro. Neste particular, um voto fundado em informação falsa e errônea seria tão pouco livre quanto aquele fruto da coação³³, de modo que o voto calcado em mero impulso passional, destituído da ponderação da razão, não mereceria a alcunha de livre³⁴.

O debate, neste último ponto, é fortemente influenciado pelas ideias-chaves do Iluminismo e do racionalismo³⁵, que somente admitem como livre o pensamento fundado na razão. As emoções, enquanto resquícios de uma ancestralidade animaléscia, não seriam

³³ Em sua tese de doutorado, Monica Herman Salem Caggiano insere sob a nomenclatura “pressão sobre os eleitores” as represálias, o abuso dos poderes econômico e político, a realização de prévias eleitorais, a divulgação de pesquisas e o próprio *marketing* político. Sobre este último, afirma que “[...] a esse elenco de instrumentos de eficaz exercício de pressão política é de se acrescentar um esquema propagandístico altamente desenvolvido através de avançadíssimas técnicas de marketing político que introduzem no *star-system* delineado por Rogér-Gérard Schwardtzenberg a *médiapolitique*, i.é. a política tal qual nos quadros da *massmedia*. E, por intermédio desse novo arsenal de técnicas, buscam os políticos conquistar o homem comum, the commom man, o tipo que se assimila plenamente ao meio em que vive – o francês, o americano, o brasileiro típico que representa *one of us*, o reflexo da sociedade e, portanto, fácil presa do merchandising político, que explora sua figura por excelência. O que se pretende aqui é vender a imagem do político candidato; e é necessário vender bem para atingir o homem comum que, em princípio, àquele pretende se assemelhar. Ingressa-se, nesse contexto, num campo de pura pressão político-publicitária, de inabalável ingerência na linha da autêntica e genuína exteriorização das preferências eleitorais”. CAGGIANO, Monica Herman Salem. *Sistemas Eleitorais x Representação Política*. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1987, p. 106.

³⁴ Newton Lins afirma, quanto ao voto livre, que “[...] a liberdade a que se faz menção é a liberdade subjetiva do eleitor, cujo voto deve ser decorrente de vontade livre e não de pressões, sejam elas psicológicas, físicas ou morais. Como se observará adiante, tal dispositivo reflete diretamente no conteúdo permitido na propaganda eleitoral. As informações repassadas ao eleitor devem estar isentas de mecanismos que possam induzi-lo a conclusões equivocadas, que venham a comprometer seu discernimento e sua liberdade de escolha mediante voto. (...) No controle judicial da propaganda eleitoral, há de se levar em conta o grau de influência psíquica de seu conteúdo, ou seja, a existência de mensagens com o fim de exercer pressão psicológica e com capacidade de alterar a vontade, seja semeando cobiça no eleitor, confundindo-o ou coagindo-o de qualquer forma”. LINS, Newton. **Propaganda eleitoral**: comentários jurídicos. 2ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 36.

³⁵ A colocação da Razão como valor supremo a guiar a decisão humana não resta superada, sendo reiterada até a atualidade. Basta, por exemplo, ver o papel que se pretende dar a ela na formulação legislativa, quando se afirma que “[...] el procedimiento que otorga legitimidad, que garantiza la aceptación social de las decisiones futuras, es el legislativo, lo que a su vez reposa en la confianza sobre el labor que llevará a cabo el legislador. La racionalidad que debe caracterizar ahora al proceso de legitimación, y que se enmarca en un proceso de más amplio calado, la Ilustración, descansa, como es sabido, en el sometimiento del poder a los dictador de la Razón que tiene que presidir la adopción de las decisiones en la institución parlamentaria, donde se discute y aprueba lo que ha de constituir el interés general”. PRESNO LINERA, Miguel Ángel. **El derecho de voto**. Madri: Tecnos, 2003, p. 33.

suficientemente virtuosas para orientar as decisões. Apenas o sopesamento de benefícios e prejuízos, racionalmente analisados e contabilizados, revelaria uma decisão livre³⁶.

Atualmente, a ideia sofre críticas de diversas vertentes. Jónatas Machado afirma que

“[...] a epistemologia cartesiana tradicional, estruturada em torno das ideias de racionalidade, objetividade, neutralidade e universalidade, tem sido submetida a um procedimento de desconstrução crítica e complementada, quando não substituída, por perspectivas abertas às ideias de emoção, subjetividade, compromisso e contextualidade”³⁷.

O maior conhecimento da psique humana, decorrente dos primeiros passos de Freud e Jung, passando pela psicologia comportamental fundada no behaviorismo de Thorndike e Watson e, posteriormente, na psicologia cognitiva, permitiu conceber todo animal, aí incluído o homem, como um plexo de emoções, pensamentos e comportamentos que tendem a se repetir, diante de recompensas (reforço positivo), ou não, se castigados (reforço negativo), dentro de um paradigma estímulo/resposta³⁸. Esta nova forma de analisar a tomada de decisões recebe confirmações com os avanços da neurociência, palavra recente criada na década de 1970, apenas possível com os atuais avanços tecnológicos. De qualquer modo, ressalvas à parte que serão objeto de ponderação em parte posterior do trabalho, é certo que a noção de voto livre embasa o conceito de eleição democrática.

Resta, assim, inserir neste contexto as duas últimas exigências expostas anteriormente: ambiente com liberdade de associação e de troca de ideias.

A liberdade de associação, conquanto não seja objeto de análise deste trabalho, tem papel fundamental ao permitir a organização das opções dos eleitores e sua conjugação em

³⁶ Conforme se verá mais adiante, a questão não pode ser compreendida com este grau de simplicidade. Afinal, em “[...] un ‘Estado espectáculo’ donde a los políticos se les valora por la ‘imagen’ que dan, y esa imagen es fruto de lo que sabemos sobre esa persona (sea con información correcta o incorrecta), de lo que sentimos hacia ella y de las expectativas que nos crea. Por tanto, los factores cognitivos y afectivos en la percepción del político se mezclan y resulta difícil comprobar si las reacciones que tienen los votantes se deben a razones esencialmente emocionales o a factores racionales”. BURGUERA AMEAVE, Leyra. **Democracia electoral**: comunicación y poder. Madri: Congreso de los Diputados, Serie Monografías, n. 96, 2013, p. 85.

³⁷ MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade de expressão**: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 242.

³⁸ MACHADO, Jónatas E. M. *Op. Cit.*, p. 220-268.

grupos, mais ou menos institucionalizados, que canalizem sua defesa. Da formação de partidos políticos aos grupos de interesse, das Organizações Não Governamentais a meros ajuntamentos de pessoas com semelhantes pontos de vista, a experiência demonstra que as opções tornam-se tanto mais viáveis e bem estruturadas, na medida em que forem fruto da ação coletiva.

O debate acerca da liberdade de troca de ideias e informações, por outro lado, deve ser analisado em conjunto com o conceito de voto livre, como anteriormente dito. O ambiente deve proporcionar a mais ampla possibilidade de circulação de informações, mas sem permitir que informações falsas ou que criem estados emocionais artificiais sejam determinantes na tomada das decisões.

Ao corpo de eleitores deve ser dado conhecer tudo, saber o que cada opção representa, os benefícios e prejuízos possivelmente dela decorrentes. A alguém deve ser dado o poder de estipular limites a esta livre circulação de ideias, tendo por norte a proteção do próprio eleitorado contra as influências tidas por ilegítimas na formação de sua vontade.

Esta hercúlea tarefa, no Brasil, é atribuída à Justiça Eleitoral, com os delineamentos constitucionais e legais. Sua estrutura e modo de funcionamento são o objeto da análise seguinte.

1.3 ELEIÇÕES E JUSTIÇA ELEITORAL

Exatamente porque vocacionada a disciplinar um conflito latente entre opiniões, a eleição se dá, no mais das vezes, em um cenário de potencial risco de fragilização ou esgarçamento institucional. Em outras palavras, ao substituir o confronto físico pelo processo eleitoral, a Democracia não consegue extirpar a natural tensão que acompanha o momento da escolha. Especificamente falando de eleições para o acesso a cargos políticos, o que é o objeto precípua desta pesquisa, tal constatação significa reconhecer que candidatos e correligionários tendem, ao menos em tese, a fazer todo o possível para se sagrarem vencedores no pleito.

O político e historiador inglês John Dalberg-Acton cunhou, em sua carta ao Bispo Mandell Creighton, frase que se incorporou ao conjunto de ideias da ciência política: “[...] *o poder tende a corromper e o poder absoluto corrompe com certeza*”³⁹. No âmbito da disputa pela titularidade do Poder Político, aqueles que detêm o poder tendem, em regra, a dele abusar para mantê-lo. Se a assertiva não se aplica, certamente, a todo concorrente de um pleito, não é menos correto que o apego ao poder representa fato reiteradamente demonstrado ao longo dos séculos. Afinal, não é necessário que todos os candidatos abusem de alguma forma de poder, bastando que um o faça para colocar em dúvida a legitimidade do resultado obtido⁴⁰.

Mesmo outras formas de poder não exclusivamente político, como o poder econômico ou a detenção dos meios de comunicação, podem e são costumeiramente usadas em desacordo com a normatização legal, com vistas à vitória eleitoral. Assim é que não se estranha ouvir sobre o uso da máquina pública em suporte a candidatos apoiados pelo governo, bem como quanto à compra de votos ou o emprego abusivo de jornais, revistas, emissoras de rádio e televisão com finalidade eleitoral.

Neste cenário, a tarefa de planejar, organizar e realizar as eleições, velando pela resolução dos conflitos surgidos ao longo do processo, deve ser atribuída a alguém. Seja a órgão, instituição, comissão ou poder autônomo, o sucesso do uso das eleições como método de acessos aos cargos políticos depende, inexoravelmente, desta escolha.

Vários modelos vêm sendo testados e utilizados, ao longo dos anos e nos diversos países, desde as primeiras experiências da Democracia moderna. O modelo francês, fruto da conjugação das ideias de Montesquieu com a realidade advinda do processo revolucionário, atribuiu ao Poder Legislativo tal missão. Como representante de todo o povo, não apenas da maioria, cabiam ao Parlamento a realização das eleições e a aferição de sua regularidade.

O substrato desta outorga ao Poder Legislativo remonta à própria ideia de separação radical em três das funções do Poder Político, com forte fundamento no pensamento do

³⁹ “Power tends to corrupt, and absolute power corrupts absolutely”. FIGGIS, John Neville e LAURENCE, Reginald Vere. **Historical essays and studies**. Londres: Macmillan, 1907, p. 247.

⁴⁰ Acerca do uso de todos os meios disponíveis na tentativa de obtenção do Poder Político, em especial o dinheiro e a mídia, vale ressaltar a obra do jurista e professor Jacob Rowbottom, da Universidade de Cambridge, tendo por pano de fundo o Reino Unido, mas plenamente transponível para a realidade brasileira. ROWBOTTOM, Jacob. **Democracy distorted: wealth, influence and democratic politics**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2010.

barão de Montesquieu. Com o Parlamento eleito diretamente pelo povo, não se poderia admitir que qualquer dos demais poderes da República, Judiciário ou Executivo, detivesse competência para, por exemplo, negar mandato a candidato eleito mediante fraude. A possibilidade de auto-organização é, afinal, capacidade das mais relevantes na determinação da independência de uma instituição, órgão ou poder⁴¹.

Esta alternativa tem longo passado de aplicação no Brasil. Enquanto ainda colônia portuguesa, sob o regramento das Ordenações Filipinas de 1593, as câmaras municipais eram responsáveis pela organização e realização das eleições. Estas eram praticamente o único *locus* no qual se encontrava a presença do Estado, fora de algumas poucas maiores cidades. Dificilmente outra poderia ter sido a saída nos primeiros séculos de nossa história. Sem pugnar uma relação direta de causa e efeito, importante consignar que grande parte do triste anedotário de fraudes eleitorais que ilustra as obras de Vitor Nunes Leal⁴², Raymundo Faoro⁴³ e Walter Costa Porto⁴⁴, dentre tantos, é fruto deste período.

Outros países concederam ao próprio Poder Executivo a tarefa, ou a agência a ele vinculada, como os Estados Unidos da América, enquanto alguns criaram comissões eleitorais não vinculadas a qualquer dos poderes constitucionais, como no caso da Alemanha Ocidental após a Segunda Guerra Mundial. Recentes experiências passam pela criação de um quarto poder constitucional, denominado Poder Eleitoral, tal a importância

⁴¹ Tal compreensão de independência institucional, inclusive, significou reconhecer a impossibilidade de julgamento dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. Esta circunstância propiciou a criação de um sistema de tribunais administrativos dentro do Poder Executivo, com o Conselho de Estado no topo da hierarquia. O expressivo desenvolvimento do Direito Administrativo Francês, parte relevante da qual decorrente de debates e decisões do Conselho de Estado, indubitavelmente deve muito a esta menor inter-relação dos poderes.

⁴² Em sua clássica obra sobre o coronelismo, Vitor Nunes Leal descreve o efeito do dinheiro nas eleições municipais ao longo da história brasileira, afirmando que “[...] são, pois, os fazendeiros e chefes locais quem custeiam as despesas do alistamento e da eleição. Sem dinheiro e sem interesse direto, o roceiro não faria o menor sacrifício neste sentido. Documentos, transporte, alojamento, refeições, dias de trabalho perdidos, até roupa, calçado, chapéu para o dia da eleição, tudo é pago pelos mentores políticos empenhados na sua qualificação e comparecimento”. LEAL, Vitor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto**: o município e o regime representativo no Brasil. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997, p. 56.

⁴³ “As instruções de 26 de março de 1824, estatuto eleitoral outorgado pelo governo e que vige até 1842, fixam as bases do sistema que domina, com modificações secundárias, quase todo o Império. A mesa eleitoral e paroquial foi o fundamento de toda a vida partidária, o eixo maior da máquina de compressão. Aperfeiçoado mais tarde, esse núcleo determinará o reduto das manipulações, da fraude e da violência eleitoreiras”. FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 3ª ed. São Paulo: Globo, 2001, p. 421.

⁴⁴ Em sua obra, o autor descreve as diversas estratégias fraudulentas, como as eleições a bico de pena, “[...] formalmente corretas, em vista da documentação apresentada, eram, em verdade inteiramente falseadas [...]” (p. 13), e a utilização dos fósforos, nome pelo qual se chamavam os eleitores que votavam em diversas urnas, às vezes em nome de pessoas já falecidas, assim chamados “[...] porque riscavam em qualquer urna, esta assemelhada com uma caixa de fósforos” (p. 212). PORTO, Walter Costa. **Dicionário do voto**. Brasília: UNB; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000.

que se atribui, ao menos nominalmente, ao correto exercício desta atribuição. É o caso da Venezuela, após a adoção da Constituição Bolivariana de 1999.

No Brasil, a preponderância do Poder Legislativo como reitor do processo eleitoral começou a sofrer abalos ainda no final do Império. A intensa presença do Poder Executivo, titularizado pelo imperador, se fazia sentir nos diversos instrumentos que passaram, de fato, a normatizar o tema⁴⁵. Por outro lado, o Decreto nº 2.675, de 20 de outubro de 1875, alcunhado “Lei do Terço”, por permitir a eleição direta de dois terços dos cargos em disputa nas casas legislativas, trouxe pela primeira vez a possibilidade de o Poder Judiciário “[...] conhecer de questões relativas à primeira e segunda fases do processo eleitoral”⁴⁶.

A partir de então, é paulatino, senão sem recuos, o crescimento da influência do Poder Judiciário no processo eleitoral brasileiro. Com a República, o processo acentua-se, mormente com a Lei nº 3.208/1916, que já outorgava à Justiça o controle de execução das leis eleitorais.

A Revolução de 1930, com espírito alegadamente modernizador, permitiu a criação da Justiça Eleitoral, prevista em nosso primeiro Código Eleitoral, o Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932⁴⁷. A partir de então, exceção do período ditatorial de 1937 a 1945, este órgão especializado deteve a competência de planejar, organizar, realizar e fiscalizar as eleições, apurando votos, diplomando os vencedores e solucionando, ainda, as lides surgidas ao longo do processo eleitoral.

A escolha pelo Poder Judiciário para a consecução desta tarefa não poderia ter sido mais feliz. A República Velha, também alcunhada “Café com Leite” – ante a previsibilidade dos resultados eleitorais previamente combinados entre os poderosos Estados de São Paulo e Minas Gerais –, jamais conseguiu mobilizar a massa da população brasileira para participação no processo eleitoral. Seja pela notória história de fraudes nos

⁴⁵ Tem-se como exemplos o Decreto de 26 de março de 1824, a Lei nº 387/1846, os Decretos nº 842/1855 e 1.082/1860 e, por fim, a Lei nº 3.029/1881, alcunhada “Lei Saraiva”.

⁴⁶ CÂNDIDO, Joel J. **Direito eleitoral brasileiro**. 11ª ed. Bauru: Edipro, 2004, p. 27.

⁴⁷ A observação deve ser vista com alguma ponderação. O novo regime que se instalava não contava, é certo, com apoio pulverizado nas centenas de Câmaras Municipais. Daí porque faz sentido, inclusive sob um ponto de vista estratégico, atrair para um polo central e possivelmente mais controlável a condução dos procedimentos eleitorais. Há que se recordar que à época o acesso à magistratura não respeitava o princípio da obrigatoriedade do concurso público, havendo larga influência política na nomeação dos membros da Justiça Eleitoral.

pleitos, seja por uma legislação que restringia em demasia o eleitorado, tolhendo a maioria de analfabetos deste processo, é certo que se fazia necessária uma reorganização radical das regras eleitorais.

Ao Poder Executivo Federal, pouco pulverizado no território brasileiro e carregando a pecha de corrupto e elitizado, não se poderia atribuir a tarefa de realização das eleições. Com relação ao Poder Legislativo, os mesmos obstáculos se impunham. O legislativo da União era concentrado na capital federal, Rio de Janeiro, sendo improvável que lograsse estender sua atuação Brasil afora. Os legislativos locais, por outro lado, conquanto espalhados nos municípios, careciam de legitimidade ante seu passado questionável de realização de eleições. Ademais, a Revolução de 1930, seguindo tendência que se espalhava à época no mundo, tinha caráter essencialmente centralizador de competências na União, não sendo crível que se cogitasse delegar esta sensível competência para autoridades locais.

Além disso, considerações intuitivas contribuem para que se conclua pela inadequação da delegação desta tarefa aos mesmos poderes, cujos membros são eleitos nos pleitos. Se, como visto anteriormente, os detentores do poder tendem a dele fazer uso na tentativa de manter-se nesta situação, indubitavelmente é pouco lógico imaginar que a melhor solução passe por atribuir aos próprios interessados a fiscalização de seus atos. Neste sentido, o Poder Judiciário, único cujos membros não eram eleitos, ostentava uma legitimidade que carecia aos demais. Em reforço, era pulverizado o suficiente no território nacional, para permitir a organização e realização das eleições.

Ao tratar do período final da República Velha, afirma Francisco Bianco Filho que

“[...] também no parlamento, em sua Câmaras, foi permanente a campanha em prol de um sistema eleitoral que pudesse salvar a República do regime da fraude legalizada que, irradiando-se dos Estados, maléfica e diretamente, à instituição do próprio governo federal, foi dando causa ao estado de crescente insegurança contra a estabilidade do regime”.

Este “[...] estado de desconfiança e de revolta que, das vozes livres das cátedras parlamentares foi encontrando eco no seio das classes populares e militares [...]”, teria

culminado “[...] nos movimentos patrióticos do forte de Copacabana (1922) ao levante armado de 24 e, deste, à vitoriosa revolução de 30”⁴⁸.

Como mencionado, excluído o período do Estado Novo (1937 a 1945), a Justiça Eleitoral manteve-se, desde 1932, a responsável pelo processo eleitoral, assumindo tarefas atípicas para o Poder Judiciário. Não apenas exerce a jurisdição na resolução de conflitos advindos da temática eleitoral, mas também:

- cadastra eleitores e filiados a partidos políticos;
- registra estes mesmos partidos;
- traça normas, exercendo poder regulamentar;
- registra candidatos, julgando eventuais impugnações suscitadas;
- convoca mesários e outros servidores;
- adquire, guarda e transporta as urnas;
- produz as cédulas ou, mais recentemente, os programas de computador para as urnas eletrônicas;
- conta os votos, proclama vencedores e diploma os eleitos;
- disciplina e fiscaliza a propaganda eleitoral, dotada de verdadeiro Poder de Polícia.

Os próprios verbos utilizados no parágrafo anterior, descrevendo as atividades da Justiça Eleitoral, demonstram que não se está diante de atividade meramente judicial. Ações típicas dos Poderes Executivo e Legislativo unem-se a outras que já caberiam ao Poder Judiciário, configurando um modo de organização que escapa à rígida separação de funções do poder.

Assim, na atual configuração, oriunda do regramento previsto no Código Eleitoral de 1965, a Lei nº 4.737, e da Constituição Federal de 1988, a Justiça Eleitoral tem como

⁴⁸ O autor lamenta, contudo, que “[...] prometendo redimir a Democracia dos grandes males do regime eleitoral de fraude oficializada, preferiram extingui-la de vez, implantando a Ditadura”. Segue o desembargador mato-grossense afirmando que “[...] somente pelos Códigos eleitorais de 932 e 936 foi que o Brasil realizou o ideal democrático de um sistema que, há sessenta anos, já os ingleses vinham praticando, capaz de despertar a confiança do eleitorado na verdade do sufrágio e na honestidade da representação. Suas colunas mestras foram o voto secreto, realmente resguardado, o sigilo no momento da votação, e a apuração confiada à Justiça, que pôs termo aos escandalosos artifícios da multiplicidade de atas e das famosas depurações levadas a termo pelo próprio Congresso”. BIANCO FILHO, Francisco. **Direito eleitoral**. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho Editor, 1945, pp. 62-64.

órgão de cúpula o Tribunal Superior Eleitoral, composto por sete ministros. Três deles são oriundos do Supremo Tribunal Federal, com mandatos de dois anos, sendo substituídos por rodízio entre os ministros daquela Corte. Dois vêm do Superior Tribunal de Justiça, também com mandatos de dois anos e indicados por rodízio. Os outros dois membros são juristas, indicados em lista tríplice ao presidente da República pelo Supremo Tribunal Federal, que têm mandatos de dois anos reconduzíveis uma única vez. Presidente e vice-presidente do Tribunal Superior Eleitoral são sempre escolhidos entre os ministros oriundos do Supremo Tribunal Federal, enquanto o corregedor-geral eleitoral é um dos ministros advindos do Superior Tribunal de Justiça.

Em cada Estado existe um Tribunal Regional Eleitoral composto sempre por sete juízes, com estrutura semelhante à do Tribunal Superior Eleitoral. Presidente e corregedor regional eleitoral são desembargadores indicados pelo Tribunal de Justiça. O Tribunal Regional Federal da região que abrange o Estado indica um de seus desembargadores para formar o quadro do Tribunal Regional Eleitoral. O Tribunal de Justiça indica, ainda, dois Juízes de Direito, atuantes na primeira instância da Justiça Comum, além de dois juristas, estes últimos selecionados em listas tríplices encaminhadas ao presidente da República. Os mandatos são sempre de dois anos, permitindo-se apenas aos da classe jurista uma única recondução.

Na primeira instância, a Justiça Eleitoral é conduzida por Juízes Eleitorais. Estes são Juízes de Direito, indicados pelo Tribunal de Justiça, que cumulam as tarefas eleitorais com suas funções hodiernas, em geral pelo período de dois anos. Oficiam nos Cartórios Eleitorais, que são os centros administrativos nos quais as tarefas do dia a dia da Justiça Eleitoral ocorrem, como o alistamento de eleitores, as transferências de domicílio eleitoral, o arquivamento dos atos partidários e das listas de filiados, dentre outras⁴⁹.

Cabe ainda ressaltar o importante papel exercido pelo Ministério Público no processo eleitoral. O Ministério Público Eleitoral é um ente igualmente misto, do qual participam membros oriundos do Ministério Público da União e dos Estados. A Procuradoria Geral Eleitoral e as Procuradorias Regionais Eleitorais oficiam,

⁴⁹ Para uma descrição da estrutura e organização judiciária eleitoral, CÂNDIDO, Joel J. **Direito eleitoral brasileiro**. 11ª ed. Bauru: Edipro, 2004, pp. 43-54 e RAMAYANA, Marcos. **Direito eleitoral**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, pp. 67-82. Uma análise crítica do tema pode ser vista em RIBEIRO, Fávila. **Pressupostos constitucionais do direito eleitoral**: no caminho da sociedade participativa. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990, pp. 109-114.

respectivamente, perante o Tribunal Superior Eleitoral e os Tribunais Regionais Eleitorais. São constituídas por procuradores da República e chefiadas pelo Procurador-Geral Eleitoral, função atribuída sempre ao Procurador-Geral da República, cumulativamente.

Na primeira instância, junto aos Juízes Eleitorais, oficiam os Promotores Eleitorais, que são Promotores de Justiça, indicados pelo Ministério Público Estadual, exercendo funções também por períodos determinados e em rodízio.

As funções do Ministério Público Eleitoral são, *pari passu*, as mesmas do Ministério Público. Como órgão defensor da legalidade e representante da coletividade, deve titularizar as ações, penais e cíveis, que busquem resguardar o cumprimento das leis e regulamentos eleitorais, bem como se manifestar nos processos nos quais não seja parte, sempre que assim reclamar o interesse público⁵⁰.

Como se pode ver, o Brasil optou por um modelo que não visa a especialização dos membros da Justiça Eleitoral e do Ministério Público Eleitoral. Desde os mais altos postos – Presidente do Tribunal Superior Eleitoral e Procurador-Geral Eleitoral – à base – com os Juízes Eleitorais e Promotores Eleitorais –, tem-se uma estrutura formada por membros temporários, que permanecem por dois anos em regra nas suas funções. A opção tem vantagens e desvantagens.

Os ônus mais óbvios, seguramente, são a descontinuidade dos entendimentos contidos na jurisprudência e a falta de profundidade de conhecimento da temática eleitoral pela média dos magistrados que compõem a Justiça Eleitoral. Exceções à parte, daqueles que por um motivo ou outro têm interesse pessoal no estudo destas matérias, no mais das vezes, especificamente no âmbito dos Juízes Eleitorais, há um sensível déficit de *expertise*.

Este déficit, aliado ao natural voluntarismo dos recém-chegados, em algumas oportunidades buscando deixar “sua marca” nos tribunais eleitorais, colabora para que a jurisprudência seja titubeante, sofrendo radicais alterações em curtos períodos. Assistemática, na medida em que decidida casuisticamente, a jurisprudência eleitoral pouco se presta à análise científica que se pretende traçar. O fato de haver decisões em um ou outro sentido, sobre um tema qualquer, não permite a derivação de conclusões

⁵⁰ Acerca do papel do Ministério Público no processo eleitoral, suas funções e estrutura. CÂNDIDO, Joel J. *Idem, ibidem*, pp. 55-76 e RAMAYANA, Marcos. *Idem, ibidem*, pp. 209-234.

cientificamente sustentáveis. Daí porque, inclusive, a análise jurisprudencial não integra a metodologia desta dissertação.

De qualquer modo, como conclusão deste capítulo, importa destacar uma característica especial da Justiça Eleitoral, que em muito a diferencia dos demais órgãos integrantes do Poder Judiciário: os Poderes de Polícia e de Fiscalização de que é imbuída.

Como dito alhures, a Justiça Eleitoral reúne, no exercício de suas funções, poderes típicos dos Poderes Legislativo, como a capacidade de criação de normas para a regulação dos processos eleitorais, e Executivo. A necessidade de organizar as eleições impõe, como contrapartida natural, a outorga dos poderes necessários ao adequado cumprimento desta tarefa.

No caso específico da propaganda eleitoral, tema primordial deste trabalho, a legislação determina que a Justiça Eleitoral, de ofício, promova a retirada da publicidade violadora das normas próprias. O Código Eleitoral, Lei nº 4.737/1965, já previa tal possibilidade no parágrafo único do seu artigo 242, ao dispor que “[...] *sem prejuízo do processo e das penas cominadas, a Justiça Eleitoral adotará medidas para fazer impedir ou cessar imediatamente a propaganda realizada com infração do disposto neste artigo*”. No mesmo sentido, com mais clareza, é a redação do parágrafo primeiro do artigo 41 da Lei nº 9.504/1997, denominada Lei Geral das Eleições, ao afirmar que “[...] *o poder de polícia sobre a propaganda eleitoral será exercido pelos juízes eleitorais e pelos juízes designados pelos Tribunais Regionais Eleitorais*”.

No início da vigência deste dispositivo da Lei nº 9.504/1997, era comum que os Juízes Eleitorais determinassem aos oficiais da Justiça Eleitoral a realização de diligências, nas ruas, em busca de propaganda irregular praticada em desacordo com a normatização, instaurando de ofício, após constatação, representação eleitoral⁵¹ para apuração e apenamento dos responsáveis. Com a instauração do procedimento, seguia-se a notificação dos responsáveis ou beneficiários, para apresentação de defesa e, após, sobrevinha julgamento pelo mesmo juízo.

⁵¹ Representação eleitoral é o nome dado à ação promovida no âmbito da Justiça Eleitoral, com supedâneo no artigo 96 da Lei nº 9.504/97. Tem rito extremamente acelerado e pequeno espaço para dilação probatória, visando, primordialmente, garantir pronta resposta às eventuais violações das normas eleitorais.

Tal compreensão, indubitavelmente, violava princípios básicos do Estado Democrático de Direito, na medida em que impunha um sistema inquisitorial de julgamento dos ilícitos eleitorais em matéria de propaganda. A mesma autoridade judicial que determinava a instauração de ofício de procedimento era quem julgava a representação, confundindo inelutavelmente os papéis de acusador e julgador.

O entendimento jurisprudencial evoluiu para a formatação hoje adotada. Em vista da clara norma legal, ainda compete à Justiça Eleitoral promover diligências, *sponte propria*, para que se busquem indícios de infração às normas que regem a propaganda eleitoral. Identificadas e certificadas, pode haver pronta determinação de retirada, por parte do Juiz Eleitoral, e, posteriormente, são as informações encaminhadas ao Ministério Público Eleitoral, órgão que, se vislumbrar ilicitude a ser apurada, ajuizará a devida representação.

Postas estas considerações, nas quais que se buscou partir do conceito de Democracia ao papel das eleições, passando em seguida à descrição do órgão responsável por sua concretização no Brasil, a Justiça Eleitoral, passa-se no próximo capítulo à análise da propaganda eleitoral, objeto central de preocupação desta pesquisa.

CAPÍTULO 2 CAMPANHA ELEITORAL, PROPAGANDA POLÍTICA E ORDENAMENTO JURÍDICO

2.1 A CAMPANHA ELEITORAL

Campanhas eleitorais são empreendimentos temporários, conduzidos por partidos políticos, visando o atingimento de objetivos determinados em uma eleição⁵². Não se confundem, pois, com a propaganda política, que, como se verá adiante, é um dos instrumentos de que se vale a campanha eleitoral.

Ao se gravitar em torno das eleições, tendo-as sempre como principal foco, as campanhas eleitorais exercem funções nas sociedades democráticas. A principal, certamente, é permitir a legitimação dos eleitos. Como as eleições visam uma escolha, quaisquer que sejam os critérios de que se valha o eleitor, é mediante a campanha eleitoral que se constroem os motivos para votar ou não em uma pessoa ou partido político⁵³.

O oposto é verdadeiro. Campanhas eleitorais podem atuar deslegitimando os eleitos, mormente quando os temas priorizados pelos candidatos e pela cobertura da imprensa se distanciam do escopo de atribuições dos cargos postos em disputa. Neste cenário, não se poderá afirmar que referido candidato, vencedor no pleito, seja “melhor” ou “pior” que seu adversário para o desenvolvimento das tarefas atribuídas ao cargo eleito. Isto porque, os parâmetros pelos quais foram medidos pelos eleitores não são as habilidades e propostas pertinentes àquelas atribuições.

Cabe observar que não se questiona a relevância, por princípio, de debates sobre matérias, cuja competência constitucional para legislar seja atribuída a outro ente da federação. Por vezes, a clivagem ideológica exposta na discussão de temas com forte

⁵² “Na democracia, a campanha política caracteriza-se pela disputa de espaço eleitoral entre partidos e pessoas, com a finalidade de convencer os eleitores a votarem de determinada maneira em detrimento de outras. Campanha eleitoral é, em tese, uma luta pela conquista da soma das vontades alheias. É um processo de convencimento coletivo. É o esforço concentrado para criar um movimento multiplicador de votos em determinada direção. É a busca pela manifestação homogênea e espontânea de uma massa de eleitores”. RIZEK, Fernanda Montenegro de Menezes; RIZEK JÚNIOR, Rubens Naman. *Marketing Político x Legislação Eleitoral*. In: CAGGIANO, Monica Herman Salem (Coord.); MESSA, Ana Flávia; ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de (Orgs.). **Direito eleitoral em debate: estudos em homenagem a Cláudio Lembo**. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 142-143.

⁵³ MARTINEZ, Ismael Crespo. ¿Para qué sirven las campañas electorales? In: MARTINEZ, Ismael Crespo. **Las campañas electorales y sus efectos en la decisión del voto**. Vol. III. Valência: Tirant lo Blanch, 2004, p. 15.

conteúdo moral, como são o aborto e a pena de morte, por exemplo, servem ao eleitor para traçar o perfil dos candidatos, aspecto relevante na escolha para qualquer cargo eletivo. Ponto essencial do qual se parte nesta dissertação é a impossibilidade de proferir julgamento objetivo acerca da qualidade dos critérios que os eleitores escolhem para a decisão eleitoral. Democracia, além de significar observância às escolhas dos cidadãos, impõe compreender que as razões que levam às decisões políticas são insindicáveis, desde que, como se verá adiante, sejam elas tomadas de forma livre.

Segunda função das campanhas eleitorais, decorrente da acima tratada, é a ativação do compromisso cívico nos cidadãos, dado que é o momento no qual são conclamados a exercer o direito político de escolha dos seus representantes, legitimando-os para o exercício do poder. Esta ativação não é linear, sendo tanto maior quanto mais interessado for cada cidadão na participação dos assuntos relacionados à sociedade.

De qualquer maneira, durante a campanha eleitoral há maior tolerância e interesse de parte significativa do eleitorado em ouvir os candidatos e partidos⁵⁴, debater em pequenos ou grandes grupos os temas e propostas, bem como os pontos positivos e negativos das alternativas em disputa; estes movimentos costumam ser incentivados e alimentados, ou o oposto, pelos órgãos de imprensa, a depender da cobertura jornalística⁵⁵.

Terceira função exercida pelas campanhas eleitorais é a mobilização do eleitorado politicamente próximo dos candidatos. Em sociedades contemporâneas ocidentais, nas quais a pulverização e segmentação dos interesses dificulta a identificação plena com as plataformas dos partidos políticos, a participação política é episódica.

A multiplicação das fontes de informação, a corrosão das ideologias bem definidas do período da Guerra Fria, a valorização do individualismo em detrimento da preocupação

⁵⁴ Uma experiência simples permite constatar esta tendência a um maior interesse por temas políticos durante as campanhas eleitorais. A empresa Google oferece um serviço pelo qual se pode aferir quais as buscas mais comuns, por período, em determinado espaço geográfico. Chama-se Google Trends, podendo ser acessado em <www.google.com/trends>. Realizando uma procura das palavras “política” e “eleições” dentre os usuários da Internet do Brasil, são verificados destacados picos de busca nos meses de outubro dos anos de 2004, 2006, 2008, 2010 e 2012, exatamente aqueles nos quais houve eleições.

⁵⁵ “La manera en la que los medios de comunicación transmitirán las noticias y eventos de la campaña – en términos negativos, resaltando los escándalos, los enfrentamientos, lo superficial a expensas de lo sustantivo y verdaderamente importante para la vida de los ciudadanos – acabaría debilitando el compromiso cívico, coadyuvando a la generación de actitudes y sensaciones de malestar con el sistema político, ineficacia subjetiva, desconfianza, apatía o desafección – y, en lo que aquí interesa, en abstención electoral”. MARTINEZ, Ismael Crespo. *Op. cit.*, p. 17.

coletiva, a fragmentação das demandas em grupos de interesse fluidos e monotemáticos⁵⁶ são todos fatores que afastaram grande parte dos cidadãos da atividade política constante⁵⁷.

É nas campanhas eleitorais que são reconstruídos os laços políticos daqueles segmentos já identificados com algum partido político ou candidato. Estes se organizam, com a intermediação dos partidos políticos ou espontaneamente, para colaborar na tarefa de convencer os demais eleitores a votar ou não em determinada alternativa. As ações efetivamente empreendidas podem ser as mais variadas, desde o voluntariado na própria campanha à realização de doações para candidatos, passando pelo mero proselitismo junto aos círculos de amizade, diretamente ou mediado pela Internet.

Por fim, quarta e essencial função das campanhas eleitorais é a difusão de informação na sociedade⁵⁸. Pouco poderia ser atingido quanto à legitimação de candidatos, ativação do compromisso cívico e mobilização de apoiadores se candidatos e partidos políticos não tivessem o que dizer ao eleitorado. É com a livre exposição do perfil dos candidatos e partidos políticos, com suas plataformas e propostas, que são viabilizadas as demais funções⁵⁹.

⁵⁶ “Para explicar o problema da imagem atual dos partidos, que é um fenômeno geral que não se limita à Alemanha ou ao Brasil, existem diferentes causas: (...) os novos desafios decorrentes das transformações sociais e do desenvolvimento das sociedades modernas fragmentadas, que têm como características a dissolução de ambientes tradicionais, um nível educacional mais elevado, a pluralidade de fontes de informações, uma erosão dos sistemas de valores e outros fatores a esta vinculados, bem como uma organização individualista das relações pessoais: ‘mudança de valores’, ‘individualização’, ‘sociedade de lazer’, ‘esfacelamento de interesses’ são conceitos utilizados para a descrição de fenômenos sociais que se refletem diretamente no modo como os cidadãos vêem os partidos”. HOFMEISTER, Wilhelm. Problemas da Democracia Partidária. América Latina à luz das experiências internacionais. In: HOFMEISTER, Wilhelm (Ed.). **Partidos políticos: quatro continentes**. Cadernos Adenauer VIII. n. 3. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, nov. 2007, pp. 11-12.

⁵⁷ A falta de interesse em assuntos políticos de parte significativa da população, exatamente a parcela que pode representar a vitória ou derrota de um candidato, é ressaltada quando se afirma que “[...] political marketing very often selects its prime targets amongs abstentionists, or the undecided, the persuadable or swing voters. Due to the very narrow margins that often separate the main parties or leaders at the polls, it is more productive to try to convince those marginal citizens who, in fact, will often cast the decisive votes. It explains why this method is so hard to manage, since politicians use a political communication campaign precisely to reach those who are least interested in politics!” MAAREK, Philippe J. **Campaign communication & political marketing**. West Sussex: Wiley-Blackwell, 2011, pp. 46.

⁵⁸ Como acentua José Jorge Barreiros, “[...] informação e comunicação, enquanto vetores de vida cívica e política em democracia, constituem fatores com contributo e responsabilidade própria relevante no atingir da meta civilizacional de sociedades mais justas e governações políticas mais eficientes e responsáveis”. BARREIROS, José Jorge. **Democracia, comunicação e media**. Lisboa: Mundos Sociais, 2012, p. 157.

⁵⁹ Interessante análise sobre os efeitos da propaganda eleitoral no microcosmo de três bairros e sua função de difusão de informação é encontrada em LILLEKER, Darren G. Local political marketing: political marketing as public service. In: LILLEKER, Darren G.; JACKSON, Nigel A.; SCULLION, Richard (Ed.). **The marketing of political parties: political marketing at the 2005 British general election**. Manchester: Manchester University Press, 2006, pp. 206-230.

O livre debate de ideias assume, então, simultaneamente, papel de meio e fim⁶⁰. É canal essencial que permite chegar aos demais objetivos e uma meta *per se*, dado o indiscutível valor positivo da tomada de decisões com a mais ampla informação disponível, o que será objeto de ponderação mais adiante.

2.2 OS PARTIDOS POLÍTICOS E A ORGANIZAÇÃO DAS CAMPANHAS ELEITORAIS

Na maior parte das Democracias contemporâneas, o acesso ao Poder Político é reservado aos partidos políticos, expressa ou implicitamente. No Brasil, a determinação consta da Constituição Federal⁶¹ e é clara no artigo 2º do Código Eleitoral, quando se afirma que “[...] *todo poder emana do povo e será exercido em seu nome, por mandatários escolhidos, direta e secretamente, dentre candidatos indicados por partidos políticos nacionais [...]*”. A filiação a partido político, por prazo mínimo predeterminado, é condição necessária para o registro das candidaturas. Esta constatação faz dos partidos políticos os principais atores das campanhas eleitorais.

Não sendo objeto desta pesquisa a investigação acerca da natureza dos partidos políticos, basta aos fins aqui propostos defini-los como parcelas da sociedade dotadas de estruturas de comando e organizadas institucionalmente, cujos membros são unidos por um projeto comum de poder, ao qual se busca chegar mediante a disputa por cargos eletivos. A definição oferecida diferencia os partidos políticos dos demais grupos de interesse da sociedade em virtude da comunhão de um projeto de poder entre seus membros e da luta eleitoral como meio para pô-lo em prática⁶².

⁶⁰ Sobre a ampla liberdade para difusão de informações, com o fito de alcançar uma verdade nunca estável, mas sempre em mutação, vale a lição de Teresa Rodríguez Montañés: “La libertad de expresión es esencial para el avance del conocimiento y el descubrimiento de la verdad. Para alcanzar la verdad se deben considerar todas las alternativas, contratar el juicio propio con los opuestos y tomar en consideración diferentes opiniones. La discusión debe permanecer abierta cualquiera que sea el grado de certeza que se tenga sobre una opinión, pues muchos de los conocimientos ampliamente aceptados como verdaderos se han demostrado luego erróneos. Y viceversa: no importa cómo de falsa o perniciosa parezca una nueva opinión; puede ser total o parcialmente verdadera y, aunque fuera completamente falsa, su exposición y la discusión abierta obligan a reconsiderar y reexaminar la opinión aceptada. Esta lógica resulta aplicable tanto a la búsqueda individual de la verdad como a la búsqueda de la verdad colectiva, a la adopción de juicios sociales racionales”. MONTAÑÉS, Teresa Rodríguez. **Libertad de expresión, discurso extremo y delito: una aproximación desde la Constitución a las fronteras del derecho penal**. Valência: Tirant lo Blanch, 2012, p. 108.

⁶¹ Cf. artigos 17 e 77, § 2º.

⁶² Com maior autoridade, discorrendo sobre a intermediação que partidos políticos fazem entre cidadãos e o exercício do Poder Político, diz Fávila Ribeiro: “A liberdade política não se encerra no invólucro pessoal

Por projeto de poder entende-se um conjunto mais ou menos organizado de propostas, programas, metas e meios, abarcando a maioria, senão todas as pautas relevantes para o exercício do Poder Político. Não se admitem, tradicionalmente, partidos políticos monotemáticos como detentores de um projeto de poder. Frutos da fragmentaridade dos interesses dos cidadãos, os partidos que defendem quase que exclusivamente uma única pauta⁶³ raramente logram êxito em obter o controle de governos, em razão de lhes carecer projetos abrangentes para áreas alheias aos seus interesses específicos, como saúde, educação e segurança pública.

Vê-se, ainda, que a definição dada aos partidos políticos não exige identidade ideológica de seus componentes, ao contrário do que se poderia imaginar. A constatação é realista. Partidos políticos são o que são, não o que se desejaria que fossem. Estipular uma exigência acadêmica para que se lhes dê o título de “partidos políticos”, mormente quando

tendo de expandir-se em diferentes correlações sociais, nas quais os indivíduos manifestam as suas afinidades e divergências na avaliação dos interesses da coletividade. Não é suficiente o estabelecimento de fortuitas interações, havendo necessidade de perduráveis associações em que os indivíduos se sintam politicamente aclimatados em razão de identidade de ideias ou de interesses. Para funcionamento do processo competitivo democrático nos Estados contemporâneos é necessário que os indivíduos se arremitem em partidos políticos, evitando a dispersão que os enfraquece, consolidando solidariedades para dar expressão aos antagonismos de cada momento histórico. Atingiu-se um estado civilizatório em que foram abolidas as confrontações físicas nos combates políticos, passando a prevalecer processos institucionalizados para transmissão do poder, de modo que a vitória recaia em favor da corrente que se revelar eleitoralmente mais forte, reconhecida através da contagem dos sufrágios individuais, para investidura dos vencedores. A luta política que reaparece em períodos regulares não pode ser travada desordenadamente entre indivíduos isolados, figurando na linha de frente os partidos políticos que assumem a responsabilidade pela definição e execução de versátil estratégia a ser cumprida, reajustável em conformidade com as renovadas exigências dos correligionários, as investidas adversárias e as mudanças de natureza conjuntural”. RIBEIRO, Fávila. **Pressupostos constitucionais do direito eleitoral**: no caminho da sociedade participativa. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990, p. 34. O protagonismo dos partidos políticos como intermediários entre o povo e o poder não é exercido sem críticas, algumas bastante antigas. É célebre a obra do pensador russo Moisei Yakolevich Ostrogorski, *A democracia e os partidos políticos*, cuja primeira edição data de 1903 e a segunda, aqui analisada, de 1912. Nela, sustenta o autor que a organização partidária é anterior à Democracia e identifica, na primeira, parte substancial dos vícios da segunda, como as tendências à oligarquização e burocratização das sociedades. Em sua leitura, a evolução democrática traria o fim dos partidos políticos e o início de um período no qual os cidadãos se organizariam topicamente, em grupos maleáveis, de acordo com interesses transitórios: OSTROGORSKI, Moisei. **La democracia y los partidos políticos**. 2ª ed. Tradução de Antonio Lastra e Andrés Alonso Martos. Madri: Editorial Trotta, 2008.

⁶³ Como a ecologia, no caso dos partidos denominados “verdes”, que se espalharam da Europa para o mundo a partir de meados da década de 1970 ou a defesa da irrestrita liberdade na Internet, do que dão exemplo os recém-criados “partidos piratas”, na Suécia e Alemanha. Ao se apontar a diferença entre partidos políticos e grupos de pressão temáticos, que podem vir a se transformar em partidos políticos, afirma-se que “[...] do domínio político também participam os grupos de pressão, os quais têm acentuada diferença com os partidos, precisamente porque estes procuram assumir o poder, colocando nos postos governamentais os seus representantes para que executem as medidas interpretadas como necessárias aos interesses coletivos; ao passo que os primeiros ficam apenas assediando o poder, sem deste participarem e sem que se tornem responsáveis pelas decisões, procurando contemplar interesses particularizados de categoriais sociais ou econômicas isoladas. Desse modo, os partidos têm por missão traduzir os interesses globais da sociedade, tomando-a em sua universalidade. Os grupos de pressão concentram-se em porfiar por interesses seccionados, sem sopesar as conveniências gerais”. RIBEIRO, Fávila. **Direito eleitoral**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 347.

tão distante da realidade investigada, em nada contribuiria para a compreensão do objeto estudado. A comungação de um projeto de poder, sim, é o mínimo a cimentar as relações intersubjetivas no interior dos partidos políticos. Se a ela se somar uma semelhança ideológica, tanto melhores, como mais estáveis e sólidas serão estas relações.

Assim, dotados de estruturas estáveis e objetivando ocupar os cargos postos em disputa, cabe aos partidos políticos o protagonismo nas campanhas eleitorais. São eles que buscam mobilizar apoiadores, ativar o eleitorado mediante a difusão de informações e, em última instância, convencer o maior número de cidadãos a votar nas alternativas que representem o seu projeto de poder.

A preparação de uma campanha eleitoral passa, necessariamente, pela definição dos objetivos que se pretende alcançar. Intuitivamente, assume-se que o objeto sempre será “vencer as eleições”. Esta ideia, inclusive, leva a que de forma infantil se critique a intenção dos pequenos partidos em disputar eleições, dado que de antemão se tem por certa a impossibilidade de vitória. A questão não é tão simples.

Em primeiro lugar, é de se consignar que raramente os resultados eleitorais podem ser divididos em vitórias ou derrotas puras, a não ser no segundo turno de uma eleição majoritária, quando um candidato será eleito e outro não; no mais das vezes, é possível aferir graus diversos de sucesso e fracasso junto ao eleitorado. Plenamente legítimo, desta forma, que os partidos políticos estipulem objetivos diversos para chegarem ao governo. Ampliar o número de parlamentares eleitos, tornar-se uma força de oposição com peso considerável⁶⁴, passar para o segundo turno, sofrer uma derrota menos avassaladora do que

⁶⁴ Acerca da importância da oposição, como fundamento dos modernos regimes democráticos, tem relevo o estudo de Monica Herman Salem Caggiano, para quem “[...] tem sabor de lugar-comum a assertiva de que o fenômeno oposição é elemento característico e distintivo das democracias”. Em sua leitura, contudo, não basta apenas a existência da oposição para que se tenha um regime democrático, já que “[...] distante do elemento participação, quer por via da mecânica representativa, quer por meios referendários, quer por simples operação eleitoral, sua presença isolada, ainda que em elevada dosagem, não conduz necessariamente ao reconhecimento do sistema poliárquico”. CAGGIANO, Monica Herman Salem. **Oposição na política**. São Paulo: Madras Livraria e Editora, 1995, pp. 61-67. Ainda sobre o tema, é de relevo a obra de José Manuel Silva Leitão, fruto de sua dissertação de mestrado junto à Universidade de Lisboa. Segundo o autor, “[...] o direito de oposição surge como um conceito que descreve um conjunto de normas e práticas de nível constitucional (que integram o estatuto disciplinador da atividade da oposição política), normas e práticas inseridas ou diretamente decorrentes da Constituição, por ela tuteladas, e garantidoras da continuidade do Estado. O direito de oposição pressupõe, portanto, mais do que a admissão formal na tessitura jurídico-política textual, uma ‘justa relação’ entre a Constituição e a prática que ela suporta. Reveste sobretudo um carácter material, institucional e teleológico e, além disso, um aspecto instrumental: a suficiente disponibilidade de meios para, pelo seu exercício, concorrer para a conformidade entre as diferentes (e, por vezes, contraditórias) práticas constitucionais e a efetividade normativa da Constituição no que respeita a

a prevista anteriormente, verbalizar e trazer para o centro dos debates políticos certas pautas até então relegadas a um segundo plano são objetivos possíveis de serem assumidos.

Os objetivos traçados sempre serão medidos pelo número de votos obtidos, o que costuma se reverter no incremento da representatividade do partido político que disputa as eleições. A aquisição de Poder Político, ademais, não exige, necessariamente que se chegue à chefia do governo, ainda que esta seja, em regra, a meta primordial dos maiores partidos políticos. Afora as Democracias bipartidárias, realidade desconhecida hoje no Brasil, a formação dos blocos de apoio aos governos passa pela composição de diferentes forças políticas, com os acordos entre partidos políticos para dar sustentação parlamentar à chefia do Poder Executivo.

Assim, no caso brasileiro, ao angariar um número de votos relevante, formando uma bancada parlamentar, os partidos políticos habilitam-se a pleitear participação no governo indicando pessoas para ocuparem cargos políticos. É por meio deste tipo de indicação que os partidos políticos passam a deter poder sobre as políticas do governo, seus investimentos e obras. Desta feita, podem avançar, parcial ou totalmente, em seu projeto de poder.

Para tanto, a estrutura fixa, estável, dos partidos políticos mostra-se insuficiente. Cabe aqui um breve paralelo, que pode facilitar a compreensão do quanto dito.

As campanhas eleitorais diferem das campanhas publicitárias comerciais em diversos aspectos. As primeiras têm por ambiente a liberdade política. Em virtude desta liberdade é que os cidadãos detêm o poder de decidir a quem atribuir o exercício do Poder Político. As últimas, por outro lado, vicejam na liberdade econômica, dado que ao indivíduo é permitido direcionar sua intenção de consumo para um ou outro bem ou serviço.

Ao se deixar de lado por um momento as diferenças, é possível assumir que ambas visam convencer grupos de indivíduos a manifestar sua vontade em um certo sentido. As tarefas necessárias para que se atinjam os objetivos, em um e em outro caso, são complexas e variadas, exigindo que sejam delegadas a especialistas.

cada um dos seus elementos estruturais”. LEITÃO, José Manuel Silva. **Constituição e direito de oposição: a oposição política no debate sobre o Estado contemporâneo.** Coimbra: Almedina, 1987, pp. 70-71.

Para que se tenha uma bem-sucedida campanha publicitária comercial – por exemplo, de uma marca de *shampoo* –, necessário que o produto tenha sido inicialmente bem desenvolvido por químicos e engenheiros químicos. Em seguida, imperioso que sua fabricação se dê com exatidão por funcionários treinados e habilitados para tanto na linha de produção. Simultaneamente, deve-se pesquisar junto aos potenciais consumidores quais características são desejadas no produto, alterando sua produção para melhor se adequar ao exigido, bem como formular mensagens publicitárias que convençam o público-alvo de ser aquele um melhor *shampoo* que o dos concorrentes. Estas atividades têm custos que devem ser corretamente calculados por profissionais especializados, de modo a impedir, por exemplo, que a empresa se torne insolvente antes do retorno do capital investido. Problemas jurídicos podem surgir ao longo deste processo, para o que se torna imperiosa a colaboração de outros profissionais com conhecimentos técnicos.

Nas campanhas eleitorais, o fenômeno repete-se com um especial agravante. Ainda que os partidos políticos tenham uma estrutura estável, no mais das vezes esta é composta por indivíduos que detêm legitimidade apenas política para ocuparem os cargos internos, não sendo obrigatoriamente profissionais habilitados nas diversas áreas necessárias à campanha eleitoral⁶⁵.

Não raramente, esta profissionalização da atividade política é mal vista, de forma difusa, em geral na leitura dada pela cobertura da imprensa. É como se houvesse uma nostalgia de uma época supostamente passada, na qual as coisas eram mais simples, os políticos eram apenas os vizinhos bem intencionados que desejavam lutar pelo bem comum, em uma atividade quase amadora.

Ao se deixar de lado a ficção embutida neste cenário, dificilmente aferível na história, a sociedade moderna tem como uma de suas características marcantes a crescente especialização e profissionalização do agir humano. Todo ramo de atividade que se possa imaginar é alvo de estudo, dissecação, categorização e especialização. Da produção de bens e serviços – certamente as primeiras atividades que passaram por este processo – ao

⁶⁵ A explanação da organização das campanhas eleitorais, conquanto não seja objeto precípua do trabalho, tem o intuito de descrever o cenário no qual são desenvolvidas as atividades de propaganda eleitoral. Assim, entende-se por pertinente esta breve descrição. Philippe Maarek descreve os passos para estruturação física e humana de uma campanha eleitoral. Para ele, essencial, inicialmente, é a designação de duas figuras-chaves, as quais denomina “campaign manager” e “field coordinator”. Trata da escolha da sede da campanha e da montagem de sua estrutura, bem como das diversas atividades a serem desempenhadas por profissionais especializados em áreas como: direito, comunicação, jornalismo, segurança, tesouraria e finanças, almoxarifado, compras, recursos humanos etc. MAAREK, Philippe J. *Op. cit.*, pp. 181-211.

lazer, quase tudo que o ser humano faz envolve algum tipo de profissional. A agonia da modernidade, quando nem mesmo as perguntas são conhecidas, quiçá as respostas, clama por profissionais que digam que o que é, é. Se não se cogita nem mesmo fazer uma viagem de lazer sem a consulta de especialistas, que planejarão o máximo de diversão para o tempo que se tem, difícil imaginar que a atividade política passasse ao largo deste fenômeno.

Assim, as campanhas eleitorais são organizadas e realizadas pelos partidos políticos com a colaboração de profissionais. Em geral, há um núcleo político ao qual comumente se atribui uma estrutura colegiada de conselho, no qual costumam figurar:

- membros das hierarquias partidárias, lembrando que, às vezes, vários partidos juntam-se em uma coligação;
- pessoas ligadas diretamente ao candidato, se em uma eleição majoritária;
- expoentes da sociedade em suas áreas, em regra não sendo parte da estrutura orgânica dos partidos políticos;
- em alguns casos, parte dos profissionais contratados.

Ao atuarem sob a orientação deste conselho, que, via de regra, tem uma chefia declarada, alinham-se, em organogramas tão variáveis quanto o são as campanhas eleitorais, os profissionais de comunicação, assessoria de imprensa, publicidade e *marketing*, da área jurídica, de contabilidade, logística, transportes, o *staff* pessoal do candidato e especialistas em pesquisas políticas, dentre outros. Na base da estrutura, trabalha, voluntariamente ou contratado, o pessoal de rua, distribuindo materiais, colando faixas e cartazes, segurando bandeiras e buscando o convencimento do eleitorado.

2.2.1 As Pesquisas e as Campanhas Eleitorais

Um breve parêntesis merece ser aberto para mencionar a crescente importância das pesquisas nas campanhas eleitorais⁶⁶. Com relação especificamente ao trabalho aqui

⁶⁶ Sobre o surgimento das pesquisas de opinião, cabe ressaltar a lição de Cándido Monzón, para quem “[...] los precedentes inmediatos de las encuestas de opinión hay que situarlos en el interés por conocer la intención de voto de los ciudadanos en las primeras experiencias electorales del siglo XIX. Las revistas

desenvolvido, as pesquisas eleitorais podem ser utilizadas como instrumento de propaganda eleitoral e, diante do controle que se faz de seu conteúdo, passíveis de caracterização do crime do artigo 33, § 4º da Lei nº 9.504/97, que trata da pesquisa fraudulenta.

As pesquisas podem ser quantitativas ou qualitativas. As primeiras são aquelas que ordenam as intenções dos pesquisados, numericamente, em geral direcionadas a saber em quem o eleitor votaria ou não. Inúmeras outras perguntas podem ser objeto de aferição por pesquisas quantitativas. Desde as principais preocupações com o futuro governo às carências na atuação do Poder Público, passando pelo aval que se dá às alianças políticas, qualquer informação passível de distribuição em opções predeterminadas pode ser medida. Este é, quase sempre, o tipo de pesquisa veiculado pelos meios de imprensa. São elas imensamente úteis ao longo das campanhas eleitorais, permitindo que se visualize uma “foto do momento”, o que colabora para direcionar as ações específicas tomadas.

As pesquisas quantitativas são, assim, levantamentos estatísticos, nos quais a consulta a um número de pessoas é extrapolada para refletir o universo pesquisado. Para tanto, duas são as variáveis que importam: margem de erro e intervalo de confiança. Margem de erro é a variação estatística admitida dentro de uma pesquisa, enquanto intervalo de confiança é a chance de que os resultados de uma dada pesquisa estejam dentro desta margem de erro. As duas variáveis dependem do número de pessoas consultadas em relação ao todo, bem como da representatividade das categorias de pessoas entrevistadas.

Uma pesquisa eleitoral apenas teria cem por cento de intervalo de confiança se todos os eleitores fossem consultados, o que, obviamente, é impraticável do ponto de vista econômico. Assim, por meio de ferramentas estatísticas, estipula-se qual o número de pessoas que deve ser entrevistado para que se chegue a um intervalo de confiança

Harrisburg Pennsylvania y Raleigh Star, con ocasión de las elecciones presidenciales norteamericanas de 1824, publicaran por primera vez los resultados de una ‘votación particular’ (straw votes o ‘votos de paja’) y a partir de aquí, con mayor o menor fortuna, la experiencia se prolongará hasta la aparición de las encuestas de opinión. Utilizadas especialmente en el periodo electoral, los ‘votos de paja’ se recogían en papeletas impresas en la prensa, que después el lector interesado debías recortar, rellenar y enviar a la redacción del periódico, o se sacaban de tarjetas enviadas a direcciones conocidas, o simplemente, de preguntar a los transeúntes. La revista Literary Digest los convierte en una ‘institución nacional’ al acertar en el 1916 el candidato ganador a la presidencia, pero esta misma revista sufrirá un fuerte fracaso – frente al acierto de las primeras encuestas electorales – al predecir el nombre del ganador en las elecciones presidenciales de 1936. El 41 por 100 que la revista daba al presidente F. D. Roosevelt, se convertirá en un 61 por 100 en las urnas”. MONZÓN, Cándido. **Encuestas y elecciones**. Madri: Editorial Tecnos, 2005, p. 79.

razoavelmente confiável, em geral de noventa e cinco por cento. Com isso, uma pesquisa eleitoral com intervalo de confiança de noventa e cinco por cento e margem de erro de dois pontos percentuais conseguirá, noventa e cinco vezes em cada cem que for realizada, indicar a intenção dos pesquisados dentro da banda da margem de erro. Quer-se dizer que cinco vezes em cada cem, os números reais não são aqueles entre as margens mínima e máxima divulgadas. Em outras palavras, a pesquisa terá falhado em aferir a vontade do eleitorado, sem que com isso se possa afirmar que foi “manipulada”, “alterada” ou que teve intuito de enganar os eleitores. É apenas uma limitação técnica da aferição de intenções por meio deste ferramental estatístico⁶⁷.

A razão para tanto é intuitiva. Ao se entrevistar um certo número de pessoas, tentam as pesquisas levar em consideração as divisões da própria sociedade. Se houver sessenta por cento de mulheres e quarenta por cento de homens, por exemplo, serão ouvidas seis mulheres a cada quatro homens. O mesmo vale para os inúmeros fatores de clivagem da sociedade, como classe social, formação educacional formal, cor da pele, idade, local de moradia e preferência partidária, dentre outros. O problema reside na ponderação destes diversos fatores. Por este motivo que é essencial, antes de iniciar a coleta de dados para uma pesquisa quantitativa, saber como se divide a sociedade, de modo que se possa, com um pequeno universo de entrevistas, induzir o todo.

Age mal a imprensa quando divulga pesquisas apenas com a margem de erro, sem declinar o intervalo de confiança ou mesmo explicar a existência e importância desta variável. Com a mencionada tecnicização dos diversos aspectos da vida, a confiança que se tem na divulgação de dados, números, é crescente. Neste contexto, com a apresentação apenas da margem de erro, passa-se a ideia que os números reais estarão sempre dispostos dentro daquela banda.

⁶⁷ Em obra sobre o tema, Alberto Carlos Almeida afirma que “[...] toda eleição se parece quando as pesquisas eleitorais são o tema do debate. Elas erram, elas erram!, é o bordão principal. Aqueles que ficam com mais votos nas urnas do que nas pesquisas denunciam uma suposta manipulação para prejudicá-los. Particularmente quando o ‘aqueles’ é um candidato que ficou em segundo lugar. Suspeitas não provadas são levantadas. Há de tudo, candidato que contrata um instituto de pesquisa local para conferir um outro instituto, os que presenciaram uma negociação duvidosa, os que afirmam terem visto eleitores mudando de voto por causa das pesquisas etc. Qualquer que seja a história, a conclusão é uma só: as pesquisas erram, e muito” (p. 33). O propósito do autor, apesar da provocação, é demonstrar que erros matemáticos, amostrais ou não amostrais respondem pela quase totalidade das suspeitas levantadas. Neste sentido, explica a influência que a formulação das perguntas tem sobre as respostas, a dificuldade de estabelecimento do espaço amostral e a deficiência da amostra por cotas, adotada no Brasil, em relação à amostra probabilística, muito mais cara, dentre outros. ALMEIDA, Alberto Carlos. **Erros nas pesquisas eleitorais e de opinião**. Rio de Janeiro: Record, 2009.

Quando uma pesquisa ficar fora do intervalo de confiança e, portanto, quando os números finais estiverem longe da margem de erro, tem-se a impressão de ter havido fraude, mentira, tentativa de manipulação. A hipótese é possível, mas em geral são apenas os limites da estatística sendo expostos em um cenário no qual eles não são conhecidos.

Na tentativa de evitar que pesquisas cujos resultados caíam fora do intervalo de confiança sejam tidas por exatas, algumas estratégias são utilizadas. A mais comum é a realização de diversas pesquisas, com pequenos intervalos temporais entre elas. Com isso, eventuais números que escapem de uma curva razoável esperada de crescimento ou queda de intenções de votos podem ser desconsiderados. Outra é a somatória de pesquisas feitas por institutos diversos de pesquisas⁶⁸, por vezes com metodologias também diferentes, extraindo uma média. Assim, eventuais resultados que discrepem dos demais são diluídos, influenciando menos nos números divulgados ao final.

As pesquisas qualitativas nas campanhas eleitorais, por outro lado, não têm a pretensão de reproduzir fielmente a distribuição de preferências da sociedade. Buscam, ao contrário, ir a fundo em temas específicos, ouvindo o que grupos de eleitores têm a dizer sobre certos temas. São mais custosas e demoradas que as pesquisas quantitativas e seus resultados não podem ser simplesmente tabulados e expostos em números.

Pesquisas deste tipo são comumente utilizadas para o acompanhamento da propaganda eleitoral, tema que será tratado adiante, especialmente do horário eleitoral gratuito em rádio e televisão. Grupos de eleitores são chamados – e em geral pagos para isto – para assistir os programas, sendo posteriormente entrevistados, individual e coletivamente, para que declinem suas opiniões em detalhes.

Para que se tenha uma pesquisa qualitativa mais fiel, costumeiramente estes eleitores nem mesmo sabem qual é o partido político ou candidato a serviço de quem estão os entrevistadores, o que garante maior isenção. Por esta razão, inclusive, não se vislumbra qualquer óbice em que sejam remunerados os eleitores pela participação neste tipo de pesquisa. O longo tempo em que ficam disponíveis aos pesquisadores justifica a remuneração e, de outro lado, ao não saberem para quem trabalham, não se há de cogitar

⁶⁸ Os institutos que realizam pesquisas eleitorais adotam estratégias diferentes de captação das intenções do eleitorado. Há, por exemplo, os que buscam entrevistados em pontos de fluxo, como praças, ruas movimentadas e calçadões e os que realizam entrevistas telefônicas, dentre outros. Não sendo intuito do trabalho aprofundar o tema, basta salientar que esta diversidade de modos de obtenção de informação tem consequências estatísticas.

de eventual influência que o pagamento possa ter na formação de seu voto. Pelos perfis destes entrevistados é que, também de forma indutiva, se assume que determinada mensagem está sendo corretamente transmitida ou não, bem como se auferem as propagandas eleitorais dos rivais que estão sendo bem avaliadas e que merecem resposta. As informações angariadas com as pesquisas qualitativas costumam influir no próprio desenvolvimento das futuras propagandas eleitorais, sendo esta a principal razão de seu uso⁶⁹.

À parte a curiosidade que o tema das pesquisas eleitorais desperta em geral, estas breves explanações têm cabimento no trabalho em virtude do uso que por vezes se faz deste tipo de levantamento estatístico, mormente as quantitativas, como propaganda eleitoral. É costumeiro que candidatos que estejam à frente nos levantamentos de intenção de votos usem tais informações para galvanizar no eleitorado a percepção de que se sagrarão vencedores. Mesma utilidade pode ter para aqueles que crescem nas pesquisas, reduzindo a distância para o candidato favorito, na tentativa de demonstrar que há um movimento rumo à virada.

Em decorrência do uso das pesquisas eleitorais como propaganda eleitoral, aliado à confiabilidade que se deposita em levantamentos técnicos e números, é que o ordenamento jurídico se preocupa com o tema, regulando, limitando e, até, criminalizando condutas. Aqui a justificativa para o parêntesis que ora se encerra, retornando posteriormente ao tema quando se falar das restrições em espécie à propaganda eleitoral.

⁶⁹ Em virtude da melhor compreensão que o campo da neurociência vem trazendo ao comportamento humano, é de se questionar a viabilidade de obtenção de dados confiáveis por meio de pesquisas qualitativas, nas quais as impressões sobre o fato são narradas, conscientemente, pelos próprios sujeitos pesquisados. Leonard Mlodinow narra experiência feita em um supermercado, “[...] em relação às preferências dos consumidores em testes de degustação de chás e geleias. No teste da geleia, perguntou-se aos consumidores qual dos dois tipos eles preferiam; depois os participantes receberam uma segunda colher de prova, supostamente com a que disseram preferir, para que analisassem as razões da escolha. Mas os potes de geleia tinham uma divisória interna e uma tampa de cada lado, permitindo aos espertos pesquisadores mergulhar a colher na geleia não preferida, na segunda degustação. Mais uma vez, só 1/3 dos participantes percebeu a troca, enquanto 2/3 não tiveram problema em explicar as razões de suas ‘preferências’. Enganação semelhante e com resultado igual aconteceu num experimento envolvendo chá. Parece o pesadelo de um pesquisador de mercado: perguntar a opinião das pessoas sobre um produto ou embalagem para obter dados sobre seu apelo e receber maravilhosas explicações, sinceras, detalhadas e enfáticas, mas que na verdade têm pouca reação com a verdade. É também o problema das pesquisas políticas, que costumam perguntar às pessoas por que votaram ou por que vão votar como estão planejando. Uma coisa é as pessoas afirmarem que não têm opinião, outra bem diferente é quando não se pode confiar sequer que elas sabem o que pensam. As pesquisas sugerem que não sabem”. MLODINOW, Leonard. **Subliminar**: como o inconsciente influencia nossas vidas. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 224.

2.3 A PROPAGANDA POLÍTICA E A PROPAGANDA ELEITORAL

As campanhas eleitorais materializam-se no mundo dos fatos com atos de propaganda eleitoral⁷⁰. Inicialmente, cumpre reconhecer a propaganda eleitoral como espécie do gênero propaganda política, deixando de lado a propaganda de guerra, gênero que pode se subsumir genericamente ao de propaganda política⁷¹. Atualmente, esta última recebe aceção ampla e reúne, além da propaganda eleitoral, as propagandas partidária e intrapartidária⁷².

Entende-se por propaganda partidária aquela levada a cabo pelos partidos políticos, fora do período eleitoral, direcionada a divulgar suas ideias e programas, bem como agregar eleitores em torno de um projeto comum, convencendo-os, por exemplo, a se filiar a um dado partido político. A Lei nº 9.096/1995, conhecida como Lei Orgânica dos Partidos Políticos, define em seu artigo 45 a propaganda partidária como aquela que tem

⁷⁰ Vale destacar que a palavra “propaganda” tem origem religiosa, tendo sido pela primeira vez utilizada quando da criação pela Igreja Católica Apostólica Romana da Congregação para Propagação da Fé, fundada em 1597 e estabelecida em 1622 pelo Papa Gregório XV, denominada em latim “*Sacra Congregatio de Propaganda Fide*”. MAAREK, Philippe J. *Op. cit.*, p. 68. Explicando em detalhes as funções daquela Congregação e sua estrutura, veja-se: “El origen del término está en la ‘Sacra Congregatio de Propaganda Fide’ (o también, ‘Sacra Congregatio Christiano Nomini Propaganda’), constituida de manera definitiva por la bula *Inscrutabili Divine*, de 1622, emitida por el papa Gregorio XV, pero que ya funcionaba desde 1572 cuando el papa Gregorio XIII comenzó a reunir, con frecuencia más o menos regular, a tres cardenales en una primitiva ‘congregatio’ para combatir la acción de la Reforma. Esta comisión o congregación se constituiría de hecho como órgano permanente bajo Clemente VIII. A su composición de 1622 (trece cardenales, tres prelados y un secretario) añadiría el papa Urbano VIII un colegio y un seminario de misioneros. Nascida como instrumento de lucha de la Contrarreforma, acabaría ocupándose fundamentalmente de la expansión del Catolicismo en ‘tierras de misión’” PIZARROSO QUINTERO, Alejandro. **Historia de la propaganda política**. 2ª ed. Madri: Eudema, 1993, p. 28.

⁷¹ Ainda antes desta atual distinção, vale destacar a peroração de Pedro Prat Gaballi, no discurso inaugural proferido quando da criação do Circulo Publicitario de Barcelona, em 16 de outubro de 1950: “Las guerras, las revoluciones, las luchas sociales y políticas han sido las determinantes fundamentales de la utilización de la propaganda, como arma tan útil como los cañones y los aviones, por la fuerza que tienen los impactos sobre el espíritu colectivo. Pero se ha utilizado asimismo, y se sigue utilizando, como instrumento de acción, de agitación, de educación en sentidos numerosísimos y antagónicos, por parte de los propios gobiernos, de los partidos políticos y por organismos y grupos de características muy diversas. Y se ha utilizado empleando todos los trucos y recursos de la psicología de las masas”. PRAT GABALLI, Pedro. **Propaganda y opinión pública**: la reeducación de las masas. Publicação nº 1 do Circulo Publicitario de Barcelona, 1951, p. 7.

⁷² Lauro Barreto traça a distinção em sua obra, além de discorrer sobre aquilo que denomina princípios legais da propaganda eleitoral. São eles: princípio da legalidade, segundo o qual toda propaganda eleitoral é regulada por lei federal; princípio da liberdade, pelo que se permite toda propaganda eleitoral que atenda aos requisitos legais; princípio da responsabilidade, impondo a responsabilização àqueles que realizem propaganda eleitoral em desacordo com as normas; princípio igualitário, em razão do qual se assegura a igualdade formal entre todos os candidatos, partidos e coligações, sempre nos termos da lei; princípio da disponibilidade, vinculado ao princípio da liberdade, garantindo que candidatos e partidos disponham dos mesmos meios estatais de propaganda eleitoral, como no caso do horário eleitoral gratuito; princípio do controle judicial, assegurando que todo o ato de propaganda eleitoral será sempre passível de fiscalização e controle pela Justiça Eleitoral. BARRETO, Lauro. **Propaganda política & direito processual eleitoral**. Bauru: Edipro, 2004, pp. 19-24.

por objetivos: difundir os programas partidários, transmitir mensagens aos filiados sobre o cumprimento destes programas partidários, realização de eventos e atividades internas, divulgar a posição do partido sobre temas em debate na sociedade e no Parlamento, além de “[...] promover e difundir a participação política feminina [...]”. (artigo 45, IV).

A propaganda intrapartidária é mais restrita. Diz-se intrapartidária aquela propaganda conduzida pelos postulantes a candidaturas, com o fito de obter apoio dentro do próprio partido para que sejam indicados nas convenções partidárias. Assim, somente é permitida na quinzena que antecede as convenções, devendo ser direcionada exclusivamente aos demais filiados. É o que determina o artigo 36, § 1º da Lei nº 9.504/1997, vedando o uso, para tanto, de rádio, televisão e *outdoors*.

A propaganda eleitoral, objeto de reflexão desta pesquisa, é aquela direcionada aos eleitores, com o firme propósito de convencê-los a votar ou não em determinados partidos políticos ou candidatos⁷³. Daqui já se extrai uma primeira diferenciação, importante para a ponderação proposta: propaganda eleitoral positiva será aquela que tem por fim convencer eleitores a votar em certo sentido, enquanto a propaganda eleitoral negativa intenta evitar que o voto do eleitorado seja direcionado a um candidato ou partido político.

Em obra na qual abertamente defende a liberdade da propaganda eleitoral, criticando a demasiada regulamentação imposta pela legislação e pela Justiça Eleitoral, Carlos Neves Filho afirma que

“[...] a propaganda eleitoral, enquanto tentativa legítima de criar estados mentais favoráveis a uma proposta, entre várias apresentadas, próprio da pluralidade de ideias de uma Democracia, possui princípios norteadores, onde se destaca o princípio da liberdade da propaganda [...]”,

⁷³ Em forte tom crítico, Fávila Ribeiro admite o caráter irracional, em sentido estrito, do apelo propalado pela propaganda eleitoral. Sobre o tema, afirma que “[...] despreza a propaganda eleitoral a argumentação racional, prescindindo do esforço persuasivo para demonstração lógica da procedência de um tema. Procura, isto sim, desencadear, ostensiva ou veladamente, estados emocionais que possam exercer influência sobre as pessoas. Por isso mesmo, com a propaganda não se coaduna a análise crítica de diferentes posições, desde que procura induzir por recursos que atuam diretamente no subconsciente individual”. RIBEIRO, Fávila. **Direito eleitoral**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 445.

em razão do que “[...] a propaganda política é livre, mesmo que pareça, ou façam parecer, o contrário!”⁷⁴.

Para a realização da propaganda eleitoral, os partidos políticos valem-se de ferramentas de publicidade, em geral construídas por profissionais da área com apoio dos resultados das pesquisas qualitativas e quantitativas⁷⁵.

Diversos são os efeitos que podem decorrer da propaganda eleitoral, a depender da predisposição de seu destinatário em relação ao emitente. Na hipótese de se tratar de um apoiador, já correligionário do candidato ou partido político, a propaganda pode produzir um reforço positivo, confirmando

- a intenção de voto;
- a neutralidade, se não conseguir influenciar o eleitor;
- o desincentivo, se a propaganda do candidato acaba levando o eleitor a perder o interesse por depositar seu voto;
- a aversão, quando, em vista da propaganda, aquele eleitor dado como certo recusa-se a votar no candidato que a produziu.

Diante de eleitores neutros, a propaganda pode lograr o convencimento, levando o eleitor a se posicionar favoravelmente ao candidato, manter a neutralidade, deixando de

⁷⁴ É certo que, mais adiante, admite o autor que “[...] a liberdade de expressão encontra limitação na própria necessidade de manutenção da condição livre do homem, ou seja, dos seus direitos fundamentais, devendo respeito à dignidade da pessoa humana, impedindo-se, aí, a invasão da privacidade, a ofensa à honra, a incitação à violência ou atentado contra a vida”. NEVES FILHO, Carlos. **Propaganda eleitoral e o princípio da liberdade da propaganda política**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, pp. 20-28.

⁷⁵ Interessante análise sobre a integração de profissionais e suas funções em uma campanha eleitoral, especificamente no que diz respeito às ações de *marketing* eleitoral em MAAREK, Philippe J. *Op. cit.*, pp. 177-231. Dentre as ferramentas utilizadas, vale destacar a criação de *slogans* e logotipos, que “[...] son elementos simbólicos que tratan de expresar una idea, aquélla com la que los organizadores de campaña quieren que quede asociado el partido. El logo es la imagen permanente. El eslogan se diferencia del logo en que tiene un carácter menos permanente: es ideado por el partido para una campaña específica, con el fin de compendiar, en forma de lema, lo que el partido entiende que es su propuesta electoral. Se diferencia además en que, mientras que el logo es gráfico, el eslogan es textual. (...) El término eslogan viene del gaélico *slaugh-gharim*, término que en la antigua Escocia significaba conjunto de palabras o frases utilizadas por los clanes. La lengua inglesa lo introdujo en 1704, como frase o grito de los soldados de las trincheras. En la Edad Media, el término ‘emigró’ a Europa, para significar contraseña con la que reconocer al soldado de un mismo bando en la confusión de una batalla. Y en el siglo XIX el término empieza a utilizar como divisa de un partido y consigna electoral”. CANEL, Maria José. **Comunicación política: técnicas y estrategias para la sociedad de la información**. Madri: Tecnos, 1999, p. 53.

influenciá-lo, ou causar aversão, fazendo com que o eleitor, então neutro, conclua por não votar no candidato responsável pela propaganda.

Se o eleitor for correligionário do candidato ou partido político adversário, os efeitos possíveis são:

- o convencimento, quando se obtiver a mudança de intenção de voto;
- o desincentivo a votar naquele candidato originalmente preferido pelo eleitor, sem que se chegue a concluir pela troca do voto;
- a neutralidade, se não conseguir alterar o seu ânimo;
- o reforço negativo, se apenas confirmar a preferência anterior do candidato;
- a aversão, na hipótese de a propaganda eleitoral influir de modo a que o eleitor não admita votar no candidato responsável por ela⁷⁶.

Os diversos fatores que contribuem para que as reações dos destinatários caminhem em um ou em outro sentido serão objeto de investigação quando da análise da lesividade e ofensividade da propaganda eleitoral criminosa, no Capítulo 3. No momento, basta que se entenda não ser previsível a indicação dos efeitos da propaganda eleitoral.

2.4 ANÁLISE HISTÓRICA DA PROPAGANDA POLÍTICA

Para bem compreender um fenômeno, manifestação, instituição ou ideia, parece apropriado conhecer suas raízes históricas, de modo que se possam identificar traços característicos que, porventura, tenham acompanhado seu desenvolvimento. Imaginar que a propaganda política nasce com sua inserção na ordem positiva nacional, com as regras legais que a organizaram, seria tão equivocado quanto crer que surgiu com a Democracia moderna e com a alternância de poder decidida em eleições periódicas e livres.

⁷⁶ As diferentes reações às campanhas eleitorais, de acordo com o perfil de cada eleitor e suas preferências políticas são destacadas quando se afirma que “[...] en la medida en que la identificación ideológica de un votante con un partido sea más fuerte, menor será la posibilidad de que modifique el sentido de su voto y, por tanto, serán menos influenciables por la campaña electoral”. MARTÍNEZ, Antonia e MÉNDEZ, Mónica. Los partidos: agentes eficaces. In: MARTINEZ, Ismael Crespo. *Op. cit.*, p. 24.

Não se olvida que as reiteradas eleições realizadas em países democráticos, aliadas à ubiquidade e massificação dos meios de comunicação no âmbito da sociedade de informação, catapultaram a propaganda política a um patamar de relevância que certamente jamais teve em outros tempos. Entretanto, essa mudança, mais de ordem quantitativa, não afasta a recomendação de lançar olhos para o passado com o intuito de melhor apreender o presente. A análise aqui empreendida não é exaustiva, mas intenta demonstrar que a comunicação entabulada entre governantes (ou aqueles que buscam chegar a esta condição) e governados, critério essencial para a própria identificação da Política como organização da sociedade, jamais existiu sem seu caráter persuasório ou mesmo manipulador⁷⁷.

A legitimidade que permite o exercício da dominação política não se obtém somente com a força física, nem hoje, nem ontem. A adesão dos governados ou ao menos de parte significativa deles é requisito essencial para o próprio desenvolvimento político da sociedade. Daí porque, como se verá, onde existiu dominação política houve algum tipo de discurso persuasório⁷⁸ que lhe deu sustentação. A partir de um mínimo grau de refinamento deste discurso, chega-se aos primeiros passos do desenvolvimento histórico da propaganda política.

Em uma das obras mais significativas sobre a propaganda política, o francês Jean-Marie Domenech sustenta que desde quando “[...] *há rivalidades políticas, quer dizer, desde o início do mundo, a propaganda existe e desempenha o seu papel*”. A título de exemplo, afirma que “[...] *foi uma verdadeira campanha de propaganda a que Demóstenes realizou contra Felipe ou Cícero contra Catilina*”. Napoleão, “[...] *muito*

⁷⁷ Vale ressaltar a posição de Adrián Huici Módenes, para quem “Si antes decíamos que, desde una perspectiva moderna, la propaganda precedía a la publicidad comercial que, obviamente se nutrió de aquélla; hoy podemos afirmar que esta relación se ha invertido. La publicidad política se ha apropiado de los métodos desarrollados y perfeccionados por la publicidad comercial en la segunda mitad de este siglo”. HUICI MÓDENES, Adrián. **Estrategias de persuasión, mito y propaganda política**. Sevilla: Alfar, 1996, p. 39.

⁷⁸ Adota-se aqui a compreensão de persuasão dada por Alejandro Pizarroso Quintero, para quem “[...] persuasión no es otra cosa que el proceso comunicativo cuya clave está en la respuesta del receptor, es decir, aquel que pretende promover una dependencia interactiva entre emisor y receptor mediante la formación, reforzamiento o modificación de la respuesta del receptor. Es, pues, un proceso comunicativo cuya finalidad u objetivo es la influencia. Un mensaje persuasivo se conforma según una conducta deseada por el emisor para que sea adoptada voluntariamente por el receptor”. PIZARROSO QUINTERO, Alejandro. *Op. cit.*, pp. 26-27.

*consciente dos procedimentos que fazem admirar os chefes e divinizar os grandes homens [...]”, do mesmo modo entendeu a necessidade de granjear o apoio da opinião pública*⁷⁹.

Para Alejandro Pizarroso Quintero, historiador da propaganda política, no Egito e Mesopotâmia antigos ainda não era possível falar propriamente em propaganda política⁸⁰. O termo passa a fazer sentido no período que vai dos séculos VIII a VI a.C., nas cidades-estados da atual Grécia, quando “[...] *os tiranos necessitavam de apoio do povo, dos cidadãos livres, e para isso se valiam de todo um aparato de persuasão demagógica [...]”*, um dos quais, segundo o autor, consistiria na construção de diversas obras públicas e monumentos como forma de demonstrar a grandeza de seus governos e da cidade. Pisístrato seria o grande símbolo desse período, tendo se convertido para a história como exemplo de político que “[...] *atende mais à aparência que à realidade [...]”*⁸¹. Antes disso, na mesma Grécia, o mesmo autor reconhece o uso propagandístico e conservador que se fazia do Oráculo de Delfos e de suas previsões, que, indiscutivelmente, tinham o intuito de persuadir as pessoas a aceitarem os conselhos propalados pela pitonisa.

A propaganda política levada a cabo na Roma Antiga, particularmente em seu período republicano, pode ser vista até hoje nos muros de Pompeia, preservada em virtude da erupção que destruiu a cidade; assumia forma já bastante assemelhada àquela vista atualmente, com espaços abertos a que candidatos afixassem suas publicidades, bem como para que cidadãos manifestassem seu apoio a este ou aquele concorrente. A fórmula clássica OVF, do latim *oro vos faciatis*, significava “vote a favor de”, ao que se seguia o nome do pleiteante⁸². O historiador alemão Karl-Wilhelm Weeber produziu extensa

⁷⁹ DOMENACH, Jean-Marie. **La propaganda política**. Tradução do francês para o espanhol de Horacio de Lenos. Buenos Aires: Eudeba, 1962, p. 2.

⁸⁰ Se não se tem propaganda política, não deixa de ser curioso o registro de Manuel Santaella sobre o primeiro registro de publicidade comercial que se tem notícia, advindo exatamente do Egito Antigo. Um papiro encontrado trazia a seguinte inscrição: “‘Habiendo huido el esclavo Shem de su patrono Hapu, el tejedor, éste invita a todos los buenos ciudadanos de Tebas a encontrarlo. Es un hitita, de cinco pies de alto, de robusta complexión y ojos castaños. Se ofrece media pieza de oro a quien dé información acerca del lugar donde se halla. A quien lo devuelva a la tienda de Hapu, el tejedor, donde se tejen las más bellas telas del mundo, a gusto de cada uno, se ofrece una pieza entera de oro.’” SANTAELLA LÓPEZ, Manuel. **Introducción al derecho de la publicidad**. Madri: Civitas, 1982, p. 124.

⁸¹ PIZARROSO QUINTERO, Alejandro. *Op. cit.*, pp. 50-51.

⁸² “Naturalmente, los mejores testimonios conservados de este los encontramos en Pompeya. Estos 'grafitti' electorales se escribían directamente sobre los muros o bien en los 'alba' (de 'album'), es decir, recuadros blanqueados de estuco especialmente destinados a contener avisos de todo tipo. El cartel tenía siempre la misma composición: tras el nombre del candidato se añadía la abreviatura OVF ('Oro vos faciatis'), es decir, 'Votad por' o 'Votad a favor de'. Seguía luego el nombre o los nombres de quienes apoyaban o recomendaban la candidatura. También había carteles que reclamaban que no se votase por tal o cual candidato, así como los propietarios de las casas escribían en sus muros recomendaciones contrarias a

pesquisa sobre a publicidade eleitoral em Pompeia, identificando, inclusive, traços de propaganda negativa já na ocasião. Segundo narra, a troca pública de ofensas entre candidatos não era admitida pela etiqueta vigente. Portanto, os ataques perfaziam-se mediante falsos apoios divulgados por meio de pinturas nas paredes das casas, com frases como “os jogadores de dados apoiam o candidato” ou “as moças do prostíbulo apoiam o candidato”. Em um dos casos, foi possível averiguar que o candidato Gaio Giulio Polibio mandou pintar por cima de seu nome, com receio de ser vinculado a assuntos de “escassa seriedade”⁸³.

Ainda da Roma republicana, tem-se o precioso conjunto de conselhos dados por Quintus Tullius Cicero ao seu famoso irmão, Marcus Tullius Cicero, quando este se apresentou como candidato ao cargo de cônsul, no verão de 64 a.C., disputando contra Antonios e Lucius Sergius Catilina. Na ocasião, já recomendava ao seu irmão: “[...] *you should always think of publicity. (...) it is vital that you use all your resources to spread the news that you are in a campaign for the largest possible audience*”⁸⁴.

Mais adiante, já no período do Império Romano, tem relevância a propaganda de Otaviano em sua campanha para “[...] *destruir a imagem de Marco Antônio, explorando*

qualquier candidato cuyo nombre apareciere en ellas, algo así como nuestro ‘prohibido fijar carteles’”: PIZARROSO QUINTERO, Alejandro. *Op. cit.*, p. 54.

⁸³ “Un intervento diretto è stato documentato in due soli casi: quando – su presumibile iniziativa dell’aspirante duunviro Gaio Giulio Polibio – fu data una mano di intonaco sui nomi di due attiviste di dubbia fama provenienti dal mondo a luci rosse. Polibio nutriva la palese preoccupazione di apparire eccessivamente contiguo al demi-monde pregiudicando così almeno in parte, a causa dell’impressione di scarsa serietà, le probabilità di essere eletto”. WEEBER, Karl-Wilhelm. **Le campagne elettorali nell’antica Roma**. Tradução de Enrico Paventi. Sant’Oreste: Apeiron Editori, 2007, pp. 61-63.

⁸⁴ CICERO, Quintus Tullius. **How to win an election**. Tradução de Philip Freeman. Princeton: Princeton University Press, 2012, p. 75. Tradução livre. Diversas são as passagens da carta que demonstram o cru pragmatismo que já à época caracterizava as disputas eleitorais: “[...] now, my brother, you have many qualities, but those you lack you must acquire and it must appear as if you were born with them. (...) You desperately need to learn the art of flattery – a disgraceful thing in normal life but essential when you are running for office [...] for a candidate must be a chameleon, adapting to each person he meets, changing his expression and speech as necessary” (pp. 62-63). “Remember Cotta, the master of campaigning, who said that he would promise everything to anyone, unless some clear obligation prevented him, but only lived up to those promises that benefited him (...) after all, if a politician made only promises he could keep, he wouldn’t have many friends” (pp. 70-71). “Finally, as regards the Roman masses, be sure to put on a good show. Dignified, yes, but full of the color and spectacle that appeals so much to crowds. It also wouldn’t hurt to remind them of what scoundrels your opponents are and to smear these men at every opportunity with the crimes, sexual scandals, and corruption they have brought on themselves” (pp. 78-79). “You don’t have to actually bring your opponents to trial on corruption charges, just let them know you are willing to do so. Fear works even better than actual litigation” (p. 83). Cicero foi eleito na ocasião, tendo recebido posteriormente, pelo seu sucesso no cargo, o título de Pater Patriae.

os erros que a atração dele por Cleópatra o fez cometer”. Foram, assim, espalhados rumores “[...] sobre a transferência da capital do Império para o Egito”⁸⁵.

Ao longo da Idade Média, é possível perceber que a propaganda acompanha o Poder Político. Se este era geralmente difuso, tendo um único polo relevante de onde emanava, seria exatamente na Igreja Católica que se encontrariam os grandes propagandistas daqueles séculos. Representativo deste fenômeno é Gregório VII, cuja disputa com o imperador Henrique IV, do Sacro Império Romano Germânico, na denominada Querela das Investiduras, em 1075, levaria à afirmação do Poder Político da Igreja sobre o poder temporal. O uso político da imagem do imperador ajoelhado e pedindo perdão ao Papa, em frente ao castelo de Canossa, “[...] tem eco até os dias de hoje”⁸⁶.

É de se lembrar, ainda, que até a música foi e é utilizada até hoje para fins propagandísticos. Recorda Oliver Thomson que “[...] a *Marseillaise*, composta em 1793 por Rouget de Lisle, e repleta de ótimos slogans revolucionários, é talvez uma das mais emocionantes peças de propaganda musical”. O autor ainda destaca a canção “[...] *Deutschland uber Alles*, escrita para a Áustria por Haydn, em 1797, como música anti-jacobina [...]”, além de hinos de diversos países⁸⁷.

O início da massificação da propaganda ocorre na Idade Moderna, com três fenômenos que, de certo modo, se inter-relacionam: a criação da imprensa, a Reforma Protestante e o desenvolvimento do Estado Moderno Absolutista.

Quanto ao primeiro evento, não resta dúvidas de sua relevância. A possibilidade da multiplicação de textos escritos praticamente ao infinito leva não apenas ao incremento do

⁸⁵ THOMSON, Oliver. **Mass persuasion in history**: an historical analysis of the development of propaganda techniques. Nova Iorque: Crane, Russak & Company, 1977, p. 61.

⁸⁶ “Pero la propaganda papal alcanzará una de sus cotas más altas con Hildebrando, que reinó con el nombre de Gregorio VII (1073-1085). Este papa fue un gran reformador. Poco después de iniciar su reinado reunió un concilio en Roma que condenó la simonía, la compra-venta de los beneficios eclesiásticos y el concubinato de los clérigos. Pretendía establecer una teocracia donde la supremacía de Papado alcanzase también al Imperio. En un nuevo concilio romano (1075), condenó las investiduras eclesiásticas llevadas a cabo por el poder temporal y también la obstaculización a la libertad de elección de los obispos. En Alemania, donde mayor resistencia había a sus reformas, el clero se vio obligado a difundir veintisiete decisiones suyas reunidas bajo el título *Dictatus Papae*. Se inició así la ‘querella de las investiduras’. El emperador Enrique IV depuso el Papa y éste excomulgó al Emperador liberando a sus vasallos del juramento de fidelidad. Enrique, ante la rebelión que se avecinaba, hubo de someterse y solicitar la clemencia de Gregorio primero por escrito y, más tarde, personalmente, de rodillas, a la intemperie, ante el castillo de Canossa. Acción cuyo uso propagandístico por parte del Pontífice todavía tiene eco en nuestros días”. PIZARROSO QUINTERO, Alejandro. *Op. cit.*, p. 65.

⁸⁷ THOMSON, Oliver. *Op. cit.*, p. 45. Tradução livre.

número de pessoas que a eles têm acesso, mas a uma “[...] *sacralização do texto impresso* [...]”, que “[...] *o faz um instrumento de persuasão, de propaganda, quase imbatível*”⁸⁸.

A Reforma Protestante, por outro lado, expande-se em função do uso propagandístico que faz da imprensa, valendo-se, em um prisma negativo, da exploração do descontentamento de diversas camadas da população europeia com o *status quo* da Igreja Católica e pugnando, positivamente, por “[...] *despertar desejos, aspirações e expectativas para associar sua satisfação à nova ordem religiosa*”⁸⁹.

Com os Estados Modernos, o que se vê é o desenvolvimento de um “complexo sistema de informação e propaganda estatal”, tendo por base o surgimento dos primeiros veículos de imprensa jornalística, do que se tem como exemplo mais patente a França absolutista do século XVII e a Inglaterra dos Tudors e dos Stuarts⁹⁰.

Se a propaganda política ganha ferramentas na Idade Moderna, é na virada para a Idade Contemporânea que inicia seu caminho rumo à massificação. O processo de independência e criação dos Estados Unidos da América é cravado de exemplos do uso propagandístico que seus maiores atores fizeram da produção literária. Franklin e Adams foram, provavelmente, os precursores deste movimento, este último alcunhado “Mestre das Marionetes” pela Coroa Britânica. Juntos com George Washington, mais tarde, granjearam o apoio dos colonos. Dentre outras ações, promoveram a divulgação maciça de textos

⁸⁸ PIZARROSO QUINTERO, Alejandro. *Op. cit.*, pp. 74-75.

⁸⁹ *Idem, ibidem. Op. cit.*, p. 76.

⁹⁰ *Idem, ibidem. Op. cit.*, p. 82. Importa ressaltar, em relação à questão do surgimento da imprensa jornalística, que esta é constituída com franco apoio dos governos e com a finalidade explícita de apoiá-los na divulgação de clara propaganda política. O mesmo autor narra que “[...] la primera publicación semanal nacerá en los Países Bajos católicos: en 1605, los archiduques Alberto e Isabel, que gobernaban en nombre del Rey de España los Países Bajos católicos, conceden privilegio al impresor Abraham Verhoeven para publicar todas las ‘noticias recientes, las victorias, los asedios, las conquistas de ciudades que los susodichos príncipes harán o ganarán en Holanda’. No es necesario subrayar el carácter propagandístico con el que nace esta publicación. Se publicó en Amberes y se llamaba Nieuwe Antwerschen Tydinghen, estaban profusamente ilustrada y se publicaba en flamenco y francés”. (p. 84). Ainda sobre o tema, séculos mais tarde, vale demonstrar o intuito propagandístico que permeava os periódicos, do que servem como exemplo as manchetes do jornal francês *Le Moniteur*, durante o mês de março de 1815, ante o retorno de Napoleão de seu exílio em Elba: “[...] 9 de marzo: ‘El monstruo escapó del lugar de su destierro’. 10 de marzo: ‘El ogro corso ha desembarcado en Cabo Juan’. 11 de marzo: ‘El tigre se ha mostrado en Gap. Están avanzando tropas por todos lados para detener su marcha. Concluirá su miserable aventura como un delincuente en las montañas’. 13 de marzo: ‘El tirano está ahora en Lyon. Todos está aterrorizados por su aparición’. 18 de marzo: ‘El usurpador ha osado aproximarse hasta 60 horas de marcha de la capital’. 19 de marzo: ‘Bonaparte avanza a marcha forzada, pero es imposible que llegue a París’. 20 de marzo: ‘Napoleón llegará mañana a las murallas de París’. 21 de marzo: ‘El Emperador Napoleón se halla en Fontaineblau’. 22 de marzo: ‘Ayer por la tarde Su Majestad el Emperador hizo su pública entrada a las Tullerías. Nada puede exceder el regocijo universal’.” SPOTT, Walter John Herbert. *La opinión pública*. In: YOUNG, Kimball (Ed.). **La opinión pública y la propaganda**. Cidade do México: Paidós, 1986, p. 81.

propagandísticos como a obra de Thomas Paine, cuja série “The American Crisis” tornou-se um *best-seller* com estimados duzentos mil exemplares produzidos.

Segundo Alejandro Pizarroso Quintero, a própria Declaração da Independência, fruto da “pluma magistral de Thomas Jefferson”, além de reunir todas as principais reivindicações dos independentistas, era um “genial manifesto antiabsolutista e terrível ata de acusação contra Jorge III”, tendo sido distribuído aos milhares e constituindo “[...] *um texto propagandístico (...) cujos fragmentos se conheciam de memória e que também teve considerável difusão na Europa*”⁹¹.

No outro lado do Atlântico, a atividade de propaganda política não se desenvolvia em menor grau. Ao longo do século XVIII, já eram profícuos os libretos que pugnavam pela disseminação dos ideais iluministas então em gestão. No que toca ao Direito Penal, não parece ser sem razão que Jiménez de Asúa analisa a famosa obra do milanês César Beccaria Bonesana⁹², o Marques de Beccaria, como trabalho propagandístico, responsável por espalhar ideias que apenas refletiam o que já pugnavam Montesquieu, Helvétius, Condillac, Rousseau, Hobbes e Locke, dentre outros. Conforme o entendimento do autor, “[...] *sua celebridade foi repentina [...]*” e sua “[...] *notoriedade e influência surpreenderam o autor*”. É tratado como “[...] *quase um panfleto em seu tempo [...]*” que “[...] *produziu um enorme efeito em todo o mundo, ajudado pelos entusiasmados comentários de Voltaire e Diderot [...]*”, “[...] *as edições se multiplicaram – mais de quarenta se fizeram em italiano e vinte delas ainda durante a vida do autor – e muito rapidamente foi traduzido para todas as línguas cultas*”⁹³.

Com a Revolução Francesa, altera-se o modo de pensar, “o valor progresso se sobrepõe ao valor tradição”, “frente ao Rei se alça a Pátria”, “frente à fidelidade aparecem a igualdade e a liberdade”, sendo estas as ideias-chave que “conformam toda a propaganda

⁹¹ PIZARROSO QUINTERO, Alejandro. *Op. cit.*, pp. 100-101.

⁹² Beccaria termina sua obra *Dos delitos e das penas* em janeiro de 1764, lançando-a em 16 de abril do mesmo ano. Já em outubro de 1765, o livro era premiado com a medalha de ouro pela Sociedade Patriótica de Berna, ainda que seu autor permanecesse, naquele momento, no anonimato: JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal**. T. 1. 5ª ed. Buenos Aires: Editoria Losada, 1950, p. 253.

⁹³ *Idem, ibidem*, pp. 252-257. Vale ressaltar que Jiménez de Asúa questiona a autenticidade das ideias expostas por Beccaria. Segundo o autor, os irmãos Pedro e Alexandre Verri seriam os principais inspiradores dos pensamentos contidos no pequeno livro, especialmente quanto à condenação da tortura como prática estatal. De qualquer modo, resta indiscutível que a influência propagandística da obra decorreu da “[...] sorte de haver aparecido a tempo, quando a ideia que sustentava estava difundidíssima e vivamente sentida (...) e por sua forma de opúsculo, concebida em silogismos matemáticos, maravilhou o público, habituado a ver tratadas as questões legais nos fôlios ‘pedantísimos’, cheios de obscuras citações latinas que não se ousava ler”. (pp. 253-254).

revolucionária”. A multiplicação de publicações com conteúdo propagandístico é indiscutível. Obras hoje em dia seminais para a compreensão da formação do Estado Liberal eram, à época, panfletos distribuídos na tentativa de granjear apoio da população, “[...] *quiza o mais conhecido de todos seja Qu’est-ce que le tiers état?*, do Abade Sieyès, publicado em janeiro de 1789”⁹⁴.

O surgimento dos movimentos de contestação obreiros a partir de 1830 e, com maior vigor, em 1848, contribui, sobremaneira, para a difusão da propaganda política para classes até então praticamente deslocadas de sua influência. Com Karl Marx e a atividade febril da Iª e IIª Internacionais Socialistas na difusão de sua plataforma, tem-se, pela primeira vez, a noção de uma propaganda política mais estável e permanente, assemelhada ao processo educacional e alçada ao posto de estratégia deliberada de assunção do poder. O Manifesto Comunista é, sem dúvida, uma das obras mais relevantes de propaganda política jamais escritas, tendo influenciado em seus mais de cento e cinquenta anos bilhões de pessoas, aderindo ou refutando suas predições⁹⁵.

Como se verá adiante com mais detalhes, a Primeira Guerra Mundial vê o desenvolvimento a largos passos de dois tipos novos de propaganda negativa: a propaganda de atrocidades – verdadeiras ou não – e a propaganda negra, na qual o emissor se pretendia passar por alguém do lado contrário, assim denominada em contraposição à chamada propaganda branca, cujo emissor era conhecido. As potências que se digladiam na Grande Guerra o fazem não apenas nas trincheiras, mas de forma tão intensa, ao menos, nos jornais e rádios, que se tornavam cada vez mais pulverizados⁹⁶.

⁹⁴ PIZARROSO QUINTERO, Alejandro. *Op. cit.*, pp. 105-107.

⁹⁵ “Por otro lado, el nuevo fenómeno del movimiento obrero hace de la propaganda una de las armas fundamentales para su desarrollo. Ya desde los movimientos revolucionarios de 1830 y, mucho más desde 1848, el movimiento obrero tendrá una presencia insoslayable en la vida política europea y norteamericana. La actividad de la Iª Internacional, de los sindicatos, de la IIª Internacional y de los partidos políticos obreros, introducirán en los sistemas capitalistas una propaganda de nuevo tipo, sistemática, constante, concebida a largo plazo (educación, conciencia de clase) y también de manera más inmediata (huelgas, otras movilizaciones concretas, intentos revolucionarios). Con grandes figuras de la propaganda tanto en el área anarquista como en las organizaciones marxistas, la propaganda obrera, a pesar de ser poco brillante en general, cumplirá en buena medida sus objetivos y, a finales del periodo que estudiamos, la clase obrera europea y norteamericana estará encuadrada en organizaciones sindicales y política cuyas consignas seguirá fielmente, y esto es mucho más de lo que se puede decir de nuestro fin de siglo. Carlos Marx será, por otra parte, una de las figuras claves en la historia de la propaganda política de todos los tiempos. Su doctrina, su actividad intelectual, incluso la más elitista, siempre estuvieron concebidas para poder convertirse en propaganda. El *Manifiesto del Partido Comunista*, escrito por Marx y Engels en 1848, es uno de los textos propagandísticos más grandes de la Historia”. *Idem, ibidem*, pp. 134-135.

⁹⁶ “Probablemente el aspecto más significativo de la propaganda durante la primera guerra mundial fuera la conocida como la ‘atrocidad propaganda’, es decir, la difusión de historias de las atrocidades cometidas por el enemigo con el fin de desacreditarle, independientemente de que respondieran o no a la realidad. Podemos

O período do pós-guerra permite o aparecimento de uma miríade de formas mais elaboradas de propaganda política. Por um lado, tem-se a ascensão dos regimes totalitários, nazista e stalinista, que assumiam a prática propagandística como estratégia fundamental de difusão de suas propostas e de controle das populações sob sua autoridade. De outro, a difusão de regimes democráticos, sobretudo na Europa e nas Américas, permite o início do desenvolvimento da moderna propaganda eleitoral. Temas como o direito de voto feminino e a luta contra o “perigo comunista” movimentaram as prensas e foram virulentamente levados às rádios nos embates eleitorais.

Ao lado destes fenômenos começa, paralelamente, o estudo científico de mensuração da opinião pública e de problematização da propaganda política. Em 1935, o jornalista e estatístico George Gallup funda, em Princeton, o instituto que vem posteriormente a levar o seu nome, dando início a um movimento que desde então não encontrou mais barreiras⁹⁷. Não levou muito tempo até que os atores responsáveis pela propaganda política percebessem o valor empírico dos novos métodos e os adotassem. Afinal, conhecer a opinião pública é “[...] o primeiro passo para poder modificá-la”⁹⁸. No mesmo âmbito de estudo, especial relevo teve a obra seminal de Walter Lippmann, *The public opinion*, publicada em 1922, tratando da identificação, leitura, formação e manipulação da opinião pública⁹⁹.

establecer tres tipos de crueldades que fueron ampliamente explotadas. En primer lugar, las ‘masacres’, como las de los armenios a manos de los turcos, supuestamente impulsada por los alemanes. En segundo lugar, las ‘mutilaciones’, como la mano cortada de un niño belga por el filo de la bayoneta alemana o los ojos arrancados. En tercer lugar, los ‘maltratamientos’, tanto de soldados prisioneros o de la población civil. El abuso de este tipo de contenidos en la propaganda de guerra tuvo una repercusión para el futuro: los aliados, en la segunda guerra mundial se mostraron excesivamente prudentes para difundir las noticias y documentos de que disponían sobre las atrocidades – esta vez todas ellas reales – de los campos de concentración nazis, precisamente por el temor de suscitar la desconfianza del público que había llegado a conocer la falsedad de la propaganda que había sido difundida en la primera guerra mundial”. *Idem, ibidem*, p. 229.

⁹⁷ Cândido Monzón narra o período de sistematização científica das pesquisas de opinião: “La aparición de las encuestas de opinión puede situarse a finales del período que separa las dos guerras mundiales y van unidas a nombres muy concretos, como los G. Gallup, E. Roper, A. Crossley, P. F. Lazarsfeld y Stouffer. Las circunstancias que posibilitan la entrada de las encuestas, en opinión de Stoetzel y Girard, se resumen en tres: el método representativo, los estudios de mercado y la medida de las actitudes. El método representativo, tras largos intentos (1895, 1897 y 1901) realizados principalmente por el estadístico noruego A. N. Keier, es aceptado por el Instituto Internacional de Estadística como método científico adecuado para conocer características de la población apoyándose en un número reducido de muestras bien seleccionadas. Este apoyo al método representativo será confirmado después por el informe favorable que prepara para el Instituto el danés A. Jansen, en 1925, generalizándose su aplicación en todo el mundo”. MONZÓN, Cândido. *Op. cit.*, p. 80.

⁹⁸ PIZARROSO QUINTERO, Alejandro. *Op. cit.*, p. 285.

⁹⁹ É curioso verificar que o autor, ainda em 1922, já apontava a influência que a mídia podia ter na formação da opinião pública e, especialmente, quando distorcidos os fatos que eram divulgados. Ao perguntar se era plausível a hipótese de haver plena identificação entre notícia e verdade, diz que “[...] the hypothesis, which seems to me the most fertile, is that news and truth are not the same thing, and must be clearly distinguished.

Simultaneamente estavam sendo desenvolvidos os princípios da propaganda comercial, fenômeno que tem como marco a publicação de *Scientific advertising*, de Claude Hopkins, em 1923. Sobre a obra, diz David Ogilvy, sócio-fundador da renomada agência que leva seu nome, que “[...] ninguém, em nenhum nível, deveria permitir-se ter qualquer coisa a ver com propaganda antes de ter lido este livro sete vezes”¹⁰⁰. A tentativa de demarcar um objeto científico a ser problematizado, aliada ao incremento dos meios de mensuração da opinião que surgiam naquele momento, alavancam o crescimento da publicidade.

Pioneiro na colocação da propaganda política como objeto de reflexão científica é Harold Lasswell, cujo artigo inaugural do tema é publicado em agosto de 1927, trazendo sua definição: “[...] propaganda é o gerenciamento de atitudes coletivas pela manipulação de símbolos significativos [...]”, entendendo “atitudes” como “[...] a tendência a agir de acordo com certos padrões de avaliação”. Em conclusão de seu artigo, depois de vaticinar o futuro aumento da influência da propaganda, afirma que “[...] a Democracia proclamou a ditadura do palavrório, e a técnica de ditar regras a este ditador se chama propaganda”¹⁰¹.

The function of news is to signalize an event, the function of truth is to bring light to hidden facts, to set them into relation with each other, to make a picture of reality on which men act. [...] There is no defense, no extenuation, no excuse whatever, for stating six times that Lenin is dead, when the only information the paper possesses is a report that he is dead from a source repeatedly shown to be unreliable. The news, in that instance, is not ‘Lenin Dead’ but ‘Helsingfor Says Lenin is Dead’. And a newspaper can be asked to take the responsibility of not making Lenin more dead than the source of the news is reliable”. LIPPMANN, Walter. **The public opinion**. Nova Iorque: Free Press Paperbacks, 1997, p. 226.

¹⁰⁰ Adiantando tema que adiante será objeto de estudo, calha ver que Hopkins refutava veementemente o uso da propaganda negativa. Segundo sua lição, “[...] atacar um concorrente nunca é boa propaganda. Não aponte as falhas alheias. (...) Não constitui jamais boa política. A finalidade egoísta se evidencia. Aparece como desonestidade, falta de esportividade. (...) Mostre o lado alegre, o lado feliz e atrativo, não o lado escuro e pouco convidativo das coisas. [...] Não mostre as rugas que você se propõe a eliminar, mas a face como deve aparecer. Seus consumidores sabem tudo a respeito de rugas. (...) Retratar gente invejada, não os invejosos. Diga às pessoas o que fazer, não o que evitar. (...) Compare os resultados dos dois anúncios, um negativo, outro positivo. Um apresentando o lado escuro, o outro o lado claro. Um advertindo, o outro convidando. Ficará surpreso. Descobrirá que o anúncio positivo sobrepuja o outro de quatro a um, se tiver a nossa experiência”. HOPKINS, Claude. **A ciência da propaganda**. Tradução de Hely de Faria Paiva. 5ª ed. São Paulo: Cultrix, 1993, pp. 113-114.

¹⁰¹ “Propaganda rose to transitory importance in the past whenever a social system based upon the sanctions of antiquity was broken up by a tyrant. The ever-present function of propaganda in modern life is in large measure attributable to the social disorganization which has been precipitated by the rapid advent of technological changes. Impersonality has supplanted personal loyalty to leaders. Literacy and the physical channels of communication have quickened the connection between those who rule and the ruled. Conventions have arisen which favor the ventilation of opinions and the taking of votes. Most of that which formerly could be done by violence and intimidation must now be done by argument and persuasion. Democracy has proclaimed the dictatorship of palaver, and the technique of dictating to the dictator is named propaganda”. LASSWELL, Harold. **The theory of political propaganda, the american political science review**. Vol. 21, nº 3, ago. 1927, pp. 627-631.

Passada a Segunda Guerra Mundial, palco de não menos relevantes atividades de propaganda¹⁰², surge a televisão e, com ela, a apropriação das técnicas recentemente desenvolvidas para a publicidade comercial para a propaganda política. Pela primeira vez, pode-se falar que a propaganda política chega a praticamente todos os eleitores e cidadãos; ela permeia quase todos os atos dos governos – à esquerda e à direita na Guerra Fria – e é adotada como tática eleitoral por capitalistas e sociais-democratas, todos se socorrendo do intenso desenvolvimento da ciência da publicidade. Chega-se, aqui, ao ponto no qual se pode falar em *marketing* político, cujo desenvolvimento, por sua intensa relação com a propaganda negativa, é objeto do próximo item.

2.5 PROPAGANDA ELEITORAL NEGATIVA

Sem a pretensão de esgotar o tema, que será objeto de maior ponderação nos capítulos subsequentes do trabalho, impõe recordar, neste momento, o quanto dito no Capítulo 1: as eleições nada mais são que formas organizadas e institucionalizadas de resolução de controvérsias. Com isso, não se pode perder de vista que a tensão sempre será latente, jamais sendo extirpada pelo afastamento do conflito físico. As campanhas eleitorais não são trocas de afagos e elogios entre os candidatos, muito menos espaços nos quais são travados debates puramente racionais sobre as propostas de cada lado.

Não se pode esquecer que a política é feita por homens, não por máquinas. As suas características serão, assim, não muito diferentes daquelas de seus executores. Se a agressividade e a luta pelo poder são traços marcantes da personalidade humana, em

¹⁰² Vale destacar, quanto à propaganda na Segunda Guerra Mundial, a disseminação da prática de – mesmo difundindo propaganda falsa – acusar o lado adversário da mesma prática. Sobre o tema tem relevo a informação trazida por Guy Durandin: “Los propagandistas, sin dejar de recurrir frecuentemente a la mentira, a menudo también se acusan entre sí de proferir mentira. (...) Esto equivale a decir que juegan en dos tableros a la vez: aunque hagan poco caso de la verdad, utilizan el valor atribuido a ésta, así como la reprobación popular a la mentira. ¿No tuvo Goebbels la osadía de sostener, en el periódico Das Reich del 31 de diciembre de 1944, que Hitler no mentía jamás? ‘De su boca nunca sale una palabra embustera o mal intencionada. Él es la verdad encarnada’.” DURANDIN, Guy. **La mentira en la propaganda política y en la publicidad**. Tradução de Irene Agoff. 2ª ed. Barcelona: Paidós, 1990, p. 24. Mais adiante, na mesma obra, narra a estratégia de Goebbels para desarticular o poder da Igreja Católica na Alemanha: “En 1937, Goebbels se puso a luchar contra la Iglesia católica, en la que veía un obstáculo para el desarrollo del totalitarismo nazi. Empezó una violenta campaña que consistía en acusar de mala conducta a los sacerdotes; y declaró que, siendo él mismo católico y padre de cuatro hijos, se afligía hasta la tortura cuando oía hablar de las abominaciones sexuales que se cometían en los seminarios católicos. Esta campaña culminó con el arresto de varios millares de religiosos acusados de delitos homosexuales”. (p. 150).

especial de quem se dispõe a ocupar os espaços políticos, não se deve esperar que a propaganda eleitoral fique imune a esta influência¹⁰³.

Assim, os apelos emocionais, o convencimento fundado em falácias –como o argumento de autoridade e a valorização ou desvalorização de um candidato pela proximidade que mantém com outras figuras públicas –, as comparações detalhadas do passado dos candidatos e de seus partidos, a investigação e exploração de questões pessoais – por vezes desconectadas dos temas típicos da campanha –, são todas estratégias de uso costumeiro nas campanhas eleitorais, tanto no Brasil quanto nos demais países democráticos¹⁰⁴.

A propaganda eleitoral negativa, às vezes denominada “propaganda comparativa”, pode ser apenas depreciadora – quando visa destacar atributos ou fatos negativos do adversário–, ofensiva – na hipótese do intuito depreciador ser atingido mediante ataques à honra do adversário – ou mentirosa –, se os fatos ou características atribuídos ao adversário, com o fito de depreciar sua imagem junto ao eleitorado, não forem verdadeiros¹⁰⁵.

As dificuldades na definição da propaganda negativa tolerável, seus prós e contras, bem como os limites dos métodos que visam seu controle constituem o cerne da preocupação desta dissertação – serão, pois, analisados com maior profundidade mais

¹⁰² O perigo de crise que ronda toda eleição já era destacado por Alexis de Tocqueville, quando afirmava que “[...] muito antes de chegar o momento fixado, a eleição torna-se, o maior e, por assim dizer, o único assunto que preocupa os espíritos. As facções redobram então o ardor; todas as paixões partidárias que a imaginação pode criar num país feliz e tranquilo, agitam-se neste momento a plena luz. (...) À medida que a eleição se aproxima, as intrigas tornam-se mais ativas, a agitação mais viva e mais difundida. Os cidadãos dividem-se em vários campos, cada um dos quais toma o nome de seu candidato. A nação inteira cai num estado febril, a eleição é, então, o tema quotidiano dos jornais públicos, assunto de conversas particulares, objetivo de todas as indagações, finalidade de todos os pensamentos, único interesse do presente”. TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. Tradução de Neil Ribeiro da Silva. São Paulo: Folha de S. Paulo, 2010, p. 118.

¹⁰³ “Considerable criticism of negative campaigning tactics comes from the media, particularly columnists and editorial pages. Yet, much of the consternation is misplaced, when editorialists and opinion mavens confuse negative campaigning with health debate about contentious and divisive issues”. MARK, David. **Going dirty: the art of negative campaigning**. Nova Iorque: Rowman & Littlefield, 2009, p. 8.

¹⁰⁴ A aceitação da propaganda negativa passa longe da unanimidade. Dura crítica vem de Pierre Rosanvallon, professor de História da Política Contemporânea do Collège de France, quando afirma, sobre a propaganda negativa e sua justificativa de comparação entre candidatos, que “[...] comparison of the rival candidates’ positions on the issues take second place. These attack ads make no pretense of offering a reasoned critique of the opponent’s positions together with a defense of one’s own. Their tone combines personal venom with outright slander. It sometimes seems that the major issue in every election is simply to prevent the opposition from winning”. ROSANVALLON, Pierre. **Counter-democracy: politics in the age of distrust**. Tradução de Arthur Goldhammer. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 177.

adiante. Para os fins descritivos deste capítulo, importa compreender que a propaganda negativa nasce praticamente junto com o próprio *marketing* eleitoral.

Tem-se como marco inicial do *marketing* eleitoral a campanha do candidato do Partido Republicano norte-americano, Dwight Eisenhower, ao cargo de presidente no ano de 1952. Até aquele momento, havia, por óbvio, atos de propaganda eleitoral¹⁰⁶. Comícios eram realizados e, eventualmente, transmitidos integralmente pelo rádio, em geral nas madrugadas, cujo espaço era mais fácil e barato de ser comprado, ao menos desde a década de 1930 nos Estados Unidos. Panfletos eram elaborados e distribuídos, cartazes colados, assim como havia um esforço coletivo para convencer eleitores a votar em um ou em outro sentido. O que se viu em 1952 foi o nascimento de uma nova linguagem para a propaganda eleitoral, aproveitando os métodos de publicidade que estavam em desenvolvimento para o comércio e a indústria.

A principal inovação veio com a compra de curtos espaços na televisão e no rádio, os denominados *spots*, em média com trinta segundos a um minuto, nos quais supostos eleitores eram mostrados fazendo perguntas ao candidato Dwight Eisenhower, apelidado de “Ike”, ao que se seguiam suas rápidas respostas. Os *spots* eram monotemáticos, cada um frisando uma única matéria. Iam ao ar nos intervalos comerciais dos programas, no horário nobre dos meios de comunicação, beneficiando-se de uma audiência para a qual não haviam colaborado para angariar. A série ficou conhecida na história da propaganda eleitoral como “Ask the General”, visto que o candidato republicano era general de quatro estrelas e havia sido Comandante Supremo das Forças Aliadas na Europa durante a Segunda Guerra Mundial.

Enquanto isso, seu adversário, o membro do Partido Democrata e governador de Illinois Adlai Stevenson, mantinha a estratégia então vigente, comprando longos espaços nas madrugadas das redes de televisão e rádio, nos quais eram transmitidos comícios e discursos, com quase nenhuma audiência. Para o resultado eleitoral de 1952, com a vitória de Dwight Eisenhower, por certo contribuiu sua moderna estratégia de propaganda eleitoral, ainda que seja impossível afirmar que outro teria sido o resultado em

¹⁰⁵ Kathleen Hall Jamieson narra os ataques sofridos por Thomas Jefferson em sua campanha presidencial, proferidos pelo Reverendo Timothy Dwight, que teria dito que caso eleito o primeiro “[...] the Bible will be burned, the French Marseillaise will be sung in Christian churches, and ‘We may see our wives and daughters the victims of legal prostitution; soberly dishonored; speciously polluted’.” JAMIESON, Kathleen Hall. **Dirty politics: deception, distraction and democracy**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1992, p. 43.

circunstâncias diversas. Fato é que o Partido Republicano retomava a Casa Branca após vinte anos de dominação do Partido Democrata, tendo vencido em trinta e nove dos então quarenta e oito estados, com 55,2% dos votos populares, elegendo quatrocentos e quarenta e dois delegados, de um total de quinhentos e trinta e um. Ocorreu aquilo que na política norte-americana denomina-se “landslide victory”.

Se 1952 marca a estreia do *marketing* eleitoral, a eleição seguinte, em 1956, traz o início da propaganda negativa nos mesmos moldes^{107, 108}. Novamente, o pleito colocou frente a frente Dwight Eisenhower, candidato à reeleição, e Adlai Stevenson. Os democratas, compreendendo a necessidade de modernizar a linguagem de comunicação, adotaram os *spots* curtos e monotemáticos, analisando as promessas feitas nos filmes “Ask the General”, da eleição anterior, que não haviam sido cumpridas, o Partido Democrata veiculou uma série chamada “How’s that again, General?”. A imagem de Dwight Eisenhower era mostrada respondendo o que faria sobre determinado assunto. Em seguida, uma mensagem era trazida demonstrando que aquela promessa não havia sido cumprida, provocando com a pergunta: “como é mesmo, General?”¹⁰⁹.

Não é possível aferir o efeito que este tipo de publicidade teve na campanha de Adlai Stevenson. Os resultados mostram que Dwight Eisenhower foi reeleito, com uma

¹⁰⁶ Não se afirma aqui que a propaganda negativa surge em 1956. Nesta data, apenas são aplicadas as técnicas do *marketing* a ela. A propaganda negativa existe desde quando existe a propaganda política, ou seja, desde que há dominação política. Bom exemplo se vê nas eleições ao Senado de Illinois de 1858, quando se confrontaram Abraham Lincoln e Stephen Douglas. Este último afirmou em discurso que “[...] Lincoln believes that the Almighty made the Negro equal to the white man (...) He thinks that the Negro is his brother. I do not think that the Negro is any kin of mine at all (...) This government (...) was made by white men, for the benefit of white men and their prosperity, to be executed and managed by white men [...]” e em discurso seguinte disse “If you desire them (blacks) to come into the State and settle with the white man, if you desire them to vote (...) then support Mr. Lincoln and the Black Republican party, who are in favor of the citizenship of the negro”. Ocorre que Lincoln não havia manifestado este posicionamento, cuidando de clara inverdade a “acusação”. Em resposta, também dada em discurso público, Lincoln esclareceu seu posicionamento: “I am not, nor ever have been in favor of bringing about in any way the social and political equality of the white and black races, (applause) – that I am not nor ever have been in favor of making voters or jurors of negroes, nor of qualifying them to hold office, nor to intermarry with white people; and I will say in addition to this that there is a physical difference between the races which I believe will ever forbid the two races living together on terms of social and political equality”. DAVIS, Michel L.; FERRANTINO, Michael. **Towards a positive theory of political rhetoric: why do politicians lie?** Public Choice, n° 88, julho 1996, pp. 1-2 (1-13).

¹⁰⁸ Há quem já identifique a prática da propaganda negativa na própria eleição de 1952. “Negative advertising was utilized in the first political campaign where television as a channel of communicating with voters was used, in the 1952 Eisenhower-Stevenson race (Kaid and Johnston 1991). Several commercials from the “Eisenhower Answers America” series overtly attacked the Democrats, although Stevenson was not usually mentioned by name”. CWALINA, Wojciech; FALKOWSKI, Andrzej; NEWMAN, Bruce. **Political marketing: theoretical and Strategic Foundations**. Armonk: M. E. Sharpe, 2011, p. 224.

¹⁰⁹ Os vídeos, desta e das demais publicidades mencionadas, podem ser assistidos no projeto Living Room Candidate, valioso banco de dados de propagandas eleitorais norte-americanas: <<http://www.livingroomcandidate.org/>>. Acesso em 1º/7/2012.

diferença ainda maior para seu adversário. Venceu em quarenta e um, de quarenta e oito estados, com 57,4% dos votos populares, obtendo, então, quatrocentos e cinquenta e sete delegados, dos quinhentos e trinta e um componentes do colégio eleitoral.

Resultados à parte, a estratégia adotada pelo Partido Democrata causou uma reviravolta na publicidade eleitoral. A agressividade contida na mera comparação entre promessa e resultado não fazia parte do debate político, ao menos não de forma explícita. Ano a ano, eleição a eleição, percebe-se um maior uso da propaganda eleitoral negativa¹¹⁰. Outro importante marco, tido por muitos como o mais chocante ato singular de propaganda eleitoral nos Estados Unidos, foi o comercial “Peace Little Girl”, mais conhecido por “Miss Daisy”¹¹¹. Realizado para a campanha do democrata Lyndon Johnson, em 1964, contra o candidato republicano Barry Goldwater, mostrava uma menina, com aproximadamente sete anos, retirando pétalas de uma margarida e contando. Em seguida, a imagem congelava em seu rosto e uma contagem regressiva tinha início no fundo, culminando com a explosão de um cogumelo atômico. Ao final, uma mensagem conclamava os eleitores a votarem em Lyndon Johnson, dizendo que o que estava em jogo era importante demais para que permanecessem em casa.

O comercial inseria-se no debate da Guerra Fria, quanto ao uso do arsenal nuclear norte-americano como garantia de preservação da segurança. Barry Goldwater tinha posições conhecidas a favor do reforço deste tipo de armamento. Lyndon Johnson, por

¹¹⁰ “Since the first negative advertising spot was broadcasted by Eisenhower’s staff, this way of appealing to voters has become one of the most frequently used methods. Its goal is to undermine or even destroy the image of the rival and – by contrast – strengthen voters’ perception of the candidate’s own image. Lynda Lee Kaid and Anne Johnston (1991) conducted a content analysis of 830 American television spots from eight presidential campaigns from 1960 to 1988. They found that 29 percent of all ads contained some negative appeals. However, there were frequent fluctuations in their frequency, depending on particular presidential campaigns. Most occurrences of negative communication were observed in 1964 (40 percent); then their number dropped in the 1970s to about 25 percent and eventually grew in the 1980s to about 35 percent. During the 1992 and 1996 campaigns, they made up more than half of the total advertising content (Kaid 1999b). As noted by Richard Lau, Lee Sigelman, and Ivy Brown Rovner (2007), 83 percent and 89 percent, respectively, of the ads sponsored by the Democratic and Republican Congressional Campaign Committees in the 2004 were negative. The researchers from the Wisconsin Advertising Project (2008) found that during the one week of September 28-October 4, 2008, nearly 100 percent of John McCain’s campaign advertisements were negative and 34 percent of Barack Obama’s. Comparing this presidential election to 2004, the researchers indicate that both the McCain and Obama campaigns aired more negative advertisements than did their counterparts. In all of 2004, 64 percent of George W. Bush’s ads were negative, while (to October 4) 73 percent of McCain’s ads were negative. Similarly, 34 percent of all Kerry ads were negative while 61 percent of Obama’s were”. CWALINA, Wojciech; FALKOWSKI, Andrzej; NEWMAN, Bruce. *Op. cit.*, p. 226.

¹¹¹ A história é detalhadamente contada em MARK, David. **Going dirty**: the art of negative campaigning. Nova Iorque: Rowman & Littlefield, 2009, pp. 44-51 e em JAMIESON, Kathleen Hall. **Dirty politics**: deception, distraction and democracy. Nova Iorque: Oxford University Press, 1992, pp. 54-59.

outro lado, pregava sua redução. Por óbvio que em nenhum momento o candidato republicano disse que pretendia explodir bombas em território norte-americano, matando suas crianças. Também não se pode dizer que o *spot* afirmasse peremptoriamente que ele o faria. Mas a implícita e dura comparação foi mais do que suficiente para mobilizar os republicanos e parte significativa do eleitorado, críticos ao que se considerou, à época, abusivo, ofensivo e de mau gosto. A própria campanha de Lyndon Johnson retirou a propaganda do ar, após uma única apresentação. Os programas jornalísticos repetiram-na exaustivamente, disseminando sua mensagem.

Mais uma vez, não se tem como precisar a influência deste tipo de publicidade no resultado final das eleições, sendo praticamente impossível realizar um exercício de história contrafactual. É certo que Lyndon Johnson teve uma das maiores vitórias nas eleições norte-americanas, ajudado ainda pela popularidade do presidente assassinado John Kennedy, de quem fora vice-presidente. Ele venceu em quarenta e três, de quarenta e nove estados, com 61,1% dos votos, obtendo a esmagadora maioria de quatrocentos e oitenta e seis delegados do colégio eleitoral contra apenas cinquenta e dois de seu adversário republicano.

Esta breve introdução histórica, centrada no país que criou tanto o *marketing* eleitoral quanto sua vertente negativa, busca apenas demonstrar a naturalidade como o fenômeno surgiu e a natural resistência de parte do eleitorado ao seu uso. Esta resistência funda-se na crítica ao rebaixamento do nível das campanhas eleitorais, especialmente em virtude de um suposto afastamento do debate racional, centrado na avaliação das propostas concretas de cada candidato.

A propaganda negativa, conquanto mais bem estudada nos Estados Unidos, país no qual, como se viu, não há controle sobre seu conteúdo, também é vista com frequência no Brasil. Apenas como exemplo, vale lembrar que durante o segundo turno da campanha presidencial de 1989, entre Luís Inácio Lula da Silva e Fernando Collor de Mello, este último acusou o primeiro de ter uma filha fora do casamento, bem como de ter tentado viabilizar o seu aborto. De igual modo, marcante foi o vídeo apresentado em propaganda eleitoral do candidato José Serra na eleição presidencial de 2002, também contra Luís

Inácio Lula da Silva, no qual a conhecida atriz Regina Duarte instigava o sentimento do medo junto aos eleitores, ante a provável vitória do Partido dos Trabalhadores¹¹².

Vale ainda lembrar a propaganda levada ao ar por Marta Suplicy na disputa pela Prefeitura de São Paulo em 2008 contra Gilberto Kassab, na qual questionava se o eleitor conhecia seu adversário, perguntando se ele era casado ou tinha filhos. A leitura geral dos meios de comunicação e da população foi se tratar de uma insinuação quanto à orientação sexual do candidato Gilberto Kassab, o que repercutiu negativamente para a própria campanha de Marta Suplicy, em um típico efeito *underdog*, quando o eleitorado se identifica com o ofendido, não com o ofensor¹¹³.

Às críticas contrapõe-se a defesa da liberdade de expressão dos candidatos, instrumentalizada concretamente com o fim de fornecer ao eleitor o máximo de informação possível, de modo a que ele possa decidir seu voto com maior segurança. Ademais, questiona-se se é possível evitar a propaganda negativa. Tanto as críticas quanto os argumentos em seu favor serão aprofundados nos capítulos subsequentes, sendo suficiente, por ora, reconhecer que o desejo de controle da propaganda eleitoral levou à sua regulamentação, no Brasil e alhures, fixando-lhe limites.

2.5.1 A Propaganda Eleitoral Falsa como Modalidade de Propaganda Negativa

Dentre os tipos de propaganda eleitoral negativa, tem especial relevo para o trabalho a propaganda falsa, aquela que veicula fatos inverídicos ao corpo de eleitores. Sua

¹¹² Os dois episódios, além do caso que ficou conhecido com “Antena Parabólica”, no qual o ex-ministro Rubens Ricúpero foi flagrado afirmando que os fundamentos da economia eram menos sólidos do que se propagava, às vésperas das eleições presidenciais de 1994, são lembrados por STEIBEL, Fabro. **Campanha negativa**: construindo o objeto de estudo. Contemporânea, Rio de Janeiro, n. 5, 2005. Disponível em: <http://www.contemporanea.uerj.br/pdf/ed_05/contemporanea_n05_10_fabro.pdf>. Acesso em 19/7/2012. p. 113.

¹¹³ A matéria foi julgada pelo Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, nos recursos eleitorais nº 31.624 e 31.638, analisados em 24.10.2008, quando se concedeu direito de resposta ao candidato, bem como se vedou nova veiculação da propaganda em referência. O primeiro recurso, atinente à propaganda na televisão, teve seu acórdão ementado como “RECURSO ELEITORAL – DIREITO DE RESPOSTA DEFERIDO – PROPAGANDA ELEITORAL GRATUITA – ART. 58 DA LEI Nº 9.504/97 – DEMONSTRADA A VEICULAÇÃO DE PROPAGANDA ELEITORAL GRATUITA OFENSIVA APTA A PRODUZIR EFEITOS NEGATIVOS NA CAMPANHA ELEITORAL - RECURSO NÃO PROVIDO”. Informação obtida no *site* do TSE: <<http://www.tse.jus.br/sadJudSjur/pesquisa/actionBRSSearch.do? toc=true&docIndex=0&httpSessionName=brsstateSJUT26909623§ionServer=SP>>. Acesso em 19/7/2012.

importância reside na específica tipificação que recebe no artigo 323 do Código Eleitoral, cuja análise pormenorizada constitui o cerne da segunda parte desta dissertação¹¹⁴.

O falseamento de fatos com intuito propagandístico é contemporâneo à própria noção de propaganda e ao surgimento de cada um de seus mais tradicionais meios de difusão. Não é por outra razão que se pode trazer para o âmbito da propaganda eleitoral, sem maiores reparos, a frase de Karl Von Clausewitz citada por Brown, quando sustenta que “[...] *uma grande parte da informação obtida na guerra é contraditória, uma parte maior ainda é falsa, e de longe a maior parte é duvidosa*”¹¹⁵.

Davis e Ferrantino, economistas, propõem inclusive um caráter estrutural da mentira na política, sugerindo que o “mercado político” incentiva a propagação de mentiras – em contraposição ao mercado comercial –, na medida em que os custos políticos da mentira são menores. Segundo a leitura proposta, na política em geral o segundo colocado não leva qualquer parte do “prêmio”, o que o leva a assumir maiores riscos para obter a primeira colocação e vencer o pleito. Ademais, ao afirmar que os adversários agiriam desta ou daquela maneira caso eleitos, os competidores blindam-se da verificação de suas assertivas, dado que elas somente serão testadas em caso de vitória do adversário. Por fim, a política não é um jogo de rodadas infinitas, no qual a cada dia é necessário continuar convencendo o “consumidor” a adquirir o produto. Esta configuração leva a comportamentos estratégicos daquele que sabe que somente dali a dois ou quatro anos será necessário enfrentar nova rodada do jogo, tempo em regra suficiente para desvanecer da memória dos eleitores as mensagens falsas utilizadas¹¹⁶.

A demonstrar a antiguidade da prática, vale narrar que desde a criação da fotografia, em 1839, com o daguerreótipo, se fazia necessário manipular o resultado final,

¹¹⁴ A antiguidade do debate e sua contínua atualidade aos dias de hoje são ressaltadas por Antonio Barnés Vázquez, que, em belo ensaio, recorda que toda a atividade literária já foi tida por mentirosa e com potencial de enganar seus leitores, razão que levou, inclusive, Platão a criticar os poetas. Assim, diz que “[...] vivimos en una época de colosales avances tecnológicos, pero los grandes temas humanos, como la falsedad, han acompañado al hombre a lo largo de la historia. ¿No son falsas las pinturas rupestres, en el sentido de que hacen presente lo no-presente? Por ello el arte y la escritura han ejercido siempre una fascinación que no ha dejado de despertar furias iconoclastas. El sentido más común se impone para buscar un equilibrio que combata la mentira sin pretender hacer pagar a justos por pecadores. Pues debido a que el ser humano piensa y habla, puede decir verdad o mentira”. BARNÉS VÁZQUEZ, Antonio. *¿Gigantes o molinos? El Quijote como parábola de la falsedad en la sociedad de la información*. In: MÉNDIZ NOGUERO, Alfonso; CRISTÓFOL RODRÍGUEZ, Carmen (Coord.). **Falsedad y comunicación: publicidad engañosa, información falsa, imagen manipulada**. Valência: Universidad de Málaga/Debates, 2007, p. 211.

¹¹⁵ BROWN, A. **Bodyguard of lies**. Nova Iorque: Harper and Row, 1975, p. 462.

¹¹⁶ DAVIS, Michael L.; FERRANTINO, Michael. *Op. cit.*, pp. 1-13.

pintando pupilas nos olhos dos fotografados, já que estes não conseguiam permanecer sem piscar o tempo necessário para captação da imagem. Daí a que se alterassem com repercussões mais profundas e com intuito propagandístico as imagens obtidas não transcorreu longo caminho. Scot Macdonald narra que os fotojornalistas Henry Negretti e Joseph Zambra criaram uma falsa fotografia do recorde de altitude no balonismo estabelecido por James Glaisher e Henry Coxwell em 1862; valendo-se de um estúdio fotográfico, superpuseram à imagem de ambos os recordistas um fundo apropriado, pintando posteriormente a estrutura do balão acima¹¹⁷. Neste caso, o fato era verdadeiro, mas não havia quem estivesse no local para tirar a fotografia, o que os levou a posteriormente fabricá-la.

Antes de ser incorporada definitivamente ao ambiente da disputa política eleitoral, a propaganda negativa, inclusive a falsa, granjeara forte tradição na guerra. Tivesse fontes claras (propaganda branca), ocultas (propaganda cinza) ou falsas (propaganda negra)¹¹⁸, é fato que todas as potências envolvidas na Primeira Guerra Mundial valeram-se de extensa atividade de propaganda negativa com o objetivo de angariar apoio entre países neutros, manter o apoio daqueles que já se mostravam aliados e reduzir a moral dos povos inimigos.

Para este fim, como ensina Lasswell, pioneiro na análise do tema da propaganda política, mentiras eram divulgadas amplamente¹¹⁹. Vale dizer, inclusive, que a propaganda

¹¹⁷ MACDONALD, Scot. **Propaganda and information warfare in the twenty-first century**. Londres: Routledge, 2007, pp. 6-7.

¹¹⁸ “Se puede hablar de distintos modos o forma de propaganda. Propaganda blanca sería aquella en la que la fuente, o emisor, está correctamente identificada y el contenido de su mensaje tiende a ser preciso. Por el contrario, llamamos propaganda negra a aquella en la que la fuente emisora está deliberadamente falsificada, independientemente de la falsedad o verdad del mensaje. Algunos autores se refieren a una forma intermedia que denominan propaganda gris ‘cuando la fuente puede o no ser correctamente identificada y la exactitud de la información es incierta’.” PIZARROSO QUINTERO, Alejandro. *Op. cit.*, p. 29.

¹¹⁹ “When the public believes that the enemy began the War and blocks a permanent, profitable and godly peace, the propagandist has reached his purpose. But to make the assurance doubly sure, it is safe to fortify the mind of the nation with examples of the insolence and depravity of the enemy. Any nation who began the War and blocks the peace is incorrigible, wicked and perverse. To insist directly upon these qualities is merely a precaution, and its chief effect is to make it more certain that the enemy could be capable of so monstrous a thing as an aggressive war. Thus, by a circularity of psychological reaction the guilty is the satanic and the satanic is the guilty. (...) The enemy is not only insolent, he is sordid. (...) The enemy is inherently perfidious. [...] The enemy conducts lying propaganda. (...) The enemy is quarrelsome, crude and destructive. (...) The enemy is atrociously cruel and degenerate in his conduct of the War. A handy rule for arousing hate is, if at first they do not enrage, use an atrocity. It has been employed with unvarying success in every conflict known to man. (...) Stress can always be laid upon the wounding of women, children, old people, priests and nuns, and upon sexual enormities, mutilated prisoners and mutilated non-combatants. These stories yield a crop of indignation against the fiendish perpetrators of these dark deeds, and satisfy certain powerful, hidden impulses. A young woman, ravished by the enemy, yields secret satisfaction to a host of vicarious ravishers on the other side of the border. Hence, perhaps, the popularity and ubiquity of such stories. While all atrocities stories show a family resemblance, and the old standbys can be relied upon,

de atrocidades falsamente atribuídas aos alemães naquele primeiro confronto mundial, veiculada especialmente pela Grã-Bretanha, acabou por desacreditar o mesmo interlocutor quando, anos depois, voltou a se falar em massacres praticados pela mesma nação¹²⁰.

Seria ingênuo crer que a propaganda se dividisse de forma estanque em verdadeira e falsa. Tal situação, a bem da verdade, levaria a um descrédito da fonte de onde provém a propaganda que, em pouco tempo, deixaria de lograr influir nos receptores da comunicação. Por isso, diz Daugherty, que em matéria de propaganda “a verdade compensa”, sendo um erro pensar que “o propagandista brilhante é um mentiroso profissional”. Em sua concepção, a propaganda bem feita “[...] conta a verdade ou aquela parte da verdade que se tem interesse em divulgar, de forma que o receptor não perceba que está diante de propaganda”. O primeiro trabalho do propagandista, assim, é “[...] construir a credibilidade e autenticidade da propaganda”. Em conclusão, “[...] a arte da propaganda não é contar mentiras, mas selecionar verdades que se quer e entregá-las misturadas a verdades que a audiência quer ouvir”¹²¹.

Walter Costa Porto descreve diversos casos históricos do uso da mentira em eleições no Brasil. Na opinião do autor, o primeiro episódio que se tem notícia ocorreu em

no classification should be regarded by the practical propagandist as more than suggestive. A certain fringe of novelty is always permissible, because the conditions of warfare are never precisely the same. Since the discovery of germs the enemy may be accused of infecting well, cattle, and food, not to speak of wounds. (...) It is likewise perfectly safe for President Poincaré to flay the barbarous Germans for dropping bombs upon defenseless women and children. Very few among the Allied people know, and very few of them, had they known, would have cared, that on the 26th of June, 1916, French and English aviators dropped bombs upon Karlsruhe, killing or wounding 26 women and 124 children, or that on the 22nd of September, 1915, the Allied bombers had taken a toll of 103 victims in a raid upon the same city. In the fever of combat the news of the slaughter of the enemy non-combatants is apt to be met by the exulting cry that the ‘whelps and dams of murderous foes’ are no more, to quote a chivalrous line of Swinburne, when he heard about the frightful mortality in the concentration camps for Boer women and children in South Africa”. LASSWELL, Harold. **Propaganda technique in world war I**. Cambridge: The MIT Press, 1971, pp. 77-84.

¹²⁰ Sobre a propaganda falsa de atrocidades supostamente praticadas na Primeira Guerra Mundial, veja-se as colocações de María Victoria Reizábal: “Las mentiras referidas a los errores del enemigo nunca (o en todo caso sería excepcional) consisten en la ocultación de los mismos. Lo habitual es que el propagandista recurra a la magnificación o incluso invención de hechos reprobables para atribuírselos al adversario. Ejemplo de este tipo de engaño lo encontramos en la llamada propaganda de atrocidades, que (...) se utilizó frecuentemente en la Primera Guerra Mundial referida a los alemanes. El abuso de esta técnica puede tener un efecto búmeran que acabe resultando negativo para el autor del engaño. Así, como ya se ha dicho, las exageraciones de las crueldades atribuidas a los alemanes en la Primera Guerra Mundial contribuyeron a retardar la reacción ante las atrocidades (reales) que cometieron en los años previos a la Segunda Guerra Mundial y durante la misma. Sin embargo, actualmente se podrían encontrar ejemplos tanto de lo rentable que puede ser esta técnica difamatoria como también de los peligros de la misma (especialmente por la pérdida de credibilidad del que la emplea) cuando es refutada”: VICTORIA REYZÁBAL, María. **Propaganda y manipulación**. Madri: Acento Editorial, 1999, p. 224.

¹²¹ DAUGHERTY, William. The creed of a modern propagandist. In: DAUGHERTY, William; JANOWITZ, Morri (Eds.). **A psychological warfare casebook**. Baltimore: John Hopkins University Press, 1958, p. 39.

Alagoas, nas eleições parlamentares de 1906. Na tentativa de obter ao menos uma cadeira, os membros da oposição ao grupo político então dominante no estado, a “Oligarquia dos Malta”, “[...] conseguiram eleger o deputado Ângelo Neto com um expediente reprovável”. Narra-se que no dia das eleições, “[...] pela manhã, surge na repartição dos Telégrafos um policial e ali entrega, com todos os exigíveis requisitos de autenticidade, vários telegramas oficiais, como procedentes do Palácio do Governo e dirigidos aos chefes políticos dos núcleos eleitorais”. O conteúdo dos falsos telegramas recomendava a todos que “[...] respeitassem a liberdade do voto e apurassem seriamente o resultado das urnas”. Conforme conclui o autor, “[...] nada poderia ser feito. Como confessar, de público, que o governo não seria capaz de tal procedimento, de conduta tão elevada e democrática?”¹²².

Ante estas primeiras observações, já se pode notar que o debate não é trivial. A verdade ou falsidade da propaganda pode tratar tanto do seu conteúdo quanto da fonte de sua origem, pode ser completa ou parcial, mas sempre terá o propósito de influir sobre os receptores da comunicação.

Mais matizes devem ainda ser colocados na percepção da falsidade da propaganda. Como aponta Emilio Moreno y Bravo, toda atividade propagandística abrange uma margem de engano que se tem por tolerável. Cuida das exagerações publicitárias que incrementam os benefícios daquilo que se quer propagandear e, por vezes, carregam em demasia os defeitos do lado que se tem por adversário. O autor pondera a dificuldade de promover a “[...] diferenciação entre a mentira e o exagero [...]”, o que sugere a necessidade de traçar critérios objetivos para tanto, compreendendo o exagero admissível como aquele de “[...] tom altissonante (...) que possui um núcleo verdadeiro e que não é levada a sério pelo público”¹²³.

A compreensão que se deve ter do fenômeno comunicacional da propaganda reside no seu caráter misto: ao mesmo tempo em que transmite informação é parcial, ou seja, tem lado definido. Como bem relata Marta Martín Llaguno, ao contrário do jornalismo, “[...] em que tradicionalmente se propôs a difusão de uma informação puramente fática e uma radical separação entre informação e opinião [...]”, “[...] na informação publicitária o

¹²² PORTO, Walter Costa. **A mentirosa urna**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 78.

¹²³ MORENO Y BRAVO, Emilio. **El delito de publicidad falsa**. Barcelona: Editorial Bosch, 2001, pp. 122-125.

emissor profissional está implicado com o fim da informação e, portanto, toma uma atitude partidária”¹²⁴.

2.6 A REGULAMENTAÇÃO DA PROPAGANDA ELEITORAL DO BRASIL

O controle das campanhas eleitorais nasce da necessidade de se garantir, tanto quanto possível, a igualdade de condições entre os candidatos¹²⁵. Como dito anteriormente, aqueles que detêm poder, econômico ou político, tendem a dele abusar, o que obriga o Estado, mediante a Justiça Eleitoral no caso do Brasil, a agir¹²⁶.

Em razão desta preocupação, são estabelecidas limitações formais e materiais aos atos de propaganda eleitoral¹²⁷. Entende-se por limitações formais, em um conceito negativo, aquelas que dizem respeito a quaisquer aspectos que não a mensagem própria da propaganda eleitoral. Logo, serão formais: as regras atinentes ao momento de veiculação, aos meios nos quais se pode difundir a propaganda, aos valores pagos por elas e sua forma de contabilização e publicização, as exigências de identificação de autoria, bem como quanto às características próprias de cada meio empregado, como tamanho, volume de som e duração, respectivamente para placas, carros de som e comerciais em televisão e rádio.

¹²⁴ MARTÍN LLAGUNO, Marta. La falsedad en la publicidad: la ética entre la persuasión y manipulación. *In: MÉNDIZ NOGUERO, Alfonso; CRISTÓFOL RODRÍGUEZ, Carmen (Coord.). Falsedad y comunicación: publicidad engañosa, información falsa, imagen manipulada*. Valência: Universidad de Málaga/Debates, 2007, pp. 17-18. Sobre o tema do exagero na propaganda, pondera a autora que “Este tipo de expresiones no están sometidas al principio de veracidad, siempre y cuando representen para el público de los consumidores una exageración publicitaria, un elogio altisonante y carente de fundamento objetivo no siendo, por tanto, tomadas en serio al pie de la letra”. (p. 25).

¹²⁵ Precisa análise sobre a regulamentação da propaganda eleitoral vista como meio para se atingir a igualdade de oportunidades aos candidatos está contida na tese de doutorado de Óscar Sánchez Muñoz, apresentada junto à Faculdade de Direito de Valladolid em 2006. MUÑOZ, Óscar Sánchez. **La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 243-280.

¹²⁶ Para uma análise comparativa da regulação da propaganda eleitoral no Reino Unido, Estados Unidos, Canadá, Irlanda, Nova Zelândia, Alemanha, Áustria, Brasil, Peru e Escócia: LILLEKER, Darren G. e LEES-MARSHMENT, Jennifer. **Political marketing: a comparative perspective**. Manchester: Manchester University Press, 2005.

¹²⁷ Entendendo que as limitações em testilha são apropriadas, tem-se as ponderações de Marcus Vinícius Furtado Coelho, quando afirma que “[...] a propaganda eleitoral tem limites quanto ao tempo, ao conteúdo, ao agente e à forma, que desempenham a democrática função de garantir a normalidade e a legitimidade das eleições. Tal limitação não visa impedir a constitucional liberdade de expressão, menos ainda de obstar o salutar confronto de ideias e de sufocar a vida política”. COELHO, Marcus Vinícius Furtado. Os limites da propaganda eleitoral e sua função na democracia. *In: COELHO, Marcus Vinícius Furtado e AGRA, Walber Moura (Coord.). Direito eleitoral e democracia: desafios e perspectivas*. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2010, p. 221.

As limitações materiais, por outro lado, relacionam-se ao conteúdo da propaganda eleitoral. Na quase totalidade das hipóteses, há restrições impostas pela legislação ao que pode ou não ser dito no âmbito da propaganda eleitoral. Por fim, os controles formal e material são concretizados pelas normas cíveis e criminais¹²⁸, como se verá adiante.

2.6.1 O Controle Formal da Propaganda Eleitoral

No campo das limitações formais, a que primeiro merece destaque é a definição de um período determinado, no qual se autoriza a realização de propaganda eleitoral. Este é definido no artigo 36 da Lei nº 9.504/1997 como tendo início em 6 de julho do ano no qual acontecem as eleições, data final para o registro dos candidatos. Seu término se dá na véspera do pleito, sendo vedada a realização e qualquer tipo de propaganda eleitoral no dia das eleições, de acordo com o que dispõem os artigos 39, § 5º e 39-A, § 1º, ambos da Lei nº 9.504/1997.

A propaganda eleitoral realizada antes do início oficial da campanha constitui propaganda antecipada, sendo apenada apenas civilmente com a aplicação de multa de cinco a vinte e cinco mil reais ou no valor da propaganda, se maior, consoante o artigo 36, § 3º da Lei nº 9.504/1997. A finalidade é garantir a isonomia entre os candidatos, garantindo que todos iniciem seus atos de propaganda eleitoral no mesmo momento, bem como reduzir os custos das campanhas eleitorais, que poderiam se tornar proibitivos para grande parte dos candidatos e partidos políticos, caso não houvesse um marco definidor de seu início.

Enquanto o controle do início da campanha eleitoral se faz apenas no âmbito cível, os atos de propaganda realizados no dia das eleições constituem crime de boca de urna, sancionados com detenção de seis meses a um ano, “[...] com a alternativa de prestação de serviços à comunidade pelo mesmo período, e multa no valor de cinco mil a quinze mil

¹²⁸ A opção pela criminalização de condutas ligadas ao tema da propaganda eleitoral não é uniforme no mundo. Enquanto os Estados Unidos deliberadamente deixam de prever crimes desta espécie, os países latino-americanos tendem a fazê-lo. Assim se vê em DONSANTO, Craig C. Corruption of the Election Process under U.S. Federal Law. In: ALVAREZ, Michael R.; HALL, Thad E. e HYDE, Susan D. (Ed.). **Election fraud: detecting and deterring electoral manipulation**. Washington D.C.: Brookings Institute Press, 2008, p. 23, e em ESPARZA, Bernardino. **Constitucionalización de los delitos electorales en la legislación mexicana, 1812-2009**. Cidade do México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2009.

UFIR [...]” (artigo 39, § 5º da Lei nº 9.504/1997). Este tipo penal e os demais a seguir mencionados serão detidamente analisados no Capítulo 3.

Também no âmbito formal, exige-se que toda propaganda eleitoral seja realizada em língua portuguesa (artigo 242 do Código Eleitoral), indicando os candidatos, partidos ou coligações responsáveis pelas mesmas, bem como os respectivos candidatos a vice e suplentes, se o caso, em tamanho legível (artigo 36, § 4º da Lei nº 9.504/1997).

No rádio e na televisão não se admite a compra de espaços publicitários para veiculação de propaganda eleitoral. A legislação prevê tempo para o horário eleitoral gratuito, em ambos os meios, custeado com isenções fiscais outorgadas pela União às concessionárias (artigo 44 da Lei nº 9.504/1997). A ideia é premiar a isonomia entre os candidatos, afastando a possibilidade de vultosos recursos serem investidos para a compra de tempo na televisão e no rádio. A divisão não é igualitária, mas fundada na representatividade de cada partido político na Câmara dos Deputados. Assim sendo, outorga-se mais tempo àqueles partidos que detêm maior representatividade na sociedade. Em benefício dos pequenos partidos, a fim de permitir a vocalização de suas teses e concretizando, na prática, a proteção das minorias e o espaço para que se tornem um dia maioria, divide-se parte do tempo igualmente entre todos os candidatos.

A propaganda veiculada no horário eleitoral gratuito, realizada nos quarenta e cinco dias que antecedem a antevéspera das eleições, tem diversas limitações de ordem formal. Deve utilizar a Linguagem Brasileira de Sinais (Libras) ou o recurso de legenda, no caso da televisão (artigo 44, § 1º da Lei nº 9.504/1997). Se houver segundo turno, em caso de eleição majoritária cujo número de eleitores seja superior a duzentos mil, o tempo reservado ao horário eleitoral gratuito é dividido igualmente entre os competidores, em reforço à isonomia pretendida (artigo 49 da Lei nº 9.504/1997).

O horário eleitoral gratuito é composto por um bloco de programação, no qual se sucedem as propagandas dos diversos partidos e coligações, além de inserções curtas, de trinta segundos a um minuto, espalhadas ao longo da programação das emissoras. Nestas inserções, veda-se *“[...] a utilização de gravações externas, montagens ou trucagens, computação gráfica, desenhos animados e efeitos especiais”*. (artigo 51, IV, da Lei nº 9.504/1997).

Ainda nesta modalidade de propaganda, restringe-se a participação de filiados a outros partidos políticos, proibindo-se a remuneração das pessoas que emprestam sua imagem e voz aos programas (artigo 54 da Lei nº 9.504/1997). Não se admite, igualmente, que candidatos a cargos majoritários utilizem o tempo destinado às candidaturas proporcionais e vice-versa, fenômeno denominado “invasão de tempo”. As sanções quanto ao descumprimento das regras formais atinentes ao horário eleitoral gratuito são de ordem cível, indo da perda de tempo ao pagamento de multas¹²⁹.

Candidatos, partidos e coligações podem adquirir espaços publicitários em jornais e revistas, cuidando a legislação para restringir o tamanho do espaço, um oitavo de folha padrão de jornal e um quarto de folha de revista ou tabloide; o número de vezes que pode cada periódico divulgar publicidade de um mesmo candidato, até dez para todo o pleito, assim como determinando que conste da propaganda o valor pago por sua veiculação, tudo disposto no artigo 44 da Lei nº 9.504/1997. A violação destas normas é apenada somente no âmbito cível, com multas que variam de mil a dez mil reais.

Veda-se de forma absoluta a realização da propaganda eleitoral em bens públicos, ou cujo “[...] uso depende de cessão ou permissão do Poder Público [...]” (artigo 37, da Lei nº 9.504/1997), bem como nos bens de uso comum, como postes, pontes, viadutos, placas de sinalização de tráfego, paradas de ônibus e afins. Estende-se para fins eleitorais o conceito de bens públicos ou de uso comum àqueles aos quais a população tem livre acesso, “[...] tais como cinemas, clubes, lojas, centros comerciais, templos, ginásios, estádios, ainda que de propriedade privada.” (artigo 37, § 4º da Lei nº 9.504/1997).

Já em bens particulares, a publicidade deve se dar de forma gratuita, não se admitindo o pagamento para uso de espaço, e limitada a quatro metros quadrados para cada candidato. Fica, assim, proibido o uso de *outdoors*, inovação trazida com a Lei nº 11.300/2006, com o fim precípuo de reduzir os custos das campanhas, sob pena de multa de cinco a quinze mil reais (artigo 39, § 8º da Lei nº 9.504/1997). A persecução nestes casos é cível, sancionando-se candidatos e partidos que violem a normatização com multas de dois a oito mil reais, conforme traz o artigo 37, § 1º da Lei nº 9.504/1997. A vedação estende-se, de forma total, a “[...] árvores e jardins localizados em áreas públicas, bem como muros, cercas e tapumes divisórios.” (artigo 37, § 5º da Lei nº 9.504/1997)

¹²⁹ Acerca da propaganda eleitoral em rádio e televisão: BARRETO, Lauro. *Op. cit.*, pp. 65-76 e LINS, Newton. *Op. cit.*, pp. 121-145.

Pode a propaganda eleitoral ser divulgada por meio de impressos, como no caso dos panfletos. Do ponto de vista da forma, devem eles trazer a tiragem de cada material, bem como identificar quem os pagou e produziu, tudo consoante o artigo 38 da Lei nº 9.504/1997.

Admite-se ainda a publicidade móvel, feita mediante veiculação de placas, cavaletes, bonecos e postos de distribuição de material impresso, desde que removidos a cada dia no período noturno, sem que prejudiquem a visão de motoristas, o trânsito dos pedestres, bem como se vedando sua colocação sobre áreas ajardinadas (artigo 37, §§ 6º e 7º da Lei nº 9.504/1997).

Permite-se o uso de carros de som e alto-falantes em comícios, carreatas e afins, havendo controle, entretanto, sobre o volume do som e o horário de sua utilização (entre as oito e as vinte e duas horas de cada dia), não se admitindo este tipo de publicidade em distância inferior a duzentos metros das sedes dos Poderes Executivo e Legislativo, de fóruns e tribunais, quartéis e outros estabelecimentos militares, hospitais e casas de saúde, escolas, bibliotecas públicas, igrejas e teatros, quando em funcionamento, e todas as restrições contidas no artigo 39, § 3º da Lei nº 9.504/1997.

A Lei nº 11.300/2006, aprovada no esteio do escândalo que ficou conhecido como “mensalão”¹³⁰, proibiu de forma absoluta a realização de showmícios, entendidos estes como a apresentação paga ou gratuita de *shows* artísticos em eventos políticos, o uso de trios elétricos, bem como a confecção e distribuição de brindes, tais como “[...] *camisetas, chaveiros, bonés, canetas, brindes, cestas básicas ou quaisquer outros bens ou materiais que possam proporcionar vantagem ao eleitor [...]*”, conforme consta do artigo 39, §§ 6º, 7º e 10 da Lei nº 9.504/1997.

Com a Lei nº 12.034/2009, que inseriu os artigos 57-A a 57-I na Lei nº 9.504/1997, ficou permitida a propaganda eleitoral na Internet, desde que gratuita¹³¹. Não se admite a

¹³⁰ Sobre o julgamento da Ação Penal nº 470 pelo Supremo Tribunal, vale conferir a obra coletiva que reuniu artigos publicados no jornal O Valor Econômico, redigidos por diversos professores da Universidade de São Paulo: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (Coord.). **Crônicas Franciscanas do Mensalão**: comentários pontuais do julgamento da Ação Penal nº 470, junto ao STF, pelos Professores de Direito Penal da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo: Quartier Latin, 2014.

¹³¹ Sobre o excesso de regulamentação da propaganda eleitoral, especialmente na Internet, cabe destacar o posicionamento de Fernanda Montenegro de Menezes, para quem “[...] o dinamismo do direito eleitoral e o alcance da propaganda eleitoral nas eleições brasileiras não combinam com uma intensa regulamentação e ‘fechamento’ da matéria. Ao contrário do que o legislador prevê, a excessiva restrição imposta ocasiona o distanciamento da norma à realidade eleitoral e, por consequência, o inchaço do volume de demandas que

veiculação de publicidade eleitoral em *sites* de pessoas jurídicas, com ou sem fins lucrativos, vedando-se ainda o anonimato na rede. Proíbe-se a candidatos, partidos políticos e coligações a compra de cadastros eletrônicos de eleitores, bem como se determina que *e-mails* e mensagens por celular, encaminhados pela campanha, permitam o descadastramento por vontade do eleitor. As multas para descumprimento do regramento de Internet variam de cem reais por mensagem encaminhada em desacordo com a norma, a trinta mil reais nos outros casos. Pode, ainda, a Justiça Eleitoral determinar a retirada de *sites* do ar se vislumbrar violação das normas próprias¹³².

Cabe ainda aludir ao controle formal sobre a divulgação de pesquisas eleitorais. De acordo com o que foi visto anteriormente, as pesquisas podem ser utilizadas com fins de propaganda eleitoral, reforçando ou colocando em dúvida as chances de vitória de determinado candidato ou partido político. O artigo 33 da Lei nº 9.504/1997 estabelece uma série de requisitos formais para validade da divulgação de uma pesquisa eleitoral, a serem cumpridos pelo instituto responsável. A primordial exigência é o registro da pesquisa, no prazo mínimo de cinco dias antes de sua divulgação, junto à Justiça Eleitoral, de modo a se permitir que os interessados verifiquem os dados levantados. A divulgação de pesquisa não registrada é vedada no âmbito cível, acarretando sanção de multa de cinquenta e cem mil UFIRs aos responsáveis.

O Código Eleitoral traz ainda três crimes atinentes ao controle formal da propaganda eleitoral. O artigo 334 prevê pena de detenção de seis meses a um ano e cassação do registro, se candidato o responsável, quando se “[...] utilizar organização comercial de vendas, distribuição de mercadorias, prêmios e sorteios para propaganda ou aliciamento de eleitores”. Diz respeito a meios de propaganda vetados pela legislação, inserindo-se no âmbito formal de controle. O mesmo se pode dizer quanto ao tipo penal do

buscam uma interpretação dos tribunais. Diferentes interpretações, por sua vez, ocasionam grave insegurança jurídica. A exemplo disso, o presente estudo mostrou ser inviável a implantação de um rígido controle sobre a internet, consagrada como ferramenta dinâmica que alterou radicalmente as estruturas e formas de comunicação dos candidatos e partidos com o eleitorado”. MENEZES, Fernanda Montenegro de. Marketing político. Eleições municipais de 2008. *In*: LEMBO, Cláudio (Coord.); CAGGIANO, Monica Herman Salem (Org.). **Comportamento Eleitoral**. Barueri: Manole, 2010, p. 251.

¹³² A propaganda eleitoral na Internet ainda é tema novo, sujeito a uma regulação decorrente da análise casuística por parte da Justiça Eleitoral. O Congresso Nacional buscou, por meio de lei, enfeixar as possibilidades de publicidade na rede mundial de computadores, sem levar em conta o caráter essencialmente inovador deste meio. Com isso, a cada eleição verifica-se uma série de questões técnicas sendo suscitadas, obrigando a Justiça Eleitoral a se debruçar sobre temas não previstos na legislação. Melhor seria que princípios tivessem sido traçados, auxiliando a tomada de decisões por parte de candidatos, partidos e, principalmente, da própria Justiça Eleitoral.

artigo 335, relativo à realização de propaganda eleitoral em língua estrangeira, ao qual se comina pena de detenção de três a seis meses e multa. Por fim, o artigo 337 dispõe ser crime a participação de estrangeiro ou brasileiro que esteja com os direitos políticos suspensos em atividades partidárias, inclusive comícios e outros atos de propaganda eleitoral. Cuida de regramento que define pessoas que não podem realizar propaganda eleitoral e, portanto, nesta divisão, um meio de controle formal, ao qual se aplica com detenção de seis meses e multa.

Conforme se pode ver, as limitações formais à propaganda eleitoral são extensas e detalhadas. Cuida-se do que pode ser feito, como fazer, quando é possível ser divulgado, quem pode fazer e se valendo de quais meios. Enfim, pequeno é o espaço alheio à regulamentação formal no tocante à publicidade eleitoral. Mas não é apenas isso. A legislação vai além do controle formal e estipula regras de controle material, do conteúdo da publicidade eleitoral, tanto mediante o uso de meios cíveis quanto criminais para tanto.

2.6.2 O Controle Material da Propaganda Eleitoral

Por controle material entende-se, como visto anteriormente, toda norma que influa no conteúdo da propaganda eleitoral, na mensagem que se pretende transmitir aos seus destinatários. Referido controle, como no âmbito formal, pode se dar, sempre pela Justiça Eleitoral, por intermédio de regulamentação cível ou criminal¹³³.

O Código Eleitoral traz em seu artigo 243 o rol de conteúdos vedados, afirmando serem intoleráveis as propagandas eleitorais:

¹³³ Considerando correta a postura do ordenamento quanto ao tema, vale destacar o entendimento de Marcus Vinícius Furtado Coêlho, quando afirma que “[...] a propaganda eleitoral também é limitada quanto ao conteúdo, objetivando assegurar a paz social, mantendo a urbanidade e o respeito entre os candidatos e partidos políticos. A campanha não pode ser transformada em um ringue de agressões e ofensas. As críticas são possíveis, desde que não desbordem para a ridicularização e crimes contra a honra, nomeadamente a calúnia, difamação e injúria. Não é tolerada propaganda, dentre outras, de desobediência à lei, de perturbação do sossego público, de desrespeito dos símbolos nacionais e de incitamento contra pessoas ou bens. A propaganda permitida deve se pautar pela apresentação de ideias e propostas, de análise da situação atual e de divulgação de qualidades dos postulantes a cargos eletivos, contribuindo para a maturidade democrática do país”. COÊLHO, Marcus Vinícius Furtado. Os limites da propaganda eleitoral e sua função na democracia. In: COÊLHO, Marcus Vinícius Furtado e AGRA, Walber Moura (Coord.). *Op. cit.*, p. 223.

- de guerra, que incentivem processos violentos para subverter o regime, a ordem política social ou de preconceitos de raça ou classes;
- que provoquem animosidade entre as forças armadas ou contra elas, ou delas contra as classes e instituições civis;
- de incitamento de atentado contra pessoas ou bens;
- de instigação à desobediência civil;
- que impliquem em oferecimento, promessa ou solicitação de dinheiro, dádiva, rifa, sorteio ou vantagem de qualquer natureza;
- que perturbem o sossego público com algazarra ou abusos no uso de instrumentos sonoros;
- por meio de impressos que se assemelhem à moeda;
- que prejudiquem a estética urbana ou a higiene pública;
- que caluniem, difamem ou injuriem quaisquer pessoas, órgãos ou entidades públicas¹³⁴.

No âmbito cível, fica a Justiça Eleitoral autorizada a determinar a cessação de atos de propaganda que violarem estas restrições, bem como fica anulável a votação “[...] quando viciada de falsidade, fraude, coação, (...) ou emprego de processo de propaganda ou captação de sufrágios vedado por lei [...]”, nos termos do artigo 222 do Código Eleitoral.

Ainda cível é o regramento trazido na Lei nº 9.504/1997, quando veda no horário eleitoral gratuito a apresentação de propagandas ofensivas à honra de candidato, “[...] à moral e aos bons costumes [...]” (artigo 53, § 2º), assim como aquela que “[...] possa degradar ou ridicularizar candidatos [...]”, apenando-se com a perda de tempo em data subsequente. Igualmente, garante-se por meio de representação eleitoral o direito de resposta a candidato, partido político ou coligação “[...] atingidos por conceito, imagem ou afirmação caluniosa, difamatória, injuriosa ou sabidamente inverídica, difundidos por qualquer veículo de comunicação social [...]” (artigo 58).

¹³⁴ A expressão não parece ter sido utilizada no sentido técnico no Código Eleitoral, na medida em que pessoas jurídicas, mesmo órgãos públicos, não podem ser vítimas de injúria, calúnia ou difamação. De qualquer forma, assim resta estampado no art. 243, ao afirmar que não será tolerada a propaganda “IX - que caluniar, difamar ou injuriar quaisquer pessoas, bem como órgãos ou entidades que exerçam autoridade pública”.

O controle do conteúdo das propagandas eleitorais não se faz apenas por normas cíveis. Entendeu o legislador por criar oito tipos penais atinentes ao controle material, dois deles prezando pela garantia da liberdade de expressão na propaganda eleitoral e seis com caráter restritivo.

Como garantia do direito à plena possibilidade de realização da propaganda eleitoral, tem-se os crimes dos artigos 331 e 332 do Código Eleitoral. O primeiro apenando aquele que “[...] inutilizar, alterar ou perturbar meio de propaganda devidamente empregado [...]”, ao qual se comina detenção de seis meses ou multa, enquanto o segundo coíbe a conduta de “[...] impedir o exercício da propaganda [...]”, com pena prevista de detenção de até seis meses e multa.

Os tipos penais que impõem restrição ao direito de expressão na propaganda eleitoral são aqueles dispostos nos artigos 323 a 326 do Código Eleitoral e nos artigos 33, § 4º e 40 da Lei nº 9.504/1997.

O primeiro, de marcada relevância para o estudo aqui proposto, prevê ser crime “[...] divulgar, na propaganda, fatos que sabe inverídicos, em relação a partidos ou candidatos e capazes de exercerem influência perante o eleitorado”¹³⁵. A pena prevista é detenção de dois meses a um ano ou multa. A vedação visa afastar a mentira factual do processo eleitoral, restrita àquela que tenha o condão de exercer influência no eleitorado.

Os artigos 324 a 326 repetem as prescrições dos crimes contra honra dos artigos 138 a 140 do Código Penal, criando os tipos penais de calúnia, difamação e injúria eleitorais. A principal diferença dos tipos penais, a ser aqui destacada, reside nos elementos normativos trazidos no Código Eleitoral, os quais exigem para configuração dos delitos que estes tenham sido praticados “[...] na propaganda eleitoral, ou visando fins de propaganda”.

¹³⁵ Até o pleito de 1996 o Congresso Nacional costumava aprovar leis eleitorais temporárias, válidas para uma única eleição. Não era raro que fossem criados tipos penais que conflitavam com as normas contidas no Código Eleitoral, de vigência perene. Na Lei nº 8.713/93, vigente no pleito de 1994, por exemplo, falava-se não apenas em “fatos sabidamente inverídicos”, mas em “distorção ou manipulação de informações”, conceitos dificilmente subsumíveis à tipicidade estrita exigida no Direito Penal: “[...] o inciso cinco do referido artigo (57) dispõe que divulgar fato que sabe inverídico, distorcer ou manipular informações relativas a partido, coligação ou candidato, com objetivo de influir na vontade do eleitor, dará ensejo ao infrator de incorrer em uma pena de detenção de dois meses a um ano, ou pagamento de cento e vinte a cento e cinquenta dias-multa, agravada se o crime é cometido pela imprensa, rádio e televisão”. BORGES FILHO, Aloisio de Souza. Direito à informação política através de propaganda eleitoral e seus aspectos jurídico-criminais. Trabalho apresentado no programa de doutorado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, na disciplina Direitos Fundamentais, 1995, p. 22.

A Lei nº 9.504/1997, por outro lado, criminaliza a divulgação de pesquisa fraudulenta, sem definir o que, na verdade, constitui tal fraude. É a regra do artigo 33, § 4º, ao qual se atribui pena de seis meses a um ano de detenção e multa. Já que as pesquisas são comumente utilizadas com fins de propaganda eleitoral, este tipo penal pretende punir o uso de pesquisas que tragam resultados falseados, distantes dos auferidos na realidade.

Por fim, ainda à guisa de controle material pela via criminal, traz a Lei nº 9.504/1997 o tipo penal do seu artigo 40, vedando “[...] o uso, na propaganda eleitoral, de símbolos, frases ou imagens, associadas ou semelhantes às empregadas por órgão de governo, empresa pública ou sociedade de economia mista [...]”, sob pena de detenção de seis meses a um ano, com alternativa de prestação de serviços à comunidade pelo mesmo período, e multa.

Como se nota, amplo é o leque das modalidades de controle previstas pelo legislador, na tentativa de obstar a veiculação de propagandas eleitorais com conteúdo tido por inadequado. No estreito limite daquilo que se denomina propaganda eleitoral negativa, abrangendo a ofensa e a mentira, há controles cível e criminal. O criminal, de especial relevo nesta pesquisa, se dá nos artigos 323 a 326 do Código Eleitoral e 33, §4º e 40 da Lei nº 9.504.97.

Acerca dos crimes contra a honra, quando praticados no âmbito das eleições, pondera-se haver pouco a dizer, além do quanto já construído pela doutrina com relação às modalidades comuns dos tipos penais de injúria, calúnia e difamação. A vedação do uso de símbolos públicos, por outro lado, também carece de relevo científico para a investigação aqui proposta. Sua finalidade é menos material do que formal, pretendendo apenas resguardar o patrimônio público, entendido em uma acepção ampla, do uso eleitoral. É mais uma norma de garantia da igualdade de condições de disputa entre os candidatos do que propriamente um controle de conteúdo da propaganda eleitoral.

Com claro interesse no foco aqui proposto, restam os crimes atinentes à mentira eleitoral, aqueles dos artigos 323 do Código Eleitoral e 33, §4º da Lei nº 9.504/97. Dada a amplitude do conceito de fraude neste último, relativo à divulgação de pesquisas eleitorais fraudulentas, parece mais proveitoso analisar em detalhe o controle da veracidade da propaganda eleitoral sob a óptica do crime do artigo 323 do Código Eleitoral. As ponderações adiante aduzidas serão aplicáveis quanto ao tipo do artigo 33, § 4º da Lei nº

9.504/97, na medida em que a fraude identificada na pesquisa eleitoral seja pertinente à veracidade dos dados divulgados.

Com estas colocações, resta concluída a primeira parte da dissertação, na qual se partiu da definição de Democracia e do papel das eleições em seu contexto, analisando como estas se organizam; avançou para a conceituação da propaganda política, esmiuçando suas funções, elementos e características, até chegar à ideia de propaganda eleitoral negativa. Em seguida, foi apresentado o rol de modalidades de controle, formais e materiais, cíveis e criminais, à disposição da Justiça Eleitoral no Brasil.

SEGUNDA PARTE: ANÁLISE CRÍTICA DA CRIMINALIZAÇÃO DO CONTEÚDO DA PROPAGANDA ELEITORAL

No primeiro capítulo do trabalho, foram explicitados os conceitos de Democracia e eleição, apontando a relevância e dimensão da liberdade de expressão no processo democrático eleitoral, demonstrando seus efeitos benéficos na troca de informações que precedem as escolhas eleitorais. No capítulo subsequente, tratou-se da propaganda política e se fez a descrição dos meios pelos quais o ordenamento jurídico impôs limites à veiculação de informações e opiniões, tanto de ordem formal quanto em relação ao próprio conteúdo transmitido por meio da propaganda eleitoral. Calha agora, no início desta segunda parte da dissertação, promover a discussão crítica acerca destes limites, questionando sua legitimidade, necessidade, viabilidade e oportunidade.

Afinal, se é certo que a mentira, seja ela proferida no âmbito da propaganda eleitoral ou não, é incômoda e repudiada pelo corpo social, não é menos certo que o Direito Penal não se ocupa de perseguir e apenar toda e qualquer mentira. Como posto por Jakobs, “[...] *não há que se pensar que toda mentira – seja contra uma pessoa ou contra a ‘humanidade’ – deva ser tratada com um ilícito ou, ainda, um ilícito penal [...]*”, o que leva o debate jurídico-penal a se esforçar “[...] *em delimitar quais são os falsos merecedores de pena*”¹³⁶. Para Sánchez-Ostiz, analisando a questão à luz do princípio da lesividade, por exemplo, “[...] *nem toda conduta antissocial se proíbe com a ameaça de pena (por exemplo, a inverdade), mas apenas as mais lesivas (assim, as inverdades que constituem delito de estelionato ou falsidade documental)*”¹³⁷.

De antemão, vale ressaltar que se adota nesta pesquisa uma compreensão da dogmática penal como possível limitadora da liberdade de criação normativa. Pensar o contrário importaria ao estudioso do Direito Penal a mera tarefa de instrumentalizar a vontade

¹³⁶ JAKOBS, Günther. **Falsedad documental**: revisión de un delito de engaño. Tradução de Jacobo López Barja de Quiroga e Luis Carlos Rey Sanfiz. Barcelona: Marcial Pons, 2011, p. 22. Tradução livre. Afirma o autor que “Para llevar a cabo su existencia, las personas necesitan orientación. Entre otras fuentes, la orientación se puede obtener de información proveniente de otras personas. Durante toda la época de la Ilustración se discutió intensamente acerca de si a las personas les corresponde un derecho a la verdad, y en qué medida. Dicho más exactamente, si les corresponde un derecho a que no se las miente. KANT, en su famoso tratado sobre la prohibición de la mentira, intenta llevar la discusión para otro sitio y no se centra en un derecho de personas particulares, sino de la ‘humanidad’.”

¹³⁷ SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. **Fundamentos de política criminal**: un retorno a los principios. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 152.

do legislador, o que, indubitavelmente, não se coaduna com a responsabilidade esperada deste saber técnico-científico perante a sociedade. Na visão de Bricola, esta limitação seria duplamente criticável, na medida em que “[...] faz de uma contraposição artificial entre o jurista e o político um instrumento para o afastamento do primeiro da esfera decisional [...]” e “[...] esquece que, com frequência, em um sistema com Constituição rígida, as mesmas finalidades de política criminal estão prefiguradas na Carta Constitucional, tanto para o legislador como para o político”¹³⁸.

Ademais, a tarefa que aqui se busca empreender não traz ineditismo em sua pretensão questionadora da escolha do legislador, dado que, como aponta Ricardo Robles Planas, “[...] uma das tarefas que mais singularizam o trabalho científico do Direito é precisamente submeter a análise se as decisões do legislador correspondem a critérios de legitimidade material (...) ou se são meros atos de poder”¹³⁹.

Os limites inerentes a um trabalho do escopo de uma dissertação de mestrado impedem que se tenha por objeto de reflexão toda a gama de controles de conteúdo de propaganda eleitoral assentada em nosso direito positivo e exposta no capítulo precedente. Em razão de suas peculiaridades e pelos motivos expostos no final do capítulo precedente, opta-se, agora, por centrar atenção ao crime de divulgação de fatos falsos na propaganda eleitoral, plasmado no artigo 323 do Código Eleitoral, na medida em que sua particularidade o difere dos delitos eleitorais contra a honra (injúria, calúnia e difamação eleitorais), acerca dos quais muito do quanto já produzido pela doutrina no tocante à tipificação comum existente no Código Penal bem se aplica.

A verificação da legitimidade dos limites impostos por intermédio do Direito Penal tem de passar pela identificação do bem jurídico que se pretende garantir, ponderando se este ostenta relevância suficiente para afastar, ainda que temporária e topicamente, a amplitude da liberdade de expressão, direito com inegável assento constitucional.

Caso seja reconhecida tal relevância, forçoso perquirir se é necessário que o maquinário do Direito Penal seja colocado à disposição desta finalidade. Dito de outro

¹³⁸ BRICOLA, Franco. **Teoría general del delito**. Tradução do italiano para o espanhol de Diana Restrepo Rodríguez. Buenos Aires: B de F, 2012, p. 19. Tradução livre.

¹³⁹ ROBLES PANAS, Ricardo. Introducción a la edición española: dogmática de los límites al derecho penal. In: VON HIRSCH, Andrew; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang; ROBLES PLANAS, Ricardo (Org.). **Límites al derecho penal: principios operativos en la fundamentación del castigo**. Barcelona: Atelier, 2012, p. 19. Tradução livre.

modo, nem todo bem jurídico há de ser protegido contra qualquer ação que contra ele se volte. A necessidade de proteção vincula-se à possibilidade de que a ação que se pretende obstar tenha, ao menos em tese, potencialidade de causar a lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico. Deste modo, legitimidade e necessidade de criminalização são objeto do terceiro capítulo.

Não basta reconhecer que um dado delito protege, em tese, certo bem jurídico e que esta proteção é imprescindível e proporcional aos limites que impõem ao exercício de outros direitos. Para que se supere a crítica aqui proposta, carece avançar na análise do mundo dos fatos e questionar se a criminalização mostra-se apta a promover a proteção que intenta. Em outras palavras, nem toda criminalização legítima e proporcional é viável e tem o condão de reprimir aquelas condutas elegidas pela norma penal e tidas por indesejáveis pelo corpo social. Trata-se de uma perspectiva pragmática, alicerçada em uma dogmática jurídica comprometida com o real, com o mundo dos fatos e das possibilidades¹⁴⁰.

Ainda que laborando em bases distintas, com o conceito de proteção de interesses e não de bens jurídicos – o que se faz apoiado em Von Liszt –, bem explicita esta preocupação pragmática, já em 1915, de Mayer, quando afirma que “[...] *se a legislação se nega a admitir sua incapacidade, é a ordem jurídica que sofre uma derrota, como um general inábil que não está a altura das tarefas encomendadas à sua tropa [...]*”¹⁴¹

Ao se avançar nesta senda, é preciso fazer uma ponderação entre os custos e benefícios da instituição do controle social da conduta indesejada pela via do Direito Penal. É o que aqui se denomina oportunidade da criminalização, na medida em que, em tese, podem ser identificados maiores e mais graves efeitos negativos decorrentes da escolha do

¹⁴⁰ Acerca da necessidade de verificação de uma série de critérios para a conclusão acerca da legitimidade de uma opção criminalizante, calha colacionar o posicionamento de Ana Elisa Liberatore Silva Bechara: “Antes de tudo, o bem jurídico deve ser valorado apenas como um dos critérios de aferição da legitimidade do Direito Penal. Desse modo, se toda norma penal incriminadora deve referir-se a um bem jurídico, o bem jurídico não é o critério fundamental de justificação da norma, até porque, procedendo-se a um exercício retórico, provavelmente seja possível encontrar um bem jurídico – entendido como síntese normativa de um interesse social fundamental – para fundamentar, sob esse enfoque, qualquer incriminação”. E mais adiante: “De outra parte, tampouco o princípio da ofensividade constitui o único limite material a legitimar o Estado a criminalizar determinadas situações. Assim, nem toda afetação de um bem jurídico pode ser criminalizada, sendo de se verificar a utilidade e imprescindibilidade da tutela penal, em atendimento ao princípio da intervenção penal mínima”. BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, pp. 365-366.

¹⁴¹ MAYER, Max Ernest. **Derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Editorial B de F, 2007. Tradução de Sergio Politoff Lifschitz. p. 29. Tradução livre.

legislador pelo controle penal, do que aqueles que seriam vislumbrados caso permanecesse lícita a conduta vedada ou que seu controle se desse por vias menos violentas que a do Direito Penal. Viabilidade da proteção e oportunidade são o foco do quarto capítulo, que encerra esta segunda parte da dissertação.

CAPÍTULO 3 LEGITIMIDADE E NECESSIDADE DE CRIMINALIZAÇÃO DA MENTIRA NA PROPAGANDA ELEITORAL

3.1 O BEM JURÍDICO COMO CRITÉRIO DE LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DE CONDUTAS

O Direito Penal de raiz iluminista tem por fundamento a ideia de que é possível e necessário limitar a amplitude e a profundidade da ingerência do Estado quando este pretende evitar condutas de particulares e apenar o comportamento contrário a esta proibição. Parte substancial do desenvolvimento da dogmática penal, desde Beccaria em 1764, teve por escopo esta tarefa, sendo propostas e desenhadas instituições e institutos jurídicos que moldam a função sancionadora do Estado, reduzindo a arbitrariedade, se não se logra eliminá-la, e trazendo algum grau de previsibilidade à reação estatal ao ilícito.

A anterioridade da lei proibitiva, com a consequente necessidade de que também as penas cominadas em caso de infração sejam previamente definidas, é talvez o mais simbólico bastião deste Direito Penal, que ganha força e forma a partir do século XIX. Mas apenas esta barreira ao arbítrio é demasiadamente porosa, não conseguindo impedir que o Estado promova ingerências em aspectos da vida humana para os quais não se pretende atribuir-lhe este papel. Impôs-se à dogmática jurídica, já desde um primeiro momento, no início do século XIX, a missão de orientar o trabalho do poder soberano, corporificado no Parlamento, no que restou alcunhado movimento codificador.

Se é verdade, por um lado, que ao poder soberano era lícito e legítimo interpretar a vontade geral e torná-la concreta por meio da lei, não é menos correto compreender que este ato de concretização havia de se dar com o uso de uma técnica – a jurídica – que, como todas, jamais deixa de influenciar o objeto sobre o qual é aplicada. Assim, a dogmática jurídica, chamada a auxiliar o Parlamento na tarefa de elaborar, sistematizar e organizar as regras de convivência humana, em uma relação dialética, cria limites a esta própria atividade. Que se criem regras civis que regularão as atividades comerciais e a vida civil, por exemplo, mas que estas sejam coerentes entre si e respeitem direitos e princípios

insculpados nas declarações de direitos fundantes do Estado. Esta é a condição de trabalho que a dogmática jurídica impõe e que, paulatinamente, se incorpora na própria Teoria do Estado como fonte legítima de limitação à atividade legiferante, mas não sem contínuas e relevantes críticas¹⁴².

Silva Sánchez alerta sobre a dificuldade de empreender esta tarefa, na medida em que a crítica formulada pela dogmática estaria amparada em uma busca de “[...] *finis do Direito Penal próprios do Estado Democrático, enquanto que a legislação aparece lastreada por uma conjuntura atual [...]*”, que qualifica como “prevenção autoritária”, com aspectos de tipificação “[...] *em boa medida vulneradores das garantias individuais*”. Há, assim, uma “[...] *significativa discrepância entre as concepções doutrinárias sobre o bem jurídico penalmente passível de proteção e realidade dos bens jurídicos penalmente protegidos*”¹⁴³.

No âmbito do Direito Penal, esta busca por uma delimitação racional e humanista da tarefa de criação das normas jurídicas sancionatórias tem seu primeiro impulso na obra de Feuerbach e, posteriormente, com Birnbaum, como bem explica Renato de Mello Jorge Silveira¹⁴⁴. O primeiro postulou a necessidade de que as proibições estatuídas sob a ameaça de pena derivassem de violações concretas de direitos subjetivos.

O segundo, escrevendo já em 1834, no período da Restauração, “[...] *vai explicitar o fato de ser decisiva, para a tutela penal, a existência de um bem fixado diretamente no mundo do ser ou da realidade (objeto material), de importância, este, para a pessoa ou para a coletividade, podendo ser lesionado por uma ação delitiva*”¹⁴⁵. Sua contraposição com o posicionamento de Feuerbach não se daria porque negasse “[...] *a legalidade penal, o princípio da intervenção mínima, a posição central da pessoa no problema punitivo, a*

¹⁴² Schönemann narra esse processo histórico pelo qual, na vigência dos regimes monárquicos tido por ilustrados – mesmo que absolutistas –, os principais pensadores do Direito Penal foram chamados a colaborar na elaboração das reformas legislativas de suas respectivas épocas. Assim é que Beccaria foi convidado pela czarina Catarina II da Rússia e pelo Kaiser Leopoldo II para as duas comissões de reforma penal da Lombardia, enquanto a Feuerbach se confiou a elaboração do Código Penal bávaro pelo rei Máximo José. SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. In: HEFENDEL, Roland (Ed.). **La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación de Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 207.

¹⁴³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. 2ª ed. Buenos Aires: B de F, 2010, 453. Tradução livre.

¹⁴⁴ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual: interesses difusos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 37-41.

¹⁴⁵ *Idem, ibidem*, p. 40.

subordinação do legislador a exigências racionais quando chegado o momento de prescrever castigos”¹⁴⁶.

Em verdade, Birnbaum vislumbrou que a formulação de Feuerbach, ao exigir para a configuração do delito a lesão a direitos subjetivos, deixava sem explicação coerente o apenamento dos então chamados delitos menores ou contravenções de polícia¹⁴⁷, atinentes a violações de ordens religiosa, moral ou da ordem pública. Nestas situações, não se podia falar propriamente em um direito subjetivo violado, o que não impedia que as condutas fossem objeto de punição.

Daí decorre sua construção da noção de bem como objeto de proteção do Direito Penal. Nesta linha de raciocínio, delito seria para Birnbaum

“[...] toda a lesão ou colocação em perigo, imputável à vontade humana, de um bem que o Poder Público deve garantir igualmente a todos, sempre que não se consiga garanti-lo se não pela cominação de uma pena e com a execução da ameaça em caso de infração”¹⁴⁸.

A evolução desta ideia leva, inicialmente, aos pensamentos de Binding e Von Liszt, igualmente expostos por Renato de Mello Jorge Silveira¹⁴⁹, salientando-se que o primeiro opta por um positivismo aferrado à norma jurídica, vislumbrando possível ao legislador a eleição de qualquer bem para ser alçado à condição de bem jurídico. Com matiz jusnaturalista, o segundo compreenderia os bens não como jurídicos em si, mas como bens

¹⁴⁶ DALBORA, José Luis Guzmán. Estudio preliminar. In: BIRNBAUM, Johann Michael Franz. **Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2010, p. 17. Tradução livre.

¹⁴⁷ BIRNBAUM, Johann Michael Franz. **Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2010, p. 49. Mais adiante, explicitando sua tese, assevera o autor que “[...] una vez que se define el delito en general como una acción conminada mediante una ley penal, acción contraria al derecho de otro, entonces se presupone sin discusión que ya antes de que existiese la ley penal la acción era en sí misma una lesión de derechos. En cambio, si se predica de las contravenciones de policía que ellas no son acciones antijurídicas en sí mismas, o bien que representan acciones que en un principio eran jurídicamente lícitas para los súbditos, pero que el Estado está legitimado para prohibirlas, así como que dicha prohibición fundamenta un derecho a la obediencia; (...) entonces – decíamos – queda de manifiesto que ésta no puede ser denominada una lesión de derechos debida a la amenaza de una ley penal, sino que es una acción que ha sido prohibida y conminada con una pena, la cual adquiere la calidad de na lesión de derechos sólo cuando es cometida” (p. 51).

¹⁴⁸ BIRNBAUM, Johann Michael Franz. **Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2010, pp. 59-60.

¹⁴⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Op. cit.*, pp. 42-46.

do homem, que se tornam jurídicos pelo reconhecimento posteriormente dado a eles pelo legislador.

Alamiro Velludo Salvador Netto postula que o legislador, exercendo a “[...] *opção do poder, da escolha do proibido [...]*”, tipifica delitos selecionando aquelas condutas que entende mais gravosas ao modo de produção vigente e dominante, salientando que “[...] *a escolha do proibido, porém, sempre é dada com a interpretação de mundo elaborada pelo próprio agente, o qual representa a proibição aquela conduta que não deseja ver realizada [...]*”¹⁵⁰, demonstrando ceticismo quanto à tentativa de limitação deste exercício de poder.

Sem pretensão de esgotar o tema, que foge aos limites aqui propostos, é certo que a viabilidade do uso do conceito de bem jurídico como fator legitimante da escolha do legislador, quanto ao que pode ser objeto de proteção penal, evolui não sem percalços. A plena liberdade de eleição de quaisquer valores, sentimentos ou interesses, sob a ameaça de pena viria a legitimar, no regime nazista e sob a influência da Escola de Kiel, atrocidades que marcaram o século XX e cujos reflexos ainda hoje se fazem sentir¹⁵¹. Não sem razão, Schünemann lamenta que precisamente “[...] *o afastamento do princípio da proteção de bens jurídicos e a utilização do Direito Penal para fins políticos discricionários no Terceiro Reich deveriam tornar evidente a necessidade de se restringir a utilização deste instrumento*”¹⁵².

Dentre as diversas tentativas contemporâneas de promover o controle do legislador em relação às condutas que podem ser objeto de criminalização, parecem mais coerentes aquelas que, como faz Claus Roxin, encontram estes limites na própria ordem constitucional. Afinal, conquanto sempre seja tentadora a busca por valores e princípios prévios à ordem jurídica positiva, o retorno ao Direito Natural inelutavelmente leva à possibilidade de arbítrio, dado que sempre caberá a alguém preencher o conteúdo deste Direito que é anterior ao Direito Positivo. Conforme assevera Amelung,

¹⁵⁰ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade penal e sociedade de risco**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 85.

¹⁵¹ Miguel Polaino Navarrete destaca entre os expoentes da Escola de Kiel “[...] Schaffstein, Dahm, y en cierto sentido también Gallas [...]”, cujos postulados “[...] configuran el delito en el marco de un Derecho penal de autor o de la voluntad”. POLAINO NAVARRETE, Miguel. **Derecho penal**: parte general. Tomo II. V. I. Barcelona: Editorial Bosch, 2000, p. 576.

¹⁵² SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. *In*: HEFENDEL, Roland (Ed.). Op. cit., p. 211.

“[...] o fato de que algo tenha valor nos remete a um sujeito que atribui este valor. (...) Como sujeitos que atribuem este valor vem ao caso, por exemplo, Deus, a comunidade cultural, a sociedade, a comunidade política representada pelo legislador e o indivíduo”¹⁵³.

A proposta de constitucionalização do bem jurídico, em verdade, advém da Itália, que, com sua Constituição fechada e detalhada em termos penais, já delineava a hipótese de fixação desta modalidade de limite à atividade legiferante. Bricola, ainda em 1973, apontava este caminho como possível solução para o impasse estabelecido entre uma fundamentação exclusivamente de direito positivo – para a qual a escolha do legislador representaria o ponto de partida, indiscutível vale dizer, do estudo do jurista –, ou de direito natural, com as possíveis consequências nefastas que o fascismo italiano legara. Daí porque afirma que restaria por estabelecer, com base na Constituição, os limites do legislador, visto que

“[...] pode se afirmar hoje, graças a um maior conhecimento constitucional, que a sanção penal somente pode ser aplicada em presença da violação de um bem que, ainda que não de mesma importância que o valor sacrificado (liberdade pessoal), conte ao menos com relevância constitucional”¹⁵⁴.

Vale destacar que, ainda seguindo o magistério de Bricola, a “relevância constitucional” não há de significar mera “não contrariedade” daquele bem jurídico que se quer proteger com a Constituição, senão a assunção do mesmo “[...] *entre os valores explícita ou implicitamente garantidos pela ordem constitucional*”. Mais do que isso, salienta o professor de Bolonha, “[...] *o legislador tem o preciso dever de tutelar penalmente o bem em sua exata dimensão constitucional [...]*”, visto que nem sempre coincidem as extensões dos conceitos previstos na Constituição e na legislação penal, como se dá, no exemplo do mesmo autor, com a noção de patrimônio¹⁵⁵.

¹⁵³ AMELUNG, Knut. El concepto “bien jurídico” en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos. *In*: HEFENDEL, Roland (Ed.). *Op. cit.*, p. 228. Tradução livre. Importa destacar que o autor coloca-se contrário ao bem jurídico como princípio limitador da discricionariedade do legislador, o que faz, contudo, mais centrado na limitação interpretativa da norma já posta, do que, propriamente, no momento de sua elaboração.

¹⁵⁴ BRICOLA, Franco. *Op. cit.*, p. 35.

¹⁵⁵ *Idem, ibidem*, pp. 39-41. Sobre o excesso de proteção do bem jurídico patrimônio na legislação penal em relação à sua atual hierarquia constitucional, valem as colocações de Alamiro Velludo Salvador Netto. Em sua tese de livre-docência, afirma que “[...] no conflito entre direitos fundamentais de liberdade e o

Melhor parece buscar a legitimação das escolhas do legislador nas demais normas que compõem o ordenamento, especialmente nas de matiz constitucional, respeitando a hierarquia normativa e a vontade última do soberano, o povo, que se tentou plasmar e consolidar no momento da manifestação do Poder Constituinte¹⁵⁶. No entender de Claus Roxin, “[...] há muitas razões para entender que o legislador atual, ainda que goze de legitimidade democrática, não pode incriminar algo apenas porque não goste [...]”, dado que “[...] o ideal é que o poder de intervenção estatal e a liberdade dos cidadãos devem se equilibrar, de forma que se garanta ao indivíduo tanta proteção quanto seja necessária, mas também tanta liberdade individual quanto possível”¹⁵⁷. Em outras palavras, assevera Bricola que a norma penal “[...] nunca cria interesses, pois apenas pode recortar e especificar, sem desnaturalizar, os valores já previstos na Constituição”¹⁵⁸.

De modo ainda mais claro, pontua Hassemer que a vinculação do Direito Penal ao Direito Constitucional é não apenas plausível, como também oportuna e óbvia, visto que, no tocante aos direitos fundamentais, a Constituição

“[...] não se ocupa de nada diferente daquilo que se ocuparam as tradições penais desde Beccaria e Feuerbach: os limites a que se submete o Estado que exerce o poder punitivo em interesse da

patrimônio, atestar a preponderância do primeiro seria mera obviedade. Mas, se tratado de princípios, não é correto afirmar, genericamente, que jamais o primeiro cederá face do segundo, sob pena de se tornar impossível a aplicação de penas privativas de liberdade para todo e qualquer delito de natureza exclusivamente patrimonial. Por conseguinte, a proporcionalidade em sentido estrito não possui o condão de afastar, de pronto, qualquer previsão punitiva neste sentido. Todavia, tem a possibilidade de problematizá-la. (...) Posto isso, parece que se exige, tanto judicial quanto legislativamente, um redimensionamento do bem jurídico patrimônio, a fim de que sua tutela não seja, em primeiro lugar, mais severa do que aquela conferida a outros valores de maior relevância constitucional (coerência sistemática)”. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Direito penal propriedade privada: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio. Tese de livre-docência em Direito Penal. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 269.

¹⁵⁶ Em sua tese de doutorado, Janaína Conceição Paschoal traça três hipóteses de limites que podem ser impostos pela Constituição ao Direito Penal. Pode-se falar em limite negativo, compreendido como a permissão para a criminalização de condutas que não choquem com as garantias constitucionais. Em limitação positiva, mais alinhada com a proposta aqui defendida, segundo a qual somente são passíveis de tutela penal aqueles bens jurídicos explicitamente previstos na Constituição Federal. Ou, ainda, em um limite mais estrito, que apenas autoriza a criminalização quando direcionada a proteger bens jurídicos que tenham natureza de direito fundamental. PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 59-68.

¹⁵⁷ ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal? In: HEFENDEL, Roland (Ed.). *Op. cit.*, pp. 443 e 447. Tradução livre.

¹⁵⁸ BRICOLA, Franco. *Op. cit.*, p. 43.

proteção dos direitos humanos de todos os intervinientes em um conflito penal [...]”¹⁵⁹,

visto que o Direito Penal é responsável por fixar limites à luta contra o delito.

É esta função crítica do bem jurídico, construída pela dogmática penal, que informa o trabalho aqui proposto, entendida, nas palavras de Sternberg-Lieben, como aquela que “[...] *de certo modo legitima o Direito Penal de fora, mas que também deve ser incorporada ao corpo normativo vigente com fins limitadores*”¹⁶⁰.

Para Moccia, na mesma linha, “[...] *certamente o conceito de bem jurídico não está em condições de oferecer uma fórmula com a qual, mediante operações de subsunção e dedução, se possa delimitar facilmente a conduta punível da que não o é [...]*”. No entanto, segue o autor, “[...] *está em condições de nos proporcionar a indicação do que é que pode ser legitimamente tutelado pelo Direito penal. Neste sentido, também se pode falar de função negativa de legitimação do bem jurídico*”¹⁶¹.

Não se ignora a dura crítica de Jakobs à tentativa de limitação do poder de escolha do legislador quanto aos bens jurídicos que serão objeto de proteção pelo Direito Penal. Sua compreensão é afirmada de modo claro, quando postula que “[...] *quais unidades de funcionamento podem elevar-se a bens jurídicos não se pode determinar pela doutrina do bem jurídico, como tampouco fundamentar que a proteção por meio de normas sempre há de ser aplicável a bens*”¹⁶².

¹⁵⁹ HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? In: HEFENDEL, Roland (Ed.). La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación de Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madri: Marcial Pons, 2007, p. 96. Tradução livre.

¹⁶⁰ STERNBERG-LIEBEN, Detlev. Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal. In: HEFENDEL, Roland (Ed.). *Op. cit.*, p. 105. Tradução livre.

¹⁶¹ MOCCIA, Sergio. De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos liberales. Tradução do italiano para o espanhol de Ramon Ragués Vallès. In: SILVA-SÁNCHEZ, Jesús Maria (ed.). **Política criminal y nuevo derecho penal**: libro homenaje a Claus Roxin. Barcelona: Bosch, 1997, p. 114. Tradução livre.

¹⁶² JAKOBS, Günther. **Derecho penal – parte general**. Fundamentos y teoría de la imputación. 2ª ed. corrigida. Madri: Marcial Pons, 1997. Tradução do alemão para o espanhol de Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. p. 56. Tradução livre. Das postulações de Jakobs sobre o tema, cumpre reconhecer a validade de sua observação sobre a incompletude da assertiva segundo a qual competiria ao Direito Penal proteger bens jurídicos. Como bem destacado, esta proteção somente se volta contra determinados atentados aos bens jurídicos, visto que ao direito é indiferente, por exemplo, que um bem jurídico pereça em razão de uma ação natural (como no caso da morte decorrente do envelhecimento). Por certo que tal aceção não pode levar o leitor a confundir o bem jurídico – vida, no caso do exemplo –, com o objeto material de proteção. De qualquer modo, a colocação de Jakobs presta-se a restringir ainda mais o âmbito de proteção ao qual se vocaciona o Direito Penal.

O problema da adoção desta compreensão reside no descolamento do Direito Penal positivo dos demais valores e normas que compõem o arcabouço do ordenamento jurídico. A plena liberdade do legislador, ao invés de confirmar sua independência, o coloca acima e além das balizas que o corpo político lhe fixou no ato de delegação de poderes que reside na Constituição. É de se constatar, assim, que a positivação destes valores e normas em um estatuto de hierarquia constitucional facilitou o trabalho do dogmata do Direito Penal, que não mais necessita buscar os limites em uma construção etérea de Direito Natural, nem em um racionalismo que supostamente permitiria decorrer as regras e princípios de uma razão transcendente, nem mesmo de uma leitura – sempre enviesada – da realidade ou dos fenômenos sociais que o cercam, mas os encontra diretamente plasmados em sua carta política.

Aderindo às colocações de Schünemann,

“[...] a teoria da legitimação do direito penal ou, vista desde a perspectiva inversa, dos limites impostos ao legislador na configuração do direito penal, está fundada nas condições fundamentais supra positivas de qualquer poder estatal legítimo e constitui, portanto, a premissa tácita de qualquer Estado liberal e democrático de direito, sem importar se isto está consagrado de modo expreso na Constituição”¹⁶³.

Ademais, há de se reconhecer uma preocupação pragmática, em seu sentido vulgar, na investigação científica que se propõe a tangenciar a política criminal, criticando a lei posta. Há um óbvio intuito de tornar viável a proposta lançada, razão pela qual deve ela ser construída sobre bases sólidas. Daí porque se perguntar se as críticas feitas desde a década de 1960 ao bem jurídico como fator limitante da formulação legislativa penal guardam certa razão. Ao se emprestar a imagem figurada que dá o subtítulo da versão espanhola da obra organizada por Hefendehl: seria o bem jurídico fundamento de legitimação do Direito Penal ou um jogo de avelórios dogmático?¹⁶⁴

¹⁶³ SCHÜNEMANN, Bernd. **¡El derecho penal es la *ultima ratio* para la protección de bienes jurídicos!** Sobre los límites inviolables del derecho penal en un Estado liberal de Derecho. Tradução do alemão para o espanhol de Ángela de la Torre Benítez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Cuadernos de Conferencias y Artículos n° 38, 2007, p. 25.

¹⁶⁴ A expressão “jogo de avelórios” faz referência à clássica obra de Herman Hesse, traduzida para o Português como *O jogo das contas de vidro*, que narra a história de José Servo (Joseph Knecht) e do fictício

A via escolhida, que refere a busca pelos limites de criminalização no próprio texto constitucional parece a única plausível. Questionar a opção política do legislador seria mero juízo de valor, além de incontestável violação da regra imposta pelo regime democrático, que atribui ao Parlamento a missão de fazer este tipo de escolha. À técnica compete ressaltar ao Parlamento que seu trabalho deve ter por balizamento a Constituição, razão pela qual se compreende que a opção aqui adotada não fere a sua prerrogativa.

Neste particular é que se pode concluir que a ideia atual de bem jurídico, resultado de um longo processo de elaboração científica que se desenvolve ao longo de mais de duzentos e cinquenta anos, aponta para uma possível ferramenta de controle da escolha do legislador acerca de quais objetos podem ser alvo de proteção penal¹⁶⁵. Estes, na linha aqui invocada, haveriam de se conectar com o desenho constitucional vigente, donde se poderiam retirar autorizações para formulação da legislação penal. Em resumo ao quanto dito, pode ser suscitada a lição de Ignacio Berdugo Gómez de La Torre, que, invocando decisão do Tribunal Constitucional espanhol, conclui ser necessário que

“[...] a restrição da liberdade individual que toda norma penal comporta se realize com a finalidade de dotar de necessária proteção os valores, bens ou interesses que sejam constitucionalmente legítimos em um Estado social e democrático de Direito (STC 105/1988, F.J. 2)”¹⁶⁶.

país de Castália, integralmente dedicado a ciências sem conexão com a técnica. A epítome deste distanciamento seria o jogo de avelórios, praticado pelos mais eruditos de seus cidadãos, cujas complexas regras de funcionamento o autor apenas sugere, deixando clara a sua inutilidade do ponto de vista prático. A obra de Hefendel, já citada neste capítulo: HEFENDEL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación de Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. A complexidade do jogo é tamanha que Hesse informa, desde o início. “[...] não esperem portanto de nós a história e a teoria completa do Jogo de Avelórios. Mesmo autores de maior mérito e com mais competência do que nós, não estariam em condições de fazê-lo”. HESSE, Hermann. **O jogo das contas de vidro**. Tradução de Livinia Abranches Viotti e Flávio Vieira de Souza. 10ª ed. Rio de Janeiro: Record, 1971, p. 3.

¹⁶⁵ Calha lembrar que o conceito de bem jurídico não se presta unicamente a adimplir uma função legitimadora da opção criminalizante. Ao contrário, sua mais reconhecida função é a organização e classificação dos crimes. Sobre o tema, interessante estudo foi feito por Mariângela Gama de Magalhães Gomes. A autora afirma que “[...] atualmente, é amplamente aceito que a classificação dos crimes a partir do bem jurídico tutelado é o melhor critério a era observado no momento de elaboração sistemática da parte especial dentro do código penal [...]”, a ponto de dizer que “[...] a única classificação dos crimes na parte especial apta a orientar o intérprete – e a obter respaldo científico e viabilidade prática – seria aquela fundada nas diversas objetividades jurídicas ofendidas pelas condutas tipificadas. Conforme dito acima, uma vez que o direito penal é concebido como um instrumento de tutela de bens jurídicos, a ofensa ao bem representa o núcleo substancial do crime, ou seja, é o aspecto que melhor justifica a decisão legislativa pela incriminação”. GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **Teoria geral da parte especial do direito penal**. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 172-173.

¹⁶⁶ GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo *et alli*. **Curso de derecho penal**: parte general. Barcelona: Ediciones Experiencia, 2004, p. 71. Tradução livre.

Dito de outro modo, tem-se que o primeiro passo para responder à pergunta sobre se determinada criminalização é legítima reside na identificação do bem jurídico que ela pretende proteger no corpo constitucional. Não se trata de passo suficiente, mas necessário¹⁶⁷.

Para compreender se o delito do artigo 323 do Código Eleitoral, volta-se à proteção de um bem jurídico legítimo; contudo, necessário se faz, primeiramente, delinear o conceito e as funções desta ferramenta dogmática.

3.2 PRINCÍPIOS E CONCEITO DE BEM JURÍDICO PENAL

Neste momento, considera-se oportuno partir dos princípios que informam a noção de bem jurídico, em sua vertente penal, de modo a que se chegue a uma conceituação posterior. A investigação científica é o âmbito da zetética, não sendo recomendável partir de conceitos predefinidos e, em seguida, dividi-los em seus elementos apenas pela curiosidade de esmiuçá-los. Parece mais profícuo compreender suas partes e funções com o que, adiante, seu conceito tenderá a tomar corpo. Porém, convém destacar que a dificuldade enfrentada pela doutrina, brasileira e alhures, jamais pacificada sobre o tema, certamente não será resolvida nestas breves ponderações.

De plano importa compreender que o debate acerca do bem jurídico gravita órbitas distintas da dogmática penal, ora se o aprecia sob a égide de um princípio legitimador, como dito no item anterior, ora a questão migra para a noção de antijuridicidade, dentro da

¹⁶⁷ Neste sentido, ainda que admitindo a proteção criminal de bens jurídicos sem espeque constitucional, vale ressaltar a lição de Manuel Portero Henares, ao afirmar que “[...] esa visión constitucional debe ser orientada de modo no radical, es decir, la Constitución ha de contemplarse como un *opus apertus*, más como paradigma programático de los valores y principios rectores de la convivencia – aunque de obligatorio cumplimiento – que como estándar de vinculación directa y unívoca entre valores y norma penal. La inclusión de un ‘bien’ en la esfera de protección de la norma penal obedece no sólo a su expresión en el texto constitucional – pues, de hecho, ni la explícita mención en la Norma Fundamental ha de implicar necesariamente merecimiento de protección penal ni todos los bienes protegidos han de recogerse expresamente en la Constitución, pues pueden ser frutos de la interacción de principios y valores constitucionales –, sino que además ha de concurrir un intencionalidad social y cultural que la motive, derivada del principio democrático, que puede calificarse acertadamente por ARROYO ZAPATERO como ‘consenso’. La unión de ambos requisitos, expresión constitucional y consenso, dota de contenido la exégesis del bien jurídico en tanto que valor protegible, añadiendo a la relevancia constitucional lo que GARCÍA RIVAS denomina ‘la necesidad de intervención penal’.” PORTERO HENARES, Manuel. **El delito publicitario en el código penal español**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 220-221.

Teoria do Delito, momento no qual agora se ingressa. Esta mutabilidade não deve causar maior apreensão, visto que o conceito e seus princípios vêm sendo formulados, reformulados, afirmados e negados, reiteradamente, por praticamente todos os pensadores que se debruçaram sobre a compreensão do Direito Penal.

Como apontado por Alamiro Velludo Salvador Netto, a multiplicidade de tentativas de explicação do fenômeno jurídico penal, a que denomina “[...] *uma complicada espécie de sincretismo de filiações [...]*”, dificulta falar em um “[...] *sistema coerente de pensamento, baseado na estruturação filosófica que lhe outorga significado*”. Esta “[...] *pouca vinculação ou fidelidade estrutural [...]*” permite concluir, como faz o autor, que uma das características do momento em que vivemos é “[...] *a desorganização dos argumentos lógicos e legitimadores das próprias decisões do sistema*”¹⁶⁸. Assim, longe de se exigir uma construção pronta e acabada, cabe ao investigador lançar os olhos sobre as diversas visões dadas ao tema para, ao final, apreender o que de valioso e coerente se pode retirar de cada uma delas, com as dificuldades aqui expostas.

Posto isto, além de sua função legitimadora da escolha do legislador, trabalhada em profundidade no item anterior, a doutrina reconhece no bem jurídico ao menos quatro princípios que remetem ao momento de aplicação da norma, posterior, portanto, à função adrede mencionada, são eles: lesividade, intervenção mínima, fragmentaridade e subsidiariedade¹⁶⁹.

Por princípio da lesividade entende-se e necessidade de aferição, ao menos em tese, da possibilidade de que determinado bem venha a sofrer ataques injustos que lhe causem lesão ou, ao menos, coloquem-no em risco. Não faria sentido mobilizar o Direito Penal para proteger algo que, ainda que relevante ou mesmo essencial à convivência humana, estivesse longe de qualquer perigo¹⁷⁰. Afirma Luciano Anderson de Souza que

¹⁶⁸ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade penal e sociedade de risco**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, pp. 81-82.

¹⁶⁹ Vale-se aqui da classificação como exposta em: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Op. cit.*, pp. 54-56.

¹⁷⁰ Ana Elisa Liberatore Silva Bechara alerta que “[...] a par da utilização da ofensividade sob uma perspectiva criminalizante, ressalta-se, de outro lado, que sua verificação não há de ser relegada a um contexto empírico, não se podendo confundi-la com o eventual resultado material do delito. A ofensividade não possui, portanto, caráter naturalístico, mas sim normativo. Assim, há hipóteses em que, embora haja afetação naturalística do bem jurídico, não será possível afirmar sua ofensa, em sentido de atribuição de relevância jurídico-penal ao comportamento do agente. De outro lado, em tantas outras hipóteses, fundamentalmente relacionadas a bens coletivos, a ofensividade será apurável apenas no plano normativo, não sendo possível vislumbrá-la em sentido naturalístico”. BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Op. Cit.*, p. 155.

“[...] para um tipo penal ser válido não apenas se deve identificar em seu bojo um bem jurídico com dignidade penal, como também se constatar a presença de vedação de um comportamento apto a um atingimento do caro valor social tutelado”. Assim, a lesividade seria “mais um filtro da tipificação penal, ou seja, mais um critério limitador do *ius puniendi*, o que se mostra consentâneo com a regra geral de Direito de que norma restritiva interpreta-se restritivamente”¹⁷¹.

Ao se recorrer ao argumento *ad absurdum*, sempre útil para enumeração de exemplos, seria o caso de se cogitar da proteção penal da integridade do Sol. Não se ignora ser o astro fonte de praticamente toda a vida na Terra, sendo igualmente indispensável para sua manutenção. Ao menos até o momento, nenhuma ação há que possa ser realizada pelo ser humano que coloque em risco sua integridade e a continuidade da queima de seu combustível pela fusão dos átomos de hélio. Daí porque, irrelevante para o Direito Penal sua proteção, inexistindo bem jurídico a ser tutelado.

A intervenção mínima¹⁷² parte da compreensão de ser o Direito Penal a mais gravosa e violenta forma de intervenção lícita do Estado sobre seus cidadãos. Daí decorre, em um Estado Democrático e Social de Direito, a constatação de que ela deve ser evitada a

¹⁷¹ SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito penal econômico: fundamentos, limites e alternativas**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, pp. 87-88. Conclui o autor que “[...] para o pensamento clássico penal, não há como se admitir, num Direito Penal de cunho democrático – que possui a liberdade humana como eixo valorativo –, a simples vedação de condutas indesejadas por uma determinada política estatal, sem que se ostente, claramente, com a mesma, uma grave afetação de um interesse humano fundamental para a coexistência pacífica dos indivíduos. Entende-se, assim, cabível a vedação de condutas indesejadas por sua danosidade social ou, ainda, por seu potencial de perigosidade a um interesse humano essencial, não se rechaçando de plano a categoria de perigo abstrato. Mas, ainda que não se exija que a perigosidade seja efetiva, que seja ao menos tangível, provável, capaz em tese de levar à concretização de dano a um caro valor social. Caso em uma análise *ex ante* ou *ex post* constate-se que seria impossível a ocorrência de um resultado lesivo na hipótese, inválida será a punição: no primeiro aspecto, no plano legislativo e, no último, na aplicação da lei no caso concreto” (p. 92).

¹⁷² A intervenção mínima é reconhecida no âmbito do Direito Eleitoral sem peias. Assim afirma René González de la Vega, doutrinador mexicano, ao dizer que “Surge una más sólida justicia electoral y se diseña un mínimo del mínimo ético político, para sancionar penalmente las conductas electorales ilícitas, de alto grado de intolerabilidad social” (p. 124) e, mais adiante, que “Es en rigor, la rama jurídica que desfila en último lugar; ninguna sociedad, ningún gobierno, pueden sustentar su convivencia y buen desempeño, en los textos penales. Lo contrario sería pensar en una sociedad primitiva, sin destino envidiable, de vida mortificante y, finalmente, bárbara y desconfiada” (p. 229). GONZÁLEZ DE LA VEGA, René. **Derecho penal electoral**. 3ª ed. Cidade do México: Editorial Porrúa, 1994.

todo o custo, sendo admissível tão somente como *ultima ratio*, quando todas as demais técnicas de controles social e jurídico mostrarem-se inócuas ou demasiadamente falhas¹⁷³.

Importa ressaltar que a noção de “mínima” que adjectiva a “intervenção” não deve ser vista exclusivamente em uma única acepção. Não é ela apenas mínima no sentido de que deve se restringir a alguns bens, aqueles mais valiosos para o ser humano e para a sociedade, o que se poderia denominar uma noção horizontal. É também mínima no sentido de grau de intervenção, em uma vertente vertical.

Quer-se com isso dizer que ainda que relevante o bem jurídico identificado e merecedor de tutela penal, nem todos os ataques injustos que venha a sofrer deverão receber a ameaça de sanção penal. Aqui se chega ao princípio de fragmentaridade, vinculado, mas não idêntico, ao da intervenção mínima.

Simple para a compreensão do que se pontua é o exemplo da integridade física, indiscutivelmente reconhecida como bem jurídico digno de tutela penal. Não resta dúvida que ataques graves, com potencial de ocasionar lesões com consequências funcionais ou estéticas, devem e são reprimidos pelo Direito Penal. Porém, pequenos esbarrões que fazem parte do cotidiano, ainda que possam trazer eventual incômodo, não logram atravessar a raia da fragmentaridade, restando excluídos do controle penal¹⁷⁴.

Por fim, a polissemia da expressão “mínima”, qualificadora da intervenção, admite ainda outro sentido: pode se compreender como a única potente o suficiente, diante da tibieza das demais modalidades possíveis de intervenção. Mínima, nesta acepção, remete a subsidiária, ou seja, aquela de que se vale quando as demais falharem. Assim se tem o princípio da subsidiariedade. Renato de Mello Jorge Silveira assenta que “[...] a

¹⁷³ Jesús María Silva-Sánchez recorda que a ideia de um direito penal garantista ou mínimo não representa, *per se*, grande novidade, já que o artigo 8º da Constituição francesa de 3 de setembro de 1791 já estabelecia que “La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires [...]”. SILVA-SÁNCHEZ. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. 2ª ed. Buenos Aires: B de F, 2010, p. 43. Com outras palavras, exprime pensamento similar Paulo de Souza Queiroz. Afirma que “[...] em face do princípio da inviolabilidade da liberdade (CF, art. 5º), que a liberdade, supremo valor constitucional, é, neste regime, a regra; a não-liberdade, a exceção. Disso resulta que toda restrição jurídico-penal a ela, há de pressupor a absoluta necessidade e adequação desse modo cirúrgico de intervenção estatal, vale dizer, violações autorizadas da liberdade pelo direito penal somente podem ser toleradas quando necessárias à afirmação da liberdade mesma, (...) não se tolerando intervenções pedagógicas ou moralizadoras para coibir comportamentos que não lesam ninguém (...) ou possam ser objeto de repressão fora do direito penal [...]”, já que “[...] a liberdade, no sistema democrático, é, a um tempo, o limite e o fim do direito penal”. QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, pp. 125-126.

¹⁷⁴ Não se ignora a tutela contravencional do artigo 21 do Decreto-lei nº 3.688 de 1941. Parece, certo, contudo, que esta contravenção, como as demais, sofrem de sua própria crise de legitimidade.

subsidiariedade penal delinea-se de tal forma que sua aplicação só deve ocorrer se outras formas de intervenção não forem passíveis de aplicação”¹⁷⁵.

Para Bricola, o limite de condicionamento que a Constituição impõe ao legislador é somente negativo, já que ele não pode adotar sanções penais, a não ser diante de fatos lesivos a valores constitucionais. Entretanto, e aqui se fala em subsidiariedade, “[...] *ainda que em presença de um fato dotado de força lesiva, poderia [o legislador] igualmente acudir a modelos sancionatórios extrapenais*”¹⁷⁶.

Para Mir Puig, os princípios da subsidiariedade e da fragmentaridade unem-se na conceituação da intervenção mínima¹⁷⁷. Defende o doutrinador da Universidade de Barcelona que uma visão utilitária do Direito Penal não deve ser “[...] *tendente à maior prevenção possível, mas à menor prevenção imprescindível*”¹⁷⁸. Adiante, assenta que a subsidiariedade reclama que a primeira abordagem à possível lesão deve se dar por uma atitude de política social, por meios “[...] *desprovidos de caráter de sanção*”. Em continuação, devem ser tentadas as sanções não penais, como as civis e administrativas. Entre as primeiras destaca a anulação de negócios jurídicos, o ressarcimento por enriquecimento ilícito e a reparação de danos. Dentre as últimas, a aplicação de multas, sanções disciplinares e a cassação de concessões e permissões¹⁷⁹.

Dentre as formas alternativas de controle que assumem relevância para o trabalho aqui empreendido, além das já mencionadas sanções cíveis e administrativas, vale salientar a autoproteção. Em uma primeira acepção, a autoproteção retira legitimidade da criminalização daquelas condutas que, conquanto lesivas a bens jurídicos fundamentais, podem ser evitadas por suas vítimas potenciais. Tatjana Hörnle aduz que se “[...] *uma vítima pode se proteger por si mesma dos riscos com que outro a ameaça, então não requer proteção [...]*”, o que impõe “[...] *deduzir que a conduta do autor deveria se*

¹⁷⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Op. cit.*, p. 56.

¹⁷⁶ BRICOLA, Franco. *Op. cit.*, p. 45.

¹⁷⁷ Este é o pressuposto metodológico adotado nesta dissertação, cuidando pormenorizadamente dos temas da subsidiariedade e da fragmentaridade, além da lesividade, como suficientes a abranger o conceito de intervenção mínima.

¹⁷⁸ MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**: parte general. 9ª ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2011, p. 118. Tradução livre.

¹⁷⁹ *Idem, ibidem*, p. 118. O tema terá relevância mais adiante no trabalho, na medida em que, conforme visto no Capítulo 2, o controle de conteúdo da propaganda eleitoral se dá, concomitantemente, nos âmbitos cível e penal eleitoral.

considerar atípica”¹⁸⁰. Admite-se que raramente um tipo penal abrangerá apenas hipóteses nas quais a vítima poderia, por si só, evitar a lesão ao bem jurídico tutelado; no mais das vezes, a autoproteção terá aplicação em fase posterior – já admitida a legitimidade da criminalização – em uma análise *ex post facto*, ou seja, diante das circunstâncias de um fato concreto posto à apreciação do Poder Judiciário.

De qualquer modo, cuidando esta pesquisa do tema específico da mentira na propaganda eleitoral, será de se perquirir, mais adiante, se é em tese possível admitir que as possíveis vítimas – os eleitores – têm o dever de verificação da veracidade das propagandas eleitorais que lhes são transmitidas. Como também alerta Tatjana Hörnle, opõe-se a esta tese a necessidade de proteção daquelas pessoas que “[...] *por circunstancias pessoais são crédulas e especialmente vulneráveis [...]*”, “[...] *sem experiência, pessoas ingênuas seja por sua idade avançada ou juventude e pessoas com alguma deficiência mental [...]*”, que seriam “[...] *merecedoras da proteção do Direito Penal em especial medida*”¹⁸¹.

Assentados, pois, os princípios informadores da ideia de bem jurídico penal, pode-se passar à tentativa de sua conceituação, reconhecendo que deve ela abranger, concomitantemente, todos eles.

De antemão, reconheceu-se, no item anterior, que nem todo bem, valor ou utilidade do indivíduo ou da sociedade é passível de ser erigido ao grau de bem jurídico penal. Necessário que se possa extraí-lo daquele grupo de valores reconhecido na Constituição, na medida em que esta se põe como limite à atividade legiferante^{182, 183}.

¹⁸⁰ HÖRNLE, Tatjana: autoprotección. In: VON HIRSCH, Andrew; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang; ROBLES PLANAS, Ricardo (Org). **Límites al Derecho penal**: principios operativos en la fundamentación del castigo. Barcelona: Atelier, 2012, pp. 90-91.

¹⁸¹ *Idem, ibidem*, p. 96. Tradução livre.

¹⁸² Importa destacar que não se advoga aqui uma vinculação expressa, gramatical, a termos positivados na Constituição Federal. Reconhece-se que da Carta Política é possível e necessário deduzir princípios que lhe são subjacentes e que se ocultam em seu texto, abrindo-se à atividade do hermeneuta. Forçoso reconhecer, contudo, que há limites a tal exercício, sob pena de se extrair do texto constitucional não aquilo que se tem, mas o que se gostaria de ter. Acerca do tema, ver NEISSER, Fernando Gaspar, **A constituição que se tem e a constituição que se quer**: a perda do mandato de deputados federais por decisão criminal transitada em julgado. Revista dos Tribunais, ano 102. V. 933, julho 2013, pp. 167-183.

¹⁸³ José Luis Díez Ripollés refuta esta limitação, sustentando que ela meramente leva à migração de um positivismo normativo – fundado na lei penal – para outro – de jaez constitucional. Em seu entendimento, “[...] el acuerdo ciudadano básico se edifica sobre un sistema de creencias compartidas, y tan relevante socialmente es encontrar un instrumento que las refleje con claridad y seguridad, como garantizar que tal instrumento va a ser capaz de adaptarse flexiblemente a las lentas pero permanentes transformaciones de nuestro mundo de la vida”. Deste modo, a visão aqui assumida “[...] lleva a congelar el consenso social alcanzado en cierto momento histórico”. DIÉZ RIPOLLÉS, José Luis. **La racionalidad de las leyes penales**:

Do princípio da lesividade retira-se o critério de necessidade de proteção. Um bem somente assumirá o papel de bem jurídico penal se houver necessidade efetiva de sua proteção, ou seja, se houver temor de que ataques injustos, decorrentes de ações humanas, tenham o condão, mesmo que em tese, de lesioná-lo ou colocá-lo em risco.

Da intervenção mínima decorre a necessidade de que o bem seja extremamente relevante ao convívio social ou ao pleno desenvolvimento do indivíduo, de “importância fundamental”, que “[...] afete as posibilidades de participación dos individuos no sistema social”¹⁸⁴.

Dessa maneira, restam excluídos deste grau de proteção, por exemplo, os interesses de cunho exclusivamente moral¹⁸⁵ ou aqueles que, mesmo importantes para grupos específicos da população, não adimplem ao caráter geral de relevância exigido^{186, 187, 188}.

práctica y teoría. 2ª ed. Madri: Editorial Trotta, 2013, p. 180. Mais adiante, contudo, o autor admite ao menos o controle em sua vertente negativa, vedando a criminalização de condutas que não se apoiem em bens jurídicos com espeque constitucional, quando assenta que “[...] la Constitución carece de potencialidad para ir más allá de una predeterminación genérica, con frecuencia negativa, de los principios que han de inspirar la racionalidad legislativa” (p. 183).

¹⁸⁴ MIR PUIG, Santiago. *Op. cit.*, p. 121.

¹⁸⁵ Roxin salienta que a exclusão da proteção exclusivamente moral do Direito Penal afeta especificamente o âmbito da moral sexual, lembrando que até 1969 o Código Penal Alemão mantinha tipificadas, dentre outras, a conduta da homossexualidade entre adultos e a sodomia. Em apoio à descriminalização, afirma que estavam apenas “[...] acciones que ciertamente se consideran inmorales de modo general, pero que, si son realizadas por personas adultas y en caso de participación de varios con recíproco acuerdo y sin molestar a otros, no menoscaban ni ‘derechos’ individuales ni ‘bienes’ en el sentido de estados vulnerables, protegidos y valiosos; y por ello, según esta teoría sólo pueden entenderse como infracciones contra ‘conceptos generales’ como la moral, pero no como lesiones a bienes jurídicos”. ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tomo I. Tradução da 2ª ed. alemã para o espanhol por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madri: Civitas, 1997, p. 52.

¹⁸⁶ Miguel Polaino Navarrete, descrevendo as ideias de Roxin acerca do tema, destaca que para o autor seriam conceituados os bens jurídicos como “situaciones portadoras de valor, delimitadas en el mundo exterior y lesionables por comportamientos externos, tales como la vida, la salud, el patrimonio, la libertad de determinación de la voluntad, la capacidad funcional de los órganos del Estado, y similares. En cambios, conceptos como los de moralidad, bien común, sentimientos populares, ordenamiento ético, dignidad humana general, pudor, no constituyen singulares situaciones claramente tangibles de la manera indicada, y no integran por consiguiente bienes jurídicos en el sentido aludido”. POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Op. cit.*, p. 586. Na mesma obra, recomenda-se, por todos, o extenso estudo formulado (pp. 563-614).

¹⁸⁷ Em sentido contrário, merece destaque a lição de Jescheck, quando afirma que “[...] también hay bienes vitales que consisten exclusivamente en convicciones morales de la sociedad profundamente enraizadas, tal y como sucede con el bien protegido por el precepto penal que sancione el maltrato de animales (§17 TierSchG). A través de la asunción de estos valores por el ámbito de protección del Ordenamiento jurídico, aquéllos se convierten en bienes jurídicos”. JESCHECK, Hens-Heinrich; WEIGEN, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general. Tradução do alemão para o espanhol de Miguel Olmedo Cardenete. 5ª ed. Granada: Editorial Comares, 2002, p. 8.

¹⁸⁸ Explicando a diferença entre a proteção penal proposta pelo liberalismo e pelo moralismo, calha destacar as ponderações de Gerhard Seher, para quem “[...] en el más amplio sentido, el ‘moralismo’ denota la protección penal de representaciones morales. Nada tiene ello de rechazable, si asumimos que en una Democracia el Derecho es, en esencia, la positivación de un sector de la moral social. (...) La cuestión, entonces, no es si han de protegerse valores, sino cuáles. Un moralista no habría de poner reparos a las normas fundadas en el principio del daño, si bien propondría normas adicionales. La particularidad de las

A fragmentaridade aporta ao conceito a exigência de que mesmo sendo relevante o bem, só os mais graves atentados contra ele serão objeto de atenção do ordenamento jurídico penal. O Direito Penal não deve se ocupar da bagatela, mormente em razão do custo social que impõe ao restringir licitamente o direito de liberdade dos cidadãos.

Ademais, como salientado anteriormente, unicamente aqueles atentados produzidos pela ação humana é que poderão ser alvo de proteção penal, sendo irrelevantes os efeitos deletérios decorrentes da mera passagem do tempo ou de catástrofes naturais alheias à ação ou omissão humanas.

Por fim, é com a subsidiariedade que se completa a formulação aqui proposta, agregando ao quanto dito anteriormente a necessidade de verificação da possibilidade de que se exerça o controle social por meios menos gravosos, como é o caso dos Direitos Civil e Administrativo.

Com estes predicados em mente é que se pode propor uma definição de bem jurídico penal, sem pretensão de exaurir a matéria, como todo bem ou valor; com referência direta ou indireta no texto constitucional; que seja valorado positivamente pela sociedade por sua extrema relevância para a manutenção ou o desenvolvimento da vida individual e coletiva; que necessite proteção contra ataques injustos decorrentes da ação humana, que tenham o condão de lesioná-lo ou colocá-lo em perigo; proteção esta que somente há de se dar em relação aos ataques tidos por mais gravosos, cuja defesa não possa se dar por meio de outros âmbitos de controle jurídicos ou não^{189, 190}.

3.3 BENS JURÍDICOS INDIVIDUAIS E SUPRAINDIVIDUAIS

normas moralistas radica en que no remiten a una relación autor-víctima. No castigan debido a la lesión de una persona, sino para proteger los valores en sí mismo. SEHER, Gerhard. La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico. *In*: HEFENDEL, Roland (Ed.). *Op. cit.*, p. 87.

¹⁸⁹ Miguel Polaino Navarrete conceitua bem jurídico como “[...] todo bien o valor, de titularidad personal o colectiva, normativamente evaluado y estimado como digno, merecedor y necesitado de la máxima protección jurídica, representada por la conminación penal, que corresponde imponer al comportamiento lesivo del bien jurídico, de conformidad con la concreta descripción típica”. POLAINO NAVARRETE, Miguel. **Derecho penal**: parte general. Tomo II. V. I. Barcelona: Editorial Bosch, 2000, pp. 603-604.

¹⁹⁰ Fiel à busca pelo fundamento constitucional do bem jurídico, Claus Roxin o define como “[...] circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”. ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte geral. Tomo I. *Op. cit.*, p. 56.

Tendo sido defendida a ideia de bem jurídico penal de matiz constitucional como critério legitimador da escolha do legislador e, em seguida, exposto seu conceito a partir dos princípios que o subjazem, necessário abrir um parêntesis para questionar se estes bens jurídicos devem sempre ser referentes a um direito individual dos cidadãos ou se é de se admitir a existência de bens jurídicos que transcendam o indivíduo, tutelando valores e utilidades coletivos ou transindividuais. A questão tem relevo no presente trabalho na medida em que traz consequências para a identificação do bem jurídico que o artigo 323 do Código Eleitoral pretende proteger e, a partir daí, para o tipo de crime que se cuida, se de dano ou de perigo.

Inicialmente, vale lembrar que o Direito Penal moderno, iniciado a partir do Iluminismo, apegou-se ao antropocentrismo herdado do Renascimento e alçado a valor supremo no período das revoluções burguesas. Com a substituição do Antigo Regime pelo Estado de Direito e com as declarações de direitos que se seguiram, o Homem – aqui entendido no conceito amplo de ser humano – adquire a primazia como beneficiário do ordenamento jurídico, cuja legitimidade derivaria do fato de bem servir às suas necessidades vitais e sociais.

Daí porque não desperta dúvida a proteção dos denominados bens jurídicos individuais, reconhecidos como tradicionais ou clássicos, como é o caso da vida, da liberdade – esta entendida tanto na vertente física, de locomoção, quanto intelectual, atinente à expressão política e religiosa –, da integridade física e do patrimônio, dentre outros. Problema há, como dito anteriormente, na extensão deste reconhecimento de necessidade de tutela a outros bens, de caráter metaindividual.

E o problema decorre da dificuldade que a dogmática tem de estender a estes novos bens aquelas mesmas garantias que caracterizam o Direito Penal liberal, como: a legalidade e sua coirmã – a taxatividade –, a culpabilidade, a proporcionalidade e a lesividade, dentre outros. Afinal, como coloca com razão Dulce María Santana Vega, “[...] *este novo Direito penal não apenas questiona aquelas garantias como, em muitas ocasiões, as vulnera, constituindo esta nota em um dos signos de afirmação de sua identidade contra o agora velho Direito penal surgido da Ilustração*”¹⁹¹.

¹⁹¹ SANTANA VEGA, Dulce María. **La protección penal de los bienes jurídicos colectivos**. Madrid: Dykinson, 2000, p. 25.

Quem no Brasil melhor se debruçou sobre o tema foi Renato de Mello Jorge Silveira, cuja tese de doutorado defendida na Universidade de São Paulo tem especificamente o título “Direito Penal Supra-Individual: direitos difusos”¹⁹². Para o autor, as transformações derivadas da “[...] verdadeira revolução tecnológica notada na sociedade nas últimas décadas foram também sentidas no âmbito sociológico”. Na sociedade pós-industrial, as relações não se dão mais exclusivamente entre indivíduos, sujeitos identificáveis e identificados, mas também entre grupos sociais definidos, coletividades mais ou menos delimitadas e, especialmente, entre a totalidade difusa dos membros do corpo social.

Não é difícil compreender como se chegou a este grau de inter-relação e interdependência, a ponto de toldar a figura clássica do sujeito de direitos – aquele indivíduo livre e autônomo que aderira ao contrato social e recebera, em contrapartida, o reconhecimento de sua dignidade e o rol de direitos que o Estado lhe legara –, quando se pensa, por exemplo, na crescente ubiquidade dos meios de comunicação ou na abrangência da distribuição dos bens de consumo atualmente produzidos. Se no século XIX, seguindo o exemplo, era plausível identificar uma relação direta entre comprador e vendedor no caso da venda de um produto defeituoso, a permitir uma singela imputação do resultado danoso em razão da lesão ocasionada à vítima, o mesmo não se pode falar em um mundo em que a mera disponibilização do mesmo produto à massa de consumidores gera um perigo que se considera intolerável.

Alamiro Velludo Salvador Netto, propondo uma análise que toma por método o materialismo-dialético, sugere que os “[...] moldes e paradigmas do direito penal clássico [...]” acabam por ser superados no atual momento do que denomina sociedade de risco, com apoio no pensamento de Ulrich Beck, na medida em que haviam sido erigidos como reflexo do modo de produção dominante nas sociedades industriais. A alteração do paradigma produtivo, como infraestrutura que é, em última instância determina a forma de organização jurídica, inclusive do Direito Penal, por seu caráter superestrutural. Assim, a alteração das relações sociais decorrente da “[...] criação de novas tecnologias [...]” leva a um mundo “[...] estruturado principalmente por riscos humanamente criados [...]”; riscos estes, vale ressaltar, de magnitude até então impensada¹⁹³.

¹⁹² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Op. cit.*, pp. 56-71.

¹⁹³ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Op. cit.*, 2006, pp. 85-86.

Deste tipo de fenômeno é que deriva uma preocupação que adquire contornos teóricos, acerca da necessidade de antecipação da tutela penal na tentativa de evitar a causação do dano. Ora, se a mera colocação de um produto potencialmente perigoso à venda frustra a expectativa de uma sociedade segura, trazendo a possibilidade de futuras lesões, nenhuma razão haveria para se aguardar a consumação desta situação danosa e apenas então vislumbrar a ocorrência do ilícito penal.

Uma eventual abertura sem limites do conteúdo semântico do bem jurídico penal poderia levar, por um lado, ao afastamento daqueles princípios expostos anteriormente e, por outro, a uma completa despersonalização da proteção penal, negando o papel vetor que a pessoa humana tem como fim último do Estado e do Direito.

Daí porque alerta Renato de Mello Jorge Silveira que

“[...] a ampliação do horizonte penal, abandonando a conceituação iluminista quanto a uma consideração relativa à pessoa enquanto elemento individual, tomando-se em conta bens metaindividuais e sociais, não pode, nunca, perder o referencial de seus elementos autônomos”¹⁹⁴.

Por rigor científico e em atenção à distinção que a doutrina, não apenas penal, traça em relação às noções de direitos coletivos, difusos e transindividuais, adota-se a conceituação de Renato de Mello Jorge Silveira, que a empresta de Ada Pellegrini Grinover, para quem

“[...] enquanto os interesses coletivos referem-se a interesses de uma coletividade de pessoas interagindo apenas entre si, os interesses difusos dizem respeito a uma valoração de pessoas e valores genéricos, pessoas e interesses de massa, conflitando entre si”¹⁹⁵.

¹⁹⁴ Na mesma oportunidade afirma-se que “fazer-se referência a valores sem uma recíproca exigência de que sua infração suponha uma repercussão negativa nos indivíduos como seres sociais é por demais criticável. A legitimidade da proteção desses bens jurídicos sempre é de ser mantida, desde que eles se lastrem nos interesses fundamentais da vida social da pessoa”. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Op. cit.*, p. 57.

¹⁹⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Idem, ibidem*, p. 61.

Pautam-se estes em uma noção de funcionamento da sociedade ou do sistema, para que “[...] *possam estar materialmente asseguradas as [suas] bases e [...] condições*”¹⁹⁶. De qualquer modo, parece adequado, aos fins aqui propostos, adotar a denominação genérica direitos supraindividuais e seu correlato bens jurídicos supraindividuais, com o condão de abranger os bens coletivos, difusos e transindividuais.

Segue-se que o Estado Social, primeiramente, e em seguida os reclamos da sociedade pós-industrial acarretaram uma ampliação do espectro de expectativas e de direitos da coletividade, no mais das vezes amparado no direito positivo – constitucional ou legal –, que afastou a noção de direito de sua vertente subjetiva tradicional iluminista. O direito à saúde – do qual decorre, por exemplo, a garantia a não ser exposto à venda de alimentos vencidos –, garantido em nossa ordem constitucional, guarda pouca relação com o direito à propriedade.

Para fazer valer estes novos direitos é que se construiu na doutrina a possibilidade de sua proteção penal. Como anteriormente visto, a sua efetiva proteção clama pela antecipação da atuação do Direito Penal, o que impõe admitir, em dissonância com a visão clássica de Birnbaum e Von Liszt, a existência de crime sem lesão¹⁹⁷.

3.3.1 Antecipação da Tutela Penal e os Crimes de Perigo

Sair desta encruzilhada exige do hermeneuta compreender que lesão não deve ser entendida em sua acepção naturalística como se cuidasse sempre de um dano aferível no plano fático. Lesão, como conceito jurídico que é, pode comportar elasticidade suficiente para abranger hipóteses em que a periculosidade ou perigosidade da conduta é tida por suficiente para ser socialmente indesejável a ponto de merecer a tutela do Direito Penal.

¹⁹⁶ *Idem, ibidem*, p. 62.

¹⁹⁷ Manuel Portero Henares, lembrando Sgubbi, expõe esta dificuldade dogmática ao afirmar que “[...] pese a que SGUBBI es consciente de los obstáculos crítico-dogmáticos que subyacen a la protección de bienes metaindividuales, y que se reproducirán con mayor ahínco en la dogmática posterior, como el problema de la lesividad del ilícito penal, la formulación de los tipos de peligro, la concreción del objeto de la tutela, los principios de taxatividad y de personalidad de la responsabilidad penal, no deja de ser interesante la aportación de este autor sobre la vinculación entre el Derecho penal y el conjunto de valores que puedan interceder en la relación social, planteada en su caso en términos dialécticos”. PORTERO HENARES, Manuel. *Op. cit.*, p. 216.

Esta constatação apenas migra a perplexidade da carência de danosidade fática para a conceituação de perigo¹⁹⁸. Difícil dizer – respeitando a generalidade, taxatividade e anterioridade da norma penal – ser mais perigoso para a sociedade como um todo um veículo em baixa velocidade, conduzido por piloto profissional após o consumo de quantidade pequena de bebida alcoólica, do que a sobriedade ao volante de alguém que recentemente obteve a habilitação. A medida do perigo e a forma de sua aferição deslocam o debate para o binômio dos tipos de perigo concreto e de perigo abstrato.

Ademais, perigo e periculosidade são expressões que dizem respeito a dados da vida que, nem sempre, repercutem no âmbito do Direito Penal. Quem se aventura a praticar esqui na neve, sem nunca tê-lo feito antes, assume o risco de sofrer uma grave lesão no joelho. Aquele que dirige um veículo, ainda que atento ao regramento administrativo de trânsito, certamente cria para as pessoas ao seu redor um risco muito maior do que se caminhasse até seu destino. Quando se colocam no mercado aparelhos de telefonia móvel que emitem ondas eletromagnéticas – ionizantes ou não –, sem que se saibam o seu efeito em cinco, dez ou vinte anos de uso, criam-se riscos à sociedade. A questão, portanto, não é meramente falar em perigo, mas qual o nível de perigo que a sociedade tem por tolerável. Polaino Navarrete afirma que “[...] a permissão ou não deste [risco] no seio da Sociedade, conforme parâmetros vários, determina a distinção entre risco permitido (socialmente adequado) e risco não permitido (socialmente não adequado)”¹⁹⁹.

Por perigo concreto entende-se aquele cuja aferição é necessária no plano fático, de modo a que se tenha por preenchido o requisito objetivo do tipo penal. Quando a norma penal insere no tipo expressões como “que coloquem em risco a saúde”, por exemplo, necessário será que a persecução penal aponte, em concreto, diante dos elementos coligidos *ex post facto*, se a conduta daquele a quem se imputa o resultado efetivamente trouxe ou agravou o risco previsto na norma. Tem-se, assim, ao lado de um desvalor da conduta em si, uma análise posterior para aferição de um desvalor do resultado

¹⁹⁸ Em monografia sobre o tema, David Baigún traz clara definição da diferença entre os crimes de lesão e os de perigo ao afirmar que “[...] la doctrina acepta sin objeciones la división en delitos de daño o lesión y delitos de peligro tomando como base el grado de energía de la acción que provoca el deterioro del bien jurídico protegido. Si el resultado produce la destrucción total o parcial del bien o de un derecho, estamos en la presencia de un delito de daño; si sólo alcanza la posibilidad de producirlo, nos hallamos ante un delito de peligro. En el primer caso se afecta directamente el interés tutelado; en el segundo, la acción se concreta el riesgo del deterioro”. BAIGÚN, David. **Los delitos de peligro y la prueba del dolo**. Buenos Aires: B de F, 2007, p. 1.

¹⁹⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Op. cit.*, p. 615.

efetivamente levado a cabo. Não se cuida de verificar eventual lesão ao bem jurídico, mas de concretude da colocação em risco da integridade deste mesmo bem.

Hassemer já sugeria, ainda em início da década de 1980, que a apreciação do risco – mesmo na formulação do tipo penal – não poderia prescindir de uma ampliação do conhecimento empírico do legislador. Além de dispor destes conhecimentos, o autor advoga que o legislador deve aplicá-los “[...] *na formulação das condutas puníveis e na previsão de suas consequências jurídicas [...]*”, visto que

“[...] ninguém que se limite a especulações sobre o autor e a vítima pode responder suficientemente às questões relativas a quais condutas e com qual intensidade são danosas à sociedade, e como e com quais meios podem ser combatidas com êxito no longo prazo”²⁰⁰.

A comprovação desta periculosidade é de difícil aferição na prática, seja na formulação da norma penal, seja em sua aplicação posterior. Dulce María Santana Vega chega a chamá-la *probatio diabolica*, pois, no mais das vezes, seria “[...] *cientificamente ignorado o específico mecanismo que conduz à verificação do evento danoso [...]*”, tornando quase impossível demonstrar “[...] *a aptidão do fato para provar uma efetiva lesão no caso concreto*”²⁰¹.

Em face desta dificuldade operacional é que em regra a proteção de bens jurídicos supraindividuais se dá por intermédio dos crimes de perigo abstrato, cuja formulação insere uma presunção de perigosidade na própria descrição típica. Para Polaino Navarrete, “[...] *nos delitos de perigo abstrato o perigo não é, em rigor, elemento constitutivo da figura do tipo, mas um mero motivo do legislador [...]*”²⁰², dado que a valoração da presunção de perigo de uma conduta se dá no momento de elaboração da norma.

É o que ocorre quando se positiva na ordem jurídica penal a condução de veículo com concentração alcoólica no sangue acima de determinada taxa. Pouco importa, em concreto, se foi criado um risco ao restante da coletividade ou mesmo se no trajeto feito

²⁰⁰ HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del Derecho penal**. Tradução do alemão para o espanhol de Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984, p. 38.

²⁰¹ SANTANA VEGA, Dulce Maria. *Op. cit.*, p. 166. Tradução livre.

²⁰² POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Op. cit.*, p. 618. Tradução livre.

pelo condutor utilizado havia uma única pessoa ou bem exposto a perigo. A mera congruência entre a conduta do agente e a descrição do elemento objeto do tipo penal será suficiente para caracterização do delito, tornando presumido o perigo²⁰³.

Argumenta-se, em prol desta técnica de criminalização de condutas, que o gigantismo das redes que conformam as sociedades atuais exige um controle social mais intenso, dada a multiplicidade de riscos a que podem ser expostos os seus membros em decorrência das condutas dos demais. Havendo previsibilidade da atuação coercitiva, ante a fixação prévia do critério de perigo, não se falaria em violação dos princípios garantistas. Assim, “[...] *pelas próprias características vislumbradas nos delitos a bens supra-individuais, é de se ver que, fundamentalmente, haverão eles de ser tipificados como delitos de perigo abstrato*”²⁰⁴.

Esta antecipação de tutela cria para o Direito Penal uma função que não lhe era atribuída: a de evitar condutas danosas. Ao invés de atuar retrospectivamente, sancionando a violação já ocorrida, clama-se uma atuação prospectiva, a fim de evitar lesões. De um “[...] *instrumento de reação ante as graves lesões da liberdade dos cidadãos [...]*”, transforma-se “[...] *em instrumento de política de segurança*”²⁰⁵. De acordo com Corcoy Bidasolo, “[...] *os Estados chegaram à conclusão que prevenir é não apenas mais eficaz, senão mais barato [...]*”, não apenas no sentido econômico, mas do próprio ponto de vista do sacrifício que impõe aos “[...] *direitos fundamentais dos cidadãos, tanto dos autores – pela menor gravidade da pena – como para as possíveis vítimas que serão protegidas sem serem lesionadas em seus direitos fundamentais*”²⁰⁶.

²⁰³ Já tateando o tema deste trabalho, cabe trazer as ponderações de Manuel Portero Henares, voltadas à configuração do crime de publicidade comercial enganosa na Espanha, mas aqui aproximadas em virtude do debate sobre o tipo de perigo de que se trata: “La caracterización de la cualidad de un tipo como de lesión o de peligro tiene como principales indicadores la distancia que la acción y sus consecuencias guarden con respecto al bien jurídico y a naturaleza del propio bien jurídico. En base al primero se construye la clásica distinción entre delitos de peligro abstracto y delitos de peligro concreto. En los primeros la antijuridicidad del hecho se agota en el desvalor de la acción, integrado por la peligrosidad de la conducta, en una esfera distante de la lesión efectiva del bien jurídico protegido. Y en los segundos el injusto contiene, además del desvalor de la acción, el del resultado consistente en la proximidad de la lesión del bien jurídico basada en el juicio de probabilidad. (...) La superación de las incomodidades que para el principio de lesividad plantean tradicionalmente los delitos de peligro abstracto, o más bien, como hemos convenido, de mera conducta peligrosa, han pasado por diversos intentos doctrinales en pro de añadir algún contenido de ofensividad al lado del mero desvalor de acción presente en la formulación de estos tipos”. PORTERO HENARES, Manuel. *Op. cit.*, pp. 255-257.

²⁰⁴ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Op. cit.*, p. 66.

²⁰⁵ *Idem, ibidem*, p. 70.

²⁰⁶ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. **Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales**. Valência: Tirant lo Blanch, 1999, p. 24.

Ainda que a maior parte da proteção penal dos bens jurídicos supraindividuais se dê pela técnica dos crimes de perigo abstrato, não é ela a única ferramenta disponível. Mesmo que discrepe da técnica legislativa mais moderna, a tipificação em delitos de perigo concreto persiste como exceção e, como se verá em item posterior, é aquela que o legislador optou para a formatação do tipo penal do artigo 323 do Código Eleitoral, provavelmente em virtude de sua redação ainda em 1965.

Por fim, há ainda hipóteses em que o bem jurídico supraindividual é tutelado como instância de ligação de proteção a um bem jurídico individual, ao qual ele se refere em última análise. O que se denomina bem jurídico intermediário espiritualizado é uma forma de antecipação da tutela do bem jurídico individual, o que leva à criação de tipos penais pluriofensivos. Jakobs dá como exemplo desta hipótese a segurança do tráfego de veículos, cujo intuito seria a proteção da vida e da saúde. Em suas palavras, “[...] *se produz uma antecipação quando, em lugar do bem jurídico (...) se protegem de forma independente, como bens de âmbito prévio, as condições de existência do bem [...]*”²⁰⁷.

De todo o modo, resta deste subitem a constatação de que a opção pela criminalização do perigo, em detrimento da necessária verificação da lesão, mesmo que aceita hoje de forma quase unânime pela doutrina, acarreta ao menos dificuldades no campo da prova – quando se fala em perigo concreto – ou mesmo de legitimidade – se em face de perigo abstrato.

3.4 IDENTIFICAÇÃO DO BEM JURÍDICO TUTELADO PELO CRIME DO ARTIGO 323 DO CÓDIGO ELEITORAL

Assentadas as bases teóricas, chega-se ao momento de analisar o direito positivo e perquirir qual o bem jurídico que o tipo penal do artigo 323 do Código Eleitoral pretende tutelar. Sua redação, ponto de partida da investigação, define o tipo como “[...] *divulgar, na propaganda, fatos que sabe inverídicos, em relação a partidos ou candidatos e capazes de exercerem influência perante o eleitorado*”.

²⁰⁷ JAKOBS, Günther. **Derecho penal – parte general**. Fundamentos y teoría de la imputación. 2ª ed. corrigida. Madri: Marcial Pons, 1997. Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. p. 59.

Denota-se claramente a preocupação do legislador com a influência que fatos inverídicos veiculados no âmbito da comunicação política possam ter sobre os eleitores. Dois núcleos de sentido surgem com relevância: a inverdade dos fatos e a possível influência exercida nos cidadãos. Deste modo, dois também são os possíveis bens jurídicos em debate: ou bem se pretende evitar que a mentira acerca de fatos ronde o ambiente eleitoral, conspurcando a dignidade que se espera das disputas políticas, ou se quer tutelar a escolha do eleitor, primando para que esta se dê com plena liberdade, ou seja, sem a distorção que a mendacidade pode lhe ocasionar.

A identificação do bem jurídico não se trata de mera filigrana dogmática, despida de consequências. Ao contrário, ao se adotar a primeira compreensão, ter-se-á um bem jurídico supraindividual, enquanto a segunda aponta para um bem jurídico individual, centrado na liberdade em uma de suas vertentes, a da formação da vontade e da decisão política. Cada uma das alternativas leva a constatações diversas no que diz respeito, por exemplo, à consumação do delito. É muito diferente a aferição da colocação em risco ou da lesão a uma liberdade individual do que a um direito supraindividual a uma eleição honesta, limpa e veraz.

Não se trata de mero ato de escolha do intérprete. Como visto nos itens precedentes deste capítulo, a criminalização somente será legítima se (1) o bem jurídico por ela tutelado tiver referencial constitucional e se atender aos critérios de (2) fragmentaridade, (3) lesividade e (4) subsidiariedade.

Nem mesmo com o atendimento aos quatro critérios acima apontados seria de se concluir, de plano, pela legitimidade da tipificação. Isto porque, ao cercear o exercício de um direito igualmente fundado na Constituição, a liberdade de expressão, um quinto critério de verificação se torna necessário. Cuida de empreender um juízo de (5) proporcionalidade entre o bem jurídico que se quer proteger e aquele outro que se aceita limitar para chegar a este desiderato²⁰⁸.

²⁰⁸ O tema é trabalhado por Teresa Rodríguez Montañés, em obra que analisa a argumentação dos tribunais sobre a ponderação entre proteção à liberdade de expressão e outros valores constitucionais. Segundo a autora que assim se “[...] pone de manifiesto algo a menudo ignorado por la doctrina penal: que el ámbito de protección o ámbito constitucionalmente garantizado de un derecho fundamental (‘Schutzbereich’), el haz de facultades, garantías y poderes de actuación conectados con un determinado ámbito material que da nombre al derecho y que la Constitución reconoce, le está vedado al legislador penal; con otras palabras, que no se pueden imponer límites de naturaleza penal al ámbito constitucionalmente garantizado de un derecho fundamental (aunque otros límites sí resulten admisibles, por superar el control de proporcionalidad). Lo que significa que si una norma penal lo invade, la norma es inconstitucional, salvo que quepa una interpretación

Não se trata, por certo, de comparar o bem jurídico tutelado com a liberdade de locomoção do autor do delito, cujo cerceamento deverá ser consequência da violação da norma penal. Este sopesamento já está por trás dos primeiros passos propostos, afinal, esta é a preocupação do garantismo penal. Toda sua construção pressupõe a ideia de não submeter os cidadãos à privação da liberdade sem critérios precisos e definidos.

Aqui a questão é outra, já que há um direito constitucional, uma garantia fundamental de primeira geração que se coloca potencialmente em risco com a criminalização. Ainda que a hierarquização de princípios e valores constitucionais seja de difícil manejo, é de se afastar ao menos as desproporções mais grosseiras²⁰⁹. Ao se falar sobre as restrições penais em matéria de propaganda eleitoral na Espanha, contidas no artigo 144 da Lei Orgânica Eleitoral (Loreg), Manuel Rodríguez Rodríguez admite que o adiantamento de tutela que elas propõem deve ser sopesado em relação às “[...] *claras limitaciones a dois derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente, como o direito à liberdade de expressão e o direito de reunião (artigos 20 e 21, respectivamente, da Constituição Espanhola) [...]*”²¹⁰.

que defina los contornos de lo típico de forma tal que no invadan el contenido constitucionalmente garantizado del derecho fundamental. En cuyo caso, la norma queda reducida a esa interpretación constitucionalmente conforme”. MONTAÑÉS, Teresa Rodríguez. *Op. cit.*, pp. 56-57.

²⁰⁹ Muñoz Conde reconhece que as limitações da legislação à propaganda representam certo cerceamento da liberdade de expressão. Pondera, contudo, terem um caráter funcional a lhes outorgar validade ao afirmar que “[...] en cierto modo, las limitaciones establecidas en las normas que disciplinan la campaña electoral son limitaciones de la libertad de expresión reconocida en el artículo 20 de la Constitución. Pero no por ello deben estimarse anticonstitucionales. En realidad, se trata de ‘limitaciones funcionales’ en aras de la pureza del proceso electoral mismo que nada tienen que ver con la libertad de expresión”. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Comentarios a la legislación penal: delitos electorales*. In: COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.); BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (Coord.). **El derecho penal del estado democrático**. Tomo II. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1983, p. 471.

²¹⁰ No que diz respeito à propaganda eleitoral, a legislação espanhola reconhece como típicas as condutas de realização de eleições após o período regulamentar (boca de urna); a realização de atos de propaganda eleitoral por alguns agentes políticos e, por fim, um tipo aberto atinente à infração das normas legais em matéria de propaganda eleitoral. Sobre o tema, segue afirmando o autor que “Cabe señalar como naturaleza común a las tres figuras delictivas contenidas en el artículo 144, que se trata de delitos de mera actividad, que no requieren la consecución de un resultado. Estamos ante tipos penales abiertos en los cuales tienen cabida dentro de los límites configurados, aquellas conductas que van encaminadas a persuadir al ciudadano o a mediatizar su voto en un determinado sentido, sin que se requiera para la consumación del tipo la consecución del fin perseguido por el sujeto activo. El adelantamiento de la defensa penal del bien jurídico protegido resulta así evidente en este delito – que por otro lado, es común al resto de delitos electorales – encontrándonos ante conductas delictivas de peligro abstracto, tal y como veremos a continuación. Esta anticipación en cuanto a la conducta sancionable elegida por el legislador hay que tratarla con especial cautela, por un lado, porque no debemos convertir en ilícitos penales las meras desobediencias o el mero incumplimiento de las reglas establecidas para el procedimiento electoral, y por otro lado, porque nos encontramos en definitiva ante claras limitaciones a dos derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente, como es el derecho a la libertad de expresión y el derecho de reunión (artículos 20 y 21 respectivamente de la Constitución Española)”²¹⁰. RODRÍGUEZ RODRÍGUES, Manuel. **Los delitos electorales**: análisis jurisprudencial del delito de propaganda electoral. *Revista General de Derecho Penal*, nº 6, novembro de 2006, p. 29.

Este, portanto, é o teste de cinco passos pelos quais as hipóteses devem passar, de tal forma que se possa assegurar, com algum rigor técnico, ser dogmaticamente fundamentada a criminalização. Vale salientar que em função do teste proposto, quatro são as hipóteses possíveis. Pode-se concluir ao final: que um ou outro dos bens jurídicos suscitados preenche os requisitos, que ambos o fazem, com o que se teria um tipo penal pluriofensivo, ou que nenhum logra superar o desafio, o que fulminaria a legitimidade do tipo penal já desde este momento.

Antes de avançar neste rumo, necessário ressaltar que a doutrina nacional já emitiu opinião sobre o tema. A investigação passa, necessariamente, pela apreciação destas reflexões.

Para iniciar o tratamento da doutrina nacional sobre o tema, o melhor apoio está em Nelson Hungria, para quem a objetividade jurídica dos crimes eleitorais se identifica no

“[...] peculiar interesse do Estado em assegurar, além do livre exercício dos direitos políticos dos cidadãos, a regularidade da propaganda, a veracidade, a lisura e autenticidade de todos os papéis e operações inerentes às eleições, bem como a precisão e fidelidade de seus resultados”²¹¹.

²¹¹ HUNGRIA, Nelson. **Os crimes eleitorais**. Revista Eleitoral da Guanabara. Rio de Janeiro, Tribunal Regional Eleitoral, Ano I, n. 1, 1968, p. 129 (129-138). Detalhando seu entendimento sobre a razão da criminalização deste tipo de conduta, expõe o autor que “[...] a tutela penal, na espécie, é estatuída, antes de tudo, no interesse das instituições representativas, o que vale dizer; no sentido da regularidade da atuação do Estado, segundo o regime democrático indireto, cujo êxito está conceitualmente subordinado ao voto popular na seleção da elite ou dos *right men* a que devem ser confiadas a elaboração das leis e a gestão da coisa pública” (p. 130). Nelson Hungria propõe, na conferência de onde se extraiu o excerto colacionado, o debate sobre a natureza dos crimes eleitorais, se políticos ou não. A questão, a par da intensa atenção que recebeu dos autores que posteriormente discutiram os crimes eleitorais, não parece ter interesse nos tempos atuais. Fazia sentido em 1967, quando suscitada. Para os fins desta dissertação, contudo, não se vislumbra relevância na clivagem. A importância do debate, naquele momento, pode ser explicada por Edgard Costa, em uma das primeiras obras a tratar do tema dos crimes eleitorais no Brasil. Segundo o autor, “[...] a questão não se apresenta sob um aspecto meramente especulativo de definição ou de fim escolástico, mas envolve e implica a solução de outras questões relativas à ação penal, à competência processual e às próprias relações internacionais, pois para os criminosos políticos não se concede a extradição (...), reconhecendo-se-lhes, ao invés, o direito de asilo; apenas aos crimes políticos se aplica a anistia, pela qual se extingue a ação penal (...); e, finalmente, à justiça federal compete seu processo e julgamento. Em outras legislações ainda, a distinção entre crimes políticos e crimes comuns é de interesse sob o ponto de vista das penas aplicáveis aos primeiros. (...) Daí, a justificada importância de que se reveste a investigação, pelos princípios e pela doutrina, do que seja crime político; não se trata de uma indagação puramente teórica, antes de uma necessidade eminentemente prática”. COSTA, Edgard. **Dos crimes eleitorais**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1923. pp. 11-12.

Especificamente sobre os crimes atinentes ao controle da regularidade da propaganda eleitoral, ensina Nelson Hungria que se pretende “[...] evitar excessos ou distorções da campanha eleitoral, isto é, da difusão de ideias e de programas de partidos e candidatos”²¹².

Para Suzana Camargo Gomes, por outro lado, o artigo 323 do Código Eleitoral “[...] resguarda, na verdade, os eleitores em relação à propaganda enganosa, mentirosa, que tem o condão de desvirtuar a verdade a respeito de partidos e candidatos [...]”, razão pela qual

“[...] o bem jurídico tutelado, portanto, é o direito dos cidadãos, dos eleitores, de serem protegidos contra métodos falsos de induzimento e persuasão, que possam levá-los à adoção de comportamentos distorcidos no que tange ao processo de escolha de candidatos e partidos”.

Para a autora, que ocupou a vaga de desembargador Federal junto ao Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, há um “[...] direito dos cidadãos de não receberem informações distorcidas, falsas, irreais [...]”, o que é resguardado por esta norma penal²¹³.

Segue a autora reafirmando sua compreensão, segundo a qual há um direito subjetivo à verdade com relação ao eleitorado, sustentando que “[...] os eleitores têm

²¹² *Idem, ibidem*. O autor recorda, neste ponto, a origem da criminalização da divulgação de fatos inverídicos na propaganda eleitoral, contida no art. 323 do Código Eleitoral. Diz tratar de “[...] fato que passou a ser incriminado após o famoso *canard* espalhado acerca de uma suposta frase sobre votos de ‘marmiteiros’, atribuída a um candidato à Presidência da República” (p. 135). A menção diz respeito a episódio ocorrido nas eleições presidenciais de 1945, quando se enfrentaram Eurico Gaspar Dutra, apoiado por Getúlio Vargas, e o brigadeiro Eduardo Gomes. Na ocasião, este último, favorito no pleito, proferiu discurso no Teatro Municipal do Rio de Janeiro, no qual afirmou: “[...] não necessito dos votos dessa malta de desocupados que apoia o ditador para eleger-me Presidente da República!”. A informação foi distorcida pelo deputado Hugo Borghi, do PTB de Getúlio Vargas e Dutra, quem difundiu o boato, segundo o qual o candidato teria dito não precisar dos votos dos “marmiteiros”, ou seja, do povo pobre e trabalhador. A partir daí, a campanha de Dutra centrou-se em identificá-lo como o “candidato dos marmiteiros”, o que pode ter contribuído para sua vitória nas eleições. Branca Nunes, em matéria para o Blog Caça ao Voto, especializado em *marketing* político, traz, inclusive, o *jingle* produzido para a campanha de Dutra a partir deste episódio. <<http://veja.abril.com.br/blog/caca-ao-voto/tag/eduardo-gomes/>>. Acesso em 27/4/2014. A história completa foi descrita por Jair Barros: <<http://jairbarros.blogspot.com.br/2011/04/voto-dos-marmiteiros.html>>. Acesso em 27/4/2014. Percebe-se, desde então, a tendência legislativa brasileira de produzir legislações criminalizantes em resposta a episódios polêmicos. Não por outra razão é que o atual artigo 323 do Código Eleitoral já constava no Código Eleitoral de 1950, que sucedeu os fatos acima descritos, em seu artigo 175, § 28, cuja redação apontava: “[...] referir na propaganda fatos inverídicos ou injuriosos em relação a partidos ou candidatos e com possibilidade de exercerem influência perante o eleitorado. Pena – detenção de seis meses a dois anos”.

²¹³ GOMES, Suzana de Camargo. **Crimes eleitorais**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 142-143.

direito a uma propaganda veraz, que não contenha métodos persuasivos falsos, capazes de levar a que sejam tomadas decisões que, se não fossem as mentiras, não seriam adotadas”²¹⁴.

Joel Cândido, ao tratar da questão, sustenta que o delito “[...] *protege a lei a honra e a ética na propaganda, valores de que os participantes dos embates do processo eleitoral não podem se distanciar*”. Para o eleitoralista, a gravidade do crime reside na possibilidade de eleger “[...] *quem não merece [...]*” e desvirtuar “[...] *os princípios éticos da propaganda*”²¹⁵. Ao sustentar a ilicitude da divulgação de fatos inverídicos em benefício de candidato, aponta o autor que o bem jurídico não é apenas a honra, mas “[...] *a ética na propaganda, a fim de que ela se realize de sorte a canalizar os votos a uma eleição legítima [...]*”, em virtude do que “[...] *protege, também, os bons costumes políticos*”²¹⁶.

Na leitura de Tito Costa “[...] *o preceito legal em exame assegura a proteção aos destinatários da propaganda enganosa, especificamente quando menciona que a mesma possa exercer influência sobre o eleitorado*”. Sustenta o autor que “[...] *a capacidade de influência é intrínseca à propaganda, seja ela de caráter político, eleitoral, comercial, industrial, etc., sobretudo quando divulga fato inverídico, capaz de causar sensação perante o público*”²¹⁷. Esta última colocação, assumindo uma presunção de lesividade da propaganda falsa, olvida os diversos matizes que se observa quanto à influência da publicidade sobre os eleitores, objeto de estudo no subitem 3.6.2.

Edson Brozoza é outro autor a defender uma objetividade jurídica de proteção da lisura da publicidade eleitoral, independentemente de questionamentos quanto à formação da vontade do eleitor. Diz o autor que “[...] *o tipo penal busca resguardar a moralidade e*

²¹⁴ *Idem, ibidem*, p. 144. Tem relevo a observação da autora, com a qual se concorda, ponderando que a inverdade divulgada não necessariamente há de ser contrária a um candidato. “[...] para efeito do crime em consideração, não importa tenha sido a conduta de divulgar fatos inverídicos levada a efeito para o fim de beneficiar determinado candidato ou partido ou para prejudicá-los, a ilicitude repousa na difusão dos fatos falsos, mendazes, irrealis, com aptidão para influenciar o eleitorado, pois, em qualquer uma dessas hipóteses, o que se depara é com uma propaganda enganosa”.

²¹⁵ CÂNDIDO, Joel J. **Direito penal eleitoral & processo penal eleitoral**. Bauru: Edipro, 2006, pp. 279-280.

²¹⁶ *Op. cit.*, p. 282.

²¹⁷ COSTA, Tito. **Crimes eleitorais & processo penal eleitoral**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, pp. 94-95.

autenticidade das propagandas eleitorais”²¹⁸. Luiz Carlos dos Santos Gonçalves, com a experiência de ter exercido cargo de Procurador Regional Eleitoral em São Paulo, confirma, como regra, que “[...] o bem jurídico tutelado nos crimes eleitorais é a lisura e legitimidade das eleições e do processo eleitoral, a igualdade entre os candidatos e a regularidade da prestação administrativa da Justiça Eleitoral”. Reconhece, que “[...] há figuras que, sem se afastar desse molde genérico, atentam contra bens ou valores específicos”²¹⁹; admite, portanto, a pluriofensividade de alguns delitos eleitorais, conquanto não se aprofunde no crime objeto deste estudo.

Marino Pazzaglini Filho também identifica esta pluriofensividade no crime previsto no artigo 323 do Código Eleitoral. Para ele “[...] o objeto da tutela penal é a dignidade da propaganda eleitoral [...]”, ou seja, dos “[...] padrões éticos que devem permear as campanhas eleitorais e as informações sobre os candidatos e partidos divulgadas ao eleitorado”. Todavia, admite adiante que o tipo penal “[...] tem, também, por objetivo tutelar a livre manifestação do eleitor nas urnas, que pressupõe informações verídicas dos candidatos que disputam as eleições”²²⁰.

Antônio Carlos Mathias Coltro, presidente do Tribunal Regional Eleitoral no biênio 2014-2015, entende que “[...] o art. 323 do Código Eleitoral tem como objetividade jurídica a honra e a ética durante o certame eleitoral, estabelecendo sanções para a divulgação indevida de fatos inverdadeiros e que atinjam candidatos ou partidos políticos [...]”, dado que “[...] no curso da disputa eleitoral não podem os que dela participam se afastar dos princípios éticos e de igualdade que devem orientar o certame”²²¹. Vislumbra o autor, portanto, a tutela ao bem jurídico transindividual da proteção da verdade, da honra e da ética no período eleitoral.

Vinicius Cordeiro e Anderson Claudino da Silva assentam que

²¹⁸ BROZOZA, Edson. **Crimes eleitorais**: conhecê-los para não cometê-los: comentários descomplicados. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 31.

²¹⁹ GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Crimes eleitorais e processo penal eleitoral**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 21.

²²⁰ PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Crimes eleitorais**: Código eleitoral, lei das eleições e lei das inelegibilidades (Lei da Ficha Limpa). São Paulo: Atlas, 2012, p. 83.

²²¹ COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Notas sobre os crimes contra a honra na propaganda eleitoral. In: GUILHERME, Walter De Almeida; KIM, Richard Pae; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da (Coord.). **Direito eleitoral e processual eleitoral**: temas fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 264.

“[...] a tentação de se utilizar a propaganda eleitoral tal qual o nazista Joseph Goebells preconizava, isto é, que a repetição desta, ainda que mentirosa, geraria a transformação de um fato em verdadeiro, faz com que o legislador se preocupasse em evitar a ocorrência da propaganda enganosa e seus maléficos e perversos efeitos no processo eleitoral”.

Por esta razão sustentam que “[...] visa a norma preservar os bons costumes, coibindo a difusão de fatos inverídicos [...]”, “[...] além, é claro, da honra, consistindo na reputação, ou conceito social do ofendido”²²².

Outro autor que sustenta a proteção a bens jurídicos supraindividuais é Antônio Carlos da Ponte, em sua tese de livre-docência junto à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. O autor garante que “[...] ao punir os crimes eleitorais, o legislador busca salvaguardar, fundamentalmente, a liberdade de voto, que diz respeito a todas as pessoas que agregam o tecido social e, ao mesmo tempo, o voto livre de cada um dos eleitores”. Ao mesmo tempo, busca “[...] assegurar a lisura do processo eleitoral e alguns fundamentos da República, como a cidadania, na sua forma mais ampla; a dignidade da pessoa humana, princípio maior da nossa Carta Constitucional, e o pluralismo político”. Por esta razão, diz que

“[...] objetiva o legislador salvaguardar bens jurídicos de nova geração, integrados por objetos difusos, sem referente individual, ou seja, bens jurídicos coletivos puros, cujos direitos e interesses não recaem sobre uma única pessoa, mas sobre toda a coletividade”²²³.

²²² Os autores narram, como exemplo deste delito, a hipótese em que se difundem boatos afirmando que um candidato irá renunciar ou que “[...] fulano vai desistir porque vai perder mesmo”, pouco antes do pleito”. Do mesmo modo, lembram “[...] conhecido exemplo, do qual não se sabe ao certo a autoria, atribuída ao candidato Lula, do PT, no transcurso das eleições de 1989, a provável medida de confisco dos depósitos bancários, e os recursos da caderneta de poupança (lamentavelmente implementados pelo vitorioso, o Presidente Collor, em março de 1990)”. Recordam, ainda, prática do então prefeito do Rio de Janeiro, César Maia, que “[...] se dizendo inspirado pelo conceito de formação da opinião pública conhecido como ‘fluxo tardeano’ (de opinião pública positiva e negativa, desenvolvido pelo filósofo francês Gabriel Tarde, em contraposição a Durkheim), admitiu a utilização de boatos nas eleições de 1996, através da disseminação de uma falsa intenção de renúncia por parte do então candidato Sérgio Cabral, do PSDB, que concorria à prefeitura carioca contra o candidato de César, Luiz Paulo Conde, do PFL”. CORDEIRO, Vinicius; SILVA, Anderson Claudino da. **Crimes eleitorais e seu processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, pp. 150-153.

²²³ PONTE, Antônio Carlos da. **Crimes eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 42-43.

Ainda que sem expressa menção ao bem jurídico protegido, na opinião de Rui Stoco e Leandro de Oliveira Stoco, “[...] nos últimos tempos a propaganda eleitoral vem se tornando a arte do maniqueísmo e da contrapropaganda [...]”, na medida em que

“[...] busca-se implantar a disputa entre o bem e o mal, de modo que esta propaganda às avessas, mais das vezes, objetiva apenas credenciar e qualificar o candidato que a divulga em razão tão-somente das imperfeições e da desqualificação do opositor”.

Neste sentido é que defendem que “[...] em casos tais a intervenção estatal, através do Estado-Juiz, é obrigatória e encontra justificativa nos estritos limites da previsão legal”²²⁴. Tais ponderações, é certo, levam a crer que a posição dos autores repousa sobre a necessária veracidade da propaganda eleitoral difundida, preocupados com os excessos da propaganda negativa.

Fávila Ribeiro, sem maior preocupação dogmática penal, sustenta que a legitimidade da criminalização em pauta deve-se à irreversibilidade da influência que a divulgação de fatos inverídicos pode ter em relação ao eleitorado. Assim, percebe-se no autor o relevo dado à proteção individual da formação da vontade do eleitor²²⁵. Em sua leitura, é possível depreender o caráter pluriofensivo do delito do artigo 323 do Código Eleitoral. Afirma que “[...] nesse período de compreensível efervescência cívica, em que as paixões se encrespam e os ânimos se exacerbam, é necessário impedir que a propaganda resvale para o achincalhamento [...]”, já que “[...] todos, indistintamente, são credores de igual proteção moral, de respeito à sua dignidade”. Tem-se, aí, o reconhecimento da proteção individual à honra dos eventuais ofendidos. Segue o eleitoralista assentando que “[...] a esse aspecto individual sobreleva a preocupação com

²²⁴ STOCO, Rui; STOCO, Leandro de Oliveira. **Legislação eleitoral interpretada**: doutrina e jurisprudência. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 527.

²²⁵ “É necessário haja compatível repressão legal para que não se fique levemente a assacar contra a honra alheia como recurso demagógico para indispor o eleitorado contra os candidatos dolosamente atingidos. Há que acrescentar que a atividade ilícita na propaganda eleitoral pode acarretar efeitos fulminantes e irreversíveis, uma vez que o desvirtuamento das imagens pessoais tem por finalidade influir na decisão do eleitorado a ser tomada em breve espaço de tempo. Por isso mesmo dificilmente podem ser recompostos os efeitos danosos produzidos beneficiando-se os infratores eleitoralmente dos resultados ilicitamente estimulados. Compreendendo exatamente a irreparabilidade no plano eleitoral do dano ocasionado pela propaganda política foi que o legislador brasileiro articulou uma série de medidas tendentes a conter suas manifestações abusivas merecendo especial destaque a competência que ficou reservada à Justiça Eleitoral para fazê-las abortar, de imediato”. RIBEIRO, Fávila. *Op. cit.*, p. 668.

o próprio decoro da campanha política, a que se não venha amesquinhar em desprimorosas retaliações”. O autor conclui que “[...] é a ordem pública que deixa refletir a prevalência de seu interesse, uma vez que a fase da campanha política está diretamente implicada com o funcionamento das instituições democráticas”²²⁶.

Conforme se nota, mesmo ausente uma preocupação teórica mais acentuada, a maior parte da doutrina inclina-se por vislumbrar como bem jurídico tutelado um direito supraindividual da sociedade de ter eleições que se travem em um ambiente limpo, despido de mentiras e agressões desarrazoadas²²⁷. Ainda assim, há quem sustente, simultaneamente, a proteção da liberdade do eleitor na decisão de seu voto, que deve ser tomada sem o ruído causado pela mentira factual na propaganda eleitoral. Diante deste indício, calha iniciar a perquirição testando a legitimidade do bem jurídico supraindividual.

Impõe consignar que a análise deve se dar com grande dose de boa vontade em relação à lei positiva. Com isso se quer dizer que a presunção milita em favor da legitimidade da criminalização, somente sendo admissível seu afastamento em vista de inaceitáveis objeções. Como já dito, o papel do cientista do Direito não pode ser assumir a função de censor das escolhas políticas do Parlamento; por outro lado, deve lutar para encontrar caminhos que sustentem a legitimidade da norma posta, pugnando por seu afastamento somente na situação-limite.

Por fim, nos subitens 3.4.1 e 3.4.2 propõe-se a primeira clivagem dos possíveis bens jurídicos tutelados, definindo qual seria o seu conteúdo e apreciando sua legitimidade em face do ordenamento constitucional. Caso superado este passo, nos itens subsequentes do capítulo será conduzido o restante do teste, apreciando se se conformam aos princípios de lesividade, intervenção mínima, fragmentariedade, subsidiariedade e proporcionalidade, esta última em relação ao bem jurídico liberdade de expressão, que é mitigado com a criminalização aqui analisada.

²²⁶ *Idem, ibidem*, pp. 667-668.

²²⁷ Buscando aferir com a maior completude possível a doutrina nacional produzida até o momento, foram levantadas outras obras atinentes aos crimes eleitorais. Parte substancial delas, contudo, resume-se à compilação de jurisprudências ou à mera classificação dos delitos, sem interesse para o tema aqui analisado. É o caso de: FERREIRA, Ruy Barbosa Marinho. **Crimes eleitorais**. Leme: Anhanguera Editora Jurídica, 2008. RODRIGUES, Décio Luiz José. **Crimes eleitorais: Jurisprudência**. São Paulo: WVC Editora, 2002. D’ALMEIDA, Noely Manfredini; SANTOS, Fernando José dos; RANCIARO, Antonio Julio. **Crimes Eleitorais e outras infringências**. Curitiba: Juruá Editora, 1994. VALENTE, Luiz Ismaelino. **Crimes na propaganda eleitoral**. Belém: Cejup, 1992. SANTOS, Paulo Fernando dos. **Crimes eleitorais comentados**. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2008.

3.4.1 Proteção ao Direito Supraindividual a uma Campanha Eleitoral Limpa e Honesta

Antes de se iniciar o teste proposto no ponto precedente, necessário construir a hipótese que será posta à prova. Todos os crimes eleitorais, assim como, em regra, todo o controle levado a cabo pela Justiça Eleitoral, pretendem, em última análise, proteger a Democracia e a legitimidade das eleições. Mais do que um bem jurídico, trata-se, em verdade, de um vetor axiológico que orienta todas as ações de controle e incentivo adotadas neste âmbito.

Não resta dúvida ao intérprete da Constituição Federal acerca da importância dada ao tema. A invocação do Estado Democrático de Direito se dá desde o preâmbulo, com clara afirmação já no primeiro artigo da Carta Política. Assim, vê-se que os constituintes reuniram-se para instituir um Estado Democrático de Direito e o fizeram assentando, *ab initio*, esta condição²²⁸. A instrumentalização do etéreo princípio democrático começa a tomar forma já no parágrafo único do artigo 1º, quando se fixa a regra eleitoral, apontando que “[...] *todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição*”.

Nos artigos 14 a 16, a Constituição Federal conforma o princípio da soberania popular, acima delineado, definindo que este se opera “[...] *pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos e nos termos da lei*”. Mais adiante, no artigo 17, os partidos políticos são alçados a interlocutores privilegiados e necessários na mediação entre o corpo político e o Estado, monopolizando o acesso aos cargos eletivos ao organizarem as diversas vertentes ideológicas encontradas na sociedade.

A tarefa de defender as instituições democráticas é a primeira que se atribui de forma concorrente a todos os entes federativos, União, Estados, Distrito Federal e municípios, conforme previsto no artigo 23, I. Nesse contexto, tem clara fundamentação constitucional a defesa do princípio democrático, cuja colocação em risco, inclusive, autoriza a mais grave forma de controle entre entes públicos, que é a intervenção, prevista

²²⁸ Do preâmbulo se lê: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático”. O artigo primeiro, em seguida, afirma “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos [...]”.

no artigo 34, VII, “a” da Constituição Federal. Cria-se, ainda, pelo seu artigo 91, órgão específico, cuja função é o aconselhamento da Presidência da República na defesa do Estado democrático, o Conselho de Defesa Nacional.

Dentre outras tarefas, atribui-se ao Ministério Público a missão de defesa do regime democrático, com vistas a dotar a proteção da Democracia de soldados profissionalmente capacitados e selecionados de forma impessoal, como se nota no artigo 127, *caput*.

Mas o princípio democrático pela amplitude de sentidos que abarca não se presta a servir de bem jurídico para todo e qualquer delito que se possa conceber. Uma tentativa de golpe de Estado, com a derrubada do governo democraticamente eleito, representa ameaça a este princípio; tal qual, em outra escala, representa o mesário que se recusa a cumprir o serviço eleitoral para o qual foi convocado, reduzindo a eficiência da votação em sua seção eleitoral. Afetam este princípio tanto as condutas de impedir de modo desarrazoado que um candidato obtenha seu registro eleitoral quanto o descadastramento ilícito de eleitor. Igualmente, a compra de votos, a coação eleitoral, a fraude na contagem dos votos, o uso da máquina pública, o abuso do poder econômico e o uso indevido dos meios de comunicação social são condutas que afetam, em graus e por vieses distintos, o princípio democrático²²⁹.

Para bem compreender a abrangência do princípio democrático, vale recordar a definição dada no Capítulo 1 para a Democracia, entendida como

²²⁹ A multiplicidade de possibilidades de lesão ao princípio democrático é bem estampada na citação que Esteban Mestre traz de Balmes, que escreveu em 1843 perguntando “¿Quién osará decir que el resultado de las urnas expresa genuinamente la voluntad de los pueblos? La ignorancia y la malicia falsean por su base el derecho electoral (...) Es necesario no haber visto nunca de cerca esas cosas para ignorar que se miente sin pudor, se calumnia sin miramiento, se adula con bajeza y muchas veces son los propios gobiernos quienes al interesarle más la continuidad que la representatividad no destruyen la corrupción, sino que la multiplican (...) No sabemos la suerte que en los siglos venideros está preparada a las formas políticas que rigen una gran parte de las naciones cultas, pero sí creemos que la experiencia, más cuerda que las teorías, introducirá reformas muy trascendentales en lo concerniente a explorar la voluntad de los pueblos y a recoger el voto de la razón pública. Los sistemas electorales de nuestra época tienen el gravísimo inconveniente de aguijonear las ambiciones existentes y crear de continuo otras nuevas de llevar agitada la vida de los pueblos y de exponerles a cada paso a ser víctimas de intereses o pasiones particulares que nada tienen que ver con la convivencia pública, de estar cementadas sobre bases que con facilidad pueden ser falseadas, de estar sujetos a una movilidad continua incompatible con el sosiego y el bienestar del país”. MESTRE, Esteban. **Los delitos electorales en España**. Madri: Nacional, 1976, pp. 32-33. Citando mais adiante Azcárate, diz que é nas eleições que se “[...] revela de un modo harto claro y evidente la palmaria contradicción en que está la teoría con la práctica en los asuntos de la política, puesto que todos proclaman en voz alta como una necesidad y un deber ineludible la sinceridad electoral, y casi todos las falsean o entorpecen cuando llega el momento de poner a prueba esta virtud en los comicios”. (p. 40).

“[...] o modo de organização do corpo político que permite, simultaneamente, a participação efetiva de todos os seus membros adultos; que podem se candidatar e escolher representantes através de eleições livres, justas e periódicas; com ampla liberdade de associação e troca de informações, permitindo que se atinja um entendimento esclarecido sobre a agenda política e suas alternativas”.

Assim, quaisquer condutas humanas que lesionem ou coloquem em risco de lesão um ou mais elementos da definição estariam, em tese, atentando contra o princípio democrático.

Conforme se nota, de pouca valia teria assumir o princípio democrático como bem jurídico a ser testado, pois que sua amplitude e falta de concretude impediriam uma análise científica coerente. Deste modo, parece necessário buscar, dentro do princípio democrático, um subprincípio ou valor que se vocacione mais especificamente ao controle material da propaganda eleitoral no que diz respeito à falsidade da informação veiculada.

Nesta linha de raciocínio, revela-se plausível delimitar dentro do princípio democrático as noções de voto livre e de troca desimpedida de informação. Voto livre, conforme tratado no Capítulo 1, é aquele que se dá sem amarras físicas ou psíquicas. É o que reflete, com a maior precisão possível, o processo interno de decisão do eleitor. Para a construção efetiva deste processo decisório, é necessário fomentar um ambiente no qual a informação possa circular livremente. Seja emitida por candidatos, partidos, organizações da sociedade, órgãos de imprensa, formadores de opinião, cidadãos, vizinhos, parentes, enfim, todos podem e devem assumir o papel de emissores de informação no que diz respeito ao processo eleitoral.

Os ataques ao voto livre podem vir de diversas formas. A compra de votos é a mais clara e, lamentavelmente, conhecida prática. A coação eleitoral e a violação do sigilo do voto mostram-se igualmente óbvias²³⁰. Nos limites assumidos nesta dissertação, tem

²³⁰ Ao menos para parte da doutrina, o engano já foi englobado no conceito de coação eleitoral. Esta é a posição de Edgard Costa, escrevendo em 1923. Afirma o autor que “[...] apurada a capacidade eleitoral e outorgado ao cidadão o direito de voto, é necessário que ele o exerça honesta, livre e sinceramente; procura a lei assegurar a honestidade, a liberdade e a verdade do sufrágio punindo os atos que tendem a corrompê-lo, coartá-lo ou fraudá-lo. A corrupção, a coação e a fraude constituem, assim, as três figuras fundamentais dos crimes que se referem à votação ou ao exercício do direito eleitoral. (...) Além das palavras – violência ou

relevância o ataque ao voto livre, que se consubstancia no fornecimento de informações falsas, cuja absorção no foro íntimo do eleitor venha a lhe toldar a capacidade de decidir livremente seu voto²³¹. Aqui, é necessário observar que a liberdade do eleitor em formar seu voto constitui indubitavelmente bem jurídico individual, pelo que será tratada no próximo item. Desta feita, cuidando de debate sobre bem jurídico supraindividual, convém buscar sua delimitação em outros termos.

A tentativa de reconhecer um direito difuso à exclusiva divulgação de fatos verdadeiros, por maior que seja o esforço intelectual que se faça, é fadada ao insucesso. A relação que a sociedade tem com a mentira é, talvez, a maior prova das incongruências que nos tornam demasiado humanos. Sempre condenada, a mentira assume a posição de pecado, imoralidade, indignidade, crime – em certas ocasiões – e negativa mais contundente do imperativo categórico kantiano.

Neste ponto, Kant, em sua *Fundamentação para uma Metafísica dos Costumes*, assume como ponto de partida da obra que a razão moral nenhuma relação guarda com as contingências da condição humana; afirma que “[...] *toda a filosofia moral descansa inteiramente sobre sua parte pura e, aplicada ao Homem, não toma emprestado nada do conhecimento relativo ao mesmo (antropologia) [...]*”, chegando a concluir, assim, que “qualquer um há de reconhecer que um comando como ‘não deves mentir’ (...) não é algo que valha apenas para os homens [...]”, já que deveria também “[...] *ser levado em conta por outros seres racionais*”²³². O tema da mentira, mais especificamente o das promessas feitas sob reserva mental – aquela que se pretende, de antemão, descumprir posteriormente – é o exemplo que dá embasamento ao seu imperativo categórico; assenta que a falsidade em uma promessa, mesmo quando dita como única forma de se evadir de um problema grave, não se justifica, dado que “[...] *se bem se poderia querer a mentira, não se poderia*

ameaça, de que usa, emprega o legislador a expressão – qualquer forma de coação direta ou indireta – falsas notícias ardis, enganoso, empregados como forma de coação indireta e que atuando no ânimo do eleitor, redundam numa restrição de sua liberdade, entram igualmente no conceito do crime”. COSTA, Edgard. *Op. cit.*, pp. 69-82.

²³¹ A multiplicidade de hipóteses de controle é afirmada também por Tatiana Recoder Vallina, ao dizer que “en los regímenes democráticos la regulación jurídica de la campaña electoral suele articularse en torno al respeto de una serie de cuestiones a los efectos de garantizar, al menos en teoría, la pureza del proceso electoral”: RECODER VALLINDA, Tatiana. *Las campañas en período electoral: la campaña electoral y la campaña institucional*. In: PASCUA MATEO, Fabio (org). **Estado Democrático y Elecciones Libres: Cuestiones Fundamentales de Derecho Electoral**. Madri: Civitas, 2010, p. 509.

²³² KANT, Immanuel. **Fundamentación para una metafísica de los costumbres**. Tradução para o espanhol de Roberto Aramayo. Madri: Alianza Editorial, 2002, p. 56. Tradução livre.

*querer de modo algum uma lei universal da mentira [...]*²³³, visto que, com isso, não haveria mais promessas, dada a desconfiança geral que a lei universal traria.

Ao manter a condenação sobre a mentira, John Locke apresenta visão mais assentada na realidade, reconhecendo que o ser humano age, no mais das vezes, em dissonância com as regras morais que busca reconhecer como válidas²³⁴.

John Stuart Mill, com igual preocupação em compreender a natureza humana como ela se mostra, constrói seu tratado de lógica reconhecendo a falácia – não apenas formal, como material – como inevitável. Para ele, “[...] *na conduta da vida, nos negócios práticos da humanidade, inferências erradas, interpretações equivocadas (...) são absolutamente inevitáveis [...]*” e que “[...] *com a maioria das pessoas, mesmo após terem adquirido o maior grau possível de cultura, essas inferências errôneas, produzindo correspondentes erros de conduta, são lamentavelmente frequentes*”²³⁵.

Admite-se, assim, esta segunda ordem de conclusões: se a condenação da mentira é praticamente unânime, sua prática é, por certo, universal. De fato, a humanidade inclina-se mais a assumir o papel de Pinóquio do que a mimetizar a lenda criada em torno de George Washington, primeiro presidente norte-americano acerca do qual se dizia não conseguir mentir²³⁶.

O desejo da sociedade em dispor de um ambiente político no qual apenas a verdade viceje é tão distante da realidade humana como esperar que a mentira seja completamente extirpada do comércio, do ambiente de trabalho, da academia, dos grupos de amigos e até do núcleo familiar. Seria exigir que cada candidato expusesse seus defeitos e vícios de forma clara e honesta; que cada partido narrasse detalhadamente as ilicitudes praticadas em seu seio; que os agentes políticos contassem, na propaganda eleitoral, as eventuais

²³³ *Idem, ibidem*. Madri: Alianza Editorial, 2002, p. 78. Tradução livre.

²³⁴ Nesta linha, afirma que “[...] he that will carefully peruse the history of mankind, and look abroad into the several tribes of men, and with indifferency survey their actions, will be able to satisfy himself that there is scarce that principle of morality to be named, or rule of virtue to be thought on [...], which is not, somewhere or other, sighted and condemned by the general fashion of whole societies of men, governed by practical opinions and rules of living quite opposite to others”. LOCKE, John. **The Works of John Locke**. V. 1. Darmstadt: Scientia Verlag Aalen, 1963, p. 42.

²³⁵ MILL, John Stuart. **A system of logic ratiocinative and inductive**: being a connected view of the principles of evidence and the methods of scientific investigation. Livro IV. Londres: Routledge, 1996, p. 735. Tradução livre.

²³⁶ A própria lenda é sintomática da ubiquidade da mentira como parte da experiência humana. Não se dizia que George Washington não optava por mentir, pelo exercício de seu livre-arbítrio; mas que não conseguia mentir, como se cuidasse de uma limitação quase biológica, imposta externamente.

ilegalidades que viabilizaram sua eleição e permitiram a manutenção nos seus cargos; que os concorrentes no pleito admitissem as virtudes de seus oponentes, apontando-os, por vezes, como os mais aptos ao cargo em disputa. Como assumido em ponto anterior da pesquisa, uma produção científica comprometida com a viabilidade de suas propostas não pode se descolar da realidade a ponto de pugnar por um Direito inaplicável ao ser humano²³⁷.

Não é outra a compreensão que informa a aceitação de causas excludentes da antijuridicidade ou da ilicitude em hipóteses tal qual a legítima defesa, o estado de necessidade e a inexigibilidade de conduta diversa. Apenas uma leitura honesta da natureza humana permite admitir que determinados traços de nossa psique, conquanto eventualmente vexaminosos, fazem parte de nós como os órgãos de nosso corpo. Que a Filosofia Moral e as religiões se dediquem ao aperfeiçoamento moral do ser humano, já que não se reconhece, ao menos em vista dos princípios aqui assumidos, esta tarefa ao Direito, muito menos ao Direito Penal.

Mesma compreensão tem Jesús-María Silva-Sánchez, que assenta que “[...] *no Direito penal vige, em princípio, o critério da impunidade da mentira [...]*”, em função do que se pode concluir pela “[...] *inexistência de um dever geral de veracidade dos particulares, cuja infração de lugar a apreciar a ocorrência de um fato típico punível*”. Nesta linha de raciocínio é que o professor Catedrático da Universidade Pompeu Fabra defende que “[...] *o âmbito dos deveres de veracidade relevantes para o Direito penal fica (...) restrito [...]*” e, assim, “[...] *as inverdades dos particulares podem ser sancionadas – não apenas as escritas – na medida em que constituam o meio para*

²³⁷ Há, fora de dúvida, autores que de modo veemente condenam qualquer tolerância à divulgação de fatos falsos. Por todos, valem as colocações de Luís Gustavo Grandinetti Castanho Carvalho, que em obra específica sobre o tema diz que “a liberdade de expressão, quando galgada ao patamar de direito constitucional de livre imprensa, não pode deixar de ser autêntica, verdadeira, completa. Esclareça-se que a aceitação de informação, empregada aqui, é a transmissão de acontecimentos, de fatos, é a história presente. Os fatos acontecem, não são criados pela imaginação humana. Sendo a transmissão meramente de fatos, a informação deve cingir-se a eles, de forma verídica e autêntica”. CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. **Liberdade de Informação e o Direito Difuso à Informação Verdadeira**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1994, p. 56. Mais adiante o autor desenvolve e sustenta a ideia de que o “direito à notícia verdadeira” é direito difuso, podendo ser acionado pelos mesmos meios processuais disponíveis para esta categoria de direitos (p. 63-70). Posição semelhante tem o eleitoralista José Jairo Gomes, para quem o princípio da veracidade informa o próprio conceito de propaganda eleitoral. Sustenta que “os fatos e informações veiculados devem corresponder à verdade”, razão pela qual “efeitos ou quaisquer outros recursos que distorçam ou falseiem os fatos ou sua comunicação, bem como que degradem ou ridicularizem candidatos, partido ou coligação” são proibidos: GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 5ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 305. Do mesmo modo, há campos da vida humana nos quais a verdade é sempre exigida, como no caso dos juramentos. Esta constatação não tem força para infirmar a regra geral exposta, inclusive pela raridade dos exemplos que a ela escapam.

produzir um prejuízo a um terceiro”²³⁸. Nesta linha também segue María Victoria Calle Rodríguez, quando afirma que “[...] *a base moral da falsidade é a falta de sinceridade, mas suas manifestações nem sempre constituem delito, pelo que há hipóteses de falsidade que não atraem uma sanção penal [...]*” e “[...] *a falsidade será, pois, a usurpação de uma forma de verdade valorada especialmente pelo Direito*”²³⁹.

Em igual sentido, também tratando do cenário jurídico espanhol, são as ponderações de Lucrecio Rebollo Delgado, que registra, taxativamente, que “[...] *nosso ordenamento jurídico não estabelece um direito subjetivo público à veracidade informativa [...]*”, em virtude do que “[...] *o cidadão não tem legitimação jurídica para propor um procedimento em que possa esgrimir um genérico direito ao conhecimento da verdade*”. Portanto, conclui assentando que “[...] *o caráter do direito a saber a verdade informativa carece, assim, de valor universal*”²⁴⁰.

Se a verdade como valor absoluto não se mostra capaz, quiçá, de superar o obstáculo metajurídico de compatibilidade com os sujeitos que serão tutelados pelas normas, essa humanidade imperfeita e mentirosa de forma contumaz então não é apta para assumir o papel de bem jurídico supraindividual. O mesmo não pode ser dito de uma pretensão mais modesta: garantir um ambiente o mais veraz possível na cena eleitoral²⁴¹.

Esta formulação, indiscutivelmente, tem como referente o bem último que pretende proteger, a liberdade da formação do voto pelo eleitor, que, como adrede mencionado, é de natureza individual. Seria de se perquirir se eventualmente poderia se assumir este bem jurídico supraindividual como intermediário àquele de ordem individual, antecipando a tutela penal do mesmo modo que se faz com a noção de segurança no trânsito, cuja finalidade precípua é proteger a vida e a integridade física das pessoas.

²³⁸ SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María. Las inveracidades de los particulares ante el Derecho penal. In: SALVADOR CODERCH, Pablo; SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María. **Simulación y deberes de veracidad, Derecho civil y derecho penal**: dos estudios de dogmática jurídica. Madri: Civitas, 1999, pp. 77-81. Tradução livre.

²³⁹ CALLE RODRÍGUEZ, María Victoria. **Falsedades documentales no punibles**. Madri: Editoriales de Derecho Reunidas, 1998, pp. 22-23. Tradução livre.

²⁴⁰ REBOLLO DELGADO, Lucrecio. **Límites a la libertad de comunicación pública**. Madri: Editorial Dykinson, 2008, p. 242. Tradução livre.

²⁴¹ A distinção entre verdade e veracidade é objeto de tratamento no subitem 4.3, *infra*. De modo breve, a veracidade diz respeito mais à forma de aquisição da informação que se divulgada do que ao seu conteúdo. É conceito que pertine ao esforço honesto em verificar determinada informação, ainda que se mostre, posteriormente, falsa em um sentido objetivo.

Esta dupla proteção não é vista com problema na Espanha, por exemplo, quando se reconhece, especificamente no que diz respeito à proteção do voto livre, que

“[...] com a tipificação penal e administrativa de comportamentos que impedem ou dificultam a liberdade de decisão dos titulares do direito de sufrágio se pretende, além de tutelar este direito, dotar de proteção eficaz o processo eleitoral propriamente dito”, na medida em que “se a vontade dos eleitores não se forma e manifesta de maneira livre, tampouco terá este atributo a decisão que é o seu resultado”²⁴².

A dogmática penal igualmente reconhece a legitimidade, em tese, desta modalidade de proteção de crimes pluriativos, como sustenta Ricardo Mata y Martín ao afirmar que “[...] apesar da rígida separação tradicional entre bens individuais e supra-pessoais (...), cada vez é mais frequente a aparição conjunta de ambas as classes de interesses na figurar particulares de delito”. Ainda segundo o autor, “[...] se tipificam condutas que protegem ao mesmo tempo interesses classificados em parcelas inicialmente contrapostas [...]”, constituindo, assim, “[...] uma ponte entre os delitos destinados unilateralmente à proteção de uns e outros bens jurídicos”²⁴³.

O mesmo autor salienta, o que é de importância aqui, que para a caracterização do bem jurídico como supraindividual intermediário, é necessário que a proteção se dê com vistas, ao final, em proteger um bem individual de lesão ou perigo. Com isso, o relevo se dá no perigo causado ao bem individual, sendo o reconhecimento da existência do bem intermediário mera ferramenta de tipificação, que permite a antecipação da tutela penal. Ao falar sobre o crime de tráfico de drogas e afastando-o da noção de bem jurídico intermediário, salienta que, neste crime, “[...] o decisivo é o menoscabo à saúde pública, enquanto bem social, e não a possível lesão à saúde individual”²⁴⁴.

Em vista desta constatação, é de se reconhecer que a legitimidade do bem jurídico aqui tratado, sob a ótica supraindividual, somente pode ser reconhecida se, ao final, a

²⁴² PRESNO LINERA, Miguel Ángel. **El derecho de voto**. Madri: Tecnos, 2003, p. 244.

²⁴³ MATA Y MARTÍN, Ricardo M. **Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro**. Granada: Editorial Comares, 1997, p. 18. De acordo com o autor (p. 21), podem ser tratados como sinônimas as expressões “bem jurídico intermediário” e “bem jurídico com referente individual”. Opta-se, aqui, pela primeira alternativa, mesmo reconhecendo a sinonímia.

²⁴⁴ MATA Y MARTÍN, Ricardo M. *Op. Cit.*, p. 25.

igual conclusão se chegar quanto ao bem jurídico individual²⁴⁵. Tem-se como condição necessária para a pertinência da proteção intermediária a legitimidade da proteção individual.

No caso concreto, a tese mostra-se plausível em virtude da redação do tipo penal do artigo 323 do Código Eleitoral, cujo elemento normativo final tem por ilícita a divulgação dos fatos falsos quando “[...] capazes de exercerem influência perante o eleitorado”. O risco que se intenta minimizar ou afastar reside na influência sobre o corpo de eleitores, não havendo referência a um conceito despersonalizado de “tranquilidade eleitoral” ou “pureza das eleições”, nada que se assemelhe às conhecidas, ainda que igualmente questionáveis, “ordem pública” ou “saúde pública”²⁴⁶. Isto porque, o voto deve se dar de forma individual, sempre, o coletivo “eleitorado” utilizado tem pouca importância, somente podendo ser lido com vistas aos eleitores entendidos individualmente.

Diante do exposto, tem-se como definido para o início do teste sugerido o bem jurídico supraindividual intermediário “[...] direito à veracidade na propaganda eleitoral [...]”, o qual se acopla, necessariamente, ao direito individual à formação livre do voto²⁴⁷. Como dito no parágrafo final do item anterior, cabe aqui perquirir quanto à legitimidade do bem jurídico diante da Constituição Federal.

Sempre recordando que em última instância a validade do bem intermediário estará atrelada à do bem individual, não parece possível opor críticas à sua fundamentação constitucional. Consoante mencionado acima, o sufrágio livre representa valor constitucional de maior grandeza e dignidade, consubstanciado o caminho único previsto para a instrumentalização da Democracia representativa.

²⁴⁵ Esteban Mestre reafirma a vinculação entre a lesão ao bem individual do eleitor e sua consequência sobre o bem coletivo ao pugnar que “Efectivamente, la malicia, el dolo específico del delito electoral, consiste en suplantar la voluntad de los electores, falseando las elecciones se falsea la representación y, siendo cada diputado representante de toda la nación, lo que se falsea con las elecciones es la voluntad nacional”. MESTRE, Esteban. *Op. cit.*, p. 186.

²⁴⁶

²⁴⁷ Esta conclusão encontra eco na doutrina espanhola, como se nota nas ponderações de Beatriz Romero Flores, para quem “[...] del examen de los delitos electorales regulados en la LOREG se extrae la existencia de un bien jurídico colectivo, común a todos ellos, representado por la objetividad y pureza de las consultas electorales. Se trata, sin duda, de un bien jurídico supraindividual, ya que integra intereses jurídicos-sociales de toda la comunidad. Y dentro de esta categoría nos encontramos ante un bien jurídico intermedio, esto es, ante un bien jurídico colectivo con referente individual, cual es el derecho del elector a conformar su sufragio en condiciones de libertad”. ROMERO FLORES, Beatriz. **Partidos políticos y responsabilidad penal: la financiación electoral irregular**. Barcelona: Atelier, 2005, p. 117.

A liberdade do voto comporta lesão, ao menos em tese, na sua vertente relativa à formação da decisão do eleitor com relação a quem será objeto de seu sufrágio. Ao se considerar, também em tese, que esta decisão funda-se, ao menos parcialmente, em informações recebidas, tem-se por plausível, neste momento, que informações que não correspondam aos fatos podem ter o condão de fazer com que a decisão firme-se em rumo diverso do que seria se a informação recebida fosse veraz.

Com isso, é possível concluir, no que pertine a este item, não existir um fundamento constitucional que legitime a proteção de um suposto direito à verdade. Por outro lado, é concebível que se proteja antecipadamente, na condição de bem jurídico supraindividual intermediário, o direito a um ambiente de troca de informações verazes na propaganda eleitoral, tendo por referente o direito individual da liberdade de escolha do eleitor.

3.4.2 Proteção ao Direito Individual à Livre Formação da Convicção Política do Eleitor

Afirmar que o voto livre tem previsão constitucional impõe relacionar este direito à sua principal consequência: a verificação de uma eleição com credibilidade, que tenha o condão de refletir na medida do possível a somatória das vontades individuais dos eleitorais. Chegar a esta finalidade, certamente, não é apenas tarefa do Direito Penal. Como destaca Muñoz Conde, esta credibilidade e validade dependem, “[...] em última instância, do contexto democrático em que se celebrem [...]”, que não depende, em si, “[...] das normas jurídicas e nem sequer pode ser imposto por elas, pois, em última instância, se trata de um problema político ou social de caráter pré-jurídico”²⁴⁸. É de se reconhecer, com o autor, que este cenário democrático pode ser ao menos sugerido ou facilitado pela normatização jurídica, incluindo a de caráter criminal.

A liberdade no processo eleitoral manifesta-se sob uma miríade de facetas diversas. Fala-se em liberdade para exercer o direito político passivo lançando candidaturas, para promover sua campanha eleitoral divulgando propostas e granjeando apoio popular e de

²⁴⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. Comentarios a la legislación penal: delitos electorales. In: COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.); BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (coord.). **El derecho penal del estado democrático**. Tomo II. Madri: Editoriales de Derecho Reunidas, 1983, p. 461.

arrecadação de recursos para estas campanhas dentro dos limites impostos pela lei. No que toca ao direito político ativo, ou seja, sob a óptica do eleitor, tem-se a liberdade de expressar a decisão eleitoral nas urnas, o que se garante, por exemplo, com o voto secreto. Tutela-se, ainda, a liberdade de não sofrer influências externas, consubstanciadas em ameaças e coações, bem como se tenta resguardar esta mesma liberdade com a proibição da venda do voto²⁴⁹.

Esta multiplicidade de enfoques sobre a liberdade é mencionada por Manuel Rodríguez Rodríguez, quando diz que “[...] a norma electoral determina de que maneira se emite pelo cidadão o voto em liberdade como manifestación da vontade popular e base de todo o sistema democrático [...]”, o que se daria sob uma dupla perspectiva, uma primeira “[...] dirigida a garantir o voto secreto e a pureza do sufrágio [...]” e uma segunda que intenta “[...] permitir a opção entre diversos termos de uma alternativa verdaderamente plural [...]”²⁵⁰, o que incluiria a amplitude na apresentação de candidaturas e uma mínima igualdade de condições de disputa, inclusive econômica.

²⁴⁹ Mesmo não sendo objeto de análise nesta dissertação, interessante observação sobre a compra e venda de votos é feita por Esteban Mestre, que sustenta que a prática se deve mais a uma falta de credibilidade que os eleitores dão em relação aos resultados efetivos da Democracia. Em sua leitura, a marginalização histórica de grandes parcelas do corpo social impede que eles acreditem que a Democracia efetivamente poderia garantir seus interesses: “Cuando, finalmente, llega el derecho de voto a las grandes masas, se va a hacer evidente la impreparación de los sufragistas su falta de toma de conciencia y su falta de fe en los mecanismos democráticos. El derecho de voto, de tan larga y áspera historia, luego en la práctica no va a ser ejercitado, y es de no olvidar el alto nivel de abstencionismo que se produce a lo largo de todas las elecciones. Pero el otro fenómeno, el de la falta de sinceridad electoral, con su fórmula clásica delictiva, la compra y la venta del voto, no son sino síntomas e indicios de la grave crisis de mentalidad ante el nuevo sistema: no se cree ni se admite siquiera la posibilidad de que sumando votos se traduzcan en mayorías, que las mayorías de votos se traduzcan en mayorías de escaños, y que los diputados se preocupen con el bien común, ni siquiera por el de la mayoría. Se piensa, arrastrando la herencia liberal, que la política ha sido y seguirá siendo una oportunidad para las minorías. Este es, pues, el desfase entre la legislación democrática y la mentalidad de los históricamente marginalizados por el parlamentarismo liberal”. MESTRE, Esteban. *Op. cit.*, p. 81. Mais adiante em sua obra, contudo, o autor aparentemente se contradiz, apontando que a corrupção eleitoral resulta fruto mais da má vontade do que da ignorância das classes incorporadas ao direito ao sufrágio, ocasião em que sustenta que “[...] se prueba el hecho de ser las corrupciones electorales debidas más a mala voluntad que a ignorancia, porque brotan igual en los cuerpos electorales extensos que en los restringidos, lo mismo en los basados en el censo que en el sufragio universal, lo mismo en el campo que en las ciudades, lo mismo de los incultos electores de un distrito rural, que de los sabios catedráticos y doctores que eligen un senador” (pp. 164-166).

²⁵⁰ RODRÍGUEZ RODRÍGUES, Manuel. *Op. cit.*, pp. 12-13. Tradução livre. O mesmo autor segue afirmando que “[...] parece así que con la presente norma se intenta garantizar la libertad política, entendida desde la perspectiva del ejercicio del derecho al sufragio en plena libertad, derecho de sufragio como base de todo sistema democrático, como único sistema o procedimiento de emanación de la voluntad mayoritaria del pueblo. Por tanto, ideas de libertad y de voluntad popular que se repiten a lo largo del preámbulo de la norma electoral y que deben estar presente en el momento de concretar el bien jurídico protegido” (p. 12). Ainda sob as diversas formas de afetação do bem jurídico, pugna que “[...] resulta indudable que ejercer violencia sobre un elector para que no haga uso de su derecho de voto o lo ejerza contra su voluntad (artículo 146.1.b) LOREG) supone un ataque directo al derecho de sufragio activo, porque le impide al sujeto emitir su voto o emitirlo de forma libre, pero también se ve afectado el derecho de sufragio del elegible, quién no recibe el

Não parece haver dúvida no debate jurídico quanto à relevância constitucional da proteção a esta liberdade, no quanto atinente ao exercício do direito político de sufrágio. O voto direto e secreto, com valor igual para todos, consta do *caput* do artigo 14 da Constituição Federal, enquanto os parágrafos 9º e 10º do mesmo artigo demonstram preocupação em “[...] *proteger a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico [...]*” e do Poder Político, prevendo os mandatos podem ser cassados em caso de “[...] *abuso de poder econômico, corrupção ou fraude*”. O voto direto, secreto, universal e periódico, ainda, é objeto de proteção máxima, sendo cláusula pétrea com expressa previsão no artigo 60, § 4º, II, da Carta Política.

O enfoque que aqui se dá é anterior à expressão do voto na urna, dizendo respeito ao processo interno de sua formação. Ninguém forma a decisão de seu voto de modo isolado em relação a todo e qualquer fator externo. Não seria possível ou desejável que assim acontecesse. Fosse este o desejo do legislador, nem mesmo se poderia admitir a divulgação da propaganda eleitoral, cujo objetivo primordial, como apontado no Capítulo 2, é influenciar a tomada de decisão do eleitor. Mais do que isso, prezasse a lei pelo isolamento do eleitor, restaria absolutamente restringida a liberdade de expressão, ao menos no período eleitoral, tendo em vista que qualquer conversa entre amigos, parentes ou vizinho, de cunho político, teria o potencial de influenciar o voto de seus interlocutores²⁵¹.

voto de quién pensaba concedérselo, limitando así su posibilidad de ser elegido. En el sentido contrario, cuando un sujeto realiza actos de propaganda electoral en favor de un partido determinado una vez finalizado el plazo de la campaña electoral, ataca de forma directa al derecho de sufragio pasivo, rompiendo con el proclamado principio de igualdad de oportunidades, pero también parece cierto que puede afectar a la toma de decisión o intención de voto del elector” (p. 16). Com esta perspectiva, conclui que “Los delitos electorales tienden a la protección de dicho bien, castigando cualquier conducta que afecte a la formación de la voluntad popular, o a la igualdad de oportunidades de las distintas formaciones políticas, protegiendo en definitiva todo el proceso electoral, desde la formación en libertad de decidir votar -como derecho del ciudadano, que no obligación- hasta su resultado final, sin que quepan actuaciones de carácter lícito que en cualquier punto del proceso puedan incidir en el mismo o bien ofrecer resultados falseados -veracidad del propio resultado electoral”. (pp. 16-17).

²⁵¹ Alberto Rollo traz interessante e crítica reflexão sobre o tema. Afirma que “[...] o que se discute, então, é se a propaganda eleitoral tem o condão de pressionar, indevidamente, o eleitor. O que se discute, mais do que isso, é se as benesses de campanha, tenham valor alto ou baixo, são capazes de constranger o eleitorado a votar nessa ou naquela direção. O que se estuda é o grau de influência psíquica da propaganda eleitoral capaz de alterar a vontade ou criar desejo ou expectativa no eleitorado, de forma a induzi-lo a votar desta ou daquela forma. Chega-se a enxergar o eleitor como consumidor de produto, querendo tutelá-lo de forma a impedir propaganda entendida como enganosa. Houve juiz que suspendeu propaganda de um certo ‘fura-fila’ por entender que a formatação computadorizada do veículo de transporte constituía tal tipo de propaganda, influenciando indevidamente o eleitor. Por convicção pessoal, embora sabendo não ser essa a orientação da jurisprudência eleitoral brasileira, entendo que, garantido o voto secreto, está garantido o voto livre. Nos Estados Unidos, faz-se campanha aberta até a véspera do pleito, como o candidato ROSS PEROT fez em pleito presidencial recente, dirigindo discurso de convencimento aos norte-americanos pelas três principais

Deste modo, há de se admitir que a liberdade na formação do voto não é irrestrita, encontra limites, sejam eles atinentes à permissão de realização da propaganda eleitoral ou ao respeito à liberdade de expressão e manifestação da opinião²⁵². De qualquer forma, adentrar este debate no presente tópico importaria confundir bem jurídico com seu objeto material de proteção e, ainda, adiantar o debate no tocante aos requisitos de lesividade e fragmentaridade.

São aspectos distintos de uma mesma linha de raciocínio. Como já apontado, reconhecer a dignidade constitucional de um bem jurídico é apenas o primeiro passo para admitir sua legitimidade. Por outro lado, ele não se confunde com o objeto material de proteção, que corresponde aos alvos daquelas condutas que concretamente se busca evitar. O bem jurídico liberdade de formação do voto pode ser tutelado sob diversos vieses: seja quanto ao afastamento da influência econômica, do abuso de Poder Político, de ameaças e coações, seja de informações falseadas. Todas estas formas de lesão ao bem jurídico dividem a mesma raiz comum: permitir que a vontade lançada nas urnas reflita, do modo mais fiel possível, o exercício intelectual levado a cabo pelo eleitor para tomar sua decisão política.

Entre eles, há não somente formas diferentes de ameaça, como também gradações de intensidade. Perquirir se é necessária a proteção, por exemplo, recai no âmbito da análise da fragmentaridade. Unicamente as lesões tidas por intoleráveis devem atrair o

redes de televisão daquele país, por mais de uma hora, falando de seu plano de governo. O desejo de tutelar a vontade do povo é tão grande, no Brasil, aqui sim, pelo meu sentir, configurando afronta à vontade do povo (...) No Brasil, cujo último período de democracia estável teve início em 1985, e onde devemos continuar aprendendo a fazer democracia – o pior de todos os regimes excetuados todos os demais, como alguém já disse –, permitimo-nos manter regras rígidas para tutelar a vontade do eleitor”. ROLLO, Alberto. Princípios de direito eleitoral: todo o poder emana do povo. *In*: ROLLO, Alberto; CARVALHO, João Fernando Lopes de; ROLLO, Alberto Luís Mendonça; ROLLO, Alexandre Luís Mendonça; ROLLO, Arthur Luís Mendonça (Orgs.). **Propaganda eleitoral**: teoria e prática. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pp. 26-27.

²⁵² Isidoro Martín Sánchez traça interessante correlação entre a liberdade de consciência e a liberdade de tomada de decisões sem pressões alheias ou falseamento de informações. Assim, diz que “[...] la libertad de conciencia debe ser entendida, primordialmente, como el derecho a la libre formación de la propia conciencia. (...) En primer lugar, porque el derecho a la formación de la conciencia constituye, como veremos, el presupuesto lógico de las libertades ideológica y religiosa, en cuanto que éstas deben ser fruto de una decisión personal consciente y libre. En segundo lugar, y sobre todo, porque el mencionado derecho constituye el núcleo esencial de la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida, por medio de la cual se manifiesta especialmente la dignidad de la persona. Finalmente, resaltar la importancia del derecho a la formación de la conciencia supone una llamada de atención frente a los peligros que constituyen una amenaza para el mismo. Peligros, provenientes de diversos factores que contribuyen a configurar la sociedad contemporánea”. MARTÍN SÁNCHEZ, Isidoro. **El derecho de la formación de la conciencia y su tutela penal**. Valência: Tirant lo Blanch, 2000, p. 14.

peso do controle criminal. Questionar se em tese é possível que a vontade do eleitor seja alterada por uma ou outra forma de ameaça pertine ao debate da lesividade.

Nesta senda, no quanto relativo a este primeiro passo de verificação, é possível afirmar que a tutela da liberdade de voto do eleitor, incluída a fase da formação de sua decisão, tem relevância e previsão constitucional.

Com isso, convém registrar, resta também reconhecido, apenas no atinente a este primeiro passo, o bem jurídico intermediário tratado no item anterior, cuja verificação de legitimidade constitucional permanecia condicionada à análise empreendida aqui.

3.5 FRAGMENTARIDADE COMO CRITÉRIO DE VERIFICAÇÃO DA NECESSIDADE DE CRIMINALIZAÇÃO

Superado o primeiro passo e cumprido o requisito de relevância constitucional dos bens jurídicos tutelados pelo tipo penal pluriofensivo do artigo 323 do Código Eleitoral, a próxima etapa impõe questionar se a lesão ou risco a que se expõem estes bens jurídicos transpõem o critério de fragmentaridade. Como visto no item imediatamente anterior, ninguém parece discordar que a compra de votos influi significativamente sobre a liberdade de escolha do eleitor, lesionando gravemente, senão colocando-a em grave risco.

Mesma certeza não se tem no que tange à informação falsa transmitida na propaganda eleitoral. Neste item, resta apreciar se a lesão ou perigo aqui debatido logra atingir o grau de intolerabilidade que o princípio da fragmentaridade clama. Ao se retomar ao item anterior, a noção de fragmentaridade parte do pressuposto de que o bem que se quer tutelar é lídimo, restando saber se há compatibilidade entre o grau de atentado a ele e a resposta penal; cuida de questão que se reporta à necessidade da criminalização.

Quanto ao tema, ainda, cabe evocar a lição de Silva Sánchez, para quem “[...] *nem todo ataque contra um ‘bem jurídico penal’ descreve um injusto penal e nem, portanto, provoca a incriminação abstrata da conduta que o materializa*”. Não é somente o “[...] *caráter de bem jurídico penal [...]*” que tem relevância se investigar, mas “[...] *as modalidades de ataque [...]*” que pode sofrer, pelo que “[...] *há ataques contra bens jurídicos penais que não dão lugar à punibilidade da conduta correspondente [...]*” e este

é o princípio da fragmentaridade, “[...] segundo o qual somente podem constituir fatos penalmente relevantes as modalidades de ataques mais graves contra tais bens jurídicos penais”²⁵³.

Não é ocioso neste momento trazer as palavras de Cornelius Prittwitz, quando critica a menção aleatória de termos como fragmentaridade, subsidiariedade, intervenção mínima e *ultima ratio*, afirmando que “[...] raramente faltam caracterizações deste gênero nos capítulos introdutórios dos manuais de Direito Penal [...]”²⁵⁴, permanecendo obscuro o sentido que se quer dar a cada uma delas. Em relação à fragmentaridade, aponta a origem do termo na obra de Karl Binding, para quem tal característica do Código Penal alemão de então era seu principal defeito. Em Jescheck, citado pelo mesmo autor, a fragmentaridade torna-se “[...] signo distintivo do Estado de Direito da liberdade”²⁵⁵. Ao depurar o conceito, define o autor a fragmentaridade pelo fato de que “[...] apenas uma pequena parte das ações merecedoras de pena são fatos puníveis [...]” e recomenda, como critério delimitador para a escolha de quais delas se encaixam na noção de intolerabilidade, além dos aspectos normativos, uma fundamentação empírica. De acordo com seu postulado, ainda que não cuidem de argumentos normativos, não é possível olvidar, por exemplo, a limitação dos recursos postos à disposição do Estado para a consecução de suas tarefas e a ineficácia do Direito Penal, que por vezes obtém “[...] poucas coisas positivas e se produzem, em troca, muitos prejuízos”²⁵⁶.

Empreender uma comparação de lesões e perigos em abstrato é tarefa ingrata e, pondera-se, desnecessária. Isto porque a dogmática penal tem relevantes estudos referentes a bens jurídicos razoavelmente assemelhados, cuja apreensão pode ser de grande valia para o trabalho aqui proposto. Nesta linha de raciocínio, parece ter pertinência o quanto já

²⁵³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *Op. cit.*, pp. 459-460. Tradução livre.

²⁵⁴ PRITTWITZ, Cornelius. El derecho penal alemán: ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿ultima ratio? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del Derecho penal. *In*: ROMEO CASSABONA, Varlos María (Dir.). **La insostenible situación del Derecho penal**. Tradução do alemão para o espanhol de María Teresa Castiñera Palou. Granada: Editorial Comares, 2000, p. 426. Tradução livre.

²⁵⁵ Esta aparente contradição é explicada por Mir Puig, quando pondera que “[...] Binding habló por vez primera del carácter fragmentario del Derecho penal como un defecto a superar completando la protección de los bienes jurídicos. En nuestros días, en cambio, el carácter fragmentario se regula como un postulado positivo del Derecho penal. El giro operativo guarda relación con el paso de una concepción retribucionista a otra basada en una estricta necesidad de la prevención”. MIR PUIG, Santiago. *Op. cit.*, p. 119.

²⁵⁶ De acordo com o autor, “[...] cuanto mayor es la discrepancia entre las razones de la elaboración y su explicación, tanto más hipócrita es una institución. Ya un análisis superficial de decisiones políticas permite sospechar que vivimos en una sociedad bastante hipócrita. Esto también vale para la política criminal – lo cual significa que, si no se quiere hacer el juego de la hipocresía, hay que incluir en la discusión los argumentos empíricos”. PRITTWITZ, Cornelius. *Op. Cit.*, pp. 442-446.

escrito em relação à liberdade de disposição do patrimônio, tema fundamental e clássico no estudo do Direito Penal.

Ao se analisar a proteção penal sob a luz da limitação que acarreta ao direito de livre disposição patrimonial²⁵⁷, tem-se em um vértice a hipótese da agressão física ou da ameaça de lesão que acarreta a inversão patrimonial indesejada pela vítima. É o caso do roubo, cuja superação do critério da fragmentaridade resta fora de questionamento.

Se a inversão patrimonial se dá sem violência ou ameaça, como no caso do furto, poucas são as vozes na doutrina que se insurgem contra a legitimidade de sua criminalização. Aqui já surge um primeiro questionamento de fragmentaridade quanto ao furto bagatelar, aceito por parte relevante da jurisprudência dos tribunais superiores. Soluções legislativas há, em outros países, que já de antemão fixam o montante patrimonial, cuja inversão mediante furto não caracteriza o crime. É o caso da Espanha, por exemplo, em que furtos que em um ano não somem quatrocentos euros estão fora da guarida da norma penal, sendo considerados como faltas.

A questão começa a ganhar contornos assemelhados com o tema aqui tratado com relação ao logro, ao engano que acarreta a perda patrimonial e, indiretamente, à mácula ao exercício da liberdade de disposição deste patrimônio. De um lado, tem-se as figuras típicas do estelionato e de outras fraudes²⁵⁸. Este tipo de crime clama por uma vítima identificada para que se aperfeiçoe.

Cabe ponderar que o delito em análise nesta parte da dissertação, do artigo 323 do Código Eleitoral, não traz a princípio qualquer exigência de que a mensagem propagandística eleitoral tenha sido divulgada para uma grande coletividade. “Na propaganda eleitoral”, elemento do tipo, não traz esta referência coletiva, já que não resta

²⁵⁷ O tema é objeto de profunda análise em tese recém-defendida junto à Universidade de São Paulo. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Direito penal e propriedade privada: a racionalidade do sistema penal na tutela do Patrimônio. Tese de livre-docência em Direito Penal. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

²⁵⁸ Em livro que decorreu de sua tese de doutorado, Nuria Pastor Muñoz afirma que “[...] en la dogmática de la estafa ni siquiera existe unanimidad sobre cuál es el bien jurídico protegido. Ciertamente, aunque la doctrina dominante considera que el tipo de estafa protege el patrimonio, también es posible definir la estafa como una lesión de la libertad de disposición”. PASTOR MUÑOZ, Nuria. **La determinación del engaño típico en el delito de estafa**. Barcelona: Marcial Pons, 2004, p. 19. Mais adiante, a autora narra a evolução histórica do bem jurídico do estelionato, apontando que majoritariamente passou a ser visto como proteção ao patrimônio ao invés da liberdade com o Código Penal da Prússia de 1851, oportunidade em que “[...] la discusión sobre el derecho a la verdad perdió fuerza en el ámbito de la estafa y solamente encontró continuidad en el ámbito de las falsedades” (pp. 29-30).

dúvida que uma conversa mantida entre candidato e um eleitor, se houver pedido (positivo ou negativo) de voto ou exposição de plataforma política, por exemplo, preenche os requisitos para se qualificar como ato de propaganda eleitoral. Em tese, portanto, seria possível admitir que o engano privado – mais assemelhado ao estelionato – e o coletivo – próximo da publicidade comercial enganosa – pudessem estar ambos contidos no mesmo tipo penal. Não é esta a leitura que se tem por mais correta, já que elemento essencial do tipo também é o potencial de influência “perante o eleitorado”, conceito indubitavelmente coletivo. Deste modo, de se concluir que a conduta que se volta apenas em relação a um eleitor ou pequeno grupo de eleitores, resta fora do círculo semântico da descrição típica, ante o princípio da taxatividade.

Além do mais, a afetação dupla sobre o patrimônio e a liberdade de disposição, adotada por parte da doutrina, altera sobremaneira sua configuração para permitir a comparação que aqui se quer empreender. Como menciona Nuria Pastor Muñoz, tratando da teoria de Kindäuser sobre o tema, se é aceito que “[...] a frustração de um fim é prejuízo típico, isto significa que o estelionato protege o fim estabelecido, com o que se deve reconhecer a liberdade de disposição como bem jurídico protegido junto ao patrimônio”²⁵⁹.

Com maior pertinência para a figura típica ora em apreço, parece ser a proteção penal dedicada à propaganda comercial enganosa, cuja incriminação em muito se assemelha àquela dispensada à propaganda eleitoral falsa²⁶⁰. Em ambos os casos, tem-se um engano veiculado a uma multiplicidade não identificável de potenciais vítimas. Da mesma forma, ambos colocam em risco, em tese, a liberdade destas vítimas de escolher, ora um produto ou serviço a ser adquirido, ora um candidato ou partido a direcionar o voto²⁶¹.

²⁵⁹ PASTOR MUÑOZ, Nuria. *Op. cit.*, p. 47.

²⁶⁰ A título de delimitação inicial do conceito de propaganda enganosa, vale a menção de Manuel Santaella López quando define que “[...] la publicidad engañosa, referida al mensaje publicitario que de cualquier manera, en el fondo o en la forma, induce o puede inducir a error a sus destinatarios, constituye, con la publicidad desleal, el centro de atención por parte de todas las manifestaciones legislativas sobre la comunicación publicitaria. (...) La expresión ‘publicidad engañosa’ se utiliza en todos los países del mundo occidental: deceptive advertising, publicité mensongère, pubblicità menzongera [...]”. SANTAELLA LÓPEZ, Manuel. **El nuevo derecho de la publicidad**. Madri: Civitas, 1989, p. 110.

²⁶¹ Aproximação semelhante é feita por Wolney Ramos Lau em tese de mestrado sobre o Regime Jurídico da Propaganda Eleitoral. Para o autor, “[...] a propaganda enganosa, embora presente há muito tempo, ganhou contornos exacerbados com as campanhas atuais, caracterizadas que são pelas disputas nos meios de comunicação de massa, trazendo o descrédito e a indignação da sociedade em relação a esse tipo de divulgação. (...) A utilização da propaganda no atual estágio propicia a aproximação entre o alto teor

Importa fazer um breve parêntesis para afirmar que não se pugna aqui por uma racionalidade econômica da Democracia, cuja formulação por Anthony Downs em sua famosa obra²⁶² levou ao desenvolvimento da teoria da escolha racional²⁶³. Na compreensão

estratégico, a perda de contato com a verdade como valor vinculante e a sua desregulação moral, caracterizada pela falta de ética nos conflitos (...) Outra característica é a falta de fidelidade às promessas feitas (...) é ainda mais imoral apresentar alguns pontos prioritários e depois de eleito passar logo a executar outros apenas acenados vagamente, ou até maldosamente silenciados. Isso desprestigia o regime representativo, tanto que ‘promessa de político’ virou um jargão popular de característica extremamente pejorativa. Alguns acoimam semelhante atitude como ‘estelionato político’, sujeito assim a uma atitude do eleitor em processo reivindicatório, fato esse, no entanto, ainda inconcebível em nossas vias judiciais, pela ausência de disposição legal regulamentadora”. LAU, Wolney Ramos. Regime jurídico da propaganda política. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2004, pp. 77-78. O tema escapa, contudo, aos limites desta dissertação, na medida em que se circunscreveu o conceito de inverdade apenas a fatos pretéritos e, portanto, verificáveis no momento no qual transmitida a informação supostamente inverídica. Miguel Reale Júnior, em obra na qual defende o modelo parlamentarista, sustenta que apenas nesta forma de organização da Democracia os programas de governo – e, portanto, as propostas – logram escapar da falsidade de que são dotados no modelo presidencialista. Afirma, assim, que “[...] não é por ideias e forças, lançadas aos sons de jingles no horário eleitoral que se formula, com conhecimento e consistência, um programa de governo, dotado de legitimidade. É o que acontece no presidencialismo plebiscitário. No parlamentarismo a aprovação do programa de governo, em livre debate na Câmara dos Deputados, dota o governo de legitimidade nas suas ações, legitimidade real e não fictícia e revesta a ação governamental de eficácia, ou seja, outorga-lhe governabilidade”. REALE JÚNIOR, Miguel. **Brasil/93: a hora do parlamentarismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 46. Em outro artigo, Miguel Reale Júnior segue com sua crítica a esta mercantilização da política em tempos modernos, afirmando que “[...] o desenraizamento torna estranhas ao habitante do tempo as questões gerais da sociedade do país onde habita, fazendo com que a participação política eleitoral seja apenas uma efêmera e indiferente escolha entre produtos que não interessam”: REALE JÚNIOR, Miguel. **Democracia e cidadania no Brasil**. RBCCRIM, v. 10, n. 37, 2002, p. 149 (pp. 137-151).

²⁶² A adoção de um modelo de comportamento racional e, portanto, previsível, é ponto de partida do trabalho de Downs. Conforme explica, “[...] economic theorists have nearly always looked at decisions as though they were made by rational minds. Some such simplification is necessary for the prediction of behavior, because decisions made at random, or without any relation to each other, do not fall into any pattern. Yet, only if human actions form some pattern can they ever be forecast or the relations between them subject to analysis. Therefore economists must assume an ordering of behavior takes place. There is no *a priori* reason to suppose that this ordering is rational, i.e., reasonably directed toward the achievement of conscious goals. Nevertheless, economic theory has been erected upon the supposition that conscious rationality prevails, in spite of acid assertions to the contrary by men like Thorstein Veblen and John Maurice Clark. Since our model is *ex definitione* one concerning rational behavior, we also make this assumption [...]”: DOWNS, Anthony. **An economic theory of democracy**. Boston: Addison-Wesley Publishing, 1957, p. 4.

²⁶³ A teoria de Downs é a base do que se denomina “milagre da agregação”. Considerando o baixo grau de conhecimento por parte do eleitorado dos fatores relevantes para a sua escolha, sugere o autor, é de se esperar que os “erros” dos eleitores sejam aleatórios. Ou seja, que na média eles se anulem. Com isso, aqueles poucos eleitores bem informados acabam tendo o poder de decisão, já que serão os seus votos que definirão o resultado eleitoral. Deste modo, sustenta-se que a Democracia atinge bons resultados de políticas públicas pelo fato de conseguir “isolar” a grande maioria de eleitores desinformados, tornando relevantes apenas as opiniões daqueles que votam “racionalmente”. Esta teoria é criticada veementemente pelo economista libertário Bryan Caplan. Para Caplan, há alguns vieses permanentes entre os eleitores, que contaminam sua percepção sobre as melhores políticas públicas apresentadas pelos candidatos em disputa, especialmente no âmbito da política econômica. Exemplo deste tipo de viés seria a crítica natural à entrada de imigrantes de baixo grau de formação em um país. O senso comum aponta como consequências o rebaixamento de salários, o aumento do gasto público em políticas sociais, além do incremento da criminalidade. Nada disso se confirma com dados, contudo. Ao contrário, a experiência econômica comprova que os países que abriram suas fronteiras à imigração em massa obtiveram ganhos de longo prazo que em muito suplantam os custos momentâneos para a absorção dos novos cidadãos. CAPLAN, Bryan. **The myth of the rational voter: why democracies choose bad policies**. Princeton: Princeton University Press, 2007, pp. 36-39. Sua crítica encontra

aqui defendida, o eleitor não faz um cálculo economicamente racional do candidato a eleger, como admite a Economia que o consumidor faz no dispêndio de seu dinheiro²⁶⁴. Os fatores que levam à escolha política, objeto de análise mais adiante, são múltiplos e não parecem poder ser submetidos a um cálculo aritmético de curvas de custo e benefício, como pugna a noção da formação de preços no mercado²⁶⁵.

ressonância em outros trabalhos atuais, cujo foco é a disparidade da informação que chega aos eleitores. Pugnam estes autores que esta disparidade não é aleatória, o que torna os “erros” dos eleitores igualmente não aleatórios. Deste modo, os votos daqueles poucos eleitores bem informados não seriam suficientes para anular o efeito dos votos mal informados. Sobre a evolução do tema, valem as seguintes considerações: “[...] this controversy continues, although in modified form. In earlier incarnations of this debate, revisionist streams in the literature sought to redeem voters, arguing that individuals make good decisions by means of shortcuts, or ‘heuristics’, and that collective decisions are sensible, even if individual decisions are suspect (e.g., Popkin 1994; Lupia and McCubbins 1998; Page and Shapiro 1992). More recently, other researchers have reacted by pointing out what they see as weaknesses in both the theory and the evidence supporting these arguments. In addition, new fronts have opened in this debate. Recent research has focused more on the information environment in elections, with numerous studies of the content of campaign advertisement, candidates speeches, and news coverage in campaigns. At the same time, scholars have asked whether informational inequalities contribute to inequalities of income as well as differences in influence on a range of policy outputs: NIEMI, Richard G.; WEISBERG, Herbert F.; KIMBALL, David C. *Controversies in Voting Behavior*. 5ª ed. Washington: CQ Press, 2011, p. 75. Atualmente, reconhece-se sem peias o caráter multifacetado do fenômeno da formação do voto do eleitor. Por todos, valem as colocações de Robert Huckfeldt, da Universidade da Califórnia: “[...] citizenship takes on meaning through processes of communication, persuasion, and conflict that occur among interdependent citizens. Opinions, choices, and patterns of engagement do not arise as the inevitable consequences of individual characteristics, national crises, or news media coverage. Neither do they arise as the necessary results of an individual’s location within particular groups and environments. Rather, interdependent individuals arrive at choices and decisions as interactive participants in a socially imbedded process that depends on networks of communication among and between individuals within particular settings (...). This view of the citizen’s role in democratic politics is anchored in some of the earliest and most influential empirical treatments of elections and campaigns [...]”. HUCKFELDT, Robert. Information, persuasion, and political communication networks. *In*: DALTON, Russel J.; KLINGEMANN, Hans-Dieter (Eds.). **The Oxford Handbook of Political Behavior**. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 100.

²⁶⁴ Cumpre reconhecer que os recentes avanços da neurociência colocam em dúvida a explicação econômica para o comportamento humano e a própria noção de racionalidade econômica. De acordo com Leonard Mlodinow “[...] se até há pouco tempo os psicólogos acadêmicos relutavam em aceitar o poder do inconsciente, o mesmo aconteceu nas ciências sociais. Os economistas, por exemplo, constroem suas teorias de livros-texto baseados na suposição de que as pessoas tomam decisões segundo seus próprios interesses, pesando os fatores relevantes de forma consciente. Se o novo inconsciente for tão poderoso quanto os psicólogos e os neurocientistas contemporâneos acreditam, os economistas vão ter de reavaliar essa hipótese”. MLODINOW, Leonard. *Op. cit.*, p. 30.

²⁶⁵ No mesmo sentido, refutando a existência do eleitor e mesmo do consumidor plenamente racional como teorias sem apoio na realidade, vale transcrever que “La creencia en la realidad de un votante autónomo racional es vital para una versión del mito democrático liberal que refuerza lo sobresaliente del proceso electoral. En una comprensión paralela, los modelos del mercado económico se apoyan en la existencia objetiva de un consumidor igualmente autónomo y racional. En ambas situaciones, el mito es más útil para apoyar la estructura del poder prevalente que para describir empíricamente un mundo real de votantes y consumidores”. QUALTER, Terence. **Publicidad y democracia en la sociedad de masas**. Barcelona: Paidós, 1994, p. 176. Nesta linha também são as ponderações de Bryan Caplan, para quem “[...] when a consumer has mistaken beliefs about what to buy, he foots the bill. When a voter has mistaken beliefs about governmental policy, the whole population picks up the tab. Dropping false analogies between shopping and voting restores our intellectual flexibility, making the conflict between theory and common sense less daunting. But how can the conflict be resolved? We do not have to turn our backs on economics. It is only necessary to broaden its understanding of human motivation and cognition”. CAPLAN, Bryan. *Op. cit.*, p. 14.

Esta também é a posição de Bruno Leoni, para quem “[...] *apesar de que possam existir semelhanças entre os votantes, por um lado, e os operadores do mercado ou agentes econômicos, de outro, as ações de ambos são profundamente diferentes*”. Isto, pois, os votantes não são capazes de “[...] *atuar da mesma maneira flexível, independente, coerente e eficiente com que atuam os agentes que no mercado fazem sua escolha individual [...]*”, já que “[...] *a votação é um tipo de ação individual que se encontra quase inevitavelmente submetida a uma espécie de distorção em seu desenvolvimento*”²⁶⁶.

Ainda que sejam diversos os fatores que influem na tomada de decisão – de compra de um bem ou serviço e de escolha de um candidato ou partido –, é certo que em ambos os casos se tem informações falseadas que buscam alterar aquela que teria sido a decisão tomada caso produzida sem tal interferência. Daí porque se tem por plausível a comparação, guardadas as devidas diferenças.

Ao se avançar na justificativa da similitude de hipóteses, é preciso verificar, apoiado nas ponderações de Nuria Pastor Muñoz, que ainda que se pudesse dizer que violência, intimidação e engano afetam a liberdade, “[...] *a doutrina diferenciou dois aspectos da liberdade, a saber, a liberdade externa, por um lado, e a liberdade interna, por outro*”. A primeira trata do “exercício da vontade”, enquanto a segunda reporta-se à “formação da vontade”. Assim, violência e coação ou intimidação, conquanto efetivamente tragam efeitos semelhantes ao final em relação ao engano, afetam o exercício da vontade. A pessoa que age sob coação ou ameaça não anui com o ato que pratica, mas contra sua íntima convicção, com o fim precípua de evitar o mal com que se lhe ameaça ou em decorrência da violência já praticada.

Por outro lado, o engano afeta a liberdade interna, cuidando de um “[...] *comportamento manipulativo que incide sobre o processo de formação da vontade [...]*”, o que leva o sujeito a “[...] *tomar uma decisão distinta da que teria tomado caso dispusesse*

²⁶⁶ LEONI, Bruno. **La libertad y la ley**. 3ª ed. Madrid: Unión Editorial, 2010, p. 258. Tradução livre. Segue o autor afirmando que “[...] la votación parece no ser tanto una reproducción del funcionamiento del mercado como la imagen de una batalla. Bien considerado, no existe en la votación nada ‘racional’ que pueda equipararse con la racionalidad del mercado. La votación puede, desde luego, estar precedida por debates y negociaciones, que pueden ser racionales en el mismo sentido que cualquier operación del mercado. Pero cuando llega el momento de votar, ya no se discute o negocia más. Nos hallamos en un esfera distinta. Se acumulan papeletas de voto como podrían acumular piedras o conchas; la consecuencia es que no se gana porque se posea más razones que otros, sino simplemente porque se dispone de un mayor número de papeletas. (...) Es sorprendente que una consideración tan simple – y yo diría tan evidente – de la naturaleza de las decisiones en grupo (y de la votación, en particular, que es el mecanismo habitual empleado para efectuarlas) pase inadvertida tanto a los expertos como al hombre de la calle” (pp. 258-259).

de toda a informação veraz necessária”²⁶⁷. Vê-se, então, reafirmada a semelhança aqui apontada.

Mais do que apenas justificar a comparação, o caminho sugerido na diferença entre liberdade externa e interna aponta para a solução que se quer neste segundo passo do teste proposto, relativo à fragmentaridade. Restará ele superado se ficar demonstrado que a lesão ou ameaça de lesão ao aspecto interno da liberdade tem gravidade o suficiente para merecer tutela penal. Veja-se que não se fala aqui se a conduta em si tem potencial de lesar tal âmbito de liberdade, o que estaria afeto ao tema da lesividade, mas se em tese a proteção a esta faceta da liberdade mostra-se essencial para o desenvolvimento pleno de seu exercício.

Vale reiterar que há críticas à comparação aqui proposta. Para Manuel Portero Henares, não seria admissível a aproximação conceitual entre publicidade comercial e propaganda política, na medida em que a ausência de um mercado afastaria a necessidade de respeito aos princípios publicitários da veracidade, autenticidade, identificação e lealdade, típicos do âmbito comercial²⁶⁸. Nos termos da legislação positiva espanhola, acerca da qual foram traçadas as ponderações do autor, parece-lhe caber razão. Inexiste naquele ordenamento tipo penal que controle a veracidade da propaganda eleitoral. Não é o caso do Brasil, pelo que parece sustentável o paralelismo aqui traçado.

A legislação espanhola sobre delitos publicitários parece servir de bom exemplo para a comparação que aqui se quer tratar. Isto porque a ausência de critérios objetivos no tipo penal acerca do objeto da falsidade²⁶⁹ fez com que a doutrina daquele país se

²⁶⁷ PASTOR MUÑOZ, Nuria. *Op. cit.*, p. 180.

²⁶⁸ “No entra dentro del ámbito de la Ley General de Publicidad la propaganda electoral por encontrarse regulada por una Ley especial, y por tratarse el mensaje político de un supuesto ejercicio del *ius communicationis* de naturaleza propagandística y no publicitaria. (...) la finalidad del mensaje político nada tiene que ver con la comercial, dato ya reiterado, ineludible en el concepto de publicidad. No es una distinción baladí, como considera SANTAELLA, la que debe hacerse entre los conceptos de publicidad y de propaganda, y se basa en la imposibilidad e innecesaridad de la aplicación de los principios de la materia estrictamente publicitaria, los de veracidad, autenticidad, identificación o lealtad, predicados por la legislación publicitaria. Dichos principios en ningún caso concurren en el hecho propagandístico en sentido estricto, pues éste no interacciona ni directa ni indirectamente en el mercado. Sin ahondar demasiado en la distinción creemos que esta visión resulta consecuente con los postulados de este trabajo. Al concepto de ‘propaganda’, o de ‘publicidad política’, no sólo pertenecen las actividades de difusión comunicativa de los partidos políticos, la más habitual, sino toda aquella actividad comunicativa que desde cualquier foco de ejercicio de potestades públicas se lleve a cabo con la intención de promover o modificar comportamientos o actitudes sociales respecto de algún acontecimiento, hecho o idea”. PORTERO HENARES, Manuel. *Op. cit.*, pp. 307-308.

²⁶⁹ Prevê o Código Penal Espanhol em seu artigo 282 que “[...] serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses los fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad

debruçasse para traçar limites com vistas ao atendimento do princípio da fragmentaridade. Consoante se verifica no tipo penal do artigo 282 do Código Penal espanhol, exige-se que tenham sido feitas “[...] alegações falsas ou que manifestem características incertas [...]” sobre os produtos ou serviços, “[...] que possam causar um prejuízo grave e manifesto aos consumidores”²⁷⁰.

Emilio Moreno y Bravo, tratando do assunto, atesta que se deve “[...] reservar a intervenção do Direito Penal para os casos mais graves de campanhas publicitárias fraudulentas, pois se faz necessário que os consumidores, ao menos, conheçam as características essenciais dos bens e serviços que escolhem”²⁷¹. Essa preocupação em dotar o consumidor do conhecimento mínimo necessário à sua tomada de decisão é replicada por Ignacio Muñagorri Laguía, para quem “[...] a exigência da veracidade publicitária [se presta a] proteger os interesses dos consumidores e em particular a formação livre, com base em dados certos sobre o produto ou serviço, de sua decisão”²⁷². Para Luz Maria Puente Aba, analisando a questão com vistas à legislação alemã, igualmente “[...] com a difusão da publicidade enganosa se coloca em perigo, por um lado, a liberdade de disposição do consumidor, porque este se vê influenciado pela exaltação de vantagens inexistentes de um produto ou serviço”²⁷³.

de productos o servicios, hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los mismos, de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores, sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos”. A escolha pela analogia com a incriminação da publicidade comercial enganosa na Espanha deveu-se, também, pelo acesso privilegiado ao tema na Universidade Pompeu Fabra, em Barcelona, onde foram desenvolvidas duas temporadas de pesquisa da dissertação.

²⁷⁰ Relevante trabalho sobre o tema é a tese de doutorado de Amparo Martínez Guerra, na qual traça uma comparação entre os modelos de controle da publicidade comercial enganosa na Espanha, na União Europeia e nos Estados Unidos: MARTÍNEZ GUERRA, Amparo. **Publicidad y derecho penal**: estudio comparado del modelo americano y europeo. Valência: Tirant lo Blanch, 2007, pp. 59-181.

²⁷¹ MORENO Y BRAVO, Emilio. *Op. cit.*, p. 17. Tradução livre.

²⁷² MUÑAGORRI LAGUÍA, Ignacio. **La protección penal de los consumidores frente a la publicidad engañosa**: artículo 282 del código penal. Granada: Editorial Comares, 1998, p. 34. Tradução livre. Mais adiante, o autor reafirma sua compreensão, dizendo que “[...] atendiendo a la regulación típica, el objeto de protección se centrará en la libertad de disposición de los consumidores en la contratación de los productos o servicios ofertados o publicitados, considerando insuficiente, por excesivamente abstracta e imprecisa y en todo caso meramente instrumental, central el objeto de tutela en la veracidad publicitaria que en su caso podrá ser amparada en el ámbito administrativo” (pp. 72-73). Faz sentido este reforço de controle na publicidade comercial, na medida em que há uma assimetria de conhecimento entre consumidores e produtores ou comerciantes. Não é crível esperar que o consumidor saiba os detalhes precisos dos testes realizados em um medicamento que adquire, por exemplo. Coisa diversa ocorre em relação à disputa política que, apesar de por vezes resvalar em debates técnicos, em regra lida com temas passíveis de tratamento pelo leigo.

²⁷³ Para esta autora, vale ressaltar, o tipo seria pluriofensivo, na medida em que também prejudicaria o patrimônio dos demais concorrentes, já que suas respectivas posições no mercado se veriam alteradas em razão das vantagens deslealmente obtidas pelo agente econômico que se valeu da publicidade enganosa:

Por trilha semelhante caminha Maria del Mar Carrasco Andrino, para quem a pluriofensividade do delito de publicidade comercial enganosa, interpondo um bem jurídico intermediário, poderia se manifestar na violação ao “[...] *dereito ou interesse dos consumidores em geral em receber uma informação veraz na atividade publicitária como meio para garantir a liberdade de disposição econômica*”²⁷⁴. A autora conclui mais adiante que o bem jurídico tutelado é exclusivamente a liberdade de disposição, dada a formulação do tipo, que exige a potencialidade do engano em ocasionar “[...] *prejuízo grave e manifesto aos consumidores*”. Antonio del Moral García, por sua vez, membro do Ministério Público atuante junto ao Tribunal Supremo na Espanha, apesar de construir sua ideia em outras bases, chega às mesmas conclusões aqui expostas, relatando que “[...] *o bem jurídico protegido radica no direito dos consumidores a receber uma informação veraz do mercado [...]*”, pois “[...] *só assim se garante a autêntica liberdade de eleição entre os produtos e serviços por parte do consumidor*”²⁷⁵.

Ponderações de mesma ordem são trazidas por Borja Mapelli Caffarena, para quem a proteção à verdade somente se justifica na medida em que o objeto tutelado é a liberdade de escolha do consumidor²⁷⁶. O autor, nada obstante, vislumbra a incapacidade do princípio da fragmentaridade do Direito Penal como apto a estabelecer limites apriorísticos para este tipo de delito. Em sua leitura, esforço deste tipo resultaria infrutífero, ante “[...] *a fluidez, imaginação e versatilidade do discurso publicitário [...]*”, razão pela qual somente restariam dois caminhos ao Direito Penal: “[...] *fechar-se em construções formalistas de respeito aos princípios da certeza jurídica e taxatividade com escassas possibilidade de evitar a fraude [...]*” ou “[...] *abrir-se a interpretações extensivas dos conceitos para responder adequadamente [...]*”²⁷⁷ às necessidades derivadas deste tipo de delito.

PUENTE ABA, Luz Maria. **Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario**. Valência: Tirant lo Blanch, 2002, p. 207.

²⁷⁴ CARRASCO ANDRINO, Maria del Mar. **La publicidad engañosa y el Derecho Penal (una aproximación al tipo del artículo 282 del C.P.)**. Valência: Ediciones Revista General de Derecho, 2000, pp. 81-82. Tradução livre.

²⁷⁵ DEL MORAL GARCÍA, Antonio. La protección del consumidor frente a la actividad publicitaria: perspectiva penal. In: **Protección penal de consumidores y usuarios: manuales de formación continuada 15**. Madri: Consejo General del Poder Judicial, 2002, p. 111. Tradução livre.

²⁷⁶ “Ciertamente que tras la punición de la publicidad fraudulenta hay un menoscabo a la verdad, pero esto ya no interese en si mismo, sino en la medida que puede determinar un error y un acto de disposición económica perjudicial para los consumidores”. MAPELLI CAFFARENA, Borja. **El delito de publicidad fraudulenta**. Valência: Tirant lo Blanch, 1999, p. 39.

²⁷⁷ MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Op. cit.*, p. 64.

A crítica, conquanto pertinente, na divisão aqui adotada diz respeito mais à lesividade do que propriamente à fragmentaridade. Apreciar se em concreto determinadas condutas têm o potencial de colocar em risco ou lesionar o bem jurídico não atine propriamente à importância que determinado aspecto do bem jurídico demonstra a merecer proteção penal.

Dos argumentos aqui expostos, percebe-se que a preocupação que leva à criminalização, mais do que simplesmente se referir a uma proteção da liberdade em si mesma, vislumbra esta mesma liberdade como instrumento para um fim: adquirir ou não este ou aquele bem e votar ou não neste ou naquele candidato, já antecipando a conclusão em vista da comparação proposta. Esta proteção instrumental da liberdade tem a vantagem de percebê-la como requisito essencial para que o detentor de um direito tenha, efetivamente, a potencialidade de se aproveitar dele.

Em outras palavras, de pouco adiantaria afirmar que o patrimônio é um direito se a disposição do mesmo permanesse sujeita a uma decisão que não fosse do próprio proprietário, mas sim de quem o sujeitou ao engano, pessoa esta que teria utilizado a vontade do proprietário como mero veículo para fazer valer a sua. Efetivamente, seria de se concluir que o direito em questão – patrimônio – estaria extremamente vulnerável, não se podendo sustentar que sua proteção atendesse ao mínimo aceitável.

Mesma conclusão chega-se com relação à liberdade de formação do voto pelo eleitor. Esta liberdade igualmente mostra-se instrumental para que possa ser exercido, em sua plenitude, o próprio direito de voto. Uma proteção parcial deste direito, que trouxesse para a tutela penal as ameaças à liberdade externa – como manifestações da vontade do eleitor, como no caso da compra de votos e da coação eleitoral –, deixaria ao relento aspecto essencial, que é a liberdade interna, sem a qual não se pode falar nem mesmo que o direito de voto está garantido²⁷⁸. Esta é a posição de Franz Cucumus, citado por Jesús-María Silva-Sánchez, quando diz que “[...] *somente existe um direito à verdade na medida em que o mesmo é condição de integridade dos direitos à vida, à honra, à liberdade, ao*

²⁷⁸ Cabe aqui a transcrição de curioso e irônico artigo do economista inglês Ronald Coase, questionando a razão de nos Estados Unidos de meados de 1974 ser aceitável pela maioria da população o controle e a regulação dos mercados, mas não o da livre circulação de ideias. Sem aderir às suas conclusões, sustenta ele que ambos lidam com bens de primeira necessidade para o ser humano, dando preponderância, como era de se esperar, aos de ordem econômica, ao afirmar que “[...] for most people in most countries (and perhaps in all countries), the provision of food, clothing, and shelter is a good deal more important than the provision of the ‘right ideas’, even if it is assumed that we know what they are [...]”. COASE, Ronald. “The Market for Goods and the Market for Ideas”, *American Economic Review*, 64 (2), maio, 1974, pp. 386 (384-391).

estado pessoal ou às coisas [...]”, em virtude do que “[...] a lesão a estes direitos por meio da inverdade deve, portanto, ser abarcada pela legislação penal de modo tão necessário como a lesão aos mesmos direitos, produzida mediante a aplicação de uma força corporal”. Daqui se antevê a pergunta que informará o próximo subitem, já que segue o autor dizendo que “[...] questão distinta é se a legislação penal pode caracterizar como delito a lesão do direito à verdade por si mesma, prescindindo das consequências desta lesão com relação àqueles direitos”²⁷⁹.

Novamente, convém ressaltar as divisões dogmáticas aqui adotadas. A conclusão acima apresentada não acarreta asseverar que a informação falsa tem, efetivamente, possibilidade de influir na vontade do eleitor. Apenas se reconheceu, com atenção ao princípio da fragmentaridade, que o bem jurídico liberdade do eleitor na formação do seu voto deve ser protegido contra ameaças que se postem na fase de tomada da decisão, superado, portanto, o segundo passo do teste metodológico proposto.

3.6 LESIVIDADE COMO CRITÉRIO DE VERIFICAÇÃO DA NECESSIDADE DE CRIMINALIZAÇÃO

Nos subitens 3.4 e 3.5, assentou-se a premissa de que o bem jurídico principal tutelado pelo crime do artigo 323 do Código Eleitoral é a proteção à liberdade individual do eleitor na formação de sua vontade política. Este bem jurídico individual recebe uma sobreproteção de um bem jurídico intermediário supraindividual, que é a garantia de uma campanha eleitoral o mais veraz possível, exclusivamente nos limites necessários à tutela do bem individual referido. Constatou-se, ainda, que há relevância e fundamento constitucional no bem jurídico individual.

Em passo seguinte, compreendeu-se que proteger este bem contra ameaças veiculadas mediante a compra de votos e a coação eleitoral, afetações relacionadas ao aspecto externo da liberdade, mas deixá-lo desguarnecido contra ataques voltados à liberdade interna – o momento de formação da decisão do cidadão – seria privá-lo de seu

²⁷⁹ SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María. Las inveracidades de los particulares ante el Derecho penal. *In*: SALVADOR CODERCH, Pablo; SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María. Simulación y deberes de veracidad, Derecho civil y derecho penal: dos estudios de dogmática jurídica. Madri: Civitas, 1999, pp. 77; 82-83. Nota 11. Tradução livre.

conteúdo e de sua funcionalidade. Foi cumprido, assim, o requisito da fragmentaridade, com a conclusão de ser legítima a tutela penal deste fragmento da realidade apreendido sob a denominação “liberdade de formação da vontade política do eleitor”.

Chega-se assim à terceira etapa de análise, na qual a proteção abstratamente apreciada nos itens anteriores há de ser confrontada com a concretude das possibilidades de lesão. Com isso, se quer dizer que não é suficiente constatar que um bem jurídico deve ser protegido para que mantenha sua funcionalidade. É necessário perquirir se as condutas tipificadas têm, ao menos em tese, a potencialidade de causar lesão significativa a este bem jurídico. Ao se tomar as palavras de Manuel Portero Henares ao escrever sobre a publicidade comercial enganosa, “[...] a questão não só adquire uma primordial relevância no plano dogmático, mas terá uma decisiva repercussão na reflexão político-criminal sobre a própria aceitação da existência do delito”²⁸⁰.

Em geral, os tipos penais são desenhados pelo legislador de modo a que esta análise de lesividade seja transferida para o momento de aplicação do Direito, ou seja, pelos tribunais. É o caso, por exemplo, da lesão corporal. O artigo 129 do Código Penal tipifica a conduta de “[...] ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem”. Caso alguém perceba como ofensa um mero esbarrão, do qual não tenha decorrido, por exemplo, quicá um hematoma ou marca aferível, inegavelmente haveria que se falar em atipicidade²⁸¹.

A esta conclusão se chegaria, na medida em que nem mesmo em tese é possível cogitar que tal conduta possa preencher o conteúdo semântico do tipo, configurando-se em uma “ofensa à integridade corporal”. Pela técnica legislativa, diversas são as condutas que têm o condão de atingir o bem jurídico protegido, lesando-o. Esta é a razão pela qual a tarefa de verificação desta lesividade recai sobre o Poder Judiciário, dado que o legislador deu tal abrangência ao tipo penal.

Coisa diversa verifica-se no tipo do artigo 323 do Código Eleitoral. Aqui não se fala de um modo amplo de ofensa ao bem jurídico. O que se tem é uma conduta descrita – divulgar na propaganda fatos sabidamente inverídicos – atrelada a uma consequência – a capacidade de exercerem influência perante o eleitorado. O objeto material da proteção está atrelado a uma única conduta tipificada. Daí porque é possível e necessário, à luz da

²⁸⁰ PORTERO HENARES, Manuel. *Op. cit.*, p. 255.

²⁸¹ Vale neste ponto a referência já feita ao artigo 21 da Lei das Contravenções Penais.

ideia de intervenção mínima, apreciar se é possível, em tese, que a divulgação de um fato inverídico na propaganda exerça influência perante o eleitorado.

Eventual conclusão em sentido contrário – admitindo-se a impossibilidade fática de ser alterada a vontade do eleitor pela veiculação de fatos falsos – levaria, fatalmente, ao reconhecimento da ilegitimidade da proibição penal. Uma coisa é reconhecer, como feito no item anterior, ser justificada a tutela penal sobre a liberdade interna do eleitor e outra é proibir uma ação – divulgar fatos falsos –, se esta não consegue tutelar o bem tutelado. Para avançar na tarefa a que aqui se propõe, três linhas de raciocínio devem ser desenvolvidas.

A primeira refere-se à apuração da modalidade de perigo previsto no tipo penal em análise. É certo, de antemão, que não se está diante de um tipo penal de lesão. Indiscutível não ser necessário que uma vítima concreta efetivamente venha a ser influenciada pela veiculação dos fatos falsos. Ignacio Muñagorri Laguía, tratando do delito de publicidade comercial enganosa, aponta situação semelhante ao constatar que “[...] o tipo não exige que o erro capaz de gerar a falsidade publicitária culmine em um prejuízo econômico ao consumidor [...]”, dado que “[...] se opta por uma estrutura típica de perigo que exige, em cada caso, a comprovação [...]” de que os conteúdos falsos foram “[...] suficientes para impedir um conhecimento certo do quanto publicitado por parte dos consumidores”²⁸².

Como apontado em item anterior, o legislador opta por antecipar a tutela penal pela formulação de um tipo de perigo, de modo a afastar a agressão em relação ao bem jurídico tutelado. Este afastamento, descrito por meio de uma conduta, pode gerar uma presunção absoluta ou relativa de colocação em risco do bem jurídico.

Se absoluta, cuida-se de um tipo de perigo abstrato, no qual a perigosidade da conduta está prevista na própria motivação do legislador em formular o tipo penal. Em outras palavras, o temor dos efeitos de uma dada conduta é o móvel do legislador, que assume ser ela sempre e inelutavelmente perigosa para o bem jurídico que se quer proteger²⁸³. É o caso, por exemplo, do crime previsto no artigo 306 do Código de Trânsito

²⁸² MUÑAGORRI LAGUÍA, Ignacio. *Op. cit.*, pp. 36-37.

²⁸³ “[...] en los delitos de peligro abstracto, a diferencia de lo que ocurre en los de peligro concreto, la peligrosidad se predica respecto de la propia conducta típica que quebranta las condiciones de seguridad imprescindibles para el disfrute del bien jurídico de modo que el peligro típico está presente desde el inicio de la ejecución de la conducta típica”. CARRASCO ANDRINO, Maria del Mar. *Op. cit.*, p. 119.

Brasileiro²⁸⁴. O bem jurídico tutelado no caso concreto é a segurança do trânsito, com vistas à tutela da saúde, da integridade física e da vida das pessoas que circulam no espaço viário.

O legislador, por opção, adota entendimento segundo o qual sempre que alguém “conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada” em decorrência da ingestão de certas substâncias, estará colocando em risco aquele bem jurídico. Pouco importa que, no caso concreto, possa o autor comprovar que naquele momento, por exemplo, não havia nas redondezas sequer uma pessoa ou bem que efetivamente tenha sido colocado em risco²⁸⁵. Tem-se, assim, situação na qual a antijuridicidade da conduta se esgota no desvalor da própria ação, sendo irrelevante o resultado alcançado.

Caso se trate, ao revés, de presunção relativa, é o próprio tipo penal que descreve a hipótese de criação do risco, apontando para a necessidade de sua verificação. São os denominados tipos de perigo concreto. Neste modo de tipificação, o legislador admite que algumas condutas possam vir a incrementar o risco ao ponto de torná-lo inaceitável, enquanto outras não. Neste diapasão, transfere à fase subsequente, de aplicação do Direito, esta verificação²⁸⁶. São os denominados crimes de resultado de perigo.

É o que ocorre, por exemplo, no caso do delito contido no artigo 231, II, “c”, do Código de Trânsito Brasileiro²⁸⁷. Como se pode notar, pretendeu o legislador vedar, sob a ameaça de pena, só o derramamento, lançamento ou arrastamento nas vias públicas de

²⁸⁴ Lei nº 9.503/97: Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência.

²⁸⁵ Acerca do tema, vale a menção a Nicolás García Rivas: “[...] los delitos de peligro abstracto presentan una caracterización puramente negativa: el legislador no expresa la lesión, tampoco obliga al juez a realizar el juicio de peligro; por eso hablamos de un peligro abstracto: es el motivo o la ‘ratio’ legislativa, que el juez no está llamado a ponderar, sólo le cumple su constatación formal, esto es, la correspondencia entre la acción realizada y el supuesto hecho típico”. GARCÍA RIVAS, Nicolás. **Delito ecológico, estructura y aplicación judicial**. Barcelona: Editorial Praxis, 1998, p. 43.

²⁸⁶ Emilio Moreno y Bravo explica que “[...] en este tipo de delitos, según TORÍO, será necesario realizar dos tipos de juicios: un ex ante para analizar la peligrosidad de la acción (desvalor de acción) y otro ex post referido a la posibilidad de resultado peligroso (desvalor potencial de resultado). Será necesario que concurra la aptitud de la acción para lesionar hipotéticamente el bien jurídico dándose la presencia de un desvalor, al menos potencial, de resultado. (...) El juzgador estará facultado para admitir prueba en contrario contra el carácter peligroso de la acción y no aplicar el tipo penal cuando pueda comprobar que el hecho no ha constituido un peligro imaginable contra el bien jurídico”. MORENO Y BRAVO, Emilio. *Op. cit.*, p. 33. O mesmo autor, em outro momento, reafirma o quanto dito: “MARTÍNEZ-BUJAN (Derecho Penal Económico, Parte General, p. 110) considera que lo característico de los delitos de peligro hipotético es la incorporación al tipo delictivo de elementos normativos de ‘aptitud’. Se requerirá la comprobación por el juez sobre la potencialidad lesiva de la acción desarrollada por el sujeto activo del delito siendo dichos elementos normativos de ‘aptitud’ elementos de valoración adecuados para comprobar dicha potencialidad”. (p. 51).

²⁸⁷ Lei nº 9.503/97: Art. 231. Transitar com o veículo: II - derramando, lançando ou arrastando sobre a via: c) qualquer objeto que possa acarretar risco de acidente.

objetos e substâncias que possam acarretar risco de acidente. Não são todas as substâncias ou objetos, lançados da janela de um veículo em movimento, que logram superar este requisito. Trata-se, assim, de uma presunção relativa de risco ao bem jurídico, cabendo a análise, em cada caso, com plena admissão de prova em um sentido ou em outro. Fala-se, portanto, em um injusto que, além do desvalor da ação, clama pela apreciação de um desvalor do resultado, consistente na proximidade da lesão ao bem jurídico tutelado em função de um juízo de probabilidade²⁸⁸.

Para os fins da análise sugerida neste item, será necessário, inicialmente, aferir qual o tipo de perigo previsto no tipo penal do artigo 323 do Código Eleitoral. Caso se conclua pela sua caracterização como de perigo abstrato, superada, ao menos nos limites da investigação aqui proposta, restará a questão da lesividade, já que o tipo penal terá referência exclusivamente no bem jurídico supraindividual e, com a presunção absoluta de risco, nada haverá que se falar sobre proximidade de lesão²⁸⁹.

Se a conclusão for outra, compreendendo tratar de tipo de perigo concreto, será necessário passar a uma segunda etapa de investigação, averiguando, com base em conhecimentos empíricos, científicos, como se dá o processo de tomada de decisão pelo

²⁸⁸ “La caracterización de la cualidad de un tipo como de lesión o de peligro tiene como principales indicadores la distancia que la acción y sus consecuencias guarden con respecto al bien jurídico y a naturaleza del propio bien jurídico. En base al primero se construye la clásica distinción entre delitos de peligro abstracto y delitos de peligro concreto. En los primeros la antijuridicidad del hecho se agota en el desvalor de la acción, integrado por la peligrosidad de la conducta, en una esfera distante de la lesión efectiva del bien jurídico protegido. Y en los segundos el injusto contiene, además del desvalor de la acción, el del resultado consistente en la proximidad de la lesión del bien jurídico basada en el juicio de probabilidad”. PORTERO HENARES, Manuel. *Op. cit.*, pp. 255-256.

²⁸⁹ Esta duplicidade de tutelas de bens jurídicos individuais e supraindividuais permite, ao menos sob um plano dogmático, solucionar o problema de falta de lesividade do tipo de perigo abstrato. Isto ocorre, pois, ainda que se tenha por demasiadamente distante a conduta e a lesão ao bem jurídico individual, o mero perigo ao bem jurídico individual consubstanciará lesão ao bem jurídico supraindividual. Sem aderir inteiramente à postulação, vale, sobre o tema, destacar a posição de Manuel Portero Henares: “[...] la cualidad de la abstracción del peligro, es decir de la gran distancia existente entre la conducta y la lesión, está referida a la protección de bienes jurídicos de naturaleza individual. La (mera) conducta resulta peligrosa en función del juicio de probabilidad que el legislador le atribuye previamente a la decisión de la redacción del tipo respecto a un bien jurídico individual. Sin embargo, si alteramos la óptica desde la descripción de la conducta típica hacia el bien jurídico protegido, si tomamos en consideración los bienes jurídicos supraindividuales objeto de protección en los delitos que en principio sean de mera conducta peligrosa, la conducta típica que resulta peligrosa en abstracto para el bien jurídico individual resulta lesiva para el bien jurídico supraindividual, añadiendo al desvalor de acción basado en la peligrosidad de la conducta un desvalor de resultado de lesión del bien jurídico supraindividual”. PORTERO HENARES, Manuel. *Op. cit.*, p. 259. No mesmo sentido, é a posição de Ricardo Mata y Martín, para quem “[...] el comienzo de la intervención penal se retrasa al momento en el que el bien colectivo ha resultado menoscabado, pues la conducta necesita estar lo suficientemente avanzada como para representar un peligro para los bienes personales”. MATA Y MARTÍN, Ricardo M. *Op. Cit.*, p. 61.

eleitor e qual a possível influência que a divulgação de fatos falsos pode ter sobre ele, à luz do efeito que todo tipo de propaganda política tem sobre este mesmo ato volitivo.

Esta tarefa, na leitura de Mirentxu Corcoy Bidasolo, não seria viável, já que

“[...] determinar o grau de probabilidade em abstrato é impossível por múltiplas razões, a fundamental é o fato de que o perigo não tem existência independentemente de uma conduta situada em um momento concreto e surge da concorrência de diversos fatores”²⁹⁰.

Sem discordar das ponderações da autora, a missão aqui apontada não pretende antever casos concretos futuros com o conhecimento que se tem anteriormente, o que, efetivamente, se mostraria pouco mais que uma mera opinião. A ideia é analisar o conhecimento científico disponível, especialmente aquele elaborado e desenvolvido pelas ciências políticas nas últimas décadas, de modo a aferir se já é possível estimar com precisão a influência que a propaganda política tem sobre a tomada de decisão das pessoas. Vale salientar, na linha do postulado por Silva Sanchez, que a “[...] *concreção das noções de ‘bem jurídico-penal’ e de ‘fragmentaridade’ na proteção penal do mesmo é (...) polêmica [...]*”, com “o selo da provisoriedade”, razão pela qual “[...] *a discussão sobre os processos de criminalização e descriminalização sejam permanentes*”²⁹¹. Quer-se com isso dizer que o risco que eventualmente se tem por insuportável diante de um determinado grau de conhecimento científico – sobre a formação da vontade do eleitor, no que importa ao presente trabalho – pode ser alterado com o avanço da ciência e das técnicas desenvolvidas ao longo do tempo, o que clama uma correspondente resposta no âmbito da formulação legislativa.

Importa neste ponto reforçar os limites do quanto planteado. Não se está pugnando pela resolução de um problema de imputação e entendendo ser possível estimar com precisão matemática, seja *ex ante* ou *ex post*, qual foi a probabilidade de que determinado eleitor – ou pior, o eleitorado – tenha tido sua decisão alterada por uma determinada propaganda política com conteúdo fático falso. Tal sugestão, ao pretensamente objetivar o debate, em verdade o subjetivaria, já que “[...] *somente poderia se remeter à experiência*

²⁹⁰ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Op. cit.*, p. 45.

²⁹¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Op. cit.*, p. 461. Tradução livre.

*de vida do juiz e, portanto, não pode indicar nenhum critério objetivo [...]”*²⁹², como sugere Roxin. O perigo é sempre normativo; o que se sugere aqui é que, em determinado limite, pode se chegar à conclusão que ele não passa de especulação, de mera aflição da sociedade que, à guisa de um mínimo de embasamento científico que confirme a sua razão de ser, não é merecedora de tutela penal.

Em outras palavras, levando ao exemplo extremo para melhor compreensão, caso se conclua que toda propaganda eleitoral é absolutamente irrelevante na formação do voto do eleitor, seguramente seria de se admitir que esta irrelevância não guarda relação com a veracidade ou falsidade das informações contidas no ato propagandístico, com o que o perigo de lesão jamais se consumaria com a prática da conduta típica.

Por fim, ainda pressupondo ter se concluído cuidar de tipo de perigo concreto, cabe apreciar se o autor teria, mesmo que em tese, a possibilidade de prever os efeitos de sua conduta quanto à criação do risco. Eventualmente, e esta é a hipótese aqui assumida, pode-se concluir que o emissor de um ato de propaganda eleitoral que veicule fatos falsos não tem controle sobre os resultados efetivos na formação da vontade eleitoral dos cidadãos expostos a referido ato. Tal aferição, conquanto não possa afastar de *per se* a legitimidade da criminalização, ao menos pode suscitar dúvidas quanto à sua oportunidade.

3.6.1 O Artigo 323 do Código Eleitoral como Crime de Perigo Concreto

Apreciar o tipo de perigo de que cuida o tipo do artigo 323 do Código Eleitoral impõe, inicialmente, interpretar o texto elaborado pelo legislador, dado que diferentes hipóteses de perigo são previstas por técnicas diversas de tipificação²⁹³; indo ao texto, tem-

²⁹² ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte geral. Tomo I. *Op. cit.*, p. 405. Tradução livre.

²⁹³ Assim leciona, por exemplo, Blanca Mendoza Buergo ao definir que “[...] la diferenciación suele realizarse definiendo los delitos de peligro concreto y, frente a ello, haciendo una caracterización puramente negativa o residual de los de peligro abstracto, como aquellos que no exigen en su formulación típica – a diferencia de lo que ocurre en aquellos – una concreta puesta en peligro del objeto de bien jurídico protegido. Según tal caracterización, resulta habitual la consideración de que la diferencia se concreta, a través de la elección de una técnica de tipificación diversa, en la respectiva configuración del injusto, ya que en ambos se requiere un desvalor de acción – que exige la valoración de la conducta con arreglo a un juicio *ex ante* –, mientras que sólo los delitos de peligro concreto exigirían, además, un verdadero desvalor de resultado consistente, precisamente, en esa concreta puesta en peligro”. MENDOZA BUERGO, Blanca. **Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto**. Granada: Editorial Comares, 2001, p. 18.

se como ação típica: “[...] divulgar, na propaganda, fatos que sabe inverídicos, em relação a partidos ou candidatos e capazes de exercerem influência perante o eleitorado”.

Com Cobo del Rosal e Vives Antón, refuta-se aqui uma doutrina subjetiva da interpretação, que pretenda se aproximar da vontade do legislador. Conforme estes autores corretamente apontam, o abandono deste método deve-se, inicialmente, à natural dificuldade em apurar esta vontade, “[...] pois normalmente os órgãos legislativos são colegiados e as leis que promulgam não refletem uma concreta vontade empírica [...]”; ademais, os resultados obtidos costumam ser inadequados, dado que “[...] o texto da Lei se refere a um ‘contexto’ que não permanece inalterado, dado que se altera constantemente: essas mudanças de contexto alteram o sentido do texto”²⁹⁴. Por essas razões é que se considera adequado adotar a doutrina objetiva de interpretação.

Uma primeira aproximação, de ordem gramatical, já permite intuir que o legislador optou pela formulação de um tipo de perigo concreto. Como se nota, uma série de elementos do tipo delimitam a conduta punível. O núcleo típico é o verbo divulgar, em torno do qual se qualifica a conduta, exigindo que a divulgação seja relativa a fatos, não a opiniões, por exemplo; esta divulgação deve ocorrer no âmbito da propaganda política. Os fatos devem ser inverídicos e esta condição há de ser conhecida pelo autor. Nem todos os fatos sabidamente inverídicos podem configurar o tipo penal. Necessário, primeiramente, que sejam atinentes a partidos ou candidatos e, por fim, elemento caracterizador do perigo, devem ser capazes de exercer influência perante o eleitorado.

Por ora, deixando de lado os demais elementos do tipo, a escolha legislativa valeu-se da conjunção aditiva “e” como ligação com a locução “capazes de exercerem influência perante o eleitorado”. A capacidade de exercer influência, qualificadora da locução substantiva “fatos sabidamente inverídicos”, assume o papel de adjetivo ou, mais precisamente, de oração subordinada adjetiva. Nesta condição, duas são as hipóteses possíveis: ou bem se exerce função explicativa – qualificando todos os fatos sabidamente inverídicos e explanando uma condição que lhes é inerente –, ou restritiva, cercando dentre todos os possíveis fatos apenas aqueles que atendem à condição imposta pela locução

²⁹⁴ COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. **Derecho penal**: parte general. 5ª ed. Valência: Tirant lo Blanch, 1999, pp. 115-116. Tradução livre.

adjetiva²⁹⁵. No caso concreto, a própria técnica de redação adotada, valendo-se da partícula aditiva “e”, aponta para a solução. Não se está explicando que todos os fatos sabidamente inverídicos detêm a potência de influir no eleitorado. O que se faz, ao contrário, respeitando a taxatividade, é restringir a conduta típica àqueles fatos que, além de sabidamente inverídicos, detenham a potencialidade de afetar a formação da vontade dos cidadãos.

Entretanto, apenas a interpretação gramatical não se mostra apta a dar a segurança necessária para concluir se tratar de tipo de perigo concreto. Relevante também se valer de uma interpretação teleológica, com vistas a assegurar que a solução se mostra adequada aos fins pretendidos pela norma. Para tanto, o melhor caminho a seguir é retomar o quanto já analisado em item anterior, no que toca ao bem jurídico. Afinal, se o Direito Penal volta-se à tutela de bens jurídicos, por certo que a interpretação a ser dada de uma norma penal qualquer será aquela que melhor se adequa a esta finalidade²⁹⁶. Como postula Teresa Rodriguez Montañes, “[...] *as proibições de colocar em perigo não são autônomas frente às proibições de lesão e os delitos de perigo não têm um conteúdo de injusto próprio [...]*”, já que “[...] *o perigo não é um estado a se evitar em si mesmo, mas apenas um meio de evitar a lesão ao bem jurídico protegido [...]*”, o que permite concluir que “[...] *o fim último da proibição de tais atuações é evitar a lesão ao bem jurídico protegido, único conceito legitimador possível de qualquer intervenção penal*”²⁹⁷.

Conforme defendido no subitem 3.4 e em seus subitens, não se reconheceu a legitimidade constitucional de um bem jurídico supraindividual a uma verdade absoluta na propaganda eleitoral. Por outro lado, apontou-se que a proteção dada pela norma do artigo 323 do Código Eleitoral volta-se à tutela da liberdade individual interna dos eleitores, na fase de formação da vontade eleitoral.

²⁹⁵ O Grande Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa define oração adjetiva como “[...] aquela que expressa qualidade de um ser e equivale a um adjetivo”. As orações adjetivas explicativas são aquelas que “[...] acrescentam uma qualidade acessória ao sintagma nominal ou pronome, seu antecedente [...]”, enquanto as orações adjetivas restritivas “[...] restringem ou precisam a significação de um sintagma nominal ou pronome, seu antecedente”. HOUAISS, Antônio. **Grande Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008, p. 2074.

²⁹⁶ De acordo com Cobo del Rosal e Vives Antón, “[...] la interpretación teleológica inspirada en la finalidad de la norma concreta es el criterio rector decisivo en la interpretación de los tipos penales. El proceso interpretativo ha de comenzar por la determinación del bien jurídico protegido en el precepto de que se trate y, en consecuencia, por la fijación del contenido de injusto de la infracción (SSTS de 27-V-1995 ó de 25-V-1996)”. COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. *Op. cit.*, p. 118.

²⁹⁷ RODRIGUEZ MONTAÑES, Teresa. **Delitos de peligro, dolo e imprudencia**. Madri: Centro de Estudios Judiciales Ministerio de Justicia, 1994, p. 7.

Ante esta constatação, é de se reconhecer que a preocupação do legislador não é propriamente evitar que a mentira seja veiculada na propaganda política, mas tão somente que esta venha a tisonar a legitimidade das eleições ao influir na deliberação do eleitor. Deste modo, reforça-se a ideia de que nem toda mentira há de atrair a incidência da norma proibitiva, mas somente aquela que, além de preencher os demais requisitos impostos pelos elementos normativos, seja dotada do poder de influenciar o eleitorado. Esta análise, que apenas se pode realizar sobre uma situação concreta e, portanto, *ex post*, é delegada ao julgador. Como indicado no item anterior, esta técnica legislativa aponta para um tipo de perigo concreto.

Por fim, como último passo de verificação da modalidade de perigo prevista na norma, é de se recordar o compromisso assumido nesta pesquisa, de ancorar suas premissas de modo a propor uma crítica dogmática à política criminal que seja realista e viável. Para tanto, utilizando uma interpretação sistemática, é de se concluir que em outros âmbitos a mentira ou a inverdade não é alvo da tutela penal em toda e qualquer circunstância.

Ao se reiterar a aproximação com a publicidade comercial, vale verificar como a questão é tratada em nosso Código de Defesa do Consumidor, a Lei nº 8.078/90. Seu artigo 37 veda a prática da publicidade enganosa, definindo-a como

“[...] qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços”.

A tutela penal que reforça o cumprimento desta norma de ordem administrativa é trazida nos artigos 66 a 68 da mesma lei.

O primeiro deles, previsto no artigo 66,²⁹⁸ reporta-se à falsidade considerada relevante, que diga respeito a aspectos que são apresentados em uma relação fechada (natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços). Aqui é possível vislumbrar, sem pretensão de aprofundar o tema, a adoção de um tipo penal de perigo abstrato. Aparentemente, o legislador entendeu que inverdades que digam respeito a estas características, consideradas essenciais de produtos ou serviços, são sempre potencialmente lesivas ao consumidor e, portanto, antecipou o mais que pôde a tutela de modo a afastar, tanto quanto possível, a conduta da lesão aos bens jurídicos tutelados²⁹⁹. Não há, na própria técnica legislativa utilizada, similitude ao tipo penal do artigo 323 do Código Eleitoral.

Semelhança há, contudo, nos tipos penais dos artigos 67 e 68 do Código de Defesa do Consumidor. O artigo 67 reporta-se à regra do artigo 37, tomando por crime “[...] *fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva*”. Não sendo de relevo neste momento o conceito de propaganda abusiva, é certo que, conforme visto acima, a noção de publicidade enganosa em nosso ordenamento traz a partícula “capaz de induzir em erro o consumidor”. A previsão de que a publicidade somente atrairá a incidência da norma penal se tiver tal capacidade de influência sobre seus destinatários é rigorosamente a mesma que aquela apontada no artigo 323 do Código Eleitoral.

Mesma ponderação vale quanto ao tipo penal do artigo 68, que, utilizando ainda outra forma de redação, traz a potencialidade lesiva no seu texto ao prever como delito “[...] *fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial a sua saúde ou segurança*”. Vê-se que a capacidade de influência sobre o comportamento do consumidor não se presume, assumindo a forma de um crime de perigo concreto. É verdade que há uma pequena

²⁹⁸ Artigo 66. Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços.

²⁹⁹ Conforme sustenta Kindhäuser, justifica-se a antecipação da tutela penal em tipos de perigo abstrato quando o mínimo de segurança necessária ao desenvolvimento de uma atividade não pode ser confiada a um dever individual de cuidado. Segundo o autor, “[...] no se necesita prohibir el manejo de cuchillos afilados, porque cualquier ciudadano promedio dispone del conocimiento necesario, con base en su propia experiencia de vida, como para evitar daños con la consciencia suficientes de su responsabilidad”. O mesmo não valeria em situações que exigem conhecimentos técnicos “[...] y esta conclusión es válida para todos los ámbitos de la vida, en los cuales pueden ocurrir daños y que solo pueden ser evitados por medio de conocimientos especiales [...]”, razão pela qual “[...] para la seguridad en ámbitos de la vida que estén expuestos a grandes peligros se deben prohibir acciones hasta tanto no se haya demostrado su carácter inofensivo”. KINDHÄUSER, Urs. *Op. cit.*, pp. 82-83. Tradução livre.

diferença em relação aos demais tipos penais analisados, já que aqui o que se exige do autor é o conhecimento referente a esta capacidade ou potencialidade, não propriamente quanto ao caráter perigoso do conteúdo de sua publicidade. Mas tal constatação não afasta a semelhança no ponto que interessa à análise aqui empreendida.

Como visto, no outro subsistema no qual nosso ordenamento tutelou a veracidade da propaganda, a preocupação do legislador recaiu mais sobre a influência em relação ao consumidor do que sobre a verdade ou falsidade das informações veiculadas. No único momento que optou por outra modalidade de tutela, no delito do artigo 66, o fez de forma explícita e apenas em relação àquelas características tidas por essenciais. Nos demais casos, restringiu a tutela penal apenas às hipóteses em que a inverdade pudesse, mesmo que em tese, acarretar alguma modificação no comportamento dos consumidores. Nesta linha de raciocínio é que se pode concluir, também sob a óptica de uma interpretação sistemática, que o delito do artigo 323 do Código Eleitoral constitui crime de perigo concreto.

Consoante visto neste subitem, as modalidades de interpretação gramatical, teleológica e sistemática apontaram unanimemente para a formulação de um tipo de perigo concreto. Com esta informação em mãos é que se passa, adiante, à verificação da influência que a propaganda política tem sobre o eleitorado, conforme planteado pelas ciências que se debruçam sobre o tema, especialmente a ciência política e a publicidade.

3.6.2 Análise dos Efeitos da Propaganda Eleitoral na Formação da Vontade: a Capacidade de Influenciar o Eleitor

A pesquisa acadêmica costuma surgir de um incômodo que assola o pesquisador e que o leva a querer entender melhor algum aspecto do mundo. Em regra, a pesquisa é feita por se duvidar de alguma ideia preestabelecida, consolidada, contra a qual, em geral, não se cogita insurgência. Fosse diferente, ainda veríamos o mundo plano, sustentado por gigantes, ocupando o centro do Universo. Acreditaríamos que as doenças são maldições dos demônios, provações divinas ou mera diversão de deuses ociosos em seus lares olímpicos, contra as quais restaria o caminho dos sortilégios, sacrifícios e oferendas. Temeríamos rumar aos confins do mundo, sob pena de desagradar entidades caprichosas

que nos lançassem à diversão de krakens e sereias. Felizmente, a ciência é como uma vela na escuridão, parafraseando Carl Sagan³⁰⁰, iluminando, aos poucos, os desvãos da ignorância humana. O fogo de Prometeu permanece aceso, ainda que os abutres das certezas tentem, por vezes, lançar os que questionam de volta às piras da Inquisição.

A preocupação que deu início à presente pesquisa foi o questionamento quanto à influência que a propaganda eleitoral – negativa, no caso – tem na formação do voto do eleitorado. A certeza consolidada – sem qualquer embasamento científico – sugere que o eleitorado é formado majoritariamente por pessoas sem qualquer preparo ou conhecimento político, facilmente ludibriáveis, ansiando por uma frase que lhes convença que o preto é branco e vice-versa.

De outro lado, uma intuição aponta em sentido contrário. Esta mesma turba, supostamente inocente e crédula, toca suas vidas lidando com todo o tipo de desafios que assola qualquer pessoa. Ao ir à feira, ouve do vendedor, aos berros, as maravilhas de determinada fruta e o seu preço irrisório, o menor imaginável. Quando decide comprar, o faz após analisá-la com os próprios olhos e verificar os preços nas barracas do entorno; procurando adquirir um carro, especialmente quando usado, vasculha anúncios, faz visitas, pede ao mecânico de confiança que cheque o motor. Se um estranho se aproxima e entabula conversa, protege seus pertences e mantém os olhos abertos.

Estes dois perfis de pessoas, diametralmente opostos, não podem coexistir sem algum grau de questionamento. Ou bem a média das pessoas crê em qualquer coisa que se lhe diga e, portanto, deve mesmo ser protegida, amparada como se cuidasse de uma turma de ensino infantil, ou as decisões das pessoas não se formam de maneira tão simples e, talvez, não seja necessária uma tutela tão intensa.

O Direito, com razão, não se propõe a responder este tipo de questionamento. Por este motivo é que a pesquisa necessita ampliar seu foco, buscando subsídios em outras áreas do conhecimento que lançaram olhos a este tema. Por certo que se compreendem os limites deste trabalho, eminentemente jurídicos. Assim, não se postula aqui lançar as bases de uma teoria da formação da vontade do eleitor; não apenas por falta de competência e conhecimento, mas pela impropriedade metodológica que tal desborde acarretaria.

³⁰⁰ SAGAN, Carl. **O mundo assombrado pelos demônios**: a ciência vista como uma vela no escuro. Tradução de Rosaura Eichemberg. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

Ainda assim, as intuições e certezas consolidadas dos juristas não parecem ser o melhor guia para a compreensão dos efeitos que a propaganda eleitoral pode ter sobre a formação da vontade dos eleitores. Por este motivo, tentando demonstrar as desavenças que há nas próprias áreas científicas que analisam o tema, busca-se adiante expor qual o atual entendimento acerca da matéria.

De plano importa definir como será feita a análise aqui proposta. Como visto no Capítulo 2, a propaganda política – dentro da qual se tem a propaganda eleitoral – pode ser positiva, caso intente granjear votos para um candidato ou partido, ou negativa, se visar influenciar o eleitorado para que não vote ou apoie o lado contrário ao que dela se vale. A mentira na propaganda, como igualmente exposto, pode se dar em uma ou outra modalidade. Nada impede que se minta sobre fatos em prol de uma candidatura ou contra os adversários.

Para os fins desta reflexão, conclui-se desnecessário estipular diferença entre os efeitos que a propaganda política tem quando verdadeira ou falsa. Isso porque os mecanismos que levam o eleitor a se inclinar em uma ou em outra direção independem da veracidade da informação que lhe é transmitida; veracidade esta, vale destacar, que no mais das vezes não se tem consciência no momento de sua difusão. A possível lesividade da difusão há de ser apreciada em bases reais, ou seja, assumindo que as vítimas não conhecem o teor inverídico do que lhes é transmitido. Mais do que isso, se uma informação transmitida se demonstra futuramente falsa, a tendência natural é que ocorra o denominado efeito bumerangue, prejudicando o candidato ou partido que se valeu da mentira em sua publicidade.

Deste modo, basta que se aprecie o efeito em geral da propaganda eleitoral sobre os eleitores e, com maior vagar, os efeitos da propaganda negativa. Caso se reconheça algum efeito de alteração na percepção do eleitor, restará plausível, sempre em tese, vislumbrar uma lesividade mínima a sustentar a necessidade da incriminação. Novamente aqui é preciso ressaltar que em uma apreciação *ex post*, por óbvio, quando da aplicação do Direito, é que se faz a análise do efetivo perigo em que foi colocado o bem jurídico, dado cuidar de um tipo de perigo concreto. No momento do teste entabulado neste capítulo, a análise se dá em tese, perquirindo quanto à possibilidade de que a propaganda eleitoral negativa tenha efeitos sobre a formação do voto do eleitor.

Diante disso, torna-se necessário analisar quais as teorias que buscam explicar a formação do voto dos eleitores para, em seguida, apreciar como se quantifica a influência da propaganda eleitoral, mais detidamente a negativa, neste processo. Por outro lado, como exposto na parte em que se tratou da história da propaganda política, esta é muito anterior à Democracia e aos processos eleitorais. Há também uma linha de análise centrada nos efeitos da propaganda política sobre as pessoas, o que, por sua anterioridade, há de ser objeto de primeira apreciação neste subitem.

Os primeiros estudos dos efeitos da propaganda política são inegavelmente pessimistas, vislumbrando no uso desta técnica a massificação da manipulação, a lavagem cerebral e o soterramento do indivíduo sob as hostes de Estados opressores. Os três principais marcos deste primeiro momento de análise são Harold Lasswell, que escreve *Propaganda in the world war* em 1927, Jean-Marie Domenach, autor de *La propaganda politique* de 1950 e Jacques Ellul, com sua obra *Propagandes* em 1962³⁰¹.

Antes destes teóricos, o tema de preocupação científica que abrangia o que hoje se denomina propaganda política era a Psicologia das Massas, disciplina cujo desenvolvimento se dá nas últimas décadas do século XIX e que tem por pano de fundo a aceleração da urbanização europeia, o desenvolvimento das novas tecnologias de comunicação e o surgimento de movimentos contestatórios de massas. Gustave Le Bon é seu maior expoente, com a obra *La psychologie des foules*, publicada em 1896. Nela o autor já trabalha os conceitos de persuasão e manipulação de grandes grupos sociais, bem como demonstra uma visão extremamente pessimista quanto à capacidade do eleitorado de escapar à influência da dominação psicológica³⁰². Assim também pensa Fávila Ribeiro,

³⁰¹ A extremada negatividade em relação ao uso da propaganda política não é característica apenas desta primeira fase de desenvolvimento de seu estudo. Exemplo atual é a posição de Noam Chomsky, renomado linguista norte-americano, para quem a propaganda parte de um “*princípio moral imperativo*” segundo o qual “*a maioria da população é simplesmente estúpida demais para conseguir compreender as coisas*”, razão pela qual “*temos de domesticar o rebanho desorientado*”, tarefa que caberia à propaganda dos governos: CHOMSKY, Noam. **Mídia: Propaganda Política e Manipulação**. São Paulo: Martins Fontes, 2013, pp. 17-18.

³⁰² “Of the characteristics peculiar to crowds, they display in particular but slight aptitude for reasoning, the absence of the critical spirit, irritability, credulity, and simplicity. In their decision, moreover, is to be traced the influence of the leaders of crowds and the part played by the factors we have enumerated: affirmation, repetition, prestige, and contagion”. Já antecipando a propaganda negativa, afirma Le Bon: “As for the rival candidate, an effort must be made to destroy his chance by establishing by dint of affirmation, repetition, and contagion that he is an errant scoundrel, and that it is a matter of common knowledge that he has been guilty of several crimes. It is, of course, useless to trouble about any semblance of proof. Should the adversary be ill-acquainted with the psychology of crowds he will try to justify himself by arguments instead of confining himself to replying to one set of affirmations by another; and he will have no chance whatever of being successful”. LE BON, Gustave. **The crowd: a study of the popular mind**. Kitchener: Batoche Books, 2001, p. 101. Mais adiante, afastando a possibilidade de que o debate político se trave de forma racional, diz o autor:

para quem “[...] vale-se a propaganda com frequência de recursos para atuar no subconsciente, exercendo considerável influência no recrutamento de adeptos para uma causa política”³⁰³.

Mariângela Furlan Haswani aponta como precursor “da abordagem da massa como ‘espírito coletivo’” o francês Gabriel Tarde, jurista e estatístico que escreveu em 1901 a seminal obra *A opinião e as massas*. Foi ele

“[...] o primeiro a elaborar teorias sobre a relação social da massa – que nomeou como público –, concebeu a estatística como medida do ‘retorno ao público da opinião do público’ e de sua identidade coletiva, fornecendo aos sociólogos um instrumento científico, aperfeiçoado e consolidado progressivamente, desde sua concepção”³⁰⁴.

Lasswell, escrevendo já especificamente sobre o uso de técnicas de propaganda pelas potências envolvidas na Primeira Guerra Mundial, sustenta a importância da propaganda como meio de se aumentar o número de aliados e reduzir o moral das tropas inimigas. Explica como cada país montou ao longo da guerra estruturas internas de propaganda, voltadas tanto ao público interno quanto externo. Reconhece o efeito causado nas populações quanto às falsas propagandas veiculadas especialmente pelo Reino Unido, atribuindo às tropas alemãs barbáries que não haviam ocorrido. Na concepção do autor, tal estratégia aumentava a disposição dos combatentes aliados, ansiosos por debelar as tropas

“With respect to the influence that may be exerted by reasoning on the minds of electors, to harbour the least doubt on this subject can only be the result of never having read the reports of an electioneering meeting. In such a gathering affirmations, invectives, and sometimes blows are exchanged, but never arguments” (p. 103). O pessimismo de parte significativa da intelectualidade do último quartel do século XIX e das primeiras décadas do século XX com a ascensão política das massas é patente na obra clássica de José Ortega y Gasset, *A revolta das massas*. Crítico ao que denomina Hiperdemocracia, pontua que “[...] the old democracy was tempered by a generous dose of liberalism and enthusiasm for law. By serving these principles the individual bound himself. Under the shelter of liberal principles and the rule of law, the minorities could live and the act. Democracy and law – life in common under the law – were synonymous. Today we are witnessing the triumphs of a hyperdemocracy in which the mass acts directly, outside the law, imposing its aspirations and its desires by means of material pressure. (...) Now, on the other hand, the mass believes that it has the right to impose and to give force of law to notions born in the café. I doubt whether there have been other periods of history in which the multitude has come to govern more directly than in our own”. ORTEGA Y GASSET, José. **The revolt of the masses**. Tradução autorizada pelo autor, mas mantida anônima a pedido do tradutor. Nova Iorque: Norton & Company, 1964, pp. 17-18.

³⁰³ RIBEIRO, Fávila. *Op. cit.*, p. 448.

³⁰⁴ HASWANI, Mariângela Furlan. **Comunicação pública: bases e abrangências**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 66. A obra de Tarde tem tradução para o português: TARDE, Gabriel. **A opinião e as massas**. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

inimigas, bem como causava comoção nas populações dos próprios países inimigos, envergonhadas com as supostas aberrações praticadas por seus soldados³⁰⁵.

Conquanto se trate de um pioneiro, que veio a inaugurar o que se conheceu posteriormente por Psicologia Política, é certo que Lasswell trabalhava sem embasamento científico. Ainda que sua obra traga grande quantidade de informação, não houve qualquer metodologia científica, estatística a sustentar suas conclusões. Mais do que isso, em tempos de guerra, mormente no início do século XX – sem meios de comunicação em massa e com os poucos órgãos de mídia servindo aos interesses de seus governos –, não havia fontes alternativas de informação. Praticamente, toda informação transmitida era, em essência, propagandística, visando persuadir os seus receptores. Este cenário é demasiadamente diverso do que se vislumbra no cenário eleitoral das Democracias modernas, nos quais os órgãos da imprensa atuam livremente, contestando e questionando o conteúdo das propagandas eleitorais veiculadas. Ademais, a própria possibilidade de que as candidaturas exponham suas publicidades em contraposição umas às outras torna irreal a comparação com o cenário bélico descrito por Lasswell.

Jean-Marie Domenach, pensador católico ligado à esquerda francesa e nascido em 1922, escreve obra seminal do estudo da propaganda política ainda sob os efeitos do nazismo que ocupara sua França. Não é sem razão que em 1950 dizia que “[...] a propaganda desempenha sempre o papel de parteira, ainda que sejam monstros os que nascem com sua ajuda”³⁰⁶. Ao pensar na propaganda hitleriana, entende que “[...] contra a falsa notícia o desmentido carece de força, pois é muito difícil desmentir sem parecer que se coloca na posição de ‘um acusado’, e ocorre que quanto mais grosseira é a falsidade,

³⁰⁵ “Employed in conjunction with other arms of offence, propaganda saps the stamina of the armed and civilian forces of the enemy, and smoothes the path for the mailed fist of men and metal. [...] Notable successes in which propaganda had an important and perhaps decisive part were scored in the last War. (...) If the great generalissimo on the military front was Foch, the great generalissimo on the propaganda front was Wilson. His monumental rhetoric, epitomizing the aspirations of all humanity in periods at once lucid and persuasive, was scattered far and wide over Germany. (...) Some of the triumphs of propaganda were in the field of recruiting, in the race for Allies, the Germans won in Bulgaria and Turkey, but the honors went to the Allies in the United States, Italy, Rumania, Greece and in a wide array of lesser countries, and Germany stood isolated in sympathy, except for Spain and Sweden. The hand of the whole world was raised against the Teuton. The great tug of war in America was only won by the British and the French after a desperate struggle against the German propaganda”. LASSWELL, Harold. *Op. cit.*, pp. 214-218.

³⁰⁶ DOMENACH, Jean-Marie. *Op. cit.*, p. 29.

maior seu efeito e mais difícil retificá-lo [...]”, já que o público pensaria “[...] não se atreveriam a afirmar uma coisa assim se não estivessem seguros disso”³⁰⁷.

Seu pessimismo começa a mostrar sinais de arrefecimento quando reflete sobre as alternativas de fontes de informação que começam a surgir mesmo sob o jugo dos mais totalitários governos. Afirma assim que “[...] quando se torna evidente que a propaganda monopoliza a informação (...) se produz uma reação quase instantânea. Se buscam outras fontes de informação que não estejam profanadas [...]” e “[...] abaixo da armadura oficial da informação dirigida se constitui então uma rede clandestina de informação na qual as notícias se transmitem de ‘boca a boca’.”³⁰⁸ Em seguida, continua o autor, chega o momento em que o povo “[...] já não quer que lhe contem mais histórias e começa a exigir fatos, cifras, testemunhos [...]”, chegando ao ponto de rechaçar, “[...] sem ler, um folheto cuja apresentação lhe faça pensar que ‘cheira a propaganda’.” Finalmente, com o retorno da França à Democracia, admite o autor que “[...] nenhuma propaganda, nem sequer a hitleriana, é invencível quando encontra outra propaganda que a enfrente. Isto abate a crença no poder total de certas propagandas”³⁰⁹.

Jacques Ellul, combatente e um dos líderes da resistência francesa ao nazismo, lança sua obra um pouco mais tarde, em 1962. Nela, denominada didaticamente em inglês *Propaganda: the formation of men's attitudes*, apresenta uma primeira tentativa de apreciar a questão simultaneamente sob um viés psicológico e sociológico. Para ele, a propaganda não era apenas um fenômeno interno, mas, essencialmente, coletivo. Por esta razão, refuta os então incipientes estudos norte-americanos que tentavam replicar os efeitos da propaganda em pesquisas de laboratório, com grupos pequenos e controlados. Segundo o

³⁰⁷ “Hitler sabía que la credibilidad de una mentira aumenta con frecuencia en función misma de su enormidad. La mentira más imprudente siempre deja rastros aun cuando se la reduzca a la nada. Esta es una verdad que conocen todos aquellos que se han hecho maestros en el arte de mentir y que continúan trabajando en su perfeccionamiento”: DOMENACH, Jean-Marie. *Idem, ibidem*, p. 42. Reafirmando a influência que o nazismo teve em seu pensamento, vale colacionar o que segue: “¿Hasta qué punto la propaganda, cortando, arreglando e inventando los hechos, puede sustituir a la realidad? Esta es una pregunta a la cual los nazis dieron una primera respuesta. Es posible hacer vivir un pueblo en un universo mitológico enteramente fabricado, en un mundo que nada tiene en común con el mundo, que ha roto de una vez por todas con sus criterios de veracidad” (p. 42). A frase atribuída a Goebbles, em defesa da repetição reiterada das mentiras até que sejam tomadas como verdade é colacionada por Oliver Thomson: “[...] a carefully built up erection of statements, which whether true or false can be made to undermine quite rigidly held ideas and to construct new ones that will take their place. It would not be impossible to prove with sufficient repetition and psychological understanding of the people concerned that a square is in fact a circle. What after all are a square and a circle? They are mere words and words can be molded until they clothe ideas in disguise”. THOMSON, Oliver. **Mass persuasion in history**: an historical analysis of the development of propaganda techniques. Nova Iorque: Crane, Russak & Company, 1977, p. 111.

³⁰⁸ DOMENACH, Jean-Marie. *Op. Cit.*, p. 43.

³⁰⁹ *Idem, ibidem*, pp. 45-50.

autor, invariavelmente os resultados restariam contaminados e subestimariam o poder de manipulação da propaganda³¹⁰. María José Canel igualmente critica esta análise isolada dos efeitos da propaganda, sugerindo como mais adequada a perspectiva que se consolida nas últimas décadas do século XX, na qual “[...] o efeito da comunicação é concebido como uma união de cognições, afetos e comportamentos”³¹¹.

No entanto, o foco de Ellul não é a propaganda eleitoral. O próprio autor constrói sua tese sobre o que denomina “propaganda total”. Para ele, a propaganda somente adquire o poder de formação das atitudes humanas quando abrange todas as áreas da vida das pessoas, quando abarca o processo educacional e, sobretudo, quando não se lhe opõem informações contrárias³¹². Seu objeto de estudo são os regimes totalitários, principalmente os de caráter comunista, implantados desde a União Soviética no leste da Europa. Entende

³¹⁰ “The most serious fault of all these investigations seems to be the following: they preserve the old notion that the effect of propaganda manifests itself in clear, conscious opinions and that the propagandee will respond in a specific way according to the propagandist’s slogans. But this is less and less true. One must understand that just as there is dissociation between private and public opinion, there is dissociation between opinion and action”. ELLUL, Jacques. **Propaganda**: the formation of men’s attitudes. Tradução de Konrad Kellen e Jean Lerner. Nova Iorque: Random House, 1965, p. 271. O autor conclui afirmando que “[...] this entire research method cannot measure propaganda” (p. 273).

³¹¹ “Esta consideración fragmentada del ‘efecto’ de la comunicación tiene su origen en la así llamada perspectiva de la ‘persuasión del votante’ que dominó las décadas de 1940 y 1950. Bajo la corriente del determinismo social los análisis sobre los efectos de la comunicación política aplicaron una metodología que observaba al individuo como en un laboratorio: se examinaba las condiciones psicológicas en las que el votante era vulnerable al mensaje de los medios de comunicación. Durante los años sesenta políticos, sociólogos y comunicólogos irrumpieron en esta área de investigación para, distanciándose de un análisis psicologista, sugerir una perspectiva más rica y completa, que tuviera en cuenta el individuo en sociedad. Las reacciones individuales del votante sólo pueden entenderse en su contexto social. Es decir, que este ciudadano vote por el partido A puede deberse no a que escuchó con atención el discurso que el candidato A dio por la televisión, sino que ha hablado mucho con sus amigos, que también votan al partido A. Para analizar bien los efectos de la comunicación es preciso entonces tener en cuenta tanto las características individuales de la persona, como sus condiciones sociales tipo de familia en la que vive, entorno en el que se mueve, asociación política en la que participa, etc.). (...) Esta fase de investigación, llamada ‘sistémico-institucional’, suponía una visión más completa de la persona. Pero heredaba de la primera fase la distinción radical entre cogniciones, actitudes y comportamientos; e ignoraba elementos no institucionales como las tradiciones culturales, por ejemplo, de gran importancia para poder interpretar los efectos de la comunicación. La investigación sobre los efectos de las campañas de las dos últimas décadas del siglo XX constituye, bajo la llamada ‘perspectiva cultural’, un intento de escapar de las compartimentaciones del individuo. Aspira a una interpretación de los efectos desde la ‘cultura’, entendida ésta no como un conjunto de cogniciones, esquemas o ideas desencarnadas, sino como un conjunto de valores compartidos en sociedad, que son mezcla de sentimiento y de razón”. CANEL, María José. *Op. cit.*, pp. 183-184.

³¹² “Propaganda continues its assault without an instant’s respite; his resistance is fragmentary and sporadic. He is caught up in professional tasks and personal preoccupations, and each time he emerges from them he hears and sees the new truth proclaimed. The steadiness of the propaganda prevails over his sporadic attention and makes him follow all the turns from the time he has begun to eat his bread. That is why one cannot really speak of propaganda in connection with an election campaign that lasts only two weeks. At such a time, some intellectual always will show that election propaganda is ineffectual; that its gross methods, its inscriptions on walls, can convince nobody; that opposing arguments neutralize each other. And it is true that the population is often indifferent to election propaganda. But it is not surprising that such propaganda has little effect: none of the great techniques of propaganda can be effective in two weeks”: ELLUL, Jacques. *Op. cit.*, p. 19.

o autor que somente três propagandas teriam atingido esta totalidade que reduzia a individualidade e ocasionava a verdadeira lavagem cerebral: o nazismo, o comunismo e o capitalismo³¹³.

Ellul fala ainda em mitos adotados pelo mundo moderno e com os quais a propaganda deve dialogar se intenta influir nas atitudes dos membros da sociedade, são eles: o Trabalho, a Diversão, a Nação, a Juventude e o Herói, todos eles encontrando formas de serem instrumentalizados, já que uma propaganda que estivesse alheia a estes mitos não encontraria eco na sociedade³¹⁴.

Curioso e oportuno destacar que Ellul lança uma assertiva contraintuitiva até os dias de hoje. No entender do autor, ao contrário do que se poderia pensar, o grupo social mais suscetível aos efeitos da propaganda é a intelectualidade das classes médias e altas. Em sua compreensão, três são as razões que levam a tanto: são elas que têm mais acesso aos meios de informação e, portanto, de propaganda; por sua maior formação, acreditam não serem influenciadas pela propaganda e, nesta medida, absorvem seu conteúdo de forma menos crítica; em vista da posição que assumem na sociedade, se veem na necessidade, real ou autoimposta, de manifestar opinião sobre quaisquer assuntos, adotando aquelas que lhes chegam às mãos como se suas fossem³¹⁵.

³¹³ Parecem proféticas as palavras de Oliver Thomson em sua clássica obra sobre a persuasão em massa na História, publicada em 1977. Preocupado com os efeitos de longo prazo de propaganda capitalista de incentivo ao individualismo e ao consumo, afirmou: “[...] the materialist leanings of current Western media over a prolonged period may well be creating an insecurely materialist generation, just as the 19th century media attitude to war created the generations of the early 20th century who started wars. The spreading of these ideas is slow and insidious. It is not necessarily deliberate or controlled by even an identifiable élite, but does quite genuinely trap whole peoples in a lifetime of acquisitiveness or racial hatred or useless conflict or obsessive puritanism. The ideas spread so widely that they become confused with absolute truths. At certain points of history it has been possible or necessary to divert marginally the massive ideal tidal force of such ideas”. THOMSON, Oliver. *Op. cit.*, p. 132.

³¹⁴ Sobre os mitos modernos, vale a lição de Ernst Cassirer, para quem “[...] siempre se ha descrito al mito como resultado de una actividad inconsciente y como un producto libre de la imaginación. Pero aquí nos encontramos con un mito elaborado de acuerdo con un plan. Los nuevos mitos políticos (...) son cosas artificiales, fabricadas por artifices muy expertos y habilidosos (...) como consecuencia de ello, los mitos pueden ser manufacturados en el mismo sentido y según los mismos métodos que cualquier otra arma moderna, igual que ametralladoras y cañones”. CASSIRER, Ernst. **El mito del estado**. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1968, pp. 333-334.

³¹⁵ “Naturally, the educated man does not believe in propaganda; he shrugs and is convinced that propaganda has no effect on him. This is, in fact, one of his greatest weaknesses, and propagandists are well aware that in order to reach someone, one must first convince him that propaganda is ineffectual and not very clever. Because he is convinced of his own superiority, the intellectual is much more vulnerable than anybody else to this maneuver, even though basically a high intelligence, a broad culture, a constant exercise of the critical faculties, and full and objective information are still the best weapons against propaganda”. ELLUL, Jacques. *Op. cit.*, p. 111.

Dos três pioneiros, conquanto críticos à propaganda maciça que experimentaram em diferentes momentos do século XX, extrai-se o entendimento de que a propaganda torna-se tão mais forte quanto menos oposição ela receber. Que seus efeitos somente são plenos quando não há outras fontes de informação que a contestem. Ao mesmo tempo, reconhecem a sua importância no ambiente democrático, sendo significativa a pergunta de Domenach quando diz que “[...] *é natural que uma espécie de estremecimento sacuda os melhores ao ver o uso que algumas propagandas fazem das técnicas modernas de difusão. Mas por isso vamos quebrar as máquinas?*”³¹⁶.

Uma segunda linha de pesquisa que traz aportes ao tema ora em estudo diz respeito à formação do voto do eleitor. Na concepção de Helena Catt, com a introdução do voto universal e secreto, entre o final do século XIX e as primeiras décadas do XX, somente tornou-se possível apreciar os votos dos eleitores a partir do surgimento dos mecanismos estatísticos das pesquisas de opinião, desenvolvidas na década de 1930, mas popularizadas apenas após a Segunda Guerra Mundial. A partir daí é que “[...] *em décadas recentes, com a ajuda da nova tecnologia [de computadores que permitiram manipular grandes quantidades de dados colhidos nas pesquisas], o comportamento do voto se tornou uma área popular de estudos políticos*”³¹⁷.

A primeira e mais relevante pesquisa empreendida sob esta nova linha foi a de Paul Lazarsfeld, professor da Universidade de Columbia, que acompanhou os mesmos seiscentos eleitores ao longo da campanha presidencial de 1940 no Condado de Erie, em Ohio, buscando identificar as alterações nas suas intenções de voto e as razões para tanto. A frase que inicia seu artigo dá o tom das conclusões a que chegou: “[...] *em um importante sentido, as modernas eleições para Presidente terminam antes mesmo de começar*”³¹⁸. Segundo apurado no estudo, a predisposição das pessoas a votar em um ou outro partido (Democrata ou Republicano) fundava-se, essencialmente, nos grupos sociais e no tipo de convivência a que estavam sujeitos. Local de residência – se urbano ou rural –, classes sociais, grupos religiosos ou comunitários influenciavam com maior grau a inclinação do voto do que quaisquer outros elementos.

³¹⁶ DOMENACH, Jean-Marie. *Op. cit.*, p. 58.

³¹⁷ CATT, Helena. **Voting Behaviour**: a radical critique. Londres: Leicester University Press, 1996, pp. 2-3.

³¹⁸ LAZARFELD, Paul F. **The election is over**. Oxford University Press: The Public Opinion Quarterly, vol. 8, nº 3, outono, 1944, p. 317 (317-330).

Mais do que isso, as pessoas atentavam para as propagandas eleitorais veiculadas pelos partidos para os quais já tinham predisposição em apoiar, como se buscando reforço e não convencimento. O mesmo se podia dizer em relação à mídia. Eleitores inclinados ao Partido Republicano acompanhavam jornais e rádios de mesmo tom, o contrário ocorrendo com os predispostos a votar no Partido Democrata, sendo que “[...] *uma considerável parte da população era praticamente intocada pelo conteúdo político veiculado na imprensa*”³¹⁹. Os que mais liam e ouviam rádio eram justamente aqueles já decididos em um ou em outro sentido.

A maior influência na decisão do voto vinha, justamente, do contato pessoal com pessoas dos mesmos grupos sociais. De acordo com os dados levantados, metade dos eleitores tinha seus votos decididos antes mesmo do início da campanha, enquanto outros trinta por cento os definiram quando da indicação dos candidatos. Restavam aproximadamente vinte por cento em disputa, cuja distribuição, ao final, resultou praticamente idêntica aos grupos sociais aos quais pertenciam, distribuindo-se de forma proporcional e não alterando o resultado das eleições³²⁰. De acordo com a postulação do artigo, “[...] *eleições são decididas pelos eventos ocorridos no interregno entre as eleições presidenciais e não no período da campanha [...]*”, o que não significa que seja desnecessária a propaganda, apenas que ela funciona como “[...] *o banho químico que revela uma fotografia [...]*”, cuja “[...] *influência é necessária para fazer aparecer a fotografia, mas apenas aquela que já estava pré-estruturada na chapa pode aparecer*”³²¹.

De acordo com Helena Catt, esse determinismo social, na Inglaterra, tinha por fundamento especificamente a classe social de origem dos eleitores. Para ela, tratando das pesquisas realizadas na década de 1950, “[...] *a classe era vista como o mais importante tipo de alocação social [...]*”, levando a fidelidades partidárias que somente sofriam abalos com as lentas mutações da estrutura social³²². Pesquisas realizadas no Reino Unido obtiveram resultados similares até pelo menos o início da década de 1980, reconhecendo que “[...] *as pessoas podem nem sempre votar no partido com o qual se identificam, mas*

³¹⁹ *Idem, ibidem*, p. 322.

³²⁰ LAZARSELD, Paul F. *Op. cit.*, pp. 327-330.

³²¹ *Idem, ibidem*, p. 330.

³²² CATT, Helena. *Op. cit.*, p. 4.

elas terão um comprometimento de longo prazo com eles, que age como uma força estabilizadora nos padrões de votação ao longo do tempo”³²³.

Outra formulação que ganha força a partir da década de 1960 apoia-se na formulação de Anthony Downs, com sua obra *An economic theory of democracy*, de 1957. Para o autor, emprestando a racionalidade econômica às decisões políticas, o eleitor comporta-se racionalmente, analisando as políticas apresentadas e as escalonando de acordo com o máximo de utilidade que pretendem obter. Em vista da dificuldade de absorver e compreender a grande quantidade de informação que lhes é disponibilizada no período eleitoral, adotam atalhos – de que são exemplo os partidos políticos – a partir de cujos modelos ideológicos filtram as opções apresentadas.

Para Downs, o custo de estudar toda a informação disponível era muito superior ao ganho marginal que se pode obter com um voto, o que levava o eleitor racional a este comportamento de manada. Esta linha de raciocínio reconhece certo determinismo social, mas capta aos poucos a diminuição da fidelidade partidária que marca o final do século XX. Seu foco está mais no voto final dado do que no processo de formação da decisão³²⁴.

Sob a influência da psicologia cognitiva, em seguida a ciência política passou a analisar o fenômeno sob uma óptica sociopsicológica, vislumbrando a importância dos contextos sociais – mutáveis e não mais estáticos – na formação da vontade do eleitor e escalonando influências multifacetadas neste processo. Preferência de voto dos pais, determinantes sociais do momento em que se decide o voto, eventos ambientais e fontes de informação são aspectos que se relacionam de forma complexa. Em longo estudo que se desenvolveu em todas as eleições inglesas para o Parlamento de 1950 a 1983, Himmelweit, Humphreys e Jaeger puderam perceber que “[...] *as reações do corpo político, contudo, não podem ser entendidas em referência a um acontecimento político ou econômico isolado [...]*”, mas são “[...] *respostas e um reflexo do Zeitgeist, incluindo o clima social e cultural da sociedade*”³²⁵.

Neste contexto em que se fala de um desaparecimento das fidelidades partidárias, “[...] *não é surpresa que o número de pessoas que tomam suas decisões durante a*

³²³ *Idem, ibidem*, p. 5.

³²⁴ HIMMELWEIT, Hilde; HUMPHREYS, Patrick; JAEGER, Marianne. **How voters decide**. 2ª ed. Buckingham: Open University Press, pp. 7-8.

³²⁵ *Idem, ibidem*, pp. 10-12 e 201.

*campanha tenha crescido, com uma porcentagem considerável decidindo nos últimos dias [...]”, assim como houve “[...] um aumento no número de pessoas que mudam suas intenções de voto durante a campanha”*³²⁶. Entre 1974 e 1983 na Grã-Bretanha, por exemplo, duplicou o número de eleitores que afirmavam ter decidido seus votos no último dia, passando de oito para dezesseis por cento³²⁷. Não se percebeu, contudo, mudança na influência da propaganda veiculada pelos partidos, dado que é a mídia que assume o papel de difusora das informações que efetivamente são tidas por relevantes pelos eleitores.

Essas ponderações colocam em cheque um dado irrefutável da realidade: centenas de milhões de reais, no Brasil, e incontáveis bilhões de dólares, no mundo, são gastos a cada ciclo eleitoral em ações de propaganda eleitoral. Se ela é tão ineficaz em relação aos eleitores, a única conclusão plausível seria a de que marqueteiros são excelentes propagandistas de si mesmos, convencendo políticos e partidos a gastar fortunas de forma inútil.

Não parece ser razoável nem realista esta linha de raciocínio. Além de absolutamente irracional sob um ponto de vista minimamente econômico, é intuitivo que um candidato, ainda que favorito, que simplesmente não faça qualquer campanha, acabará superado ao menos por seu adversário mais próximo. Assim, despontam como mais plausíveis as recentes conclusões de Farrell e Schmitt-Beck, para quem *“[...] as informações usadas pelos eleitores ao decidir como votar podem vir de várias fontes, e as campanhas são apenas mais uma delas”*³²⁸. Isto significa, ainda consoante os autores, que durante o período de campanha os atores políticos, partidos e candidatos *“[...] competem com uma gama de outras fontes de potencial influência política sobre suas audiências alvo [...]”*, em uma intrincada relação na qual as informações advindas de uma fonte influenciam a produção da informação das demais fontes. Conversas são influenciadas por

³²⁶ *Idem, ibidem*, p. 208.

³²⁷ *Idem, ibidem*, p. 216.

³²⁸ “For instance, people may derive an impression of the political state of affairs from their experience in everyday life. Are prices rising? Do I know many people who are unemployed? Have public services lately been improving or deteriorating? Such observations may help voters to draw conclusions about the performance of government (Popkin, 1991). Voters also receive political cues from their social environment. They may see more and more people wearing lapel buttons, or cars displaying bumper stickers supporting a particular party or candidate. They may overhear political conversations in the tram on their way to work or afterwards at the pub. Or they may gather information by engaging in political discussions with their family, friends or co-workers. Last but not least, the mass media, especially television, must never be overlooked as a ubiquitous source of political information in modern democracies”. SCHMITT-BECK, Rüdger; FARREL, David M. Do political campaigns matter? Yes, but it depends. *In: SCHMITT-BECK, Rüdger; FARREL, David M (Ed.). Do political campaigns matter? Campaign effects in elections and referendums.* Londres: Routledge, 2002, p. 183.

notícias jornalísticas, que, por sua vez, acarretam mudanças na propaganda eleitoral, sendo posteriormente alvo de novas matérias em noticiários, em um ciclo difícil de ser desembaraçado³²⁹.

Pesquisas recentes em inúmeros países parecem confirmar este poder moderado das campanhas eleitorais. Levantamento produzido na Austrália, Reino Unido e Estados Unidos demonstra que uma proporção razoável de eleitores coloca-se em posição apartidária com o intuito de avaliar até o último momento as alternativas expostas na propaganda eleitoral³³⁰. Dados semelhantes foram obtidos na Suíça, demonstrando que os eleitores que decidem seus votos em momento mais próximo do pleito são mais permeáveis aos efeitos da propaganda³³¹.

Mesmo cenário foi apurado nas eleições da Finlândia, demonstrando que eleições personalizadas, sem forte apelo ideológico, são mais suscetíveis a permitir a influência da propaganda eleitoral sobre os eleitores³³². Outros efeitos não tão diretos da propaganda também podem ser mensurados, como uma pesquisa realizada no Canadá que demonstrou que a propaganda eleitoral pode conseguir convencer eleitores a analisarem outros aspectos antes de tomarem sua decisão³³³.

Ante estas constatações, é seguro afirmar, ao menos com base no entendimento mais recente, que a ciência política e a psicologia política aportam ao tema, que a propaganda eleitoral tem uma relevância menor do que a que intuitivamente se lhe atribui, mas ainda assim relevante o suficiente. Se não é capaz por si só de operar milagres, também não pode passar ao largo do controle judicial – ainda que não penal. Resta, assim, saber se especificamente a propaganda negativa assume papel de relevo no convencimento do eleitor, para que se possa concluir a reflexão sugerida neste subitem.

³²⁹ *Idem, ibidem*, pp. 183-184.

³³⁰ McALLISTER, Ian. Calculating or capricious? The new politics of late deciding voters. *In*: SCHMITT-BECK, Rüdger; FARREL, David M (Ed.). *Op. cit.*, pp. 22-40.

³³¹ LACHAT, Romain; SCJARINI, Pascal. When do election campaigns matter, and to whom? Results from the 1999 Swiss election panel study. *In*: SCHMITT-BECK, Rüdger; FARREL, David M (Ed.). *Op. cit.*, pp. 41-57.

³³² RUOSTETSAARI, Ilkka; MATTILA, Mikko. Candidate-centered campaigns and their effects in an open list system: the case of Finland. *In*: SCHMITT-BECK, Rüdger; FARREL, David M (Ed.). *Idem, ibidem*, pp. 92-107.

³³³ GIDENGIL, Elisabeth; BLAIS, André; NEVITTE, Neil; NADEAU, Richard. Priming and campaign context: evidence from recent Canadian elections. *In*: SCHMITT-BECK, Rüdger; FARREL, David M (Ed.). *Idem, ibidem*, pp. 76-91.

Para tratar do tema com a honestidade intelectual que se espera, convém iniciar a análise dos argumentos dos mais reconhecidos críticos à propaganda negativa, Stephen Ansolabehere e Shanto Iyengar, professores do Massachusetts Institute of Technology (MIT) e da Universidade da Califórnia em Los Angeles, respectivamente. As diversas pesquisas empreendidas pela dupla de autores foram bem organizadas e resumidas em sua obra mais conhecida, *Going dirty: how political advertisements shrink & polarize the electorate*. Após analisarem dados estatísticos de pesquisas de opinião e de levarem a cabo pesquisas laboratoriais, salta aos olhos que em nenhum momento a crítica dos autores volta-se contra o possível potencial persuasório ou manipulativo da propaganda negativa. Ao contrário, reconhecem que “[...] a propaganda política não é o bicho papão que seus críticos sustentam [...]”, dado que restou demonstrado que “[...] promove os ideais democráticos de um eleitorado informado [...]”, “[...] instruem as pessoas sobre as habilidades, personalidades e ideais dos candidatos [...]”, além de “[...] reforçar fortemente as lealdades partidárias”³³⁴.

A crítica por eles formulada, por outro lado, volta-se a outra constatação. Em sua leitura, um elevado grau de ataques nas propagandas políticas afasta o eleitorado menos alinhado aos partidos políticos, os denominados independentes, que “[...] sentem a picada das propagandas negativas mais agudamente”. Com isso, em um país no qual o voto não é obrigatório, cria-se um círculo vicioso, pelo qual os candidatos veiculam cada vez mais publicidade negativa, com a fim de afastar o eleitorado indeciso da disputa³³⁵. Ademais, este fenômeno torna os candidatos eleitos representantes de minorias cada vez mais radicais do espectro político, o que torna, conseqüentemente, piores as políticas públicas que são implantadas em seus governos.

Sem qualquer deslusto à tese defendida pelos autores, o debate aqui travado não se refere às conseqüências para os governos eleitos ou mesmo para o número de eleitores que afluem às urnas em decorrência da propaganda negativa. O bem jurídico tutelado, como já visto, é a liberdade da formação do voto por parte do eleitor; assim, importa analisar exclusivamente se este bem jurídico está em perigo com a propaganda negativa que veicula fatos inverídicos. Tentar resolver todo e qualquer problema pela via do Direito Penal

³³⁴ ANSOLABEHERE, Stephen; IYENGAR, Shanto. **Going dirty**: how political advertisements shrink & polarize the electorate. Nova Iorque: The Free Press, 1997, p. 145.

³³⁵ “Candidato atrás de candidato se voltou para a propaganda negativa e uma vez que os portões da campanha negativa estão abertos, eles são dificilmente fechados”. *Idem, ibidem*, pp. 147-148.

desatende aos critérios expostos no início deste Capítulo 3. Sobre o tema da verdade na publicidade, valem ser ressaltados os autores não tergiversam, compreendendo não ser papel das “cortes, do governo, ou das emissoras” promover o seu controle, já que “[...] *padrões de verdade são muito difíceis de serem aplicados de forma justa [...]*”, já que estes próprios atores são “[...] *altamente partidarizados também [...]*” e “[...] *o julgamento sobre a verdade das propagandas eleitorais parecem inerentemente subjetivos*”³³⁶.

Sem deixar de reconhecer a validade da tese para outros âmbitos de formulação de políticas públicas, é certo que, quanto ao tema aqui analisado, ela não aporta motivos para entender excepcionalmente lesiva à formação do voto dos eleitores a propaganda negativa.

Crítica mais contundente aos efeitos da propaganda negativa afeta, em tese, a veracidade do quanto veiculado, vem da obra de Kathleen Jamieson, que toma por pano de fundo o polêmico *spot* veiculado pela campanha de George Bush contra Michael Dukakis na campanha presidencial norte-americana de 1988, denominado “Willie Horton”. Em uma série de imagens que se sobrepõem ao som de fundo do texto publicitário, a campanha republicana afirmava que Bush opunha-se a que presos condenados por crimes graves tivessem autorização para passar feriados com seus parentes. De outro lado, afirmava que o candidato democrata, Dukakis, era favorável e em sua gestão como governador de Massachussetts um destes presos, Willian Horton, um negro barbado cuja foto foi levada ao ar, teria esfaqueado um homem e estuprado repetidas vezes sua namorada³³⁷.

A autora refuta o tom dado, a composição de imagens e a escolha de uma pessoa negra em uma sociedade com problemas com o racismo. Em seguida, aponta crimes semelhantes praticados por pessoas em situação idêntica em outros estados, governados por republicanos, que não teriam tido o mesmo tratamento. Aponta que a imprensa fixou-se neste único caso, sem reconhecer o sucesso na reintegração de egressos do sistema prisional em decorrência da política de indultos do então governador Dukakis. Sugere que a campanha republicana intentou reforçar estereótipos e despertar os piores sentimentos no eleitorado³³⁸.

³³⁶ ANSOLABEHERE, Stephen; IYENGAR, Shanto. *Op. cit.*, p. 153.

³³⁷ JAMIESON, Kathleen Hall. *Op. cit.*, pp. 15-42.

³³⁸ *Idem, ibidem*, pp. 43-102.

São argumentos relevantes, mas políticos. Não houve, pela própria descrição do caso dado pela autora, a divulgação de fatos inverídicos, tema aqui sob análise. A parcialidade dos dados ou a forma de sua apresentação é elemento que não se subsume aos estritos termos que a taxatividade do tipo penal do artigo 323 traz. Novamente, o que se tem são críticas válidas para outros campos do conhecimento acadêmico ou até para a resposta política que os adversários podem veicular quando atacados, mas não impõem reconhecer que a propaganda negativa, de conteúdo falso, altera a formação da vontade dos eleitores.

Como afirmado, os possíveis efeitos da propaganda negativa sobre os eleitores foram objeto de análise por inúmeros cientistas políticos, psicólogos e cientistas sociais nos últimos anos, especialmente nos Estados Unidos, onde não há controle governamental sobre o conteúdo da publicidade eleitoral. Ao recolher os dados acumulados em centenas de artigos, Richard Lau, Lee Sigelman e Ivy Brown Rovner³³⁹ apresentaram em 2007 uma revisão da literatura que é um bom ponto de partida para compreender o que já se concluiu até o momento sobre o tema. O trabalho parte de dados coletados em pesquisa anterior, de 1999, acrescido das centenas de artigos que, desde então, foram produzidos na área.

A tese proposta era exatamente a efetividade da publicidade negativa, em vista das imensas somas de recursos despendidos com sua confecção e veiculação³⁴⁰. Ao serem tabulados os dados dos trabalhos analisados e corrigindo as distorções estatísticas³⁴¹, a conclusão não poderia ser mais direta: “[...] não há evidência consistente na literatura científica que suporte a tese de que a propaganda eleitoral negativa atinge os resultados eleitorais pretendidos por quem a usa”. Avançando na discussão dos dados, assentam os autores que eventualmente a propaganda negativa “[...] reduz a avaliação dos candidatos

³³⁹ LAU, Richard; SIGELMAN, Lee; ROVNER, Ivy Brown. The effects of negative political campaigns: a meta-analytical reassessment. *The Journal of Politics*, vol. 69, nº 4, nov. 2007, pp. 1176-1209. Vale destacar que a dificuldade dos autores, em geral, em obter dados confiáveis e não conflitantes em pesquisas relacionadas ao efeito da propaganda negativa pode advir, segundo Lee Sigelman e Mark Kugler, das diferentes percepções sobre o que é o “negativo” na campanha. Segundo os autores, em outro artigo, o conceito de “negativo” para os cientistas que estudam o tema não é o mesmo daquele que as pessoas em geral utilizam. Uma propaganda com tom ácido, mas que não promove qualquer tipo de comparação ou acusação pode ser vista como negativa para um eleitor, mas não seria para o pesquisador. Do mesmo modo, uma comparação de históricos entre dois candidatos, mesmo que feita de forma cândida, é tida por publicidade negativa no âmbito da ciência política, mas não pelo cidadão comum: SIGELMAN, Lee; KUGLER, Mark. Why is Research on the Effects of Negative Campaigning So Inconclusive? Understanding Citizen’s Perception of Negativity. *The Journal of Politics*. Vol. 65, nº 1, fev. 2003, pp. 142-160.

³⁴⁰ Há de se recordar que nos Estados Unidos não há designação de tempo de televisão e rádio para candidatos, subsidiado pelo Estado. Cabe a cada campanha arcar com esta despesa, que consome parte substancial de sua arrecadação.

³⁴¹ LAU, Richard; SIGELMAN, Lee; ROVNER, Ivy Brown. *Op. cit.*, pp. 1187-1205.

atacados, mas reduzem ainda mais a dos que atacam, levando a um saldo praticamente nulo”³⁴². Por esta razão é que afirmam que “[...] *a maior parte do senso comum sobre a propaganda negativa não tem fundamento empírico sólido*”³⁴³.

Em estudo posterior, de 2009, dois dos autores, Richard Lau e Ivy Brown Rovner, retornam ao tema em artigo mais extenso, no qual concluem que em geral os eleitores logram separar ataques pessoais e despropositados das comparações necessárias, não se deixando influenciar pelos primeiros³⁴⁴. Especificamente sobre a questão das possíveis mentiras veiculadas, asseveram que sua contestação é tarefa do lado contrário, apontando como desnecessária a intervenção do Estado para garantir tal desiderato³⁴⁵.

William Mayer, professor da Northeastern University, vê também com bons olhos a propaganda negativa, não apontando quaisquer efeitos deletérios na formação da vontade dos eleitores. O autor critica aqueles que sustentam ter havido um tempo no qual a política era bela e livre das acusações e mentiras, documentando que a “[...] *nostalgia não é uma ferramenta útil na análise das políticas públicas. Argumentos de como eram boas as coisas em uma Era de Ouro usualmente acarretam grave violência aos fatos da história*”³⁴⁶. Paradoxalmente, o autor sustenta que a plena liberdade da prática da propaganda negativa ajuda a controlar o uso da mentira na campanha, já que os candidatos sabem que qualquer uso que fizerem deste expediente poderá ser livremente contestado por seus adversários³⁴⁷.

³⁴² *Idem, ibidem*, p. 1185.

³⁴³ *Idem, ibidem*, p. 1186.

³⁴⁴ “Many recognize that voters are capable of separating vicious attacks from legitimate comparisons but also appreciate that even justifiable attacks are not always effective, nor are they always desirable. The standards for making such judgments should be the public’s interests, not the candidates’. Elections are, after all, about choices, not courtesy [...]”. LAU, Richard; ROVNER, Ivy Brown. **Negative campaigning**. Annual Review of Political Science, 2009, 12, p. 304 (285-306).

³⁴⁵ “All advertisements, by their very nature, exaggerate the truth. But this point applies equally to positive campaigns as well as to negative. We cannot expect candidates to discuss their own policy failures and shortcomings, any more than we can expect Chevrolet to tell us about the problems with its cars, or Hoover to tell us its vacuum cleaners sometimes fail to suck. That is the job of the opposition, in politics as well as in commerce. Geer argues that democracy *requires* negative campaigning if citizens are to become fully informed about the choices they face”. LAU, Richard; ROVNER, Ivy Brown. *Idem, ibidem*.

³⁴⁶ MAYER, William. In Defense of Negative Campaigning. Political Science Quarterly. Vol. 111, nº 3, out. 1996, p. 437 (437-455).

³⁴⁷ “Finally, negative campaigning is valuable if for no other reason than its capacity to keep the candidates a bit more honest than they would be otherwise. One doesn't have to have a lot of respect for the truth and intelligence of current campaign practices in order to conclude that things would be a lot worse without negative campaigning. If candidates always knew that their opponents would never say anything critical about them, campaigns would quickly turn into a procession of lies, exaggerations, and unrealistic promises. Candidates could misstate their previous records, present glowing accounts of their abilities, make promises they knew they couldn't keep -all with the smug assurance that no one would challenge their assertions.

Os dados apontariam, a princípio, para a irrelevância da propaganda negativa, cujos únicos benefícios seriam:

- maior capacidade de permanecer na memória dos eleitores;
- maior probabilidade de ser repercutidos na imprensa, gerando uma multiplicação gratuita de sua visibilidade;
- para candidatos novatos, a possibilidade de passar a impressão de serem “[...] *durões o suficiente para ser um líder*”³⁴⁸.

Este fato seria o responsável pela percepção geral de que este tipo de publicidade vem ganhando espaço; publicitários recomendariam sua utilização mais por sua aderência à memória do que pela sua eficácia na conquista de votos. Mas com isso permaneceria a pergunta: “[...] *se é assim, porque nos sentimos desconfortáveis em concluir que a propaganda negativa não funciona? Parece pouco razoável que milhões de dólares sejam gastos nisso para nada [...]*”, afinal, “[...] *mensagens negativas permeiam todas as eleições presidenciais e as mais disputadas para o Congresso e o Senado*”³⁴⁹.

A resposta impõe compreender que as pessoas não reagem da mesma forma aos mesmos estímulos. Ainda que efetivamente na média as pesquisas apontem a ineficácia da propaganda negativa, seus efeitos não são uniformes para todos os grupos. O estudo de Kim Fridkin e Patrick Kenney parece ir ao ponto, quando conclui que “[...] *nem todos os cidadãos são igualmente influenciados pela propaganda negativa*”. Os autores seguem afirmando que “[...] *seus efeitos são particularmente fortes para cidadãos com intolerância para a ‘política de ataque’ [...]*”, o que sugere que seu efeito “[...] *não é mínimo [...]*”, ao contrário, “[...] *multifacetado e sob certas circunstâncias, substancial*”³⁵⁰.

Dos estudos apontados, podem ser extraídas duas conclusões: ainda que a maior parte da literatura científica sugira que a propaganda negativa não tem maior efeito no

Every campaign speech could begin with the words, ‘I think I can say without fear of contradiction [...]’.” MAYER, William. *Idem, ibidem*, p. 442 (437-455).

³⁴⁸ LAU, Richard; POMPER, Gerald. Effectiveness of Negative Campaigning in U.S. Senate Elections. *American Journal of Political Science*, vol. 46, nº 1, jan. 2002, p. 48 (47-66).

³⁴⁹ FRIDKIN, Kim; KENNEY, Patrick. Variability in Citizen’s Reactions to Different Types of Negative Campaigning. *American Journal of Political Science*. Vol. 55, nº 2, abril 2011, p. 307 (307-325).

³⁵⁰ *Idem, ibidem*, p. 322.

convencimento dos eleitores que a propaganda positiva, seus dados ainda são conflitantes e, ao menos para certos grupos de eleitores, aparentemente a propaganda negativa tem algum efeito substancial.

Com estes fundamentos, é possível assentar que a propaganda eleitoral em sua vertente negativa, ainda que menos influente do que o senso comum lhe julga, apresenta algum grau de efeito sobre os eleitores. Esta possibilidade, ainda que em tese, justifica reconhecer a potencialidade de lesividade, a probabilidade de lesão pela veiculação de fatos falsos na propaganda eleitoral, condição vista como necessária para fundamentar a manutenção de sua criminalização³⁵¹. É possível reconhecer que ao menos para parcela da sociedade a propaganda negativa falsa acarreta uma crise no bem jurídico “liberdade de formação do voto”, cuja tutela penal, como visto, restaria legitimada.

Na mesma senda, a ciência política não logrou, até o momento, mensurar esta influência de forma segura, o que recomenda, por cautela, reconhecer sua potencial lesividade. Como dito anteriormente, o cientista do Direito não deve ser censor do legislador, cabendo-lhe recomendar a extirpação de uma norma posta exclusivamente nas hipóteses nas quais esta seja absolutamente incompatível com as exigências do Estado de Direito.

3.6.3 Os Efeitos *Underdog* e *Bandwagon*: o Bumerangue que se Volta contra quem Ataca

Antes de concluir pelo reconhecimento da lesividade em abstrato do delito do artigo 323 do Código Eleitoral, é oportuno tratar uma questão já ventilada quando se falou de pesquisas eleitorais no subitem 2.2.1: o controle dos efeitos de determinada propaganda eleitoral sobre o eleitorado. Como aventado no subitem anterior, a literatura científica consolidada aponta que o uso de propagandas negativas ao mesmo tempo em que atrai

³⁵¹ Mesma compreensão tem Luciano Anderson de Souza, quando diz que “[...] o que ora se defende, dessa maneira, é ser válido que, numa perspectiva *ex ante*, o legislador vede uma conduta em tese apta – conforme o conhecimento científico ou a experiência normal – a ofender um bem jurídico, com presunção relativa de perigo. Afasta-se, neste contexto, a adoção do princípio da precaução na construção de tipos penais. A seguir, no entanto, na aplicação da lei no caso concreto – perspectiva *ex post* – o juiz deve verificar não se houve um efetivo dano ou concretização do perigo ao bem jurídico, o que caracterizaria um crime de lesão ou de perigo concreto, respectivamente, mas se a presunção relativa de perigo se viu rechaçada por prova em contrário na situação concreta analisada, pois somente dessa forma se amolda a figura do perigo abstrato à exigência de lesividade, dentro de um direito penal garantista”. SOUZA, Luciano Anderson de. *Op. cit.*, p. 93.

alguns eleitores, afugenta outros do candidato que as veicula. Em regra, conforme visto, estes efeitos costumam se anular.

A preocupação aqui reside em saber se o candidato que se vale de uma determinada propaganda eleitoral negativa tem algum controle sobre o saldo destes dois efeitos conflitantes, denominados na literatura como efeitos *bandwagon* e *underdog*. A inserção deste tema no item que trata de lesividade justifica-se na medida em que, se demonstrada esta falta de controle, seria difícil sustentar uma vinculação entre a conduta incriminada e seu resultado. Dito de outro modo, o uso de uma propaganda negativa imporá risco ao menos igual de trazer benefício ou prejuízo a quem profere o ataque. Neste cenário, restaria ainda mais enfraquecida a já tênue lesividade justificada no subitem anterior.

A expressão *bandwagon* tem origem nas carroças colocadas à frente das caravanas que traziam os circos às cidades, nas quais se postava uma banda, tocando e chamando as pessoas. Seu significado hoje é o de “[...] um símbolo para um partido ou causa que aparenta sucesso; falamos sobre pessoas que querem escalar na *bandwagon* quando elas querem se associar a um partido ou causa vencedores”³⁵². Melhor dizendo, este é o rótulo atribuído à situação na qual a informação da existência de uma maioria que se forma em determinada direção atrai pessoas até então associadas à visão minoritária. Por outro lado, fala-se em um efeito *underdog* quando a informação sobre a formação de uma maioria em um determinado sentido “[...] leva algumas pessoas a adotarem a visão minoritária”³⁵³,
354

O tema tem especial relevo na análise das pesquisas eleitorais, já que eventual conclusão quanto à prevalência de um efeito sobre o outro poderia sugerir que as pesquisas são profecias autorrealizáveis. Em outras palavras, uma pesquisa que apontasse o crescimento de determinado candidato poderia acarretar uma mudança na visão de pessoas

³⁵² MARSH, Catherine. Back on the Bandwagon: The Effect of Opinion Polls on Public Opinion. *British Journal of Political Science*. Vol. 15, nº 1, jan. 1985, p. 51 (51-74).

³⁵³ *Idem, ibidem*.

³⁵⁴ No mesmo sentido é a explanação de Ian McAllister e Donley Studlar: “Briefly, the bandwagon effect has been the label applied to situations where information about majority opinion, widely dispersed in the community, causes some people to alter their opinion to accord with the majority view (Marsh 1984). This change could be a result of a conscious decision on the part of individuals to conform to what they perceive as the political norm; or it could be a subconscious decision, caused by the prevailing attitudes and values of the wider social context. By contrast, the under-dog effect suggests that the same information will cause some people to adopt a minority opinion; this change is more likely to be a conscious one, and to reflect sympathy for the minority view (Gartner 1976; Straffin 1977)”. McALLISTER, Ian; STUDLAR, Donley. *Bandwagon, Underdog, or Projection? Opinion Polls and Electoral Choice in Britain, 1979-1987*. *The Journal of Politics*. Vol. 53, nº 3, ago. 1991, p. 721 (720-741).

que até então apoiavam outros candidatos, alterando a realidade e confirmando a sua própria previsão.

Quanto às pesquisas eleitorais, o tema ganhou importância com o debate travado entre Walter Pierce, um congressista do estado norte-americano do Oregon, e George Gallup, na revista *The public opinion quarterly* de junho de 1940. O congressista sustentava a necessidade de controlar a realização e divulgação de pesquisas eleitorais, pois, em sua percepção, elas eram “[...] *as mais poderosas agentes atualmente usadas para influenciar a opinião pública [...]*”, afetando o eleitorado. Em apoio à sua tese, mencionou pesquisas divulgadas em 1924 e 1928 pela *Literary Digest*, que, em sua compreensão, teria beneficiado os candidatos vencedores Coolidge e Hoover³⁵⁵. Em sentido contrário foi o artigo de George Gallup³⁵⁶ e Saul Forbes Rae. Ao apontarem exemplos extraídos de eleições em Kentucky, Georgia, Louisiana e em pleitos presidenciais, concluem os autores que “[...] *não é o que as pesquisas publicam como opinião majoritária que é determinante das ações e atitudes políticas [...]*”, o que efetivamente influenciam estas categorias são “[...] *os eventos e experiências do dia a dia da massa das pessoas*”³⁵⁷.

Ainda com relação às pesquisas eleitorais, convém destacar que o medo da influência que sua divulgação pode ter sobre os eleitores, ou seja, o temor de que saldo resulte favorável ao efeito *bandwagon*, por vezes leva países a proibir sua utilização. É o

³⁵⁵ PIERCE, Walter. Climbing on the Bandwagon. *The Public Opinion Quarterly*. Vol. 4, nº 2, jun. 1940, pp. 241-243. Oliver Thomson, sobre o tema, afirma que “[...] research data other than on electoral swings is limited, but again it is fairly self-evident that when a propaganda message is seen by the audience to be winning approval, the members of the audience are more inclined to believe it. So conversion accelerates. There is a tendency for a swing in opinion towards what appears to be a winning majority view or away from a losing minority, because of the herd instinct. It can therefore be a technique of propaganda to create the impression of a majority swing even when this is not true: the use of plebiscites by Napoleon and Hitler or of opinion polls by modern political parties are examples. However, there is also a reverse bandwagon effect with those portions of any audience who prefer membership of the minority to the majority group”. THOMSON, Oliver. *Op. cit.*, p. 28.

³⁵⁶ Como já mencionado, George Gallup foi o fundador do American Institute of Public Opinion, depois batizado com seu nome. Sua importância como precursor no tema é fundamental, já que “[...] G. Gallup funda em 1935 un instituto de encuestas que después lo extenderá a Gran Bretaña (British Institute of Public Opinion, 1936) y otros países. En 1937 aparece la revista *Public Opinion Quarterly*. Em 1938 se funda em Francia el *Institute Française de l’Opinion Publique*, con su revista *Sondage*. En 1939 R. Likert se encarga de la sección de encuestas del Departamento de Agricultura norteamericano. En 1940 y 1941 se fundan, respectivamente, en las universidades de Princeton y Denver los primeros centros de investigación de la opinión pública. En Canadá y Australia se fundan en 1941 institutos análogos y, también por estas fechas, se van apareciendo nuevos institutos, como el italiano *Doxa* o al alemán *Demoscopia*, empresas privadas y revistas que se encargarán de realizar y difundir los estudios de opinión y opinión pública”. MONZÓN, CÁNDIDO. *Op. cit.*, pp. 82-83.

³⁵⁷ GALLUP, George; RAE, Saul Forbes. Is There a Bandwagon Vote? *The Public Opinion Quarterly*. Vol. 4, nº 2, jun. 1940, p. 249 (244-249).

caso de Portugal, por exemplo, que autoriza a veiculação deste tipo de sondagem apenas no dia imediatamente anterior às eleições e na própria data do pleito³⁵⁸.

Não é este o sentido que se pretende dar aos termos na presente pesquisa. Aqui, é feita a aproximação em razão do viés que sugerem no comportamento do eleitor: uma parcela de eleitores parece preferir adotar visões majoritárias, enquanto outra parte opta pelo contrário, quaisquer que fossem suas preferências anteriores³⁵⁹.

No âmbito da propaganda eleitoral, estes efeitos são tratados genericamente sob os termos “*backlash effect*” ou “*boomerang effect*”, representando situações nas quais a média das pessoas expostas a determinada propaganda negativa acaba empatizando com o lado ofendido. Ou seja, situações em que o saldo entre os que aprovam o ataque e os que o desaprovam tende para o segundo grupo, prejudicando o próprio autor das ofensas. Este efeito, é de se observar, existe em qualquer tipo de propaganda negativa, mesmo naquelas sumamente comparativas, não ofensivas ou falseadas. Ele é substancialmente maior no

³⁵⁸ Comentado a alteração do artigo 81 da Lei nº 10/2000, de 21 de junho, que impôs esta restrição em Portugal, diz José Andrade Pereira que “[...] os defensores da Lei, porém contra argumentaram que, por um lado, no final da campanha eleitoral os eleitores têm já uma opinião de voto formada e, portanto, menos susceptíveis de serem influenciados pela notícia de última hora de uma qualquer sondagem e, por outro lado, a eventual ‘monstruosidade’ da notícia confrontada quase de imediato com a realidade (o resultado da eleição) só contribuirá para o descrédito dos que prepararam e difundiram sondagens não realizadas com os critérios de rigor e cientificidade próprias” (pp. 57-58). Acerca da influência dos resultados das pesquisas sobre os eleitores, diz o autor que “[...] cremos não poder afirmar-se categoricamente que o conhecimento dos elementos fornecidos pelas sondagens é, de todo, irrelevante na formação dessa decisão. Não pode garantir-se que o eleitor não se decida a abandonar o seu partido porque outro, segundo a sondagem, tem melhores chances de conseguir o poder. Não se pode asseverar que não haja eleitores que, motivados pelo efeito da simpatia pelos perdedores, votem contra o partido vencedor, segundo a sondagem, até para evitar que este tenha maioria absoluta. Não se pode excluir que o eleitor simpatizante de determinado partido de esquerda, vendo, pela sondagem, que outro partido de esquerda está melhor colocado se determine a votar neste para garantir a vitória da esquerda. Pelo contrário, as hipóteses do chamado ‘voto útil’ ou ‘voto estratégico’ são numerosas. Podem, assim, ser múltiplas as hipóteses em que o acesso aos dados das sondagens pode influir o comportamento último do eleitor. O que não significa necessariamente que essa influência altere o resultado da eleição, quer por não atingir número significativo de eleitores, quer porque, normalmente, ela se dirige em sentidos diversos ou opostos em termos de não alterar o resultado global. Acresce que as pessoas bem informadas sobre as sondagens são também aquelas que têm as convicções políticas mas firmes e, por isso, as menos influenciáveis”. PEREIRA, José Andrade. As pesquisas de opinião e a influência na escolha do eleitor. Eleições: revista de assuntos eleitorais, nº 9, setembro de 2005, p. 54 (49-58). Vale ponderar que a adoção de estratégias por parte dos eleitores, como o caso do “voto útil”, não parece negativa *per se*. A escolha de um mal menor, na visão de determinado eleitor, com chances de vitória, parece motivo adequado para se levar em conta no momento da formação do voto.

³⁵⁹ Esta aproximação também é feita por María José Canel quando diz que “[...] en terminología anglosajona se ha denominado efecto bandwagon al que produce en los votantes la previsión de los resultados de las elecciones. Por temer a quedarse aislado, a no estar con la mayoría, el votante opta por aquel partido político que cree va a ser el ganador, apuntándose así al ‘carro del vencedor’. Está el efecto contrario, el voto de aquel que quiere evitar que gane el partido que se prevé. El efecto underdog es el que padece aquella persona que vota a un candidato que está siendo injustamente atacado”. CANEL, María José. *Op. cit.*, pp. 42-43.

caso do uso de informações falsas, quando a inverdade é apontada, seja pelo candidato, seja pelo partido ofendido, seja, ainda, pela imprensa.

Assim como na análise empreendida no subitem anterior, a literatura científica não logrou até o momento se solidificar quanto à prevalência de um ou outro efeito. É certo que há diversos estudos apontando uma frequência maior do efeito *bandwagon*. Significativas, neste sentido, as pesquisas de Stephen Ceci e Edward Kain³⁶⁰, bem como a de Ian McAllister e Donley Studlar³⁶¹. Outros, entretanto, reiteradamente sustentam a impossibilidade de prever qual efeito prevalecerá, ainda que admitindo que em regra um será maior que o outro³⁶². Estes estudos centram foco nos efeitos *bandwagon* e *underdog* em relação a resultados de pesquisas eleitorais; a questão torna-se mais complexa no que diz respeito à propaganda eleitoral negativa.

Estudo já mencionado de Richard Lau e Ivy Brown Rovner aponta que o eleitor tem maior tolerância com determinados tipos de ataques feitos por um candidato a outro do que a outros. Em relação a alguns, que julga oportunos, tende a prevalecer o efeito *bandwagon*, havendo maior concordância com as críticas – fundadas em fatos verdadeiros ou falsos. Com relação a outros, a resposta dos eleitores inverte-se, atraindo um maior efeito *underdog* em relação ao candidato acusado e, em decorrência, ocasionando um efeito bumerangue em quem proferiu o ataque. A porcentagem de eleitores³⁶³ que leva em consideração ataques decresce de quase oitenta por cento para menos de oito por cento³⁶⁴.

³⁶⁰ Os autores analisam as eleições presidenciais norte-americanas de 1980, entre Carter e Reagan, e concluem haver um ligeiro saldo do efeito *bandwagon* sobre o efeito *underdog*. Curioso que eles sustentam haver um afastamento significativo da figura que aparenta domínio (em face da informação de que está liderando as pesquisas), que não necessariamente se canaliza para o lado visto como mais fraco. Aparentemente, há um perfil de pessoas que apesar de não querer estar ao lado do vencedor, prefere não se vincular ao perdedor: CECI, Stephen; KAIN, Edward. Jumping on the Bandwagon With the Underdog: The Impact of Attitude Polls on Polling Behavior. *The Public Opinion Quarterly*. Vol. 46, nº 2, verão 1982, pp. 228-242.

³⁶¹ Esta pesquisa tem por pano de fundo a Grã-Bretanha entre os anos de 1979 e 1987. Os autores concluem haver uma prevalência do efeito *bandwagon* sobre o *underdog*, questionando, contudo, a viabilidade de aferir se as pessoas realmente mudam suas decisões de voto em função especificamente do resultado das pesquisas e da vontade de se colocar ao lado do partido com maiores chances de vitória: McALLISTER, Ian; STUDLAR, Donley. Bandwagon, Underdog, or Projection? Opinion Polls and Electoral Choice in Britain, 1979-1987. *The Journal of Politics*. Vol. 53, nº 3, ago. 1991, pp. 720-741.

³⁶² Neste sentido, SIMON, Herbert. Bandwagon and Underdog Effects and the Possibility of Elections Predictions. *The Public Opinion Quarterly*. Vol. 18, nº 3, outono 1954, pp. 245-253.

³⁶³ O estudo tomou por base eleitores do estado norte-americano da Virgínia no ano de 1998, obtidos do Sorenson Institute for Political Leadership.

³⁶⁴ Os respectivos percentuais de eleitores que aprovam ataques sobre determinados temas são: 80,7% - políticos que afirmam uma coisa e votam de modo diverso no Parlamento; 75,8% - histórico de votação de um candidato; 71,0% - práticas nos negócios pessoais do candidato; 70,7% - recebimento de doações eleitorais de grupos de interesse; 63,0% - recebimento de doações de pessoas com problemas éticos; 56,1% -

Outra importante pesquisa, esta confirmando a prevalência do efeito bumerangue, foi realizada por Gina Garramone com eleitores do estado de Michigan, em 1982, na semana anterior às eleições congressuais. O objetivo primeiro da propaganda negativa falsa, por óbvio, é influenciar o eleitor de modo a que este se coloque contrário ao candidato atacado e, portanto, mais favorável ao patrocinador do ataque. Em contrapartida, a percepção de que um ataque funda-se em fatos falsos inverte esta tendência, atraindo contra o patrocinador da publicidade o efeito *backlash* ou bumerangue³⁶⁵.

Após analisar os dados coletados, a autora conclui que a maior parte do eleitorado consegue identificar os traços de falsidade na propaganda e, nestas hipóteses, quarenta por cento deles colocam-se contra o patrocinador da publicidade, enquanto apenas quatro por cento permanecem contra o candidato que sofreu o ataque³⁶⁶; seguindo na discussão dos dados, aponta o artigo que eleitores mais velhos tendem a simpatizar mais com os candidatos atacados, mesma conclusão a que se chega em relação aos eleitores de maior grau de instrução³⁶⁷.

Estudo que chegou a resultado semelhante foi conduzido por Chingching Chang durante a campanha para a prefeitura de Taipei, em Taiwan, no ano de 1998. Ao ouvir setecentos e cinquenta e quatro pessoas, o autor concluiu que, em regra, as preferências partidárias influenciam a reação do eleitorado à publicidade eleitoral. O eleitor que tem

problemas atuais com drogas ou álcool; 45,1% - casos extramaritais atuais; 37,1% - ações políticas dos líderes partidários do partido ao qual vinculado o candidato; 27,8% - casos extramaritais passados; 25,9% - problemas com drogas ou álcool passados; 19,1% - questões da vida pessoal de líderes partidários do partido ao qual vinculado o candidato; 7,7% - comportamento de membros da família do candidato: LAU, Richard; ROVNER, Ivy Brown. *Op. Cit.*, p. 290.

³⁶⁵ “Negative political advertising may achieve its intended effects, but it may also produce boomerang effects. A strong attack on a candidate, if perceived by the audience as untruthful, undocumented, or in any way unjustified, may create more negative feelings toward the sponsor, rather than toward the target. Similarly, an attack perceived as unjustified may generate more positive feelings toward the target”. GARRAMONE, Gina M. Voter Responses to Negative Political Ads. *Journalism Quarterly*, vol. 61, issue 2, verão 1984, p. 251 (250-259).

³⁶⁶ “The negative political commercials recalled by the respondents were perceived as lacking complete truthfulness. Only 10% evaluated the commercials as “very” truthful, 54% as “somewhat” truthful, and 36% as “not at all” truthful. The impact of the commercials on attitude toward the sponsoring candidate was distinctly negative. Only 4% of the respondents reported becoming more positive, while a full 40% became more negative. The negative impact on feelings toward the sponsor was not compensated for by increased negative feelings toward the target. Respondents were similarly likely to become more positive (10%) as more negative (15%) toward the target; 75% of the respondents reported no change”. GARRAMONE, Gina M. *Idem, ibidem*, p. 253.

³⁶⁷ “The findings noted thus far become more informative when examined for certain subgroups of the electorate. Of the demographic variables, age is the strongest predictor, with older voters perceiving the commercials as less truthful, less approving, and more favorably influenced toward the target than younger voters. Highly educated voters are more likely to be negatively influenced regarding the sponsor than less educated voters”. GARRAMONE, Gina M. *Idem, ibidem*, p. 259.

preferência partidária tende a acreditar mais na propaganda veiculada por seu partido e ser mais persuadido por ela. Este cenário, no entanto, não se confirma em relação à propaganda negativa, para a qual mesmo os eleitores próximos ideologicamente a um partido tenderiam a refutar este tipo de prática, punindo os candidatos que dela se valem³⁶⁸.

Em pesquisa que analisou os resultados de outros estudos da literatura, Cwalina Wojciech, Andrzej Falkowski e Bruce Newman sustentam que, mesmo sem uniformidade quanto ao conceito de negatividade na apreciação do conteúdo das propagandas, “[...] a probabilidade de sucesso de uma campanha negativa é de 30 por cento [...]”, sendo relevante também a verificação do meio empregado para sua difusão³⁶⁹.

É dos mesmos autores a conclusão que aponta um menor risco de efeito bumerangue quando o ataque não é feito diretamente pelo candidato interessado, mas mediante grupos organizados que comprem espaço publicitário para este fim³⁷⁰. Esta alternativa, autorizada pela legislação norte-americana para os denominados *Political Action Committees*, não encontra suporte legal no Brasil³⁷¹. A obrigatoriedade da identificação do candidato ou partido autores da publicidade evita ou, ao menos, restringe esta estratégia.

Além destes fatores, é de se considerar ainda que as pessoas tendem a crer com mais facilidade nas informações que confirmam suas expectativas e, por outro lado, descrer daquelas que infirmam suas convicções. Este fenômeno é reconhecido inclusive pela neurociência, parecendo fazer parte da própria arquitetura do cérebro humano. Não por outro motivo que “[...] as pessoas encontram razões para continuar apoiando os candidatos políticos de sua preferência mesmo quando eles são acusados de graves e

³⁶⁸ CHANG, Chingching. Party Bias in Political-Advertising Processing. *Journal of Advertising*. Vol. 32, issue 2, verão 2003, pp. 55-67.

³⁶⁹ CWALINA, Wojciech; FALKOWSKI, Andrzej; NEWMAN, Bruce. *Op. cit.*, p. 228. Tradução livre.

³⁷⁰ “The experiment results showed that both sponsor and rebuttal factors determined the impact of the negative ad on perceptions of the candidates and vote intentions. Independent sponsorship was more effective than candidate sponsorship, resulting in greater intended effects against the targeted candidate and reduced backlash effects against the opponent. Rebuttal by the target candidate increased backlash against the opponent, but failed to influence perceptions of the target. (...) The direct implication for campaign planners is to leave the ‘dirty work’ do independent organizations”. CWALINA, Wojciech; FALKOWSKI, Andrzej; NEWMAN, Bruce. *Op. cit.*, p. 230.

³⁷¹ “Because consultants and candidates fear such an effect [backlash], attack ads are frequently sponsored by a group that is technically not a part of the campaign, frequently a political action committee. However, in many of the campaigns since 1984, consultants and candidates appear to have decided that the risk of backlash is acceptable because of the research that indicates that ‘over time voters tend to forget the origins of the political messages while retaining their content’.” TRENT, Judith S.; FRIEDENBERG, Robert V.; DENTON JR., Robert E. **Political campaign communication: principles and practices**. 7ª ed. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, 2011, pp. 173-174.

comprovados deslizes [...]” e, na mesma toada, “[...] acreditam em comentários de terceira mão sobre qualquer ilegalidade como prova de que o candidato do outro partido deveria ser banido da política de uma vez para sempre”³⁷².

Ante este cenário, parece seguro concluir que, mesmo sem a precisão técnica desejada, no que pertine à propaganda eleitoral negativa, a predominância de um efeito sobre o outro depende do conteúdo das acusações lançadas. O eleitor logra traçar uma diferença entre ataques factualmente relevantes para o cargo pretendido e aqueles cujo único propósito é denegrir a imagem do acusado. De qualquer forma, é certo que o candidato que opta por lançar acusações em sua propaganda eleitoral – verdadeiras ou falsas – tem pouco ou nenhum controle sobre o saldo de respostas dos eleitores: se positivo ou negativo em relação às suas preferências prévias.

Com estas ponderações, é de se concluir que o teste de verificação da lesividade da conduta prevista no artigo 323 do Código Eleitoral tem resultado ao menos duvidoso. Quatro são as razões para tanto:

- a propaganda política aparentemente só tem pleno efeito em regimes totalitários, por abarcar todos os aspectos da vida das pessoas e, em especial, quando inexistente espaço para contestação por meio de propaganda em sentido contrário;
- a formação do voto dos eleitores depende pouco da propaganda eleitoral, ainda que esta tenha algum papel, mesmo que pouco relevante;
- a propaganda eleitoral negativa, conquanto seja mais lembrada pelo eleitor, não se mostra mais eficaz que a positiva para granjear apoio e conquistar votos;
- o candidato que opta por se valer de propaganda negativa, verdadeira ou falsa, tem pequeno grau de controle, se algum, sobre os seus resultados, favoráveis ou desfavoráveis à sua pretensão³⁷³.

Não se refuta a possibilidade de novos avanços científicos atingirem precisão tal na mensuração dos efeitos da propaganda negativa sobre a formação do voto do eleitor, que permitissem aferir com maior certeza sua lesividade. Pior, ainda analisando hipotéticos

³⁷² MLODINOW, Leonard. *Op. cit.*, p. 246.

³⁷³ “The results of the influence of negative TV advertising on voter preference suggest that it is very seldom consistent with the intentions of the sender of such messages”. CWALINA, Wojciech; FALKOWSKI, Andrzej; NEWMAN, Bruce. *Op. cit.*, p. 234.

cenários futuros, seria o avanço de outro campo, a neurociência, possivelmente capaz não apenas de identificar os mecanismos pelos quais são tomadas as decisões, mas de influir nelas. Esta perspectiva ilustra a obra de Francisco Misiego, quem afirma ser

“[...] possível que as aplicações das neurociências ao mundo do marketing e da comunicação (que denominamos ‘neurocomunicação’ e ‘neuromarketing’) estejam mudando os fundamentos e os modos de fazer de todo o sistema, da publicidade, da informação, do aprendizado”³⁷⁴.

Misiego postula, após explanação da fisiologia do cérebro, que é possível influenciar diretamente o sistema límbico, nível do cérebro pouco acessível ao pensamento consciente e responsável pelas emoções e memórias. Como já dito, são as emoções as responsáveis por parcela considerável do comportamento humano, já que “[...] *o ser humano, mais do que pensar, o que faz é sentir e se emocionar; tudo muito distante do conceito racionalista e as emoções são, nem mais nem menos, que o que une mente e corpo*”³⁷⁵.

A se chegar a este ponto, o problema não seria o conteúdo falso do quanto propalado, mas a própria forma de veiculação da mensagem e seus elementos subliminares. Neste sentido, necessário seria incrementar um controle formal, mais do que de conteúdo, se este último for compreendido como a porção da mensagem que pode ser conscientemente apreendida pelo eleitor. Cores, música de fundo, entonação de voz e outros elementos que podem desencadear reflexos inconscientes no eleitor³⁷⁶ haveriam de

³⁷⁴ Segue Francisco Misiego com o alerta: “[...] el potencial de estas investigaciones tiene una gran influencia no solo en los aspectos relacionados con la salud o biología, sino también en las ciencias sociales. Y en el caso que nos ocupa, en el concepto de marketing político y electoral y, en definitiva, del poder. No seamos catastrofistas, pero si de verdad se consigue averiguar cómo pensamos y por qué actuamos, este saber tiene un potencial importante que debería ser limitado”. MISIEGO, Francisco. **Neuromarketing político**. 2ª ed. Madri: Rasche, 2011, p. 21. Tradução livre.

³⁷⁵ MISIEGO, Francisco. *Op. cit.*, pp. 38-43. Tradução livre. O autor afirma que “[...] en política la emoción gana siempre. En un proceso electoral, las imágenes, los valores, los sentimientos y las palabras ganan, mientras la lógica tiene un papel meramente de apoyo: un buen discurso lleno de metáforas ganará” (p. 49). Em outro trecho, “[...] lo que podría considerarse un clásico de una campaña política – un partido o en su caso un candidato intenta captar la atención del votante basándose en argumentos racionales como un proyecto de sociedad y un trasnochado programa político, a ser posible grande en volumen y escueto en contenido –, ha desaparecido. Ahora lo importante es comunicar emociones” (p. 57).

³⁷⁶ *Idem, ibidem*, pp. 87-102.

sofrer controle formal, independentemente do grau de veracidade da mensagem propriamente transmitida³⁷⁷.

Diante do quanto visto neste subitem, portanto, ainda que admissível a existência de algum perigo de lesão ao bem jurídico identificado, não se tem como precisar se o grau máximo desta lesão é suficiente para superar o critério da lesividade. Afinal, conforme sustentado, o Direito Penal não se volta à proteção de qualquer lesão, mesmo em relação a bens jurídicos relevantes, mas só àquelas tidas por insuportáveis para o corpo social. Porém, ante a premissa assumida neste trabalho, de analisar com o maior grau possível de tolerância a legislação posta, é possível considerar superado também o terceiro passo do teste proposto, admitindo a probabilidade de lesividade, não sem certa cautela.

3.7 SUBSIDIARIEDADE E POSSIBILIDADE DE OUTRAS SOLUÇÕES NÃO PENAIS

Quarto teste sugerido nesta pesquisa é o da subsidiariedade. Conforme sustentado, a tutela do Direito Penal somente tem razão de ser em hipóteses nas quais as demais formas de controle, jurídicas ou não, mostram-se incapazes de resolver a crise de segurança do bem jurídico. Isso significa que mesmo reconhecendo a legitimidade do bem jurídico e restando superados os critérios de fragmentaridade e lesividade, ainda assim não será legítima a incriminação se outras vias menos dolorosas³⁷⁸ ao autor e à sociedade obtiverem êxito no controle da conduta indesejada.

³⁷⁷ De acordo com Kevin Randall, as ferramentas de neuromarketing já estão sendo testadas e utilizadas com graus variados de sucesso. O Brasil, inclusive, seria um importante campo de testes, havendo referência quanto ao seu uso ao menos desde a eleição geral de 2010: “Political neuromarketing appears to be better developed and applied outside the U.S., with South America and Asia serving as testing grounds for consultants. A number of neuromarketing experts confirmed that fMRI techniques were employed by campaigns in Brazil’s 2010 national general election, and that it led to tweaked ads -- and ballot box successes in early October”. RANDALL, Kevin. How neuromarketers tapped the vote button in your brain to help GOP win the House. <<http://www.fastcompany.com/1699985/how-neuromarketers-tapped-vote-button-your-brain-help-gop-win-house>>. Acesso em 2/5/2014.

³⁷⁸ Ainda que amplamente majoritário, o entendimento de que a sanção penal é a mais grave forma de punição imposta pelo Estado não é unânime. Vale, por todos, a posição de Gerhard Seher, para quem “[...] la pena en sí no se identifica como la sanción más dura del Estado en cuanto a la causación del mal impuesto”. Funda seu posicionamento no fato de que muitas são as vezes nas quais não se aplica efetivamente a restrição de liberdade, ocorrendo as suspensões de processos ou penas e as multas. SEHER, Gerhard. ¿Puede ser ‘subsidiario’ el Derecho penal? Aporías de un principio jurídico ‘indiscutido’. In: VON HIRSCH, Andrew; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang; ROBLES PLANAS, Ricardo (Org.). **Límites al derecho penal: principios operativos en la fundamentación del castigo**. Barcelona: Atelier, 2012, pp. 138-143. Em sentido contrário, por todos, vale transcrever as colocações de Moccia: “De hecho, más allá de perspectivas liberales de mera intimidación – cuya persecución no es aceptada por nuestro orden constitucional –, la pena

Jakobs diz que

“[...] somente se podem considerar legítimas as normas jurídico-penais quando sua função não pode ser assumida por outros instrumentos de regulação do contato social, seja mediante dissuasão policial, assistência jurídico pública, responsabilidade civil, autoproteção da vítima, assim como mediante instituições de controle social e outras”³⁷⁹.

Para Schünemann, o debate em torno da subsidiariedade não deve generalizar hipóteses, mas estar fundado “[...] em uma construção de grupos de casos que parta do bem jurídico protegido, que leve em consideração os caminhos que conduzem a sua lesão em determinado contexto histórico-social, como também os recursos disponíveis para sua proteção”³⁸⁰. Este foi o caminho traçado até aqui, o que implica, agora, assentar que dois são os caminhos que se colocam para verificação em concreto da subsidiariedade no delito do artigo 323 do Código Eleitoral: a análise dos demais meios jurídicos não criminais já positivados, sopesando sua eficiência no controle do perigo de lesão ao bem jurídico e a existência de outras opções não jurídicas de controle.

Conforme ventilado no subitem 2.6.2, a Justiça Eleitoral promove o controle material das propagandas eleitorais, simultaneamente, por vias cíveis e criminais. Importa,

representa de cualquier modo la más grave limitación a la libertad y a la personalidad individual; este dato, reafirmado por el principio de tutela de la libertad y personalidad individual (...) comporta la muy notable consecuencia de la constitucionalización del principio de extrema ratio”, MOCCIA, Sergio. **De la tutela de bienes a la tutela de funciones**: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales. Tradução do italiano para o espanhol de Ramon Ragués Vallès. In: SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María (Ed.). **Política criminal y nuevo Derecho penal**: libro homenaje a Claus Roxin. Barcelona: Bosch, 1997, p. 138.

³⁷⁹ Para Jakobs, contudo, não há que se falar em subsidiariedade se os custos da medida alternativa ao Direito Penal tenham que ser suportados por pessoa diversa daquela que é responsável pelo conflito a ser resolvido. Isso porque, “todo conflicto puede solucionarse mediante la renuncia al contacto social, así como otros muchos mediante la autoprotección de la víctima, pero la obligación de asumir estos costes no se puede fundamentar por lo general aduciendo que son menos gravosos que la pena”. JAKOBS, Günther. **Derecho penal – parte general**. Fundamentos y teoría de la imputación. 2ª ed. corregida. Madri: Marcial Pons, 1997. Tradução do alemão para o espanhol de Joaquín Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. p. 61. Respeitando a posição exposta, é de se ponderar que os custos envolvidos com a aplicação da sanção penal recaem sobre a sociedade como um todo, ainda que preponderantemente sobre o autor. Deste modo, interessa também à sociedade reduzir o espectro de aplicação do Direito Penal, ainda que o preço venha a repercutir sobre parcela desta própria sociedade.

³⁸⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. **¡El derecho penal es la última ratio para la protección de bienes jurídicos!** Sobre los límites inviolables del derecho penal en un Estado liberal de Derecho. Tradução do alemão para o espanhol de Ángela de la Torre Benítez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Cuadernos de Conferencias y Artículos nº 38, 2007, p. 57. Vale destacar a crítica que Schünemann faz à visão da subsidiariedade como usualmente compreendida. Segundo o autor, a aplicação de formas administrativas de sancionamento, por vezes, torna-se mais intensa e rigorosa do que o uso do Direito Penal, dando como exemplo as incontáveis multas de trânsito aplicadas a cada ano na tentativa de controle das regras de tráfego.

assim, compreender quais são os meios não criminais e suas consequências, de modo a que se possa apreciar se são suficientes para afastar o perigo do bem jurídico e, ao mesmo tempo, apenar o candidato que se vale de propaganda eleitoral mentirosa.

O Código Eleitoral já traz em seu artigo 343 a proibição, na esfera cível, da veiculação de uma série de conteúdos na propaganda eleitoral. Veda-se, dentre eles, a publicidade que “[...] *caluniar, difamar ou injuriar quaisquer pessoas, bem como órgãos ou entidades que exerçam autoridade pública*”³⁸¹. O mesmo artigo, em seu parágrafo segundo, assegura “[...] *o direito de resposta a quem for injuriado, difamado ou caluniado através da imprensa, rádio, televisão ou alto-falante*”. É inegável que em sede de controle cível, no qual a taxatividade é compreendida com maior elasticidade, não se tem maior problema em estender esta proteção a ofensas proferidas por quaisquer meios, não apenas naqueles comuns em 1965, quando da promulgação da norma.

A não ser em relação à falsidade autojactante, as demais hipóteses de mentiras contidas no artigo 323 do Código Eleitoral certamente configuram ofensa a alguém, autorizando a utilização desta via. Mesmo para a falsidade utilizada em benefício próprio, sem ofender outros candidatos, sem dúvida tem espaço a aplicação do amplo artigo 242 do Código Eleitoral, cujo texto veda a realização de propaganda eleitoral que empregue “[...] *meios publicitários destinados a criar, artificialmente, na opinião pública, estados mentais, emocionais ou passionais*”³⁸².

³⁸¹ Artigo 243, IX, do Código Eleitoral.

³⁸² O artigo 242 merece severas críticas por sua completa incompatibilidade com o próprio conceito de propaganda eleitoral. O intuito único de qualquer propaganda eleitoral é o convencimento do eleitor, o que somente pode se dar mediante a criação de um estado artificial, dado que se fosse se depender de uma mudança “natural” do posicionamento do eleitor, desnecessária seria a propaganda. Mais do que isso, ele se aferra a uma distinção marcadamente iluminista, que resgata a lógica aristotélica, para afirmar que existe uma persuasão boa, marcadamente racional, e uma manipulação ruim, essencialmente emotiva. Assim, qualquer apelo à emoção é tido como nefasto, enquanto apenas a via da razão é considerada nobre. Ainda que fosse válida a distinção, com o que não se concorda, no mínimo seria de se admitir que mesmo o convencimento racional impõe a criação de um ‘estado mental artificial’, o que já atrairia a incidência da norma proibitiva. A discussão é travada em profunda obra de Lourdes Martín Salgado. Afirma a autora que “[...] en el debate sobre la calidad de la información que se da en las campañas, algunos autores adoptan una posición extrema y defienden que la distinción entre lo que es ético y lo que no es equivale a la distinción entre el discurso racional y el emocional (...). Los defensores acérrimos de la racionalidad afirman que, para que la persuasión sea ética, tiene que limitar los argumentos a forma de estricta lógica. Establecen por tanto que hay una separación nítida entre razón y emoción, suponiendo que los ‘hechos’ pertenecen a la primera y proponiendo la eliminación de cualquier apelación a los afectos. Creer que los hechos apelan a la razón y los argumentos ‘irracionales’ a la emoción es una opinión bastante generalizada (...). Demostraremos aquí, sin embargo, que se trata de una distinción equívoca y confusa. Los persuasores pueden utilizar hechos para manipular nuestras emociones y aun así presentarse como el paradigma de la lógica. Y puesto que muchas de las actitudes que la gente sostiene, incluyendo las políticas, están basadas en afectos, al menos en parte, un persuasor no debería esperar ejercer una gran influencia sobre un auditorio sin apelar a las emociones”.

A retirada do ar e a proibição de nova veiculação das ofensas resta garantida pelos meios previstos na Lei nº 9.504/97, mormente em seus artigos 53, § 2º, 57-D, 58 e 96. A tutela é ampliada para abranger a publicidade que “[...] possa degradar ou ridicularizar candidatos [...]”, conforme o texto do artigo 53, § 1º, sujeitando os infratores à perda de tempo de televisão e rádio, além de determinar a vedação da veiculação (artigo 53, § 2º) e a concessão do direito de resposta (artigo 58).

Garantia similar é outorgada pela legislação à publicidade veiculada na Internet, nos termos das regras trazidas pelas Leis nºs 12.034/09 e 12.891/13. Nestas hipóteses, a tutela também abrange a retirada do ar da publicidade (artigo 57-D, § 3º) e o direito de resposta (artigo 57-D). Para os casos de Internet, a Lei nº 12.034/09 agregou ainda um reforço punitivo, permitindo a retirada do ar de *sites* que mantenham material ofensivo contra candidato, a despeito de ordem contrária por parte da Justiça Eleitoral (artigo 57-I).

Vale destacar que a Justiça Eleitoral, por reunir competências típicas de execução, ao lado das jurisdicionais, recebe ainda Poder de Polícia para atuar em relação à propaganda eleitoral, de acordo com o artigo 41, § 1º da Lei nº 9.504/97. A atual jurisprudência refuta que sejam aplicadas sanções de ofício, mas é comum a determinação *ex officio* da retirada de publicidade que viole as normas legais, dentre as quais as de conteúdo ofensivo ou imoral, por exemplo.

O procedimento cível de apuração destas condutas se dá ora pelo rito do artigo 58, se direcionado à obtenção do direito de resposta, ora pelo do artigo 96, ambos da Lei nº 9.507/94, se cabível outra sanção, como a glosa de tempo de televisão e rádio ou a retirada de *sites* da Internet. De uma forma ou de outra, os processos tramitam com impressionante agilidade para os padrões jurídicos, não apenas penais, mas cíveis não eleitorais, inclusive. Alia-se aos estreitos prazos³⁸³ a ausência de efeito suspensivo nos recursos eleitorais,

MARTÍN SALGADO, Lourdes. **Marketing político**: arte y ciencia de la persuasión en democracia. 2ª ed. Barcelona: Paidós, 2002, p. 38. Cabe destacar, por oportuno, que a propaganda há de ser interessante ao espectador, de modo a cativá-lo a absorver o seu conteúdo. Sobre o tema, valem as colocações de Oliver Thomson: “[...] propaganda which lacks any emotive ritual or entertainment theme tends only to appeal to the minority who appreciate logic or are otherwise motivated to meet the propagandist half way. Majorities, as Worthington put it, are controlled by manipulating their instincts and emotions rather than by changing their reasoning”. THOMSON, Oliver. *Op. cit.*, p. 24.

³⁸³ O prazo de resposta (contestação) às representações eleitorais varia de vinte e quatro horas, em caso de direito de resposta, a quarenta e oito horas, para os demais. Não há dilação probatória, sendo obrigatória a juntada aos autos, com a inicial ou resposta, de toda prova disponível. Contra a sentença de primeira instância tem-se prazo de vinte e quatro horas para recurso, ao qual se segue o mesmo interregno para apresentação de contrarrazões.

prevista no artigo 257 do Código Eleitoral, e se tem um subsistema que fornece respostas rápidas e de cumprimento praticamente imediato.

Mas outra sanção mais grave que a mera garantia do direito de resposta e a proibição da veiculação da publicidade também está prevista no ordenamento jurídico. O artigo 222 do Código Eleitoral tem por anulável a votação “[...] *quando viciada de falsidade, fraude, coação (...) ou emprego de processo de propaganda ou captação de sufrágios vedado por lei*”. A anulação do pleito impõe consignar, afasta o candidato que lhe deu causa da possibilidade da disputa das eleições que forem chamadas em suplementação. Tem-se, pois, sanção extremamente rigorosa e absolutamente direcionada a anular as pretensões do candidato que falta com a verdade na publicidade eleitoral.

Além da atuação da Justiça Eleitoral, essencial é ponderar quanto a outras formas sociais de controle sobre a veracidade da publicidade eleitoral, especificamente as possibilidades de autoproteção individual e coletiva. Para Jescheck, o controle penal não tem natureza primária, pois “[...] *a convivência das pessoas se desenvolve inicialmente conforme as regras tradicionais (normas), que em seu conjunto integram a ordem social [...]*”, cuja vigência independe de coação externa³⁸⁴.

O primeiro conceito diz respeito ao nível de dever que se pode exigir dos próprios cidadãos de verificarem a veracidade das propagandas eleitorais que lhes são dirigidas. A pessoa é o primeiro guardião de si mesma. Por mais que a visão contratualista do Estado imponha admitir que os cidadãos outorguem ao Estado a proteção de sua segurança, é certo que tal ficção não pode ir além do limite do razoável³⁸⁵. O tema foi suscitado por Schünemann com sua “máxima vítima-dogmática”, vista como elemento do princípio de *ultima ratio*, segundo a qual “[...] *devem eliminar-se do âmbito da punibilidade todos aqueles comportamentos frente aos quais a vítima não merece nem necessita de proteção, pois ela mesma pode se proteger suficientemente, bastando que queira*”. A tese, proposta inicialmente como ferramenta hermenêutica destinada à aplicação da norma penal, também deve ser entendida “[...] *como uma restrição do Direito penal que limita a*

³⁸⁴ JESCHECK, Hens-Heinrich; WEIGEN, Thomas. *Op. cit.*, p. 2.

³⁸⁵ Mesmo raciocínio pode ser aplicado ao caso do controle das inelegibilidades, com a adoção dos rígidos critérios trazidos pela Lei Complementar nº 135 de 2010, alterando a Lei Complementar nº 64 de 1990. Cabe perquirir se parcela relevante da responsabilidade de escolha do eleitor não é transferida, já desde o momento do registro das candidaturas, para o Poder Judiciário.

discricionarieidade do poder legislativo devido à sua derivação do princípio da ultima ratio”³⁸⁶.

Hirsch, Seelmann e Wohlers, de forma clara, incluem a autoproteção na subsidiariedade, traçando leitura sob a égide do conceito de *mediating principles*³⁸⁷, reconhecendo que “[...] *se espera de vítimas potenciais que adotem medidas para sua própria proteção*”. Muito apropriado ao delito em análise, em vista do reconhecimento da baixa probabilidade de lesividade no subitem anterior, seguem os autores afirmando que “[...] *quando os perigos vinculados às condutas incriminadas ameaçam produzir danos que são demasiadamente improváveis ou triviais [...]*”³⁸⁸, não se deve considerar razoável a imposição da sanção penal.

No caso específico do voto, esta questão ganha contornos distintos, já que a Constituição Federal prevê a obrigatoriedade do voto em seu artigo 14, §1º, I. Mais do que um direito, que pode ou não ser exercido, o voto eleva-se a dever da cidadania. Como visto antes, o exercício desta prerrogativa abrange não só o seu aspecto formal, mas também todas as demais circunstâncias que são inerentes ao conceito de voto livre, dentre as quais tem destaque a obtenção de informação para o sufrágio. Assim, se não é possível exigir de forma absoluta do cidadão que proteja seu patrimônio como condição para que receba

³⁸⁶ O autor reconhece as críticas a este posicionamento, especialmente aquelas que vislumbram uma obrigação ampla e irrestrita do Estado em proporcionar a garantia do cumprimento de seu ordenamento jurídico. Contudo, e neste ponto, se adere à sua réplica: “[...] conforme la idea fundamental del contrato social, según la cual cada ciudadano renuncia sólo a la libertad que es necesaria para garantizar la protección entre los ciudadanos, el ciudadano conserva para sí el poder de disposición sobre sus bienes jurídicos y sólo necesita del Estado allí donde sus propias fuerzas son insuficientes para ello”. SCHÜNEMANN, Bernd. *Protección de bienes jurídicos, ultima ratio y víctimodogmática. Sobre los límites inviolables del Derecho penal en un Estado de Derecho Liberal*. Tradução do alemão para o espanhol de Eduardo Javier Riggi e Ricardo Robles Planas. In: VON HIRSCH, Andrew; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang; ROBLES PLANAS, Ricardo (Org.). **Límites al derecho penal: principios operativos en la fundamentación del castigo**. Barcelona: Atelier, 2012, pp. 80-81. Tradução livre. Em contraposição ao entendimento de Schünemann, de fundar a autoproteção no contrato social, cabe destacar a posição de Tatjana Hörnle, para quem “[...] la dificultad fundamental de todos los modelos que se basan en el contrato social reside en su carácter necesariamente especulativo. En lo que al fin y al cabo tendrían que ponerse de acuerdo las personas que subscriben un contrato sobre las reglas básicas de su convivencia es algo que a causa de la naturaleza hipotética de tales contrato casi nunca va a determinarse de manera inequívoca”. HÖRNLE, Tatjana. *Subsidiariedad como principio limitador: autoprotección*. In: VON HIRSCH, Andrew; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang; ROBLES PLANAS, Ricardo (Org.). *Op. cit.*, p. 98.

³⁸⁷ O conceito de *mediating principles* é tratado por Joel Feinberg em uma série de livros reunidos sob a nomenclatura *The moral limits of the criminal law*, na qual busca construir “[...] an account of the moral constraints on legislative action”, ao fornecer “a coherent and plausible set of moral principles to guide the legislator by locating the moral constraints that limit his options”. FEINBERG, Joel. **Harm to others: the moral limits of the criminal law**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1984, p. 4.

³⁸⁸ VON HIRSCH, Andrew; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang. *Introducción. ¿Qué son los ‘mediating principles’?* In: VON HIRSCH, Andrew; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang; ROBLES PLANAS, Ricardo (Org.). **Límites al derecho penal: principios operativos en la fundamentación del castigo**. Barcelona: Atelier, 2012, p. 58. Tradução livre.

proteção estatal, eventualmente é de se considerar mitigável este raciocínio no que diz respeito ao voto. Para Francisco Ribeiro Alves,

“[...] o cidadão perante o Estado não tem apenas direitos, mas também deveres, de forma a participar de forma positiva para uma sociedade democrática, onde todos têm o dever de contribuir e da qual todos usufruem, ficando o Estado titular do benefício dos deveres enquanto entidade na qual incide a soberania do povo para garantir a democracia”³⁸⁹.

Alamiro Velludo Salvador Netto suscita debate semelhante, quando discute os delitos patrimoniais, sugerindo que “[...] a validade de um princípio vítimo-dogmático sustenta-se, basicamente, sobre uma ideia de *ultima ratio* do sistema criminal [...]”. Assim, na mesma linha da proposta aqui exposta, “[...] a subsidiariedade do Direito Penal apresentar-se-ia não apenas nos casos em que é razoável a utilização de outros meios estatais mais leves de proteção [...]”, como, sobretudo, “[...] nas hipóteses em que pode ocorrer uma autoproteção do titular do bem jurídico, que seja possível e exigível sem inconvenientes [...]”³⁹⁰.

Não se pode esquecer, é certo, que há em contrapartida uma assimetria brutal de informação na sociedade no que concerne às eleições. É indiscutível que a maior parte da população não tem grande interesse por temas afetos à política e, por esta razão, tem maior dificuldade de discernir o verdadeiro e o falso nesta seara. Agrega-se a este fato o baixo nível médio do ensino brasileiro e se chega a um cenário no qual é necessário reconhecer que há parcela significativa da população em situação de relativa vulnerabilidade. Sabe-se também que há uma clara e quase ubíqua desconfiança em relação à veracidade do quanto

³⁸⁹ ALVES, Francisco Luís Freire Ribeiro. Direitos Fundamentais Eleitorais. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-políticas sob orientação do professor-doutor Jorge Miranda, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2005, pp. 70-71. O autor traça interessante histórico da dicotomia direitos-deveres em relação ao voto e a quanto às obrigações que a cidadania impõe, inclusive quanto ao debate em torno da obrigatoriedade do voto (pp. 70-84).

³⁹⁰ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Direito penal propriedade privada: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio. *Ob. Cit.*, pp. 226-227. Mais adiante o autor exemplifica sua proposta, emprestando as ideias de Peter-Alexis Albrecht, ao tratar dos pequenos furtos em supermercados e outros comércios. Sustenta que algumas escolhas das próprias vítimas, os supermercados – no exemplo, criam “situações de sedução”, nas quais “as decisões das empresas vitimadas é que propiciam as oportunidades massivas de determinadas ações patrimoniais criminosas” (p. 230). É o caso da loja que, sem incorrer em custos com segurança, coloca seus produtos ao alcance de todos, estimulando os furtos. Neste cenário, a única causa determinante para o cometimento do crime deixa de ser o comportamento do autor, já que a ele se agrega a negligência da vítima.

dito pelos candidatos em suas propagandas. Pesquisa comentada por Daniel Weiss, relativa às eleições presidenciais norte-americanas de 2010, aponta que noventa e um por cento dos eleitores identificaram fatos falsos ditos nas campanhas, enquanto cinquenta e seis por cento afirmaram que isso aconteceu com frequência³⁹¹.

Se esta questão não se mostra suficiente para afastar a legitimidade da criminalização, até pelo reconhecimento de que parcela dos cidadãos não detém meios para se proteger adequadamente, é certo que agrega mais uma dúvida a se somar às demais expostas.

A dúvida ganha força ao se analisarem as ponderações de Tatjana Hörnle, crítica em regra à autoproteção como caráter limitador do legislador. Consoante a autora, “[...] em regra geral os tipos penais que entram em consideração estão configurados tão amplamente que neles também há hipóteses nas quais as vítimas potenciais claramente não podem se remeter à autoproteção [...]”, do que dá como exemplo o roubo. A própria autora admite que “[...] somente tipos penais muito especiais, limitados a estreitos setores vitais, poderiam ser criticados pelo fato de que os prejudicados não requerem proteção em todos os casos imagináveis”³⁹². Para ela, estes seriam os delitos com poucas hipóteses de condutas insertas no tipo, o que, como visto, é o caso do crime do artigo 323 do Código Eleitoral.

Há que se considerar, ainda, que a comunidade não é apreendida apenas por seus indivíduos ou pelo Estado. Como mencionado anteriormente, a imprensa e a própria sociedade civil têm papel importante durante o processo eleitoral. No que tange ao controle da veracidade das propagandas eleitorais, vale destacar a experiência norte-americana com organizações como a PolitiFact e a FactCheck, a primeira vencedora do prestigioso prêmio Pulitzer³⁹³. Este tipo de iniciativa, denominada *adwatch*, parte da sociedade civil, sem

³⁹¹ Daniel Weiss é editor-chefe da revista Campaigns & Elections, maior periódico mundial sobre marketing eleitoral: WEISS, Daniel. **Truth in advertising: Fact-Checking Outfits Monitor Claims in Political Ads**, <<http://www.campaignsandelections.com/magazine/us-edition/175572/truth-in-advertising-factchecking-outfits-monitor-claims-in-political-ads.html>>. Acesso em 29/1/2014.

³⁹² HÖRNLE, Tatjana. Subsidiariedad como principio limitador: autoprotección. In: VON HIRSCH, Andrew; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang; ROBLES PLANAS, Ricardo (Org.). **Límites al derecho penal: principios operativos en la fundamentación del castigo**. Barcelona: Atelier, pp. 89-90.

³⁹³ Ao narrar o surgimento e aumento da influência destas duas entidades, Daniel Weiss diz que: “Political fact checking has been an occasional feature of media outlets such as the New York Times for years, though these efforts tend to be sidebars to their primary mission of news gathering. In the last decade, however, two organizations have launched full-time enterprises dedicated to political fact checking—and they have begun to make their presence felt. FactCheck.org, a project of the University of Pennsylvania’s Annenberg Public

vinculações partidárias, e se propõe a verificar a veracidade dos fatos divulgados por políticos em exercício de mandato, assim como de candidatos e líderes partidários. A missão da FactCheck, por exemplo, afirma cuidar de entidade apartidária e sem fins lucrativos “[...] que pretende reduzir o nível de engano e confusão na política dos Estados Unidos [...]”, para o que “[...] monitora a correção factual do que é dito pelos mais importantes atores da política norte-americana na forma de propagandas de TV, debates, discursos, entrevistas e comunicados à imprensa”. A intenção é “[...] aplicar as melhores práticas do jornalismo e da academia e aumentar o conhecimento e entendimento do público”³⁹⁴. Não raramente, são entidades ligadas a universidades, o que lhes confere prestígio na sociedade e repercussão na imprensa³⁹⁵.

Em geral, formam-se como redes, nas quais jornalistas, investigadores ou cidadãos aportam informações para apreciar as propostas e declarações advindas do mundo da política, classificando-as em uma escala de fácil compreensão. Na maioria das vezes, o

Policy Center that launched in late 2003, gained renown the next year when Vice President Dick Cheney referenced it in his debate with Democrat John Edwards in an attempt to rebut Edwards’s charges regarding Cheney’s former company, Halliburton. (Ironically, Cheney misstated the Web address as FactCheck.com, and media focus on his solecism brought the organization even more attention). PolitiFact, launched by the St. Petersburg Times in 2007, won a Pulitzer Prize for its coverage of the 2008 presidential campaign. The Pulitzer board’s citation saluted it for examining “more than 750 political claims, separating rhetoric from truth to enlighten voters.” Over the last two years, PolitiFact has expanded its mission to fact-check members of Congress and the White House as well as other political players, rendering judgments with the six settings of its “Truth-O-Meter”: True, Mostly True, Half True, Barely True, False and Pants on Fire. (The latter is reserved for claims that are not only inaccurate but ridiculously so.) It has also partnered with local papers to set up state-based operations in Florida, Wisconsin, Texas, Ohio, Virginia, Georgia, Oregon and Rhode Island”. WEISS, Daniel. *Op. Cit.*. O autor narra no mesmo artigo três episódios recentes nos quais o trabalho destas organizações identificou e apontou erros factuais graves, tendo obtido ampla repercussão e acarretando a necessidade de retificação por parte dos envolvidos.

³⁹⁴ A missão da FactCheck pode ser vista em: <<http://www.factcheck.org/about/our-mission/>>. Acesso em 29/1/2014.

³⁹⁵ “In 1992, during the presidential campaign in the United States, all the major television news programs presented, for the first time in history, ‘the adwatch’ in which candidates’ spots were analyzed according to their honesty and adherence to facts (...) The intention of such journalism is to stop candidates from using false and exaggerated statements. In the fall of 1991, Kathleen Hall Jamieson (1992), together with her research team and CNN employees, developed a visual grammar for such programs as the adwatch. Its goal was to develop some rules for presenting the critique of spots by the journalists. These techniques included a sequence of the following: (1) placing the offending commercials on a mock television screen and then moving the screen to the background (distancing), (2) attaching a new logo and a notice that this was an ad for a particular candidate (disclaiming), (3) stopping the commercial to comment on its content, and (4) commenting upon its content and putting print corrections on the screen (displacing). The purpose of these procedures was to encourage the audience to process the content of the critique rather than the content of the ad. It was hoped that the attitudinal effect of misleading, false, highly emotional, and demagogic commercials would be minimized by the contextualizing effects of the adwatch. The authors of the project developed a sample adwatch, supplemented it with a special guide, and distributed it with the help of the National Association of Broadcasters to all the television stations that were interested in it. Obviously the methods of resisting voter manipulation may contribute do diminishing the influence of persuasion, but cannot eliminate it completely”: CWALINA, Wojciech; FALKOWSKI, Andrzej; NEWMAN, Bruce. *Op. cit.*, pp. 284-285.

controle de veracidade se dá em relação à divulgação de fatos, enquanto promessas são apreciadas por sua viabilidade e comportamentos por sua coerência em relação ao histórico do político³⁹⁶.

É certo que este tipo de entidade sofre os mesmos riscos de captura por parte de interesses partidários ou ideológicos que quaisquer outras, mas nada impede que existam tantas entidades verificadoras dos fatos quantas se considere oportuno, o que minimiza a chance de que uma delas obtenha um prestígio desproporcional e o utilize para trazer maior grau de incerteza ao cenário político.

Do quanto exposto neste subitem, parece pouco plausível assumir que o Direito Penal coloca-se como única fonte apta a tutelar o perigo de lesão ao bem jurídico de liberdade de formação do voto do eleitor. Ao contrário, a Justiça Eleitoral, por sua jurisdição cível, dispõe de meios mais eficazes e céleres, cujas consequências podem ter inclusive maior repercussão para o autor da conduta, permitindo que a verdade seja esclarecida por meio do direito de resposta, retirando tempo de televisão e rádio – o mais valioso insumo publicitário disponível –, chegando à possibilidade de anular o pleito vencido mediante a prática de publicidade fraudulenta.

Ademais, viu-se que ao menos em certa medida é correto exigir dos cidadãos uma postura mais ativa e crítica em relação ao controle da veracidade do que lhes chega às mãos, não sendo razoável imaginar que caiba ao Estado tutelar inclusive as mais desarrazoadas e inacreditáveis inverdades propaladas nas campanhas. Também a sociedade civil, por intermédio da imprensa ou de entidades organizadas para este fim, pode e deve ocupar o espaço de auxílio no esclarecimento da verdade factual da propaganda eleitoral veiculada, auxiliando os cidadãos a suprir a assimetria informacional apontada³⁹⁷. Como coloca Oliver Thomson, “[...] a resposta às preocupações sobre a manipulação por

³⁹⁶ Para uma compreensão da missão e das classificações adotadas pelo PolitiFact: <<http://www.politifact.com/about/>>. Acesso em 29/1/2014.

³⁹⁷ “[...] the development of new information technologies and citizens’ wider access to the Internet are clear signs, as Doris Graber (2004, p. 563) puts it, of ‘the transformation of the age of news scarcity into the age of news abundance’. Besides, various attempts of antipersuasion education for resisting citizens’ manipulation are also made. It is the journalists and educators who mainly carry the burden of making the society aware of the threats resulting from the old or emerging power elites’ use of manipulation techniques. Public journalism and special programs showing the mechanisms of constructing political advertising in adwatches (special TV programs that analyze the political ads according to their honesty) can be considered as promising attempts to make citizens aware of the threats of submitting to propaganda”. CWALINA, Wojciech; FALKOWSKI, Andrzej; NEWMAN, Bruce. *Op. cit.*, p. 284.

qualquer grupo (...) não é a censura, mas fazer as audiências mais conscientes que vários grupos estão tentando manipulá-la; como eles fazem isso; porque e quando”³⁹⁸.

Além disso, os próprios candidatos e partidos-alvos das ofensas dispõem de espaço para responder aos ataques sofridos, independentemente de terem logrado obter direito de resposta junto à Justiça Eleitoral. O contra-ataque é estratégia vital e costumeira nas campanhas, valendo-se os candidatos de seu próprio tempo de televisão e rádio para responder e, por vezes, lançar acusações contra os seus adversários. O contra-ataque pode ser utilizado como ferramenta de incremento do efeito bumerangue ou *backlash*, revertendo a percepção do eleitorado. Estudos realizados nos Estados Unidos apontam que respostas a ataques são um meio eficiente não apenas de reduzir danos, mas inclusive de obtenção de votos³⁹⁹. É certo que ataques podem ser propalados às vésperas das eleições, impedindo que o próprio candidato utilize seu espaço de publicidade eleitoral para difundir a resposta. Este cenário, localizado em momento específico da campanha, não altera a percepção geral aqui defendida.

Com estas ponderações é de se concluir que a quarta etapa do teste proposto não foi superada, o critério da subsidiariedade. Com base no quanto visto, é desnecessário e, portanto, ilegítimo que o Direito Penal seja acionado para controlar situações para as quais há outras formas menos gravosas, cujos resultados se mostram ao menos tão promissores quanto a hipótese atual.

³⁹⁸ Segue o autor sustentando que “[...] the only way to avoid dictatorship of taste, attitude, by one leading group or another is to train audiences to discriminate, particularly by being able to recognize the cruder techniques of emotional cybernetics. Thus a degree of immunization can be built up. People can be insulated to some extent against the worst effects of propaganda, even the most subtle kind”. THOMSON, Oliver. *Op. cit.*, p. 131.

³⁹⁹ “An important factor conditioning the efficiency of negative advertising is that attack is usually followed by counterattack. Brian Roddy and Gina Garramone (1988) conducted an experiment to determine the relative effectiveness of different types of negative political advertising appeals and of various strategies for responding to the appeals. (...) The results obtained by Roddy and Garramone show that when attack ads are followed by a response from the target, issue ads were more effective than image attack ads. Viewers of an issue commercial demonstrated a significantly more positive evaluation of the attacker’s ad and character, and significantly less likelihood of voting for the target, than did viewers of an image ad. The findings for response strategies were more complex. Viewers evaluated the positive response spot more favorably than the negative response spot. But the negative response ad was more effective in discouraging voting for the attacking candidate. It may prove that although the negative response ad itself may be liked less, it may be still effective in creating a backlash against the attacker (...). Thus the implication for campaign planners is that it may be wiser to address an opponent’s weaknesses on issues than to attack the opponent character’s. furthermore, if the criterion for evaluating the effectiveness of negative ads is the effect of vote intention, then it appears that a negative response to an attack may be more advisable than a positive one”. CWALINA, Wojciech; FALKOWSKI, Andrzej; NEWMAN, Bruce. *Op. cit.*, pp. 228-229.

De todo o modo, é de se admitir que o juízo de subsidiariedade pode comportar matizes, especialmente em vista da ausência de critérios objetivos de sua verificação. A tese da autoproteção, por exemplo, encontra sérias críticas na doutrina alemã. De outro lado, seria ponderável o argumento segundo o qual o reforço dado pelo Direito Penal incrementa a segurança da sociedade quanto ao cumprimento das normas cíveis de proteção da veracidade da propaganda eleitoral.

Por esta razão é que, com a reserva exposta anteriormente, passa-se no próximo capítulo ao quinto e último passo do teste: a análise da viabilidade e da oportunidade do controle criminal.

CAPÍTULO 4 VIABILIDADE E OPORTUNIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DA MENTIRA NA PROPAGANDA ELEITORAL

4.1 VIABILIDADE DO CONTROLE PROPOSTO PELO ARTIGO 323 DO CÓDIGO ELEITORAL: PERSPECTIVA PRAGMÁTICA E COMPROMETIMENTO COM A REALIDADE

Como se constatou no último capítulo, o bem jurídico tutelado pelo tipo do artigo 323 do Código Eleitoral ostenta legitimidade constitucional e atende ao critério de fragmentaridade. Com maior fragilidade logra superar o teste de lesividade. O respeito à subsidiariedade, ainda que com dificuldade, também poderia ser superado. Assim, seria de se concluir, a princípio, pela correção de sua manutenção no ordenamento jurídico. Afinal, poucas vezes se percebeu na sociedade civil tamanho repúdio aos desacertos, voluntários ou não, da classe política. Nada melhor, portanto, que mantê-los todos ameaçados pela lei penal, impedindo, assim, que divulguem mentiras na tentativa de convencer o eleitorado a dar-lhes nova chance.

É certo que parte desta posição refratária é um merecido reflexo das peripécias nada republicanas que campeiam nas páginas da imprensa e das redes sociais. Por outro lado, não é menos correto perceber que se vive, ao menos desde a massificação dos meios de comunicação, o que Hassemer chama de “[...] *dramatização da violência e da ameaça*”. Afinal, a uma oferta ilimitada de informação se alia um desejo contumaz de sua absorção, um “[...] *consumo comunicativo* [...]” que “[...] *está vivamente interessado nos fenômenos da violência*”⁴⁰⁰. Esta superexposição a que se submete a sociedade da informação leva a uma pressão pelo endurecimento do Direito Penal, jamais o seu contrário. Não é equivocado, portanto, afirmar que “[...] *esta é a hora de conceitos como ‘lutar’, ‘eliminar’ ou ‘repressão’, em prejuízo de atitudes como ‘elaborar’ ou ‘conviver’*.”⁴⁰¹

Esta leitura deixa de lado as possibilidades e limites do Direito Penal. A pergunta que deve ser feita não é se a mentira na propaganda eleitoral deve ser repudiada. Esta questão tem uma resposta óbvia e uníssona em seu favor. Mais interessante e útil é saber se

⁴⁰⁰ HASSEMER, Winfried. *Crítica al Derecho penal de hoy*. Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva. Tradução do alemão para o espanhol de Patricia S. Ziffer. Buenos Aires: Ad Hoc, 1995, pp. 49-50. Tradução livre.

⁴⁰¹ *Idem, ibidem*, p. 52.

o Direito Penal consegue desempenhar esta missão. Viabilidade e oportunidade deste controle criminal são temas que transcendem a dogmática penal, caminhando para a trilha da política criminal. Afinal, ainda com Hassemer, “[...] a subsidiariedade do direito penal em relação com outras estratégias de solução jurídicas ou, se for o caso, estatais ou sociais, não é apenas um princípio normativo, mas também é empiricamente bem fundamentado [...]”, dado que “[...] os meios do direito penal servem apenas para algumas poucas situações problemáticas”⁴⁰². Aqui se imbrica o último ponto do teste proposto, o da proporcionalidade, cujo desenlace há de se dar com olhos na realidade e nas possibilidades de ser cumprida a promessa que levou à criminalização.

Sergio Moccia descreve com clareza a necessidade de aproximação entre o Direito Penal e a política criminal quando diz que “[...] um sistema de Direito penal orientado axiologicamente por princípios de política criminal tende a se converter em uma construção dogmática próxima da realidade, caracterizada por sua ordem conceitual e pela clareza”; avançando, sugere que “[...] a estreita comunicação entre as normas jurídicas e a realidade social é a premissa para a construção de um sistema que aspire expressar uma lógica reconhecível por seus destinatários e, coerentemente, que persiga perspectivas de viabilidade”⁴⁰³.

Entretanto, não se defende um modelo de compreensão do Direito Penal puramente consequencialista, exclusivamente voltado a garantir uma prevenção mais eficaz. Como aponta Silva-Sánchez, trata-se de “[...] um sistema orientado a valores [...]” e, portanto, “[...] uma Política criminal valorativa, que integre as garantias formais e materiais do Direito penal”⁴⁰⁴.

Desta forma, conforme já afirmado em outras partes do presente trabalho, a premissa que se parte é a de que a ciência jurídica não pode sofrer um descolamento da realidade a ponto de tornar inviáveis ou ineficazes as suas proposições⁴⁰⁵. Há que se

⁴⁰² HASSEMER, Winfried. *Idem, ibidem*, p. 65.

⁴⁰³ MOCCIA, Sergio. Función sistemática de la política criminal. Principios normativos para un sistema penal orientado teleológicamente. Tradução do italiano para o espanhol de F. Javier Malero Merino. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria; SCHÜNEMANN, Bernd; DIAS, Jorge de Figueiredo (Ed.). **Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1995, p. 81. Tradução livre.

⁴⁰⁴ SILVA-SÁNCHEZ, Jesús Maria. Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites. In: SILVA-SÁNCHEZ, Jesús Maria (Ed.). **Política criminal y nuevo derecho penal**: libro homenaje a Claus Roxin. Barcelona: Bosch, 1997, p. 23. Tradução livre.

⁴⁰⁵ Este descolamento é destacado por Zaffaroni. O que o autor impinge à fase de aplicação da lei e às decisões judiciais, pondera-se plenamente válido para o momento da construção legislativa: “[...] como el discurso teórico no toma en cuenta sus efectos sociales reales (y pueden construirse tantos discursos como

resguardar, de um lado, a higidez dogmática – premissa necessária para garantir o respeito aos princípios vetores que orientam e conformam o Direito Penal – e, de outro, manter os olhos voltados ao mundo e suas vicissitudes. O Direito, quando formulado de costas para o homem e a sociedade, não se presta a controlar o primeiro nem a organizar a segunda. Como postula Roxin, é preciso “[...] *deixar penetrar as decisões valorativas político-criminais no sistema do Direito penal [...]*”, já que “[...] *a relação entre Direito e a utilidade político-criminal não podem se contradizer [...]*”, visto que devem “[...] *compaginar-se em uma síntese [...]*”⁴⁰⁶, em razão da contraposição dialética em que se colocam.

Muñoz Conde, na introdução à edição espanhola da obra *Política criminal y sistema del derecho penal*, de Roxin, expõe com clareza a preocupação que ilumina o estudo aqui proposto, sustentando que a melhor forma de interpretar o fenômeno jurídico é aquela que se dirige à resolução de problemas – fincada na realidade –, sem com isso deixar de problematizar e sistematizar as soluções aventadas. Não se pode “[...] *fazer uma apologia do Direito pelo Direito, esquecendo que este não tem um valor absoluto, mas relativo [...]*”, dado que “[...] *o Direito, e o Direito penal como uma parte do Direito, não é mais que um instrumento posto a serviço dos fins da comunidade*”. A consequência é que “[...] *o edifício sistemático perderá em beleza, mas ganhará em funcionalidade e eficácia*”⁴⁰⁷.

Se este ponto de partida na análise do Direito mostra-se relevante no momento de sua interpretação e aplicação, com maior razão ainda ele se justifica em um trabalho que busca problematizar a norma posta. Uma reflexão que se bastasse no apontamento de incongruências estritamente dogmáticas seria objeto de crítica trivial, consistente na contraposição do pensar sistemático e do mundo para o qual este pensar se dirige ou

sociedades, legisladores e intérpretes se alucinem), el método jurídico, en lugar de hacer previsible las decisiones judiciales, proporciona un inagotable caudal de desconcertantes posibilidades y permite la racionalización de cualquier decisión, mediante el uso antojadizo de discursos diferentes, abriendo camino a la arbitrariedad judicial”. Daí se dizer que “[...] *la discusión jurídico-penal por momentos parece caer em autismo*”: ZAFFARONI, Eugenio Raul. **En torno de la cuestión penal**. Buenos Aires: B de F, 2005, pp. 72-73.

⁴⁰⁶ ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema del derecho penal**. Tradução do alemão para o espanhol de Francisco Muñoz Conde. 2ª ed. Buenos Aires: Hamurabi, 2002, p. 49.

⁴⁰⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción. In: ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema del derecho penal**. *Op. cit.*, p. 23. Tradução livre.

deveria se dirigir⁴⁰⁸. Impõe destacar que o realismo da pesquisa não chega ao ponto de ponderar sobre as agruras e tropeços inerentes ao processo legislativo.

É natural que quaisquer propostas ou sugestões descriminalizantes encontrem forte resistência no chão de qualquer Parlamento, no Brasil e alhures. Tal dificuldade somente se exacerba quando o tema tratado envolve política, políticos, campanhas eleitorais e, em especial, como no caso concreto, a mentira na propaganda eleitoral. Tal questão escapa à preocupação que informa a pesquisa. A tarefa cinge-se a fornecer reflexões e argumentos que possam embasar uma discussão do tema no Parlamento. Há clara diferença entre fazer política – ou seja, militar em prol da formulação de uma legislação – e investigar cientificamente um problema jurídico sob a luz da política criminal. A segunda missão é a que se reconhece por válida no âmbito de uma dissertação acadêmica.

Daí porque é preciso resgatar ter se concluído ao final do Capítulo 3 que, conquanto legítimo o bem jurídico tutelado pelo artigo 323 do Código Eleitoral (se visto como bem jurídico individual, apenas reforçado por um bem jurídico supraindividual intermediário), a necessidade de criminalização é duvidosa, ao menos, mostrando sinais de fragilidade. Tal resposta seria suficiente para se concluir pela legitimidade e necessidade da criminalização, tendo por parâmetro exclusivamente a adequação desta ao sistema jurídico penal.

Diante da premissa assumida, necessário avançar e perquirir se é viável à Justiça Eleitoral, atuando em sua competência criminal, cumprir a promessa de controlar a veracidade da propaganda eleitoral. A promessa descumprida, como se verá, no mais das vezes esgarça as relações de confiança que mantêm coesa a sociedade, retirando a credibilidade que legitima o Estado como autoridade dotada do poder de sanção. Uma visão calcada no plano do possível primeiro aprecia se a promessa é necessária e, em seguida, se viável, para, enfim, questionar se oportuna.

⁴⁰⁸ Roxin pergunta no início de sua reflexão sobre o tema: “¿Para qué sirve la solución de un problema jurídico que, a pesar de su hermosa claridad y uniformidad, es desde el punto de vista político-criminal erróneo? ¿Debe ser preferible realmente a una decisión satisfactoria del caso concreto, que no es integrable en el sistema?”. E imediatamente o mesmo autor responde: “Es evidente que debe responderse negativamente a esta cuestión y que hay que admitir las quiebras, motivadas político-criminalmente, de la regla estricta. Pero, de este modo, se relativiza naturalmente todavía más la significación de los conceptos sistemáticos generales y de las abstracciones dogmáticas”. ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema del derecho penal**. *Op. cit.*, p. 37.

4.2 O DESAFIO DA AFERIÇÃO DA VERDADE PELO DIREITO PENAL

Punir a falsidade importa, necessariamente, conhecer a verdade. Como afirma Guy Durandin, “[...] a mentira consiste em dar voluntariamente a um interlocutor uma visão da realidade diferente daquela que se tem por verdadeira [...]”, em razão do que “[...] a mentira se define, pois, em relação com a verdade”⁴⁰⁹. Com outras palavras e resgatando o conceito aristotélico de verdade, diz Javier Augusto de Luca que “[...] dizer do que é, que não é, ou dizer que não é, o que é, é o falso; dizer do que é, que é e dizer do que não é, que não é, é o verdadeiro”⁴¹⁰.

Colocada a questão ainda de outra forma, “[...] omitindo a discussão filosófica sobre a possibilidade de a atingir, a verdade é uma relação de adequação ou conformidade entre a realidade e a sua representação na mente humana [...]”, dado que “[...] se, em lugar desta relação de adequação, existir uma desconformidade entre um e outro dos dois termos, encontramos-nos perante uma relação de falsidade e a representação da realidade na mente humana é falsa ou não verdadeira [...]”, pelo que “[...] a falsidade opõe-se, assim, à verdade”⁴¹¹.

Para Stuart Green “[...] a mentira constitui um subconjunto dentro do engano e implica numa gama de comportamentos muito mais estreita que este último”. Assim, deve ser um “[...] engano (intencional) que: 1) se apresenta como uma afirmação verificável, e 2) é literalmente falsa [...]”, compreendendo-se como verificável aquela declaração que “[...] tem um valor veritativo determinável (quer dizer, é verdadeira ou falsa, ainda que seu valor de verdade possa não ser conhecido no momento em que feita a afirmação)”. Deste modo, “[...] as perguntas, as ordens, as opiniões, os cumprimentos, as desculpas e

⁴⁰⁹ DURANDIN, Guy. **La mentira en la propaganda política y en la publicidad**. Tradução de Irene Agoff. 2ª ed. Barcelona: Paidós, 1990, p. 19. Tradução livre.

⁴¹⁰ AUGUSTO DE LUCA, Javier. La veracidad, las expresiones y el derecho penal. *In*: MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Dir.). **Protección penal de la libertad de expresión e información**. Valência: Tirant lo Blanch, 2012, p. 19. Tradução livre.

⁴¹¹ LEBRE DE FREITAS, José. **A falsidade no direito probatório**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 108. O autor anota que “[...] o termo ‘falsidade’ deriva do verbo latino ‘fallere’, cuja aceção é bivalente. De facto, embora os autores normalmente acentuem o significado de ‘enganar’, este derivou historicamente da aceção primitiva de ‘esconder-se’ ou ‘estar escondido’.” (p. 107).

outras manifestações não podem ser qualificados como mentiras, ainda que possam confundir’⁴¹².

A busca pela verdade conduz o progresso científico e moral da humanidade desde os primórdios. Ela que impôs, no âmbito das ciências, a sistematização de métodos de verificação da correspondência entre o que é e o que se percebe. Mediante incontáveis exercícios experimentais de cotejo deste tipo – sobre os quais a mente humana aplica fórmulas dedutivas e indutivas, sucessivamente – é que se acumulou o conhecimento científico que permitiu a transformação do mundo material e da condição de vida das pessoas⁴¹³.

No campo da moral, notadamente da religião, a verdade que se busca não é deduzida ou induzida, mas revelada. Seu *status* de verdade funda-se na fé daquele que recebe a revelação ou que a ela tem acesso por intermédio da religião, seus ministros, livros sagrados, ritos e cerimônias. Na moral laica, fermentada com o Iluminismo, a verdade se constrói a partir da lógica, resgatando o labor filosófico da Antiguidade Clássica. Se não se funda em uma fé religiosa, tem apoio na fé, na razão humana e em sua capacidade de encontrar o verdadeiro e correto caminho a ser trilhado.

Estas duas formas de busca pela verdade tiraram a humanidade das cavernas e da barbárie; deram-lhe antibióticos e mandamentos, aeronaves e imperativos categóricos, armas de fogo e Democracia. Não seria estranho, então, que também o Direito Penal ostentasse a mesma fixação na busca da verdade⁴¹⁴. A questão que se coloca não é se o

⁴¹² GREEN, Stuart P. **Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno**: una teoría moral de los delitos de cuello blanco. Tradução de José Ramón Agustina Sanllehí, Miriam Amorós Bas e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno. Madri: Marcial Pons, 2013, p. 118. Tradução livre.

⁴¹³ John Stuart Mill, com sua radical defesa da liberdade de expressão, sustenta que obstáculos à emissão de opinião toldam a busca pela verdade. Coloca, assim, a questão: “[...] the opinion which it is attempted to suppress by authority may possibly be true. Those who desire to suppress it, of course deny its truth; but they are not infallible. They have no authority to decide the question for all mankind, and exclude every other person from the means of judging. To refuse a hearing to an opinion, because they are sure that it is false, is to assume that their certainty is the same thing as absolute certainty. All silencing is an assumption of infallibility. Its condemnation may be allowed to rest on this common argument, not the worse for being common. Unfortunately for the good sense of mankind the fact of their fallibility is far from carrying the weight in their practical judgment which is always allowed to it in theory; for while every one well knows himself to be fallible, few think it necessary to take any precautions against their own fallibility, or admit the supposition that any opinion, of which they feel very certain, may be one of the examples of the error to which the acknowledge themselves to be liable. Absolute princes, or others who are accustomed to unlimited deference, usually feel this complete confidence in their own opinion on nearly all subjects”: MILL, John Stuart. **On liberty and other writings**. Nova Iorque: Classic Books International, 2010, p. 19.

⁴¹⁴ Como afirma Renato de Mello Jorge Silveira, “[...] a análise da verdade sempre intrigou o intelecto humano, encontrando-se, dentre tantos outros, como um dos pontos centrais, não só da Filosofia, como também do próprio Direito Penal. Assunto palpitante nos dias que correm, a verdade, ou a sua busca, tem

Direito Penal deve promover esta busca⁴¹⁵, mas se tem condições de fazê-lo. Como dito no subitem anterior, promessas incumpridas acumulam-se e frustram os jurisdicionados, deslegitimando por dentro o sistema.

Parece certo que a ciência, a religião e a moral encontraram suas variadas formas de buscar, revelar ou construir suas verdades, respectivamente, impõe perguntar se o Direito Penal é capaz de fazer o mesmo, em quais condições e com quais limites. O tema aqui estudado exige esta reflexão, por sua inelutável imbricação com o dilema da verdade e da falsidade. Condição essencial para se concluir pela viabilidade do controle proposto pelo artigo 323 do Código Eleitoral é saber se o Direito Penal detém os meios para tanto.

Vale salientar que a preocupação com a verdade, genericamente falando, é inerente ao Direito Penal. Uma das finalidades precípua do Direito Penal não é mais do que “[...] encontrar a verdade sobre um crime e, assim, evitar os falsos vereditos”. Daí porque se diz que o mais fundamental dos valores é “[...] descobrir se um crime realmente ocorreu e quem o cometeu [...]”⁴¹⁶, a ponto de a Suprema Corte norte-americana asseverar que “[...] a finalidade básica de um julgamento é a determinação da verdade”⁴¹⁷. Não é este tipo de dificuldade objeto de preocupação na presente dissertação. As vicissitudes da prova de qualquer delito, a ponto de suplantar a presunção de inocência, são o cerne da preocupação, dentre outros, do processo penal, razão pela qual tantas restrições e passos são criados para que se possa comprovar a prática de um delito por alguém⁴¹⁸.

elemento de reforço no estudo do crime de falso testemunho, o qual, no mais das vezes, é incompreensível ao olhar leigo”. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Da verdade dada à verdade buscada. Boletim do IBCCRIM, nº 101, abril 2001, <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/554-Da-verdade-dada-a-verdade-buscada>. Acesso em 28/4/2014.

⁴¹⁵ Em defesa da necessidade da busca pela verdade, vale destacar as colocações de William Alston para quem “[...] a concern about truth bulks large in practical reasoning and, more generally, in the mental direction of our efforts to deal with the environment. The basic point can be stated very simply and seems overwhelmingly obvious. If our interactions with X are guided by true beliefs about X they are much more likely to be successful in attaining the goals of that interaction, ceteris paribus, than if they are guided by false beliefs. In trying to accomplish something it is of the utmost importance to act on true beliefs about matters relevant to that enterprise. If I set out to repair an air conditioner I am well advised to have true rather than false beliefs about the structure and operation of that device. If I am trying to influence someone to adopt a certain course of action it is crucial for me to have true beliefs about the present beliefs, attitudes, and prejudices of that person. And so on. What could be more obvious? Nevertheless, as Cicero wrote, there is nothing so obvious that it has not been denied in the books of the philosophers”. ALSTON, William P. **A realist conception of truth**. Nova Iorque: Cornell University Press, 1996, p. 237.

⁴¹⁶ LAUDAN, Larry. **Truth, error, and criminal law. an essay in legal epistemology**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, pp. 1-2. Tradução livre.

⁴¹⁷ *Tehan v. U.S.*, 383 U.S. 406, at 416 (1966).

⁴¹⁸ Analisando como cada escola jurídica se posiciona no que toca à relação entre verdade e Direito, especialmente Direito Penal, vale verificar a obra de Dennis Patterson, que passa pelo realismo jurídico norte-americano (pp. 22-42); pelo realismo moral (p. 43-58); pelo positivismo, especialmente de Hart (pp.

A questão em tela difere da preocupação geral com a busca pela verdade na medida em que a verdade ou falsidade é o próprio objeto do delito. Não se trata de saber se o Direito Penal pode aferir a verdade quanto ao cometimento de um crime, mas se esta ciência detém capacidade de apreciar a verdade ou falsidade quando esta é elemento típico do delito. Ao tratar sobre a publicidade comercial enganosa, mas em tudo semelhante ao quanto aqui versado, diz Marta Martín Llaguno que a manipulação é “[...] *intervir com meios hábeis e às vezes arteiros, na política, no mercado, na informação, etc., com distorção da verdade ou da justiça e a serviço de interesses particulares*”. Para que se possa tomar uma decisão racional, portanto, não manipulada, “[...] *é necessário que a mensagem tenha um componente de verdade [...]*”, já que “[...] *a liberdade é a possibilidade de eleger, mas para eleger necessitamos conhecer*”⁴¹⁹.

Diante do quanto exposto, o primeiro desafio é perquirir se existe uma verdade absoluta, objetiva, cognoscível pela mente humana e, portanto, verificável. Em seguida, há de se questionar se toda proposição admite um juízo de verdade/falsidade ou se tais conceitos podem não ser aplicáveis a algum tipo de assertiva⁴²⁰. Por fim, levando em conta

59-70); e pelas escolas de interpretação, com foco em Dworkin (p. 71-98), para concluir, ao final, que todas acabam chegando aos mesmos problemas, considerando-as “fruitless” (p. 181). PATTERSON, Dennis. **Law and truth**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1996.

⁴¹⁹ “La manipulación, por su parte, (...) consiste en ‘intervenir con medios hábiles y, a veces, arteros, en la política, en el mercado, en la información, etc., con distorsión de la verdad o la justicia, y al servicio de intereses particulares’. Estos medios arteros son aquellas técnicas o recursos que empujen a la acción ajena, sin permitir que el sujeto de esta manipulación sea consciente de ellas. La manipulación apela a los instintos, y la persuasión persigue en el individuo una elección racional y libre. Para que el consumidor pueda realizar una acción racional y libre, es necesario que el mensaje tenga un componente de verdad. La libertad es la posibilidad de elegir, pero para elegir necesitamos conocer”. MARTÍN LLAGUNO, Marta. La falsedad en la publicidad: La ética entre la persuasión y manipulación. In: MÉNDIZ NOGUERO, Alfonso; CRISTÓFOL RODRÍGUEZ, Carmen (Coord.). **Falsedad y comunicación: publicidad engañosa, información falsa, imagen manipulada**. Valência: Universidad de Málaga/Debates, 2007, pp. 18-19.

⁴²⁰ Acerca do tema e já adiantando o debate tratado no subitem 4.2.2: “Como quiera que sólo pueden llegar a integrar un delito publicitario aquellas alegaciones que sean objetivamente falsas, deben quedar excluidas del tipo las que no admitan un juicio de verdad/falsedad. Siguiendo la doctrina mercantil las alegaciones publicitarias pueden consistir en frases vacías, opiniones o juicios de valor y alegaciones concretas y comprobables. Las frases vacías son expresiones triviales, vacías, carentes de contenido, que constituyen simples incitaciones o invitaciones a la compra o adquisición del producto. Al no referirse a ningún hecho comprobable no quedan sometidas al juicio de veracidad, y en consecuencia, tampoco son relevantes penalmente. Asimismo, las opiniones o juicios de valor quedan también excluidos del juicio de veracidad, en cuanto que constituyen apreciaciones subjetivas que por ello no son susceptibles de someterse a prueba sobre su veracidad o falsedad. (...) Por su parte, las alegaciones concretas y comprobables se refieren a circunstancias de la realidad sobre las que existe un consenso generalizado, siendo, por ello, su contenido susceptible de prueba o comprobación. Dentro de esta categoría se sitúan las exageraciones publicitarias: expresiones sobre hechos comprobables que no son tomadas en serio por el público. La idea es que la exageración contiene un mínimo núcleo de veracidad, que queda desvirtuada por la inexactitud de la información, y que si fuera tomada en serio por el público no se correspondería con la realidad. En consecuencia, las exageraciones publicitarias quedan fuera del tipo penal, no porque no puedan ser objeto de un juicio de veracidad/falsedad, sino porque, al no ser tomadas en serio, no pueden causar un perjuicio grave

a particularidade do tipo penal do artigo 323 do Código Eleitoral, é de se compreender as dificuldades impostas pelo elemento normativo “[...] fatos sabidamente inverídicos”.

4.2.1 Verdade e Veracidade

A possibilidade de conhecimento da verdade, como ente absoluto, constitui o cerne de um dos mais antigos e profícuos debates da história da Filosofia. Contrapõem-se, inicialmente, as construções de Heráclito de Éfeso e Parmênides de Eleia, conforme trazidas nas obras posteriores a estes pensadores.

Parmênides⁴²¹ compreendia o mundo como imutabilidade, eternidade, permanência. Segundo o que se consegue extrair dos excertos que sobreviveram de seu único poema, a verdade era una e atingível ao homem, desde que se abdicasse de tentar fazê-lo por meio dos sentidos⁴²². O mundo sensível não seria, pois, mais que ilusão, restando à mente a tarefa de atingir a verdade absoluta, sempre imutável. Não significa que Parmênides renuncie a entender o mundo sensível, a que denomina *doxa* ou opinião, mas apenas que assumia não ser por meio dele que se chegará à verdade ou *aletheia*⁴²³.

Esta compreensão é contraposta à de Heráclito⁴²⁴, para quem o que existe é a mudança, o movimento. Nada é estático e nada permanece, em razão do que seria impossível cruzar duas vezes o mesmo rio. O rio que se cruza pela segunda vez é outro, já que as águas passam e nada há neste novo rio, que seja idêntico àquele primeiro

al consumidor, esto es, no resultan idóneas para generar un peligro penalmente relevante para el bien jurídico protegido”. CARRASCO ANDRINO, Maria del Mar. *Op. cit.*, pp. 106-107.

⁴²¹ Parmênides, nascido no sul da atual Itália, em Eleia, é filho de pais nobres. Curiosamente, sua obra é toda composta de poemas hexâmetros, dos quais chegaram aos dias de hoje cento e trinta. Cf. JASPERS, Karl. **Los grandes filósofos, los metafísicos que pensaron desde el origen**: Anaximandro, Heráclito, Parmênides, Plotino, Anselmo, Spinoza, Lao-Tsé, Nagarjuna. Tradução do alemão para o espanhol de Elisa Lucena. Madri: Tecnos, 1998, p. 39.

⁴²² “El Proemio del poema de Parménides relata su ascensión hacia la diosa. Él, el discípulo, es conducido hacia ella por las hijas del Sol en veloz viaje, sobre un carro tirado por yeguas cuyo eje chirría en los cubos de la rueda. La *Diké* abre las puertas, y el discípulo comparece finalmente ante la diosa, que le recibe con benevolencia. De su boca conoce él la verdad: ‘Es precio que te aprendas todo, tanto el imperturbable corazón de la redonda verdad (*aletheia*) como las opiniones de los mortales, en las que no hay verdadera creencia (*doxa*)’.”. JASPERS, Karl. *Op. cit.*, p. 39.

⁴²³ Para uma descrição da biografia e da obra de Parmênides, com a tradução dos poemas que chegaram aos dias de hoje: LAN, Conrado Eggers. *Los filósofos presocráticos I*. 2ª reimpressão. Madri: Gredos, 1985, pp. 401-484.

⁴²⁴ Heráclito também nasce em família aristocrática, mas em Éfeso, na Ásia Menor, e abre mão de seu direito de sucessão em prol de seu irmão. De sua obra restaram aproximadamente cento e trinta fragmentos, depositados no Templo de Ártemis. Cf. JASPERS, Karl. *Op. cit.*, pp. 28-29.

atravessado⁴²⁵. O que existe é apenas o devir, o fruto desta constante mudança que alicerça os próximos movimentos. Neste mundo, onde tudo flui, o conhecimento é transitório, jamais absoluto. Conseguiu-se captar e compreender pequenos fragmentos de verdade, que logo desaparecem e se transmutam em outras verdades sensíveis⁴²⁶.

Ainda que a contraposição da forma de entender a realidade seja patente, Karl Jaspers aponta que “[...] o antagonismo não é tão extremo que os pensamentos de ambos fossem mútua e objetivamente excludentes”. Ao contrário, “[...] entre eles há uma inegável correspondência, que reside em haver pensado, cada um a sua maneira, sobre o que sempre é”. Parmênides “[...] pensa o ser desde sua identidade lógica e o repouso transcendente de uma perfeição sempre igual em si mesma”. Heráclito, por outro lado, “[...] pensa desde a dialética lógica [...]”, a fim de superar a contradição, ao final, “[...] pela unidade dos extremos”. Ainda assim, e no que interessa a este estudo, conclui Karl Jaspers que “[...] a luta entre ambos somente se entabulará quando as fórmulas empregadas por um pretendam validade absoluta em relação às do outro”⁴²⁷.

Na mesma linha de Heráclito, fundando o que veio a se denominar relativismo, surge o pensamento de Protágoras de Abdera. Sua mais conhecida postulação afirma que o homem é a medida de todas as coisas, pelo que não há uma verdade alheia, externa e absoluta⁴²⁸; a verdade é aquilo que parece ser aos olhos de cada homem. A frase “está

⁴²⁵ “En el fondo, el mundo es reposo (el fuego eterno), pero el mundo mismo es movimiento. Él es cambio incesante e inevitable. Todo fluye y nada permanece. Nadie puede sumergirse dos veces en el mismo río, referirse dos veces a una e idéntica sustancia precedera, pues ‘las cosas se dispersan y reúnen de nuevo, se aproximan y se alejan’.”. JASPERS, Karl. *Op. cit.*, p. 31.

⁴²⁶ Conrado Eggers Lan, traduzindo fragmento de Heráclito: “Aunque esta Razón existe siempre, los hombres se tornan incapaces de comprenderla, tanto antes de oírla como una vez que la han oído. En efecto, aun cuando todo sucede según esta razón, parecen inexpertos al experimentar con palabras y acciones tales como las que yo describo, cuando distingo cada una según su naturaleza y muestro como es; pero a los demás hombres les pasan inadvertidas cuantas cosas hacen despiertos, del mismo modo que les pasan inadvertidos cuantas hacen mientras duermen” (pp. 356-357). Para informações biográficas de Heráclito e a tradução para o espanhol dos fragmentos que foram encontrados: LAN, Conrado Eggers. *Op. cit.*, pp. 318-400.

⁴²⁷ JASPERS, Karl. *Op. cit.*, p. 52.

⁴²⁸ Comentando o ceticismo que permeia parte do pensamento pré-socrático, desde Zeno e Górgias, diz Edward Hussey que “Protagoras was generally influential, because he was the first figure of any distinction to express such a position, and he expressed it in memorable words. The beginning of his essay ‘On the Gods’ is characteristic: ‘Concerning the gods, I have no means of knowing either that they exist or that they do not exist, nor what sort of form they may have; there are many reasons why knowledge on this subject is not possible, owing to the lack of evidence and the shortness of human life (fr. 4)’. His famous slogan, ‘Man is the measure of all things’ (DK 80 B I) combined beautifully, as a good slogan should, the different components of his position: relativism or pragmatism in questions of truth, but also humanistic optimism about the problems of human conduct and society”. HUSSEY, Edward. **The pre-socratics: classical life and letters**. Nova Iorque: Charles Scribner’s Sons, 1972, p. 109.

frio”, por exemplo, pode ser verdadeira para uns e falsa para outros, dado que a única medida válida de verdade é aquela que reside nos sentidos de cada homem.

Platão, caminhando trilha semelhante à de Parmênides, é considerado o pai do absolutismo filosófico. Sugere o filósofo que há verdades absolutas que se escondem do homem, mas que mesmo assim não deixam de ter existência própria e concreta, aguardando serem descobertas por meio do conhecimento, da iluminação. Mediante a alegoria da caverna, descrita no Livro VII de *A República*, esta postulação toma forma, apontando para a possibilidade da libertação do homem por intermédio do conhecimento da verdade absoluta, o qual não se dá por meio dos sentidos, mas sim com a razão⁴²⁹.

Para Simon Blackburn, professor de Filosofia na Universidade de Cambridge, “[...] tanto relativistas quanto absolutistas têm ilustre ancestralidade intelectual”. Enquanto “[...] absolutistas descendem de Platão através de quase todos os filósofos religiosos, passando por Descartes a G. E. Moore, e em tempos modernos a escritores como Iris Murdoch e Thomas Nagel [...]”, por outro lado, os relativistas “[...] descendem dos sofistas gregos como Górgias e Protágoras, através de Hobbes a Darwin (...), até Nietzsche e William James, e na nossa geração a escritores como Michel Foucault ou Richard Rorty”⁴³⁰. De acordo com o mesmo autor, esta fundante dicotomia assume diversas roupagens,

“[...] absolutistas contra relativistas, tradicionalistas contra pós-modernistas, realistas contra idealistas, objetivistas contra subjetivistas, racionalistas contra social-constitutivistas, universalistas contra contextualistas, platonistas contra pragmatistas”⁴³¹.

⁴²⁹ Stephen Clark bem resume a alegoria da caverna: “In the Republic Plato summed up his epistemology in an allegory. Prisoners chained in a cave watch on its inner wall the shadows of statues carried along a wall behind them. These represent the majority of mankind, who take their opinions, even about worldly matters, at second hand. The painful, and initially blinding, process of emerging from the darkness has three stages: first, to see the objects of this (cavernous) world as they really are; then to see the forms which transcend the imperfect objects of the present world; and finally to see the Form of the Good, which is the source of all truth and reason. The vision of the Good corresponds to emergence from the cave into the sunshine”: CLARK, Stephen R. L. *Ancient philosophy*. In: KENNY, Anthony (ed.). **The oxford illustrated history of western philosophy**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1994, p. 25.

⁴³⁰ BLACKBURN, Simon. **Truth: a guide**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2005, xix. Tradução livre.

⁴³¹ *Idem, ibidem*.

Ainda que elas não sejam todas sinônimas, podem ser extraídas da mesma separação primordial: a verdade é absoluta ou relativa?

Absolutistas afirmam que o modo de ver o mundo relativista leva ao niilismo, ao cinismo e ao ceticismo. Os acusados rebatem, sugerindo que crer em verdades absolutas leva a um “[...] *temperamento religioso, seja o objeto da religião algo tradicional, como um texto ou deidade; ou novo, como o Mercado, a Democracia ou a Ciência*”⁴³². Como alerta Francisco Teixeira da Mota, falando sobre Portugal, “[...] *durante séculos prevaleceu no nosso país o entendimento de que a Igreja e o Estado sabiam e podiam definir a verdade, uma verdade oficial a que todos os cidadãos estavam obrigados a aderir de corpo e alma*”⁴³³.

Não se ousa neste trabalho solucionar a questão, mas é necessário tomar uma posição. E neste ponto é preciso reconhecer que o absolutismo filosófico apresenta dois caminhos para o conhecimento da verdade: a revelação divina e a Razão. A primeira, praticamente abandonada, ao menos para o campo do conhecimento científico, é substituída no Iluminismo pela segunda. O problema é que esta Razão, em maiúscula, não é menos metafísica que a noção mística de divindade; seria ela uma via externa ao mundo sensível pela qual o ser humano pode absorver ou construir o conhecimento da verdade. Tem-se, em realidade, o que em Inglês se chama *wishful thinking*. Dito de outro modo, gostaríamos de acreditar que somos dotados de uma habilidade inexplicável e quase mágica, a Razão, e agimos como se ela existisse pelo simples motivo que este é o nosso desejo.

Não é possível abstrair os aportes ao conhecimento da mente humana que estão sendo formulados recentemente, principalmente no campo da neurociência. Hoje é possível

⁴³² *Idem, ibidem*. Explicando seu questionamento, diz o autor que “[...] what, then, is the conflict about? When we are absolutists we stand on truth. We like plain, unvarnished objective fact, and we like it open, transparent, and unfiltered. We may not like it everywhere, so we may feel like confining truth to some area: scientific truth, or perhaps common sense and scientific truth, but not aesthetic truth or moral truth, for example. But somewhere the absolute truth can be found. And as well as truth, absolutists cherish its handmaidens: reason, which enables us to find it or certify it, and objectivity, which is the cardinal virtue in reasoning. Relativists mock these ideals. They see nothing anywhere that is plain, unvarnished, objective, open, transparent or unfiltered. They debunk and deny. They see everywhere what the philosopher William James called the trail of the human serpent. They insist upon the universal presence of happenstance, brute contingencies of nature or culture or language or experience, that shape the way we see things. Nietzsche said ‘There are no facts, only interpretations’. That will do as a relativist slogan, and in many people’s eyes Nietzsche is a high priest of relativismo” (xv).

⁴³³ TEIXEIRA DA MOTA, Francisco. **A liberdade de expressão em tribunal**. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2013, p. 13.

perscrutar o cérebro em funcionamento, pela ressonância magnética funcional, método desenvolvido a partir da década de 1990. Com ela, diz Leonard Mlodinow, já é possível afirmar que parte substancial das decisões e ações humanas que cremos serem movidas pela razão, em verdade são meras racionalizações *ex post* de impulsos subconscientes⁴³⁴.

Aos poucos, portanto, a imagem do corpo como mero receptáculo que abriga uma mente racional e é por ela comandado se desvanece. A dúvida quanto à confiabilidade das informações adquiridas pelos sentidos é antiga, até metafísica, agora confirmada pela ciência empírica. A novidade é que mesmo decisões consideradas até então racionais vão se mostrando distantes desta realidade. A integração corpo-mente não parece mais tão simples e, pode-se dizer, a supremacia da última sobre o primeiro está ao menos em disputa.

Neste contexto, consciente que o estágio atual do desenvolvimento da neurociência não permite descartar por completo a razão como móvel do agir humano, mais coerente parece ser adotar uma posição de agnosticismo em relação à disputa. Em outras palavras, melhor reconhecer que não sabemos se é possível atingir pela razão a verdade e, por este motivo, agir como se não fosse.

O risco desta compreensão é adotar um relativismo radical, pelo qual a verdade é meramente consensual, normativa. Como afirma Javier Augusto de Luca,

“[...] os que se colocam em uma postura cética e sustentam que a verdade não existe, se veem com problemas para discriminar que fatos podem ser revelados e quais não, pois, se a verdade não existe,

⁴³⁴ “A ciência da mente foi reformulada por uma nova tecnologia específica, surgida nos anos 1990. Chama-se ressonância magnética funcional, ou fMRI (da sigla em inglês para funcional Magnetic Resonance Image). A fMRI está relacionada à ressonância magnética normal (MRI, Magnetic Resonance Image) usada pelo seu médico, só que ela mapeia a atividade de diferentes estruturas do cérebro, ao detectar o fluxo de sangue que aumenta e diminui muito levemente com a variação da atividade. Nos dias atuais, a fMRI proporciona imagens em três dimensões do funcionamento do cérebro, no interior e no exterior, mapeando, com uma resolução de cerca de 1mm, o nível de atividade geral” (pp. 10-11). Segue Mlodinow dando conta que “[...] o comportamento humano é produto de um interminável fluxo de percepções, sentimentos e pensamentos, tanto no plano consciente quanto no inconsciente. A noção de que não estamos cientes de boa parte do nosso comportamento pode ser difícil de aceitar. Embora Freud e seus seguidores acreditassem nisso, entre psicólogos pesquisadores – os cientistas do ramo –, até há pouco, a ideia de que o inconsciente é importante para nosso comportamento era descartada como psicologia popular” (p. 23)”. Segundo o autor, “[...] nessa nova visão, os processos mentais são considerados inconscientes porque há parcelas da mente inacessíveis ao consciente por causa da arquitetura do cérebro, não por estarem sujeitas a formas motivacionais, como a repressão. A inacessibilidade do novo inconsciente não é vista como um mecanismo de defesa ou como algo não saudável. É considerada normal” (p. 24). MLODINOW, Leonard. *Op. cit.*

tal discriminação seria sempre arbitrária, um mero ato de poder (...)
um mero ato de censura”.

Mais adiante, adotando esta espécie de agnosticismo, diz o autor que “[...] *quicá não possamos hoje dizer se [a verdade] existe ou não, mas a mera dúvida justifica que se conceda a mais ampla liberdade para o seu encontro (...) ainda que duvidemos ser possível chegar a ela*”⁴³⁵.

Os problemas jurídicos exigem, após a necessária reflexão, a adoção de uma postura dogmática. A zetética caminha até onde se torna necessária uma decisão, ocasião em que é necessário traçar um limite. Ao se reconhecer a impossibilidade ao menos momentânea de atingir a verdade absoluta, para os fins do discurso jurídico, é necessário se contentar com a veracidade. “*A veracidade viria a ser uma verdade bastarda, de menor hierarquia; não científica, senão intuitiva; não racional, senão subjetiva*”. Exemplificando, seria “[...] *como dizer que ali há um incêndio porque aqui percebi fumaça*”. Dito de outro modo, “[...] *a episteme, a verdade, sujeita à demonstração, própria do discurso científico, contra a doxa, que é a opinião, própria da argumentação e do discurso vulgar*”⁴³⁶.

A veracidade mostra-se, pois, como uma correlação entre um fato da realidade e a proposição que sobre ele se constrói. Esta proposição, futuramente, pode se demonstrar objetivamente falsa, na medida em que se passe a conhecer algum elemento então obscuro, que altere a percepção que se tem daquela realidade. Alguém pode dizer, com as informações de que dispõe em determinado momento, que uma nota que tem em mãos é verdadeira. Posteriormente, de posse de um laudo técnico, chega-se a um conhecimento mais completo e se percebe que tratava de uma falsificação. A primeira proposição era veraz, ainda que tenha se demonstrado em seguida falsa. Há, então, compatibilidade entre a veracidade e a falsidade, o que não ocorre entre a verdade e a falsidade⁴³⁷.

⁴³⁵ AUGUSTO DE LUCA, Javier. La veracidad, las expresiones y el derecho penal. In: MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Dir.). *Op. cit.*, pp. 22-23. Tradução livre.

⁴³⁶ *Idem, ibidem.*

⁴³⁷ Esta é também a leitura de Jónatas Machado, tratando do ordenamento jurídico português. Pugna que “a realização das finalidades constitucionais substantivas subjacentes às liberdades da comunicação aponta para a proteção de conteúdos expressivos objetivamente errôneos, contanto que sejam observados os deveres elementares de cuidado e objetividade, com particular relevo para os deveres profissionais e deontológicos dos jornalistas, devendo a exigência aumentar na proporção direta da gravidade da alegação”. MACHADO, Jónatas E. M. *Op. cit.*, p. 782.

Percebe-se que a veracidade é subjetiva, em contraposição à verdade, objetiva. Parte da compreensão das limitações de atingir a verdade e, portanto, assume que “[...] possível é a informação que tende a esta verdade objetiva [...]”, ainda que dela discrepe, pois “[...] esta limitação subjaz como herança da condição humana, que formula e marca com o signo do acerto ou do erro a distância que sempre existe entre o fato e o seu relato”. Afinal, “[...] a realidade das pessoas e seus fatos é fugaz”⁴³⁸.

O reconhecimento judicial desta diferença entre verdade e veracidade vem, nos Estados Unidos, em decisão histórica no caso *New York Times Co. v. Sullivan*⁴³⁹, julgado pela Suprema Corte em 1964. Na ocasião, narra Francisco Teixeira da Mota, o periódico havia publicado um anúncio de página inteira no qual criticava a atuação da polícia de Montgomery, Alabama, em relação ao Pastor Martin Luther King. No anúncio, havia informações que se mostraram posteriormente falsas sob o ponto de vista factual. O número de vezes que o militante dos movimentos civis havia sido preso não era o indicado, bem como a atuação da polícia no cerco ao *campus* universitário local não se dera nos termos que constaram da publicação⁴⁴⁰.

Sullivan, Comissário de Segurança Pública de Montgomery, ajuizou ação de indenização contra o jornal, obtendo vitória no tribunal estadual do Alabama. Tendo chegado o recurso do *New York Times* à Suprema Corte, esta lhe deu provimento para afirmar que “[...] as críticas a funcionários públicos (public officials) só poderiam dar origem a indenizações se os textos em causa fossem publicados com conhecimento de sua

⁴³⁸ Citação de Adolfo Jasca extraída de AUGUSTO DE LUCA, Javier. *Op. cit.* In: MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Dir.). *Op. cit.*, p. 25. Tradução livre.

⁴³⁹ *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964). O texto completo da decisão encontra-se em <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=CASE&court=US&vol=376&page=254>. Acessado em 11/2/2014>.

⁴⁴⁰ De acordo com a decisão da Suprema Corte, estes foram os equívocos transmitidos no anúncio: “It is uncontroverted that some of the statements contained in the paragraphs were not accurate descriptions of events which occurred in Montgomery. Although Negro students staged a demonstration on the State Capitol steps, they sang the National Anthem and not “My [376 U.S. 254, 259] Country, ‘Tis of Thee.” Although nine students were expelled by the State Board of Education, this was not for leading the demonstration at the Capitol, but for demanding service at a lunch counter in the Montgomery County Courthouse on another day. Not the entire student body, but most of it, had protested the expulsion, not by refusing to register, but by boycotting classes on a single day; virtually all the students did register for the ensuing semester. The campus dining hall was not padlocked on any occasion, and the only students who may have been barred from eating there were the few who had neither signed a preregistration application nor requested temporary meal tickets. Although the police were deployed near the campus in large numbers on three occasions, they did not at any time “ring” the campus, and they were not called to the campus in connection with the demonstration on the State Capitol steps, as the third paragraph implied. Dr. King had not been arrested seven times, but only four; and although he claimed to have been assaulted some years earlier in connection with his arrest for loitering outside a courtroom, one of the officers who made the arrest denied that there was such an assault”.

falsidade (actual malice) ou com total desprezo pela verdade (reckless disregard for the truth)). Por este motivo, “[...] o facto de existirem erros no anúncio, nomeadamente quanto à actuação da polícia, imputando-lhe actuações censuráveis que não tinham ocorrido, não era, por si só, razão para ser atribuída qualquer indemnização ao responsável pela polícia”⁴⁴¹.

A abrangência da liberdade de expressão para ataques “[...] veementes, cáusticos e por vezes desagradáveis [...]” já fora afirmada em decisões anteriores daquela corte⁴⁴². A questão posta em debate era se a proteção à liberdade de expressão se mitigava “[...] pela falsidade de algumas das proposições factuais e pela alegada difamação do querelante”. Assim, concluiu-se que “[...] as proposições equivocadas são inevitáveis no debate livre e elas devem ser protegidas se a liberdade de expressão deve ter o ‘espaço para respirar’ de que ela precisa para sobreviver”⁴⁴³.

A veracidade, neste contexto, surge como o “espaço para respirar” de que necessita a liberdade de expressão, como solução apta a compatibilizar a proteção ao bem jurídico liberdade de decisão do eleitor e a liberdade de expressão. Ela se caracteriza, sob um ponto de vista subjetivo, pelo desconhecimento da falsidade do que se afirma – ao menos com as informações então disponíveis – e por buscar se aproximar da verdade ou tender a ela. Como se trata de um “buscar”, continua sendo subjetivo o ângulo de análise. Não importa se ela atinge ou não a proximidade da verdade, mas se de boa-fé este caminho foi percorrido⁴⁴⁴.

⁴⁴¹ TEIXEIRA DA MOTA, Francisco. *Op. cit.*, pp. 19-20.

⁴⁴² *Terminiello v. Chicago*, 337 U.S. 1, 4; *De Jonge v. Oregon*, 299 U.S. 353, [376 U.S. 254, 271] 365.

⁴⁴³ Excertos do acórdão citado na nota 432.

⁴⁴⁴ Do ponto de vista concreto, a compreensão dada à controvérsia pela Suprema Corte dos Estados Unidos consubstanciou-se em um teste pelo qual devem passar todas as tentativas de restringir o conteúdo de uma comunicação. Segundo Teresa Rodríguez Montañés, “[...] a todas las restricciones basadas en el contenido se les aplica un nivel de escrutinio estricto (‘strict scrutiny’), reservado para la protección de los derechos constitucionales fundamentales, que obliga al gobierno, sobre el que recae la carga de la prueba, justificar la restricción como ‘necesaria’ para servir a un ‘interés público forzoso/imperioso’ (‘compelling governmental interest’) y que esté estrictamente dirigida a alcanzar ese fin. Necesaria significa que no haya otra alternativa disponible para alcanzar los objetivos pretendidos por el gobierno ni otra menos lesiva a la libertad de expresión. El concepto de ‘compelling interest’ es menos claro. No existe una lista de intereses que tengan tal cualidad, ni criterios para establecer cuándo lo son, más allá de que haya de ser un interés lo suficientemente importante como para triunfar sobre la libertad de expresión. En definitiva, el test de estricto escrutinio consiste en la exigencia al gobierno de que pruebe que la restricción del discurso es la única vía en la que puede servir a un interés público de extraordinaria importancia, el último recurso, y la exigencia de la Corte Suprema es tan alta que en raras ocasiones el test puede ser superado”. MONTAÑÉS, Tereza Rodríguez. *Op. cit.*, p. 148.

Do quanto visto neste subitem, extrai-se que a veracidade é o limite que o Direito Penal pode exigir de proximidade com a verdade, no que diz respeito ao conteúdo da publicidade eleitoral. Próximo passo, conforme delineado anteriormente, é verificar se toda proposição é passível de um juízo de veracidade e se, mesmo entre aquelas que se sujeitam a tal crivo, qualquer deturpação factual intencional constitui, necessariamente, quebra do respeito à veracidade.

4.2.2 Fatos e Opiniões

A análise da viabilidade do controle de conteúdo da propaganda eleitoral, proposto pelo artigo 323 do Código Eleitoral, passa, necessariamente, por identificar alguns de seus limites. Como já visto, este controle se dá mediante a aplicação de um juízo de veracidade. Essencial, nesta quadra, ponderar se esta modalidade de juízo pode ser aplicada a qualquer tipo de proposição contida em um ato de propaganda eleitoral.

Nem todo o tipo de proposição é passível de ser avaliada sob qualquer prisma. O exemplo clássico vem da Teoria Geral do Direito e se refere aos juízos que podem ser realizados sobre uma norma jurídica. Normas jurídicas podem ser objeto de juízos de validade, vigência, eficácia e até existência. Em relação à norma do artigo 121 do Código Penal⁴⁴⁵, por exemplo, tem-se que ela é um duplo comando, dirigido à sociedade como um todo e comunicando o desvalor de determinada ação e ao juiz, em particular, para que aplique a pena em caso de descumprimento do preceito primário.

Neste sentido, a norma pode ser válida quando inserida no ordenamento de acordo com suas regras internas de integração; vigente, se decorrido o período estipulado desde sua promulgação; eficaz, se sob um critério sociológico mostrar-se apta a punir aqueles que a violam ou se logra evitar a maior parte das violações; existente, se além de ostentar aparência de norma jurídica, contém todas as suas características essenciais. Mas jamais se submete a um juízo de veracidade.

Não é possível, sob um ponto de vista lógico, questionar se a norma jurídica em tela é verdadeira ou falsa. Esta mesma impossibilidade de aplicação de alguns tipos de juízos a

⁴⁴⁵ Art. 121. Matar alguém: Pena – reclusão de seis a vinte anos.

certas espécies de proposições tem aplicação no caso da propaganda política. É a distinção que reside na dicotomia fatos/opiniões, derivada de duas vertentes distintas da liberdade de expressão: as liberdades de informação e de opinião.

A doutrina é praticamente unânime em assentar que as opiniões não são passíveis de serem apreciadas sob um critério de veracidade e falsidade, ao menos com relação ao Direito⁴⁴⁶. Quando alguém diz preferir a cor azul à amarela, esta proposição somente pode ser tida por falsa se discrepar, sob um ângulo subjetivo, da real preferência daquela pessoa. Em outras palavras, se em verdade a pessoa prefere a cor amarela, mas afirma preferir a azul, há uma falsidade, mas esta não tem qualquer relevância para o Direito.

As opiniões podem ser qualificadas, por exemplo, como oportunas, radicais, agressivas, ofensivas, desagradáveis, minoritárias, absurdas até, mas não como verdadeiras, verazes ou falsas. Como assenta o Tribunal Constitucional espanhol, “[...] a liberdade de expressão carece do limite interno da veracidade a que se submete a liberdade de informação”⁴⁴⁷. No mais das vezes, cabe destacar, a proteção à liberdade de

⁴⁴⁶ Não há, contudo, absoluta unanimidade sobre este entendimento. Guilherme Döring Cunha Pereira apresenta visão bastante crítica sobre a questão. Sustenta o autor que “[...] é cada vez mais comum encontrar entre juristas a afirmação de que as opiniões, as ideias e sobretudo a crítica valorativa propriamente dita não são suscetíveis de análise em termos de verdade ou falsidade, de erro ou acerto; e isso de forma absoluta, isto é, não apenas sob o aspecto jurídico. Ou seja, a razão pela qual não teria sentido discutir em juízo a veracidade de uma doutrina estaria em que doutrinas são produções eminentemente subjetivas, não passíveis de aferição. Adota-se, assim, um posicionamento filosófico muito claro, de corte relativista e imanentista. Aliás, o ceticismo é forte componente do pensamento contemporâneo. Levada às últimas consequências e, na verdade, de forma coerente, esse ceticismo conduzirá a negar a própria possibilidade de se referir à veracidade da narração de fatos. Embora nem todos os autores cheguem tão longe, é cada vez mais disseminada a tese de que não se deve falar, quanto à narração de fatos, em veracidade objetiva, isto é, em adequação do expressado à realidade. Haveria veracidade, quando o jornalista houvesse atuado de boa-fé, independentemente do resultado a que chegou”. PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. **Liberdade e responsabilidade dos meios de comunicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 56-57. A crítica do autor é formulada, com maior vagar, em capítulo subsequente de sua tese (pp. 154-234), concluindo, ao final, ser condenável esta visão em relação à imprensa, mas aceitando-a no que diz respeito, por exemplo, à imunidade parlamentar. Segundo o autor, “[...] tanto a imunidade judiciária quanto a parlamentar são conferidas para o exercício de funções específicas, em âmbitos muito reduzidos e definidos, para ‘utilização’ em face de pares que gozam da mesma prerrogativa; por isso também o potencial danoso das condutas é significativamente diminuído” (p. 234).

⁴⁴⁷ Neste caso, a corte espanhola trata a liberdade de opinião como liberdade de expressão. Parece mais adequada a compreensão aqui exposta, segundo a qual liberdade de opinião e de informação são espécies do gênero liberdade de expressão. Esta é a sugestão de Javier Augusto de Luca: “A mi modo de ver estas disquisiciones no son necesarias en tanto se entienda que la libertad de expresión es el género y las de información y de opinión sus elementos o especies. Aquélla también comprende la libertad de no expresarse o derecho al silencio. Podríamos discutir inclusive si la de opinión comprende el derecho a mentir o a decir predicados no verdaderos, con lo cual la distinción no aportaría nada. Para su análisis se distinguen sus características y contornos. La de informar se refiere a la comunicación de hechos y, por ello, solo de ella puede predicarse la verdad o falsedad”. AUGUSTO DE LUCA, Javier. La veracidad, las expresiones y el derecho penal. In: MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Dir.). *Op. cit.*, p. 32. Tradução livre.

opinião somente é necessária em relação às opiniões incômodas, ofensivas. De nada adiantaria dispor do direito de falar aquilo que todos querem ouvir. “*O Direito à livre expressão com suas dimensões individual e social surge a partir de manifestações do pensamento que molestam, perturbam e lesam interesses alheios*”⁴⁴⁸.

Por esta razão, inclusive, é que “[...] não vige para as opiniões os standards das narrações de fatos, apesar dos problemas já vistos de separar um e outro”. Assim, “[...] a expressão de ideias e opiniões se inscreve no direito de crítica dos atos dos poderes e personagens políticos insertos em questões de interesse coletivo”⁴⁴⁹. Outra razão que fundamenta o tratamento diverso é trazida por Francisco Teixeira da Mota, quando diz que “[...] os cidadãos consumidores da informação, por outro lado, são vistos como seres adultos e autónomos capazes de pensar por si e de, por exemplo, entenderem que uma opinião não é uma verdade mas apenas uma opinião”⁴⁵⁰.

A proteção dada à liberdade de opinião pode ser, inclusive, absoluta, como ocorre nos Estados Unidos da América. Em virtude do texto da Primeira Emenda de sua Constituição⁴⁵¹,

“[...] o Supremo Tribunal norte-americano, em nome da livre circulação de ideias, protege, assim, a liberdade de opinião mesmo

⁴⁴⁸ AUGUSTO DE LUCA, Javier. La veracidad, las expresiones y el derecho penal. *In*: MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Dir.). *Op. cit.*, p. 74. Tradução livre.

⁴⁴⁹ *Idem, ibidem*, p. 76.

⁴⁵⁰ TEIXEIRA DA MOTA, Francisco. *Op. cit.*, p. 15. Interessante debate é proposto por Daniel Wikler em ensaio sobre o paternalismo jurídico em relação às pessoas com deficiências mentais leves. Relata o autor que muitos estados norte-americanos limitam a realização de atos civis por pessoas nestas condições, submetendo-as à tutela de outras pessoas ou autoridades. A justificativa são os riscos em que eles podem involuntariamente incorrer. Diante desta situação, seria de se questionar se pessoas dotadas de uma capacidade intelectual acima da média não poderiam, igualmente, tutelar todas as demais, cujas faculdades mentais seriam apenas medianas. O repúdio a esta proposta é evidente, o que conflita com a justificativa dada para a tutela das pessoas com leves deficiências mentais. Como diz o autor, “[...] the question which remains, then, is whether restrictions are defensible for those who are in fact retarded and who do seem likely to encounter trouble if granted full citizenship. It the right to take risks is to be denied the retarded by normal persons on the basis of the latter’s intellectual superiority, one would think it legitimate for exceptionally gifted persons to do the same to normal persons. The right to self-direction claimed by normal persons, however, seems to be a claim of immunity against the paternalistic interventions even of those who are more gifted”. A solução seria reconhecer que a apreciação deve se dar exclusivamente com base na aptidão, na competência para realizar determinada tarefa. Assim, mesmo alguém com uma capacidade intelectual limitada em relação a outra pessoa, teria ampla liberdade para agir – e correr os correspondentes riscos – desde que considerada apta, ao menos, a realizar aquela tarefa. WIKLER, Daniel. *Paternalism and the mildly retarded*. *In*: SARTORIUS, Ralf (Ed.). **Paternalism**. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1983, p. 92.

⁴⁵¹ “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances”.

que não esteja a contribuir particularmente para o debate público de questões relevantes para a sociedade e independentemente de assumir formas que sejam ofensivas para a maioria das pessoas”⁴⁵².

A proteção absoluta dada à liberdade de expressão nos Estados Unidos foi mitigada em curto período, entre 1969 e 1987. A década de 1960 marcou a criação da Federal Communications Commission (FCC), agência regulatória da área de comunicações, que estabeleceu a denominada *Fairness Doctrine*, exigindo que as redes de telecomunicações cobrissem eventos de interesse público de modo equilibrado, expondo todos os lados envolvidos em cada matéria. Ademais, obrigava fosse dada oportunidade a candidatos em eleições a responder acusações de cunho editorial ou, mesmo, de exercer direito de resposta contra ataques pessoais. A constitucionalidade da regulação foi suscitada na Suprema Corte pelo senador Barry Goldwater, acusado pela rede de rádio Christian Crusader de ser simpático ao comunismo, em um caso que ficou conhecido com o nome *Red Lion*. Em 1969, a Suprema Corte considerou constitucional o regramento. No voto do juiz conservador Byron White, “[...] a autonomia permitida à imprensa não é absoluta [...]” e “[...] neste caso o interesse defendido pelo Estado em suporte a sua regulação – o direito público a ser informado corretamente sobre assuntos de relevância – é particularmente convincente [...]”, já que “[...] tem o mesmo valor pelo qual se confere a proteção à autonomia: a promoção de um debate de ideias de importância pública que seja ‘desimpedido, robusto e aberto’.”⁴⁵³

Na compreensão de Owen Fiss, não há contradição entre os casos *Red Lion* e *Sullivan*. Para o autor, “[...] as decisões estavam em tensão quanto a um detalhe operacional: *Sullivan* mantinha o Estado distante, enquanto *Red Lion* abraçava o Estado

⁴⁵² Comentando esta amplitude de proteção o autor menciona o caso *Hustler Magazine v. Falwell*, no qual a conhecida e polêmica revista *Hustler* criou uma entrevista falsa com o famoso líder religioso evangélico, na qual este daria a entender que sua “primeira vez” [...] passava-se entre Falwell e sua mãe num encontro em que ambos estavam bêbados”. A Suprema Corte, em 1988, reformou decisão de instância inferior que determinara o pagamento de indenização ao pastor, “por considerar que as figuras públicas não tinham o direito a ser indemnizadas por danos morais que lhes fossem causados, mesmo que intencionalmente, por um texto satírico ou humorístico excepto se conseguissem provar que havia no texto afirmações de factos que fossem falsas e susceptíveis de serem tidas como verdadeiras pelos leitores”. Mais adiante, o autor traz outro exemplo paradigmático, relativo ao caso *Texas v. Johnson*, de 1989, no qual Gregory Lee Johnson foi absolvido pela Suprema Corte pela queima da bandeira dos Estados Unidos. Exemplar a assertiva contida no voto vencedor, mencionada pelo autor, quando o juiz Kennedy, “[...] um conservador nomeado pelo presidente Reagan mas que votou a favor da inconstitucionalidade da proibição do acto de queimar a bandeira [...]” afirma que “[...] a dura realidade é que por vezes temos que tomar decisões de que não gostamos. Fazemo-lo porque entendemos que estão correctas, no sentido em que a lei e a Constituição, como nós a vemos, obrigam a tal resultado”: TEIXEIRA DA MOTA, Francisco. *Op. cit.*, pp. 21-24.

⁴⁵³ *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC*, 395 U.S. 367, 369-371 (1969). Tradução livre.

[...]”, mas ambas “[...] *repousavam sobre o mesmo princípio animador [...]*”, como “[...] *estratégias para o progresso da missão democrática da imprensa*”⁴⁵⁴. A *Fairness Doctrine* não foi afastada pela Suprema Corte, mas veio a ser derrubada pela própria FCC em 1987, durante o governo de Ronald Reagan. Apesar da tentativa do Congresso de aprovar seu conteúdo como lei, houve veto presidencial, sustentando que a amplitude dos meios de comunicação que se desenvolviam tornava desnecessária a regulação⁴⁵⁵.

Ao contrário do modelo norte-americano, a tutela da liberdade de opinião pode ser restrita por outros critérios, como ocorre na Europa. Particularmente marcada pelas nefastas circunstâncias do Holocausto nazista, a sociedade europeia trata a questão de modo diverso, notadamente quanto aos discursos, que podem incitar o ódio racial ou religioso. Caso emblemático foi apreciado pela Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) em 2009, envolvendo um político da extrema-direita belga, Daniel Féret, cujos panfletos de propaganda eleitoral opunham-se à “islamização da Bélgica”, propondo “[...] *interromper a política de pseudo-integração [...]*”, “[...] *devolver os desempregados não europeus [...]*” e “[...] *reservar aos belgas a aos europeus a prioridade da segurança social*”. Em julgamento, a CADH entendeu que as manifestações haviam extrapolado os limites da opinião aceitável, dada a “[...] *necessidade social imperiosa de proteger a ordem pública e os direitos de terceiros, isto é, da comunidade imigrante*”.

Voto vencido no caso, o juiz András Sajó fez importante alerta ao dizer que “[...] *a regulação do conteúdo e as restrições da expressão baseadas no conteúdo assentam no pressuposto de que certas expressões vão ‘contra o espírito’ da Convenção [Europeia de Direitos Humanos]*”. Ocorre que “[...] *os ‘espíritos’ não fornecem padrões claros e estão sujeitos a abusos [...]*”, já que “[...] *os seres humanos, inclusive os juizes, estão inclinados a etiquetar posições com que não concordam como claramente inaceitáveis e, por conseguinte, além do domínio de expressão protegida*”. Daí porque “[...] *é precisamente quando estamos perante ideias que nós odiamos ou desprezamos que temos de ser mais cuidadosos no nosso julgamento, já que as nossas convicções pessoais podem influenciar as nossas ideias sobre o que é realmente perigoso*”⁴⁵⁶. Em vista do alerta é que, ao menos

⁴⁵⁴ FISS, Owen M. **The irony of free speech**. Cambridge: Harvard University Press, 1996, pp. 57-58.

⁴⁵⁵ *Idem, ibidem*, p. 59. Discordando das razões que levaram à supressão da *Fairness Doctrine*, o autor parafraseia o cantor Bruce Springsteen, dizendo que há “500 channels and still nothing on”.

⁴⁵⁶ TEIXEIRA DA MOTA, Francisco. *Op. cit.*, pp. 39-40. A decisão integral da CEDH está disponível em francês: <[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx#{%22dmdocnumber%22:\[%22852535%22\],%22itemid%22:\[%22001-93626%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx#{%22dmdocnumber%22:[%22852535%22],%22itemid%22:[%22001-93626%22]})>. Acesso em 13/2/2014.

no que tange à liberdade de opinião, a postura norte-americana parece mais adequada, ampliando o leque do debate público e evitando que concepções pessoais dos julgadores tolham parcela importante dos argumentos que fertilizam a discussão política⁴⁵⁷.

Coisa diversa da liberdade de opinião é a de informação; retomando o exemplo anterior, é o que acontece quando alguém diz que está vestindo uma camisa amarela quando, em verdade, sua vestimenta é azul. Aqui há uma objetividade fática que pode ser confrontada com a proposição e da discordância verificada suscitar um juízo de falsidade. Neste caso, há plena possibilidade de controle, sob o critério do juízo de veracidade, não de verdade, conforme dito no subitem anterior.

No mundo real, dificilmente são encontrados exemplos com tal claridade. Conforme visto, a propaganda política, dentre outras finalidades, busca simultaneamente informar o eleitorado e persuadi-lo a votar em um ou em outro sentido. Diferentemente da informação contida em um dicionário técnico, por exemplo, quase integralmente

⁴⁵⁷ Questão que guarda referência com os casos discutidos diz respeito ao discurso do ódio e sua tolerância por parte do Poder Judiciário. No Brasil a temática foi tratada pelo Supremo Tribunal Federal em caso que analisou a publicação de livros antisemitas por Sigfried Ellwanger. Miguel Reale Júnior lançou considerações sobre o tema, ponderando os argumentos dos votos de cada ministro e apontando três possíveis linhas de solução para problemas de conflito de princípios como estes: “(a) o entendimento que dá primazia ao valor da dignidade da pessoa humana e da igualdade, face do valor da liberdade de expressão, como limites imanentes; (b) aplicação do postulado da proporcionalidade em face de circunstâncias concretas com conclusões contraditórias, pois decide em favor da condenação por racismo e outra considera não ter havido crime de racismo; (c) o entendimento que privilegia o exame das circunstâncias do caso concreto e, na hipótese, dá primazia à liberdade de expressão” (pp. 75-76). Em conclusão, o autor vai ao cerne da questão quando afirma que “[...] seja admitindo-se limites imanentes, com uma hierarquia *a priori* de valores, seja exigindo-se a construção de uma hierarquia móvel, válida para cada caso, com o conflito a ser superado por via da aplicação do postulado da proporcionalidade, sempre se estará sujeito à perspectiva subjetiva do intérprete, cuja escolha jamais esconderá, por mais racional e bem construída que seja a justificativa, o teor subjetivo da opção feita em favor de um determinado valor em detrimento de outro” (pp. 89-90). Neste sentido, pondera que “[...] nesta matéria relativa à admissão ou não de limites à liberdade de expressão, tão largamente discutida, especialmente na Suprema Corte norte-americana, a carga ideológica sempre se faz presente e posições ideológicas se contrapõem. Ou se busca harmonizar a liberdade de expressão e a proteção a outros direitos, em uma composição de interesses sujeita à análise de cada caso concreto, ou se estabelecem sobredireitos: ora a dignidade da pessoa humana, valor fonte de todos os direitos; ora a liberdade de expressão como pilar da vida democrática, sob o pressuposto de que só se defende a liberdade com mais liberdade” (p. 90). REALE JÚNIOR, Miguel. Limites à liberdade de expressão. RBCCRIM, v. 17, n. 81, pp. 61-91, 2009. Celso Lafer, atuando como *amicus curiae* no julgamento, também escreveu sobre o tema. Congratulando o Ministro Maurício Corrêa, inaugurador da divergência com o Ministro Moreira Alves e, ao final, relator do acórdão vencedor, diz que “[...] sobre a liberdade de expressão, [Maurício Corrêa] afirmou que se trata de garantia constitucional que não se tem como absoluta, já que há limites morais e jurídicos, e que o direito à livre expressão não pode abrigar manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal”. LAFER, Celso. **A boca e a língua do justo**. Artigo publicado no jornal *O Estado de S. Paulo* em 15/12/2013 e disponível em <<http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,a-boca-e-a-lingua-do-justo,1108797,0.htm>>. Acesso em 1º/5/2014.

informativa⁴⁵⁸, ou da ordem dada pelo superior hierárquico militar aos seus subalternos⁴⁵⁹, preponderantemente persuasória, a propaganda política traz em si essa dupla finalidade.

Em regra, o elemento informativo trazido na propaganda política tem a finalidade de reforçar o seu caráter persuasório. Se um candidato diz que foi o melhor prefeito de determinada cidade, tal assertiva tende a ser ignorada pelo receptor, já que vista como mera opinião interessada do emissor. Por outro lado, quando se faz acompanhar de uma pesquisa de opinião que aponte ter sido aquele o prefeito mais bem avaliado, ganha-se um reforço argumentativo e aumentam as chances de que a mensagem seja levada em conta pelo receptor. Tem-se, portanto, uma proposição que contém dois elementos diversos, um informativo e outro opinativo. Seria o caso da asserção que diz “[...] fui o melhor prefeito que esta cidade já teve, conforme pesquisa tal”. Aqui reside a primeira dificuldade em colocar em prática o controle pugnado pela norma do artigo 323 do Código Eleitoral⁴⁶⁰.

A esta dificuldade soma-se outra, semelhante. É o caso da informação, que já traz, em si, elementos de opinião, por vezes entremeados de modo a tornar praticamente impossível separá-los. Javier Augusto de Luca traz exemplos deste tipo de discurso, como quando se afirma que “[...] a inflação foi de 5% [...]”, “[...] o governo manipula as estatísticas [...]”, “[...] o Presidente viola a independência judicial ou pressiona os juízes ao criticar uma sentença [...]”, “[...] a única verdade é a fé católica [...]”, dentre outras⁴⁶¹.

⁴⁵⁸ Não se nega que mesmo a comunicação tida por “educativa” tem em si, em regra, componente persuasório em maior ou menor grau. O debate acerca do ensino do Criacionismo ou da Teoria da Evolução em escolas é demonstração patente deste cenário. De qualquer modo, o exemplo do dicionário técnico parece ser o que mais se aproxima de um conteúdo exclusivamente informativo.

⁴⁵⁹ Igualmente aqui, não se pretende dizer que as ordens militares sejam destituídas de todo elemento informativo. Apenas se reconhece que não é necessário informar algo ao subalterno para convencê-lo a cumprir uma ordem, razão pela qual a determinação pode ser mais sucinta e conter exclusivamente um comando.

⁴⁶⁰ A questão é tratada por Jónatas Machado, quando afirma que “a distinção entre afirmações de fato e juízos de valor é meramente tendencial, na medida em que, do ponto de vista teórico-cognitivo, os primeiros podem conter elementos subjetivos e os segundos podem basear-se em realidades objetivas. Além disso, existem formas de discurso não arbitrarias nem subjetivas sobre dados de fato, cuja verdade ou falsidade pode estar ainda pendente de novas informações, como sucede com crenças, hipóteses explicativas, especulações, conjecturas, interrogações, prognósticos, teorias e modelos, as quais, escapando a um esquema binário, podem, a partir de diferentes jogos de linguagem, desempenhar papel de relevo na discussão pública sobre questões de interesse geral. Daí que a atribuição de um significado jurídico-normativo decisivo a essa distinção seja particularmente delicada. Para além de os mesmos se manifestarem intimamente relacionados no dia a dia da atividade de imprensa e da comunicação social, uns e outros podem surgir confundidos nas intervenções públicas dos cidadãos”. MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade de expressão**: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, pp. 787-788.

⁴⁶¹ “Nos desentendemos de la metafísica y razonamos que la verdad es un concepto referenciado a algo que tiene una representación objetiva, real, histórica, que tiene historicidad. Ya sea un objeto en sí, un fenómeno,

A matéria é objeto de ponderação pela doutrina e jurisprudência no Brasil e alhures. Em regra, como faz o Tribunal Constitucional espanhol, busca-se traçar a linha divisória “[...] a partir de seu diferente objeto: juízos de valor no caso da primeira [liberdade de opinião] e de fatos no caso da segunda [liberdade de informação]”. A distinção, até pelos desafios acima tratados, é objeto de crítica, dado que “[...] na maioria das ocasiões não se pode diferenciar com clareza os fatos e os juízos de valor, pois estes últimos não se realizam quase nunca sem uma base fática”⁴⁶².

Assim retomando o debate quanto à viabilidade do controle de conteúdo da propaganda política, necessário perceber que o texto do tipo penal do artigo 323 do Código Eleitoral é claro, vedando a divulgação de “fatos”. Percebe-se, aqui, a dificuldade inerente a promover a distinção entre fatos (controláveis) e opiniões (deixadas fora do âmbito de controle da norma).

Há, além disso, outras dificuldades. Uma diz respeito aos já mencionados exageros publicitários. Conforme se falou no subitem 3.6.2, quando tratado o tema da influência da propaganda sobre o eleitor, nem todo fato comunicado tem capacidade de alterar a formação da vontade do eleitor. A linguagem hiperbólica que caracteriza a propaganda – tanto comercial quanto política – não sofre a restrição do tipo penal em comento. Na política nunca se diz que algo é bom, mas sim que é o melhor já visto. Igualmente nada é apenas ruim, mas a pior experiência já vivida. Uma política não é meramente inédita, mas sim levada a cabo pela “primeira vez em quinhentos anos” e por aí vai. Este tipo de discurso, conquanto concretamente possa trazer “fatos sabidamente inverídicos”, não cruza

un proceso psicológico o sustantivo abstracto. (...) El problema es que aun así, tenemos presente que en gran cantidad de situaciones, aun referidas a situaciones de la vida, es imposible determinar una referencia a algo real y, con ello, no podremos predicar su verdad o falsedad. Así, me ocurren algunos casos: ‘La inflación fue del 5%’. Pero ¿cómo se medió la inflación? Esa frase debería decir que según tal encuesta, llevada así o asá, la inflación dio tanto, porque en realidad hubo precios que subieron, pero otros que bajaron. Si tomara solo las mercancías que bajaron de precio, ¿no habría habido inflación! ‘El gobierno ‘manipula’ las estadísticas’. ¿Eso es una opinión o la descripción de un estado de cosas? La estadística misma, ¿es una mentira o todas las verdades son estadísticas? Otro: ‘El presidente viola la independencia judicial o presiona los jueces al criticar esa sentencia’. Ese mensaje, ¿es una opinión o es un relato fiel de un hecho? Otro: ‘La única verdadera es la fe católica’.” AUGUSTO DE LUCA, Javier. La veracidad, las expresiones y el derecho penal. In: MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Dir.). **Protección penal de la libertad de expresión e información**. Valência: Tirant lo Blanch, 2012, pp. 21-22. Tradução livre.

⁴⁶² FERNÁNDEZ BAUTISTA, Silvia. Criterios del TC (y del TEDH) en la protección del honor frente al ejercicio de la libertad de expresión y de información. In: MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Dir.). *Idem, ibidem*, p. 169. Tradução livre.

o limiar da tipicidade na medida em que não se reveste da capacidade de influenciar o receptor da mensagem⁴⁶³.

Melhor seria, nesta senda, que se adotasse formulação semelhante à que a Europa incorporou para o controle da publicidade comercial enganosa. Lá existe uma taxatividade quanto aos tipos de fatos falsos que constituem o delito. Por exemplo, o Estatuto de Publicidade da Espanha exige para a configuração do engano típico que “[...] *as afirmaciones se refirán a la naturaleza, composición, origen, cualidades substanciais ou propiedades dos produtos e prestações de serviços objeto da publicidade*”. Igualmente na França, a Lei de Orientação do Comércio e do Artesanato, de 27 de dezembro de 1973, alcunhada Lei Royers, traz em seu artigo 44 a vedação das alegações falsas que se refiram a um dos seguintes elementos: “[...] *existência, natureza, composição, qualidades substanciais, possibilidade de aproveitamento, espécie, origem, quantidade, modo e data de fabricação, propriedades, preço e condições de venda [...]*”, dentre outros requisitos específicos. Na Alemanha, de igual modo, a Lei de Concorrência Desleal (Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb – UWG) dispõe em seu parágrafo quarto que as alegações falsas suscetíveis de punição são as que se referem a “[...] *qualidade, origem, forma de fabricação ou de fixação de preços das mercadorias e serviços (...), sobre listas de preços,*

⁴⁶³ “En este sentido puede recordarse la unánime opinión doctrinal que desde la consideración de la publicidad no tanto como una mera crónica informativo sino como un discurso teleológico orientado en clave de persuasión hacia la captación del consumidor, y no precisamente en base a las necesidades de este sino a las del oferente, admite ciertos márgenes de inexactitud, de exageración o hipérbole, de euforia incluso en el mensaje sobre las cualidades del producto no coincidentes con la realidad de lo publicitado. La exageración publicitaria no tiene necesariamente la gravedad de una falsedad, de una mentira, de una contradicción pura y llana entre lo dicho y la realidad (...). Por eso, estos márgenes se entienden socialmente tolerados o permitidos en una actividad como la publicitaria en que tales prácticas, como indica CHOCLÁN, ‘forman parte de la propia dinámica contractual’ o constituyen los elementos empíricos, en expresión de TORIO, que aportan la materialidad de su adecuación social”: MUÑAGORRI LAGUÍA, Ignacio. *Op. cit.*, pp. 98-99. Sobre o tema, valem ainda as colocações de Luz María Puente Aba, quando diz que “Estamos ante una publicidad exagerada cuando se presenta un producto o servicio, informando verazmente sobre él, y efectuando al mismo tiempo sobre esta base cierta una ponderación de sus cualidades no acorde con la realidad. Como se ha dicho anteriormente, el consumidor medio no efectúa un análisis minucioso de la información recibida, pero tampoco es completamente crédulo; por lo tanto, será capaz de percibir claramente que la ponderación contenida en el anuncio constituye una hipérbole para resaltar las cualidades de la prestación ofrecida”. PUENTE ABA, Luz Maria. *Op. cit.*, p. 172. Ainda sobre os exageros publicitários e a relação que têm com o falseamento da informação, vale ouvir Borja Mapelli Caffarena que afirma “Falsedad y mentira son dos conceptos próximos, pero no intercambiables. Cada uno de ellos guarda una particular relación con la verdad. Mientras que la mentira es lo contrario a la verdad, la niega; la falsedad se limita a desvirtuarla, a fingirla y a simularla. Ambos se enfrentan con un mismo problema: la verdad no es única, por lo que distintas afirmaciones pueden ser igualmente ciertas. Solo puede considerarse incierta aquella afirmación que se enfrenta a cualquiera de las posibles verdades aceptables. Esta circunstancia tiene un especial relieve en el mundo publicitario en el que se tiende a exageraciones indemostrables”. MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Op. cit.*, pp. 65-66.

sobre o tipo ou as fontes de fornecimento, sobre o motivo ou finalidade da venda ou sobre o estoque das mercadorias”^{464, 465}.

No entanto, não é assim no caso do artigo 323 do Código Eleitoral; essas dificuldades descritas no presente subitem resultam em um controle demasiadamente poroso, que necessariamente consegue atingir apenas casos extremados. Somente os fatos indiscutível e sabidamente falsos, quando comunicados de forma isolada de opiniões e que não constituam mero exagero publicitário, é que são passíveis de serem alcançados pela norma. Resta duvidosa a viabilidade plena do controle proposto, já que na prática um campo excessivamente diminuto de hipóteses é abarcado.

De mais a mais, assumindo como feito anteriormente que o eleitorado não é tão ingênuo quanto o senso comum sugere, parece que estes casos extremados de mentiras factuais ditas na propaganda já costumam ser reconhecidos como tal. Isto seja pela percepção razoavelmente acurada dos cidadãos, seja pela possibilidade de resposta por parte do candidato, seja pelo partido ofendido, em razão da atividade de controle social da mídia, seja, ainda, pela parca influência da publicidade política na formação do voto.

Conforme se verá mais adiante, no subitem 4.5.1, além de constituir dificuldade ao exercício do controle judicial de conteúdo, estas características importarão em dúvida quanto à oportunidade deste mesmo controle.

4.2.3 O Desafio da Aferição do Elemento Subjetivo do Tipo: Fatos Sabidamente Inverídicos

Às dificuldades já apresentadas quanto à configuração do delito descrito no artigo 323 do Código Eleitoral, há ainda que se somar outra: o elemento subjetivo do tipo que prevê punível apenas a divulgação de “fatos que sabe inverídicos”. Em uma primeira leitura, a exigência poderia parecer tautológica. Afinal, como visto no subitem anterior, se

⁴⁶⁴ Tratando dos critérios para reconhecimento da falsidade na publicidade comercial na Espanha, França e Alemanha: MORENO Y BRAVO, Emilio. *Op. cit.*, pp. 34-37.

⁴⁶⁵ “Para facilitar la tarea del intérprete, el legislador alemán enumera aquellas características de un bien o servicio que considera más relevantes, de tal modo que los engaños en torno de las mismas serían los que más perjudicasen al consumidor. Conviene no perder de vista que el legislador alemán no ha optado por el criterio de ‘*numerus clausus*’ a la hora de delimitar el objeto material, sino que simplemente ofrece una lista ejemplificativa [...]”. PUENTE ABA, Luz Maria. *Op. cit.*, p. 208.

a falsidade será sempre subjetiva, então o conhecimento de que o quanto divulgado discrepa da realidade é fator essencial para que se possa falar em mentira. Assim, “sabidamente inverídico” constituiria mera repetição, dado que a noção de inverdade já pressuporia a qualificação “sabidamente”.

Não parece ser esta a melhor forma de analisar a questão. Inicialmente, há que se recordar que o Código Eleitoral é a Lei Federal nº 4.737, publicada em 15 de julho de 1965. Sua vinda ao ordenamento jurídico se dá ainda sob a vigência da redação original da Parte Geral do Código Penal, datada de 7 de dezembro de 1940. Como se sabe, este Código adotava a teoria causal da ação. Apenas com a reforma promovida pela Lei Federal nº 7.209, em 11 de julho de 1984, é que a Parte Geral incorporou a teoria finalista da ação.

Melhor explicando, quando da aprovação do Código Eleitoral, tinha-se um conceito naturalista de ação. Esta teoria advém da construção de Von Liszt, buscando salvaguardar o acusado de uma interpretação aleatória que fosse dada pelo soberano, em um momento de afirmação do princípio da legalidade. A definição de autoria estava dada de antemão na lei, compreendendo a conduta que deu causa ao resultado. Não se questiona neste primeiro momento de análise a intencionalidade da ação ou sua ilicitude, mas se faz apenas um cotejo entre a realidade física e a conduta prevista no tipo penal⁴⁶⁶.

Conforme leciona José Arturo Rodríguez Muñoz, ao tempo da teoria causal o conceito de ação “[...] aparece à primeira vista tão natural e indubitável que (...) cremos que o conteúdo da mesma não é outro que o que nos oferece a percepção dos nossos sentidos”. Assim, parecia “[...] o mais indicado ligar o ‘conceito jurídico’ de ação à percepção sensorial e definir a ação com relação ao seu resultado perceptível, ‘como a modificação material do mundo exterior percebida pelos sentidos’.”⁴⁶⁷

⁴⁶⁶ Para Eugenio Raúl Zaffaroni, “[...] el enunciado de este concepto causal de acción, en su versión pretendidamente descriptiva o naturalista, correspondió a von Liszt, quien la defendía como la realización de una mutación en el mundo exterior atribuible a una voluntad humana. A esta mutación la llamamos resultado. Su realización es atribuible a la voluntad humana cuando resulta de un movimiento corporal de un hombre, querido o, lo que es lo mismo, arbitrario. De este modo, el concepto de acción se divide en dos partes: de un lado el movimiento corporal y del otro el resultado, ambos unidos por la relación de causa y efecto”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Derecho penal: parte general**. Buenos Aires: Ediar, 2000, p. 384.

⁴⁶⁷ O autor acrescenta que “Un tal concepto de acción segrega del curso total de la vida de un hombre un determinado espacio del curso del suceder objetivo y lo examina al objeto de comprobar si durante él realizó o no alguna actividad. Y según muestre dicho examen la existencia de una actividad muscular o de una inactividad muscular se afirma o niega, respectivamente, la acción en el sentido jurídico-penal”: RODRÍGUEZ MUÑOS, José Arturo. **La doctrina de la acción finalista**. 2ª ed. Valência: Universidad de Valencia – Secretariado de Publicaciones, 1978, p. 16. Tradução livre.

Para a teoria causal da ação, portanto, a análise do dolo ou da culpa – ou de eventual inimizabilidade – ficava para uma última fase de apreciação⁴⁶⁸. O mero agir humano completava os requisitos exigidos para configuração da tipicidade. A título de ilustração: se uma pessoa, por engano, saía de um restaurante com o casaco de outrem, pensando ser o seu, já teria aperfeiçoado o tipo penal do furto (subtrair coisa alheia móvel); restaria, após o recebimento da denúncia e a produção de provas, demonstrar a inexistência de dolo, o que levaria à absolvição pela falta de previsão do furto culposos.

Esta concepção de ação começa a sofrer críticas ainda antes de vir a ser posteriormente superada, sendo matizada em construções futuras. Assim é que, por exemplo, Gustav Radbruch, em 1904, já admitia que ao menos a vontade de praticar a ação era essencial para sua configuração, excluindo aqueles atos indiscutivelmente involuntários. Nesta linha é que afirma que se deve “[...] *assumir aquele conceito mais amplo de ação que requer unicamente causalidade da vontade para realizar o fato e transfere toda a questão de qual foi o conteúdo desta vontade para o problema da culpabilidade*”. Dito de outro modo, “[...] *aquele conceito de ação que consiste, ‘não em um movimento corporal configurado ad hoc, mas somente àqueles realizados de certa maneira (isto é, mediante um ato volitivo consciente)’*.”⁴⁶⁹

Esta realidade normativa é alterada no Brasil em 1984 com a reforma da Parte Geral do Código Penal⁴⁷⁰. Conforme se verifica em sua exposição de motivos, adotou-se a

⁴⁶⁸ “Los escritores que siguen a Grolman consideran el delito en primer término, según su naturaleza objetiva, con arreglo a su tipo objetivo, a su aspecto como acto (y aquí abordan los problemas de la antijuricidad, de la consumación y de la tentativa, y, a veces, también de la autoría y de la participación), para después contemplarle en su índole subjetiva, en su tipo subjetivo, en su cara interna de acto de la voluntad (dolo y culpa, imputabilidad)”. RODRÍGUEZ MUÑOS, José Arturo. *Idem, ibidem*, p. 19.

⁴⁶⁹ RADBRUCH, Gustav. **El concepto de acción y su importancia para el sistema del derecho penal**. Tradução do alemão para o espanhol de José Luís Guzmán Dalbora. Buenos Aires: B de F, 2011, pp. 159-160. Tradução livre.

⁴⁷⁰ “[...] 12. Pareceu-nos inconveniente manter a definição de causa no dispositivo pertinente à relação de causalidade, quando ainda discrepantes as teorias e consequentemente imprecisa a doutrina sobre a exatidão do conceito. Pós-se, portanto, em relevo a ação e a omissão como as duas formas básicas do comportamento humano. Se o crime consiste em uma ação humana, positiva ou negativa (*nullum crimen sine actione*), o destinatário da norma penal e todo aquele que realiza a ação proibida ou omite a ação determinada, desde que, em face das circunstâncias, lhe incumba o dever de participar o ato ou abster-se de fazê-lo”. “[...] 17. É, todavia, no tratamento do erro que o princípio *nullum crimen sine culpa* vai aflorar com todo o vigor no direito legislado brasileiro. Com efeito, acolhe o Projeto, nos arts. 20 e 21, as duas formas básicas de erro construídas pela dogmática alemã: erro sobre elementos do tipo (*Tatbestandsirrtum*) e erro sobre a ilicitude do fato (*Verbotsirrtum*). Definiu-se a evitabilidade do erro em função da consciência potencial da ilicitude (parágrafo único do art. 21), mantendo-se no tocante às discriminantes putativas a tradição brasileira, que admite a forma culposa, em sintonia com a denominada “teoria limitada da culpabilidade” (“Culpabilidade e a problemática do erro jurídico penal”, de Francisco de Assis Toledo, *in RT*, 517:251). 18. O princípio da culpabilidade estende-se, assim, a todo o Projeto. Aboliu-se a medida de segurança para o imputável.

teoria finalista da ação, derivada da construção de Welzel⁴⁷¹. Nesta linha, o conceito de ação deixa de se centrar em uma análise mecanicista, puramente física, para abranger a intencionalidade, a finalidade buscada pelo agente. Não há ação sem intenção, ao menos para o que diz respeito ao Direito Penal. Na opinião de José Arturo Rodríguez Muñoz, citando Welzel, “[...] *ação humana é o exercício de uma atividade finalista [...]*”, já que o que caracteriza a ação humana “[...] *consiste em antecipar na esfera do pensamento determinadas metas, em seleccionar os meios necessários para sua consecução e aplicá-los depois, de modo planejado, para obter a realização daquelas metas*”⁴⁷².

Deste modo, desloca-se a análise da intencionalidade para o momento de aferição da própria tipicidade. Neste sentido, “matar alguém”, para o Direito Penal, não é o mero nexó de causalidade entre uma pessoa cujo dedo dispara um gatilho e o resultado fenomênico “morte” observado em quem recebe o tiro. Para que se possa reconhecer o núcleo típico “matar” é necessário, de antemão, perquirir se houve intencionalidade no agir. O dolo, desta feita, passa a integrar a tipicidade. Enquanto na teoria causal o ilícito já está plenamente configurado com a mera observação do resultado como decorrente da

Diversificou-se o tratamento dos partícipes, no concurso de pessoas. Admitiu-se a excusabilidade da falta de consciência da ilicitude. Eliminaram-se os resíduos de responsabilidade objetiva, principalmente os denominados “crimes qualificados pelo resultado”.

⁴⁷¹ “El concepto de la acción final o finalista se fundamenta y desenvuelve en estos últimos años, por Hans Welzel, a la sazón profesor de Derecho penal en Gotinga, primero en un extenso e interesantísimo artículo que con el título *Das Grundgefüge der verbrecherischen Handlung* (La estructura fundamental de la acción delictiva), ve la luz en la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, volumen 58, p. 502 y siguientes (1938), y después en la *Lehrbuch* que desde el año 1940, logra varias ediciones (la última en 1949)”. RODRÍGUEZ MUÑOS, José Arturo *Op. cit.*, p. 31.

⁴⁷² Segue com a diferenciação para a ação causal: “Algo completamente distinto ocurre en la pura causalidad: aquí los factores causales no aparecen determinados desde la meta, sino que la ‘meta’ (el efecto) es la resultante ciega de los factores causales existentes en el momento dado; la causalidad es ‘ciega’, la finalidad (actividad finalista), ‘vidente’, esto es, un efecto dirigido desde la meta. Un ejemplo puede aclarar lo que decimos: si un rayo alcanza a un hombre que se encuentra trabajando en el campo, es indudable que lo acaecido tiene su base en el hecho de que entre el hombre y la nube se había establecido una potente tensión eléctrica, tensión que condujo a la descarga. Dicha tensión hubiera podido surgir exactamente lo mismo entre cualquier objeto elevado y la nube. El que dicho objeto fuera precisamente el hombre es algo que en verdad está condicionado causalmente en la cadena infinita del suceder, pero el suceder no estaba dirigido a ello. La cosa es totalmente diversa cuando se trata de acciones humanas. El que quiere matar a otro selecciona conscientemente en tal sentido los factores causales y los dispone de manera que alcancen la meta predeterminada. Aquí aparece ordenada la constelación causal en vista de la consecución de la meta, a saber: compra del arma, práctica de informaciones para elegir la ocasión oportuna, colocación en acecho de la víctima, apuntar y disparar el arma; todos ellos, actos dirigidos a la meta, sometidos a un plan de conjunto. Esta dirección hacia una meta (finalidad actual) descansa en la capacidad de la voluntad del hombre de prever en determinada extensión las consecuencias de su intervención causal y, por tanto, enderezarla planificadamente a la consecución del fin propuesto. La voluntad finalista señorea por su saber causal el acontecer real y le configura como acción dirigida. Por ello se distingue y eleva la realización de voluntad sobre toda causación externa. En virtud de su saber causal la voluntad es el factor configurador-objetivo de la meta (realización de la voluntad). Por ello pertenece el dolo a la acción como el factor configurador-objetivo de la misma”. RODRÍGUEZ MUÑOS, José Arturo. **La doctrina de la acción finalista**. 2ª ed. València: Universidad de Valencia – Secretariado de Publicaciones, 1978, pp. 32-33. Tradução livre.

conduta, na teoria final o ilícito somente se aperfeiçoa com a apreensão da intenção do agente. O dolo e a culpa, na teoria causal, servem para aferir a reprovabilidade da conduta e dosar a pena; na teoria final, representa elemento indispensável para a própria ocorrência do delito. “O dolo, como elemento final da ação, constitui, por tanto, para a nova doutrina, o primeiro dos elementos do tipo subjetivo do injusto [...]”, já que “[...] toda ação consciente está determinada pela decisão do sujeito, isto é, pela consciência do que quer – o momento intelectual – e pela decisão de levar a cabo – o momento volitivo”. Assim, “[...] estes dois momentos unidos, como fatores configuradores de uma ação real, integram o dolo [...]” e “[...] a ação objetiva é a realização finalista do dolo”⁴⁷³. Conhecimento e vontade, nesta leitura, são atributos orientados ao próprio tipo penal. Conhecer os elementos do tipo penal e, a partir desta ciência, agir voluntariamente para realizar a conduta típica, são as características desta acepção de dolo.

A partir destes elementos, seria de se questionar se o tipo penal do artigo 323 do Código Eleitoral, criado sob a égide da teoria causal da ação, não trazia o elemento “fatos que sabe inverídicos” como exceção àquele modelo. Assim, intentaria o legislador afirmar que naquele caso específico era de se considerar configurado o delito apenas quando a intencionalidade fosse observada já na fase de análise da tipicidade. A ação punível, neste ilícito, ao contrário dos demais à época, seria apenas aquela levada a cabo com conhecimento da inverdade dos fatos divulgados.

Por esta linha de raciocínio, a alteração da Parte Geral do Código Penal teria apenas levado a mesma construção aos demais delitos e, portanto, atualmente aquele elemento do tipo penal mostrar-se-ia desnecessário, repetitivo.

Mas não é esta a compreensão que parece mais adequada. Seguramente, não se refuta que, ao momento de sua entrada em vigor, a intenção do legislador tenha sido dar tratamento diferenciado ao delito do artigo 323 do Código Eleitoral, exigindo para sua configuração a intenção na própria conduta. O que se propõe é uma interpretação contemporânea do tipo, especialmente em vista do quanto exposto no subitem 4.2.1.

Apontou-se na oportunidade que a Suprema Corte norte-americana estabeleceu um duplo critério de punição no caso de veiculação pública de fatos inverídicos. Este tipo de conduta seria passível de punição quando realizada com *actual malice* ou em *reckless*

⁴⁷³ RODRÍGUEZ MUÑOS, José Arturo. *Idem, ibidem*, pp. 37-39.

disregard for the truth. A primeira situação seria o pleno conhecimento de que o conteúdo divulgado não corresponde à realidade. O segundo apenaria o total desprezo pela verdade, ou seja, a completa falta de apuração dos fatos. Por analogia, ter-se-ia uma noção de dolo direto na hipótese de *actual malice* e de dolo indireto ou eventual quando se fala em *reckless disregard for the truth*.

O elemento aqui analisado (fatos que se sabe inverídicos) presta-se a restringir ainda mais o campo de aplicação do tipo penal. Não se pune, em nosso ordenamento, o desprezo pela verdade, visto como espécie de desídia do dever de bem apurar o que se pretende divulgar. Ao contrário, limita-se o campo punitivo às hipóteses em que o autor efetivamente conhecia os fatos e optou, conscientemente, por divulgar informações falsas. Tem plena aplicação a ideia aportada por Sergio Politoff Lifschitz, quando diz que “[...] cada vez que a lei põe ênfase no aspecto subjetivo fica descartada toda possibilidade de ser suficiente a presunção de dolo, assim como qualquer hipótese em que, no fato típico, o dolo seja duvidoso”⁴⁷⁴.

Esta diferente forma de interpretar o tipo penal não traz poucas dificuldades. É clara a dificuldade em promover a persecução de um delito que exija este nível de conhecimento daquilo que o autor sabia ou não sabia no momento da divulgação dos fatos. O “atalho” do dolo indireto – a presunção de que o autor, se não sabia, tinha a obrigação de ter melhor apurado a informação antes de divulgá-la – fecha-se ao intérprete⁴⁷⁵.

Vale destacar que o conhecimento exigido do autor não trata propriamente do dolo da conduta, mas é requisito para que este seja observado. Nas palavras de Miguel Polaino Navarrete, constitui “[...] um mero elemento subjetivo do injusto de natureza ‘imprópria’, ainda que autêntica (por não coincidir seu conteúdo com o correspondente ao dolo da ação típica)”⁴⁷⁶.

⁴⁷⁴ LIFSCHITZ, Sergio Politoff. **Los elementos subjetivos del tipo legal**. Buenos Aires: B de F, 2008, p. 76. Tradução livre.

⁴⁷⁵ Importante trabalho sobre tema similar é a tese de doutorado de Maria José Ordeig Orero, sob a orientação de Tomás Vives Antón. A autora trata do delito de acusação e denúncia falsas no Direito Espanhol, cujo elemento subjetivo típico se aperfeiçoa na expressão “con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad”. ORDEIG ORERO, Maria José. **El delito de acusación y denuncia falsas**. Madri: Marcial Pons, 2000, pp. 190-219.

⁴⁷⁶ “Las hipótesis de los denominados delitos de especial conocimiento del autor, entre los delitos de singular manifestación, se caracterizan por incorporar de modo expreso, en las específicas descripciones típicas, un determinado momento psíquico consistente en un presupuesto de índole cognitiva, del que se hace depender la antijuridicidad de la conducta. La singular característica psíquica de índole cognitiva no requiere, expresa ni implícitamente, ningún elemento de orientación finalista, ni ningún factor tendencial de carácter

Como se pode perceber, as dificuldades para a apuração do delito, sempre respeitando as exigências da teoria do delito, vão se acumulando. Aos poucos se pode perceber solapada a viabilidade da manutenção do tipo penal do artigo 323 do Código Eleitoral, cuja aplicação restaria restrita a ínfima parcela das hipóteses efetivamente vislumbradas.

4.3 OPORTUNIDADE DO CONTROLE PROPOSTO PELO ARTIGO 323 DO CÓDIGO ELEITORAL: CUSTOS DA CRIMINALIZAÇÃO

Depois de realizar a análise da legitimidade do bem jurídico tutelado pelo delito do artigo 323 do Código Eleitoral e da necessidade e viabilidade desta criminalização, chega-se à última parte do estudo, na qual se propõe apreciar a oportunidade da manutenção do crime no ordenamento jurídico. Como se frisou no subitem 4.1, a aproximação do Direito Penal com a política criminal impõe ao cientista um juízo de realidade que transcende a tarefa da dogmática. Aqui se imbrica o quinto e último ponto do teste proposto, o da proporcionalidade, cujo desenlace há de se dar com olhos nas consequências que a vigência da norma traz ao bem jurídico que é mitigado, a liberdade de expressão. Estas consequências, há de se compreender, não são sentidas apenas individualmente, mas de forma coletiva. Isto porque a liberdade de expressão, quando vistos seus efeitos sobre a sociedade como um todo, traz ganhos que são igualmente coletivos. E como se sugere adiante, estes benefícios são diminuídos pela manutenção da norma penal do artigo 323 do Código Eleitoral.

Não se justifica, neste sentido, um trabalho científico cujos resultados possam se mostrar, *a posteriori*, mais nocivos do que benéficos à sociedade, pela exclusiva razão de

motivacional”. POLAINO NAVARRETE, Miguel. **El injusto típico en la teoría del delito**. Corrientes: Mario A. Viera Editor, 2000, p. 226. Tradução livre. Na mesma linha, reconhecendo maior amplitude no conceito de dolo, ao englobar também elementos como o aqui debatido, são as ponderações de Jorge de Figueiredo Dias, quando afirma que o dolo “[...] não abrange só os elementos configuradores da supradeterminação final, mas também aqueles que lhe conferem um sentido”. Mais adiante, reafirma a posição ao sustentar que “[...] o mais que agora se pode exigir é que o dolo juridicamente relevante abranja sempre, ou não esqueça nunca, a vontade de acção final, mas não que ele tenha de abranger apenas esta: da vontade de acção final não se pode deduzir a restrição do dolo a ela. Afinal, afirma-se agora que ao dolo pertence um cerne imutável – a supradeterminação final de um processo causal – e uma periferia normativamente determinada – as exigências de sentido que lhe são postas pelo tipo. Pelo que da existência de dolo decide não só a existência de uma vontade de acção final, mas também o estarem cumpridas as exigências de sentido de que a ordem jurídica o faz depender”. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **O problema da consciência da ilicitude em direito penal**. 4ª ed. Coimbra: Coimbra, 1995, pp. 165-167.

se ter produzido um corte na realidade para simplificar a análise. É certo que modelos, entendidos como simplificações da realidade, têm funções essenciais na produção científica. Ao dar o passo além da ciência pura, é preciso resgatar aqueles trechos de realidade que são temporariamente isolados e, com isso, ampliar a perspectiva da análise⁴⁷⁷.

Evidentemente que se reconhece o valor da ciência pura, inclusive permitindo que a ciência aplicada sobre ela se apoie na geração de novos conhecimentos. Não é esta a perspectiva adotada na presente pesquisa. Depois de compreender os aspectos dogmáticos do delito tipificado no artigo 323 do Código Eleitoral, é de se lançar olhos ao redor e perscrutar os possíveis efeitos negativos que podem advir da manutenção da criminalização debatida.

Quando se fala em custos da criminalização, no escopo aqui sugerido, não se pretende apreciar as despesas financeiras envolvidas com o controle. Custos, na acepção aqui utilizada, significam todas as consequências negativas e não desejadas observadas em virtude da existência do tipo penal em análise.

Toda incriminação traz uma série de consequências, muitas das quais desejadas pelo legislador, outras não. A principal consequência positiva, quando atingida, é a redução da incidência da conduta tipificada. Outra possível benesse trazida pela criminalização de determinada conduta envolve o incremento da sensação de paz e tranquilidade na sociedade.

Não raramente, a existência de um tipo penal e o temor de sofrer as sanções legais podem levar as pessoas a adotarem um comportamento que extrapola a cautela necessária. Com isso, outras condutas, desejáveis para a sociedade, deixam de ser realizadas.

⁴⁷⁷ Exemplo claro do que se argumenta neste ponto é a física mecânica ensinada no ensino médio. Com o fim de permitir que os alunos deem os primeiros passos em sua compreensão, simplifica-se a realidade com formulações como “despreze o atrito e a resistência do ar”. Naturalmente que se sabe que estas forças continuam agindo sobre os corpos na realidade. Ocorre que ao retirá-las dos cálculos, os alunos logram compreender a interação das demais forças que o professor intenta ensinar; a gravidade, por exemplo. Como exercício proposto em um processo de aprendizado, nenhuma crítica há de ser feita. Ninguém ousaria defender, contudo, que um engenheiro projetasse um edifício e informasse o contratante que a planta foi elaborada “desprezando o atrito e a resistência do ar”, para permanecer no exemplo. Cuidando de aplicação prática de uma ciência pura, necessariamente faz-se necessária a integração da realidade em todos os seus aspectos. Assim, reconhece-se o valor dos modelos na pesquisa científica, sem olvidar que a realidade multifacetada permanece ao redor e deve ser considerada em algum momento. Para uma análise sobre modelos científicos, seus pressupostos e consequências: HAWKING, Stephen; MLODINOW, Leonard. **The grand design**. Nova Iorque: Bantam Books, 2012, pp. 39-59.

Ademais, toda norma jurídica – seja lei, seja sentença judicial, para ficar nos exemplos que aqui importam – cumpre uma função comunicativa; transmite à sociedade uma ou mais mensagens. Neste processo de comunicação, é possível também vislumbrar interferências. Isto ocorre quando a mensagem percebida pela sociedade dista daquela que originalmente inspirou a produção da norma. Neste cenário, a mensagem acaba criando incentivos ou desincentivos a determinados comportamentos e, eventualmente, um comportamento desejado pode ser afastado e outro, indesejado, reiterado.

4.3.1 A Limitação da Informação Veiculada ao Eleitor: Receio de Atração do Controle Judicial Penal e Autocensura

Primeira e natural consequência negativa que se percebe com a existência do controle material da propaganda política é a redução da amplitude do debate público. O receio de ser acusado em processo criminal pela prática do delito logra, em muitos casos, arrefecer o ânimo para a divulgação de informações. É o fenômeno da autocensura, pelo qual o candidato ou outro protagonista da propaganda política deixa de trazer dados, fazer acusações ou levantar questões acerca de seu adversário em virtude do temor da norma proibitiva.

A preocupação com este efeito é de tal monta que campos de imunidade ao controle foram instituídos normativamente. A imunidade parlamentar é exemplo claro, pretendendo criar um ambiente que incentive eventuais denúncias a terem espaço para se fazer conhecidas.

Na raiz do fenômeno da autocensura está a plurivocidade dos comandos transmitidos pelas normas jurídicas. Com isso se quer dizer que um mesmo comando pode ser – e comumente o é – interpretado de formas diversas pelos seus receptores, levando-os a comportamentos que não necessariamente se adéquam aos limites previstos quando instituída aquela mesma norma. Há, ainda, relação direta entre o grau de subjetivismo trazido na norma e a amplitude de interpretações possíveis dadas a ela. Um exemplo pode facilitar a compreensão desta assertiva.

Pense-se a fixação de limites de velocidade para o tráfego de veículos em uma determinada via. A norma é aparentemente objetiva, pois a limitação se dá em termos

numéricos, afetando uma grandeza física que é a velocidade média. Mesmo assim, alterações mecânicas nos instrumentos que aferem esta grandeza – no próprio veículo do condutor ou nos mecanismos de controle (radares) – impõem que o Poder Público faça, ao final, correções na medição. Com isso, aquele número, inicialmente tomado como objetivo, passa a ser compreendido no momento de verificação da ocorrência da infração como um gradiente; então, pune-se apenas aquele que excedeu não o próprio limite normativo, mas este limite acrescido de uma faixa de tolerância. Ademais, o receio de superar o limite objetivo faz com que parte dos motoristas conduza seus veículos mantendo velocidade média inferior à máxima autorizada.

Se esta reflexão for verdadeira mesmo para normas supostamente objetivas, quiçá terá ainda maior escopo de aplicação em hipóteses vastamente subjetivas, como aquela aqui tratada, referente à divulgação de fatos sabidamente falsos na propaganda eleitoral. Conforme já salientado, o próprio Poder Judiciário tem imensa dificuldade na aplicação deste tipo de norma, esbarrando em obstáculos hermenêuticos que tornam, por vezes, impossível constatar um ou mais aspectos do tipo penal. A falsidade dos fatos, a consciência desta mesma inverdade pelo interlocutor e a potencialidade de influência sobre a formação da vontade do eleitor são elementos típicos de difícil circunscrição.

Antes de se chegar ao ponto de suscitar a necessidade de interpretação pelo Poder Judiciário, o próprio destinatário da norma – o cidadão – é quem estabelece o primeiro controle. Se o Poder Judiciário enfrenta as vicissitudes acima resumidas, com maior razão deve-se inferir que os membros da sociedade civil, em regra leigos nas nuances jurídicas, padeçam de dificuldade ainda maior. Com isso, abre-se a possibilidade de que interpretações aquém dos limites retratados nos elementos do tipo penal conduzam a condutas que não necessariamente sofreriam o sancionamento penal⁴⁷⁸, induzindo o cidadão a deixar de praticar uma conduta que não seria considerada infração à norma.

Este déficit interpretativo pode se relacionar a um ou mais elementos do tipo penal analisado. O destinatário da norma pode considerar que o ato que pratica é propaganda eleitoral, quando, em realidade, não o é. Pode ter dúvidas quanto à veracidade dos fatos

⁴⁷⁸ Não se trata aqui de interpretações pelas quais o cidadão crê não estar violando a norma quando, em verdade – ou ao menos aos olhos dos órgãos julgadores –, está. Importa, neste momento, ressaltar apenas as hipóteses nas quais a interpretação dada pelo cidadão presume ilicitude em ato que, analisado sob um olhar jurídico, não seria antijurídico.

que pretende divulgar, julgando oportuno abster-se de tal conduta⁴⁷⁹ ao não compreender o escopo da locução “sabidamente inverídico”. Pode, ainda, deixar de observar o critério de influência no eleitorado e, com isso, se abster de veicular informação para reduzido número de eleitores ou mesmo de transmitir a comunicação a quem nem eleitor é.

Destas possibilidades, sem dúvida a que mais acarreta a autocensura é a interpretação equivocada quanto à certeza da falsidade dos fatos que são divulgados. Nesta hipótese, fatos suspeitos não são levados ao conhecimento do eleitor, o que reduz o conhecimento que este deve ter para plena tomada de sua decisão política. Esta é, inclusive, a leitura de Lucrecio Rebollo Delgado, que sugere que a exigência de uma verdade absoluta na publicação de notícias reduziria a multiplicidade de fontes informativas. Ao contrário, a adoção do conceito de veracidade como limite à responsabilidade dos órgãos informativos – o que pode ser trasladado para as informações veiculadas por campanhas eleitorais – contribuiria para o aumento da disponibilidade de informação⁴⁸⁰.

O efetivo dano causado ao conjunto de conhecimentos amealhado pelo eleitorado, na situação acima descrita, pode decorrer das diferentes velocidades das ordens política e jurídica. Um fato desabonador em relação a um candidato, descoberto por um opositor ou

⁴⁷⁹ Tratando da responsabilidade no âmbito da imprensa pela divulgação de fatos falsos, em ponderação aplicável à propaganda eleitoral, diz Francisco Teixeira da Mota, invocando lição de Jónatas E. M. Machado em sua obra *Liberdade de Expressão: Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social* (Coimbra: Coimbra Editora, 2002, sn) que “[...] não existe interesse legítimo que possa justificar a publicação de notícias consabidamente falsas ou negligentemente subinvestigadas. Contudo, o dever profissional de cuidado deve ser devidamente enquadrado nas condições concretas em que os jornalistas e as empresas jornalísticas exercem a sua actividade e onde importantes decisões redactoriais têm que ser tomadas, nalguns casos em muito pouco tempo, sob a pressão da concorrência com outros meios de comunicação e da necessidade de informar com prontidão e actualidade. Este aspecto deve ser tomado em consideração na tarefa de determinação dos limites à liberdade de informação e de imprensa [...]. Um crivo particularmente rigoroso para a responsabilização dos jornalistas e das empresas jornalísticas pode ter significativas e indesejáveis consequências no plano da autocensura”. TEIXEIRA DA MOTA, Francisco. *Op. cit.*, p. 58.

⁴⁸⁰ “La exigencia de veracidad en la información actúa en esencia como límite de la misma. A juicio del Tribunal Constitucional, la imposición de contrastar de forma suficiente las noticias, supondría una restricción sobre el ejercicio profesional del periodismo, intolerables, descontado que la verdad, entendida como adecuación de la información a la realidad, es en su forma absoluta imposible, dado que la única verdad absolutamente racional es el silencio”. (...) “Para la doctrina, el enfoque constitucional de la veracidad requiere promover o estimular la pluralidad informativa. Sólo la variedad de fuentes garantiza al público una información tendente a la objetividad. El derecho a la información veraz depende, por tanto, de la aseguración del pluralismo informativo. La información única es susceptible de ser manipulada o de que obedezca a intereses concretos. La plural información obedece a intereses diversos, manifieste el pluralismo y evita la irradiación de la imposición dogmática. De esta forma, en la medida en que se facilita la información, se favorece el pluralismo en todos sus ámbitos, con ello está más próxima la información veraz. (...) La divulgación de dos versiones de unos mismos hechos no menoscaba el derecho a la información veraz, es el procedimiento de una información plural, favorece más que perjudica el interés colectivo en la búsqueda y recepción de la verdad”. REBOLLO DELGADO, Lucrecio. *Op. Cit.*, pp. 232-234.

pela imprensa, por exemplo, apenas há alguns meses ou semanas do pleito, pode deixar de ser informado aos eleitores. Isto ocorre na medida em que o tempo do Direito – sempre e necessariamente mais vagaroso, visto que desvinculado do calendário eleitoral – não permite que até o momento da escolha eleitoral se tenha uma sentença transitada em julgado, o que daria a plena certeza⁴⁸¹ da ocorrência daquele fato. Aguardar o deslinde judicial de uma acusação para, apenas então, tornar públicas as suspeitas que já pairavam anteriormente, significa alijar o eleitorado de um conhecimento que, em tese, poderia ter contribuído para a consolidação e uma decisão diferente no momento das eleições.

Jónatas Machado trata do tema sob a nomenclatura *chilling effect*, referindo-se ao esfriamento do debate público ocasionado pelo excesso de regulamentação da liberdade de expressão. Sustenta que “[...] a ordem jurídica não pretende reagir contra toda e qualquer descortesia, o discurso emocional e a hipérbole retórica [...]”, visto que “[...] uma proteção ampla das liberdades de comunicação terá necessariamente como consequência a presença de utilizações abusivas das mesmas, ao passo que uma pronta penalização destas utilizações teria necessariamente um efeito inibidor (*chilling effect*)”. Ao reconhecer que aos jornalistas as exigências de objetividade são mais amplas, defende que “[...] semelhante dever não pode estender-se à generalidade dos cidadãos, pelo que terá necessariamente de ser concedida maior margem para exageros e abusos”. Daí porque conclui que “[...] uma sociedade democrática e aberta deve saber viver com os excessos discursivos, que frequentemente trazem em si mesmos a sua própria condenação”⁴⁸².

É preciso destacar, ante a óbvia crítica que pode advir das observações deste subitem, que nem todo o corpo social comporta-se assim, acautelando-se em demasia ante a existência de um texto normativo que proíba uma conduta. Ao contrário, é indiscutível que, na prática, grande parcela da imprensa e dos adversários políticos digladiam-se com suspeitas, achismos e suposições de toda sorte, não só às vésperas das eleições, mas em todo o momento. Tal constatação não afasta as ponderações aqui sugeridas, na medida em que é certo, ainda que por dedução estatística, que parcela da sociedade age na tentativa de evitar a persecução penal, que é o que basta para a conclusão de que a criminalização investigada contribui para reduzir a quantidade e variedade da informação disponível ao eleitorado para a tomada da decisão eleitoral.

⁴⁸¹ Ao menos plena nos limites que a cognição, mesmo quando depurada em processo judicial, pode atingir.

⁴⁸² MACHADO, Jónatas E. M. *Op. cit.*, pp. 790-791.

4.3.2 A Função Comunicativa das Decisões Judiciais: a Retirada de Responsabilidade do Cidadão Eleitor e a Porosidade do Controle Judicial

Última consequência negativa que se propõe analisar trata dos efeitos decorrentes da comunicação embutida nas decisões judiciais que reconhecem a ocorrência do fato ilícito em apreço, não apenas no âmbito penal, mas também na seara administrativa. Se no subitem anterior o foco foi o efeito comunicativo da norma legal – analisada em abstrato pelo corpo social –, aqui a atenção volta-se às mensagens transmitidas à sociedade pela decisão judicial que aprecia um caso concreto.

É necessário recordar que o controle penal não é o único nem o primeiro a ser invocado. Geralmente, o que se verifica é uma primeira apreciação dos fatos que é levada a cabo no âmbito cível pela Justiça Eleitoral, que se perfaz com a determinação da retirada do ar de uma propaganda veiculada em rádio e televisão, por exemplo, ou com o recolhimento de material gráfico em divulgação, por vezes cumulada com a aplicação de multa. Somente em um segundo momento entra em ação a persecução criminal, com a instauração de eventual ação penal. Conquanto não se pretenda nesta dissertação esmiuçar o controle não criminal, é certo que quando eles costumam caminhar lado a lado, uma análise comprometida com a realidade não pode ignorar que as consequências de ambas as modalidades se somam e, portanto, devem ser objeto de ponderação conjunta.

Nesta linha de raciocínio, é preciso perscrutar quais as mensagens que são recebidas pelo cidadão quando, assistindo ao horário eleitoral gratuito, se depara com uma tela que informa que determinada publicidade foi retirada do ar por ordem da Justiça Eleitoral; isto em virtude de se ter reconhecido a inverdade do quanto nela se divulgava, ou, ainda, quando tem acesso ao exercício de um direito de resposta imposto pela mesma Justiça Eleitoral, no qual se informa que a concessão da medida decorreu da falsidade de eventuais acusações antes propaladas.

A primeira mensagem, óbvia, é a de que determinada publicidade era falsa. Não é necessário qualquer exercício mais elaborado de interpretação para se concluir desta forma. Esta, aliás, é a principal mensagem que se deseja transmitir, já que reforça no eleitorado a percepção de que o sistema de controle funciona. Desta mensagem decorre, diretamente,

outra, indesejada e nociva ao corpo social. Ao observar que determinada propaganda foi retirada do ar em decorrência da inverdade de seu conteúdo, o cidadão conclui que há alguém realizando este controle e, pior, que este alguém não é ele. Esta constatação retira dos ombros do corpo social uma responsabilidade que, na Democracia, é ínsita ao cidadão. Se um órgão do Estado se preocupa em separar o que é verdade e o que é falso na propaganda eleitoral, pode se questionar, não há razão para que o cidadão também se preocupe com esta tarefa de depuração.

Neste ponto reside uma das reflexões mais caras à pesquisa empreendida. Ao liberar o cidadão da tarefa de selecionar a informação política que chega ao seu conhecimento, a Justiça Eleitoral – aplicando a lei vigente, importa ressaltar – trata o eleitorado como são tratadas as crianças. Este fenômeno produz uma gravosa consequência, perpetuando um estado de infantilidade, de imaturidade no eleitorado.

Não se ignora que a atuação é bem intencionada, com o fito de proteger o cidadão de malefícios que, na óptica de quem aprovou a norma e de quem a aplica, nem mesmo são percebidos por ele. Esta visão funda-se na já criticada percepção de que a média do eleitorado é formada por pessoas incapazes de discernir o certo do errado, o verdadeiro do falso. Ao falar sobre Portugal, mas em colocações que bem se aplicam ao Brasil, afirma Francisco Teixeira da Mota que este “[...] *castrante paternalismo* [...]” toma as pessoas por “[...] *incultas, primárias, acriançadas e despidas de espírito crítico – só leem rótulos só percebem o que é evidente, que é necessário se proteger* [...]”, de modo a delas afastar “[...] *o confronto com opiniões ou informações polêmicas, agressivas e contundentes sobre as figuras do poder já que não são capazes de pensar por si próprias e tudo o que lerem ou que ouvirem tomam como verdadeiro*”⁴⁸³.

A boa intenção por trás do controle do conteúdo da propaganda eleitoral contribui, ainda que de forma não pretendida, para o alijamento dos cidadãos das decisões que lhes dizem respeito. A acomodação que se verifica, por exemplo, em relação a alguns pais que outorgam toda a tarefa de educar os filhos à escola, se reproduz em outra escala no âmbito aqui analisado. Cientes que a Justiça Eleitoral está atenta ao conteúdo das propagandas, aquietam-se o cidadão em postura passiva, meramente absorvendo aquelas publicidades eleitorais que superam o crivo do controle judicial.

⁴⁸³ TEIXEIRA DA MOTA, Francisco. *Op. cit.*, p. 98.

Voltar-se-á ao exemplo dos pais e filhos, mormente em tempos de ubiquidade da Internet. É de se questionar como fazer o controle quanto ao conteúdo que as crianças podem ter acesso na rede mundial de computadores. Este controle, caso se resuma apenas à implantação de filtros nos computadores onde reside a criança, apenas irá aliená-la da necessidade de criar mecanismos de autoproteção. Em outras palavras, tão logo acesse um computador ou celular que não disponha daqueles filtros instalados pelos pais, não saberá como selecionar a informação de qualidade daquela que pode lhe ser nociva.

Com o cidadão, alheado pelo controle judicial da tarefa de decidir, pode ocorrer situação semelhante. Nem toda publicidade eleitoral se dá por meios que chegam ao conhecimento do Poder Judiciário. Conversas particulares ou em grupo, panfletos e *e-mails* apócrifos, *sites* hospedados em provedores fora da jurisdição nacional, enfim, há uma miríade de possibilidades de mensagens de conteúdo eleitoral que podem chegar sem o filtro judicial ao eleitor. Mitigada sua capacidade de discernimento, para o que contribui a transferência desta responsabilidade ao Poder Judiciário, torna-se o cidadão mais influenciável e menos preparado para lidar com este tipo de situação.

Além disso, por razão semelhante, outro efeito nocivo vem à tona, agora decorrente da porosidade do controle empreendido pela Justiça Eleitoral. Ao se deparar com a aludida tela que informa que determinada propaganda foi vedada, em virtude de seu conteúdo falso, por exclusão é de se concluir que todas as demais publicidades mantidas no ar são verdadeiras.

Esta consequência é ainda mais nociva, pois o cidadão, em geral alheio às questões jurídicas, não tem ciência das dificuldades existentes para o reconhecimento da falsidade da publicidade eleitoral, tratadas nos subitens 4.1 e 4.2. A informação a que ele tem acesso, no momento em que observa a mencionada tela que dá ciência da decisão judicial, é apenas a de que o controle funciona.

Mas é sabido que a questão não é tão simples. Os diversos passos que devem ser superados para que a Justiça Eleitoral restrinja o acesso a uma determinada propaganda eleitoral são como furos em uma peneira. Nem tudo o que passa pela peneira e, portanto, chega ao conhecimento do cidadão, corresponde à verdade fática.

Pode se ter concluído, em análise judicial, que o agente que difundiu a publicidade não tinha ciência de sua inverdade. Por outro lado, é possível que a Justiça Eleitoral tenha reconhecido a pequena capacidade de influência sobre o eleitorado de determinada propaganda. Ainda, pode se tratar de uma mensagem que mescle opinião e fatos, de modo a tornar praticamente impossível um controle objetivo. Em todas estas hipóteses, é concebível que tenham passado pela peneira do controle e, portanto, chegado ao conhecimento do eleitorado informações que, objetivamente, são falsas.

No cenário aqui sugerido, tendo o cidadão reconhecido que este controle cabe exclusivamente à Justiça Eleitoral, sua guarda está baixa na recepção da informação. A saudável desconfiança que impede a absorção imediata de qualquer informação que chegue ao conhecimento de um adulto esvai-se, tornando-o presa mais fácil para o engodo.

É de se temer, portanto, que a porosidade do controle contribua para aquilo que a norma pretendia evitar, ou seja, ao infantilizar o eleitorado, pode se estar contribuindo para torná-lo mais ludibriável pelas mensagens publicitárias eleitorais que logram superar o controle judicial.

Aqui, necessário ressaltar que os atores políticos agem, sempre, de modo estratégico, adaptando suas condutas aos limites estabelecidos entre o lícito e o ilícito. Com o tempo, é possível estabelecer um padrão daquilo que é visto como falso no plano judiciário e do que escapa a este controle. A jurisprudência presta-se a um lado – dando segurança jurídica – e a outro – orientando formas para que se maculem os bens jurídicos tutelados, sem atração do controle⁴⁸⁴. Estratégia muitas vezes vista é aquela de, ao invés de asseverar que um candidato adversário praticou certo ato de corrupção, trazer a informação que determinado órgão de imprensa noticiou esta suspeita⁴⁸⁵.

⁴⁸⁴ Acerca do tema, oportuna é a posição defendida por Carlos Brickmann, profissional da área de *marketing*, segundo a qual sempre há versões da verdade suficientemente úteis aos interesses dos clientes. Valer-se delas, além de evitar o risco de *backlash*, angaria apoio da opinião pública. Por isso, afirma que “[...] mentir não é preciso. A verdade tem múltiplas facetas; a questão é escolher as facetas mais favoráveis e transmiti-las da melhor maneira possível”. BRICKMANN, Carlos. **A vida é um palanque**: os segredos da comunicação política. São Paulo: Globo, 1994, p. 58.

⁴⁸⁵ Curioso observar a relativização que Stuart Green faz quanto aos efeitos negativos da mentira, mormente em comparação com outros enganos não objetivos. Assim, diz que “[...] al argumentar que la mentira se diferencia de otras formas de engano, por supuesto no intento sugerir que la mentira sea siempre incorrecta o que la mentira sea siempre peor que otras formas de engaño. No es probable que mentir para evitar un daño mayor sea visto como algo ilícito. Asimismo, confundir sin mentir sobre una cuestión de real importancia será visto como algo más ilícito que contar una mentira absoluta sobre un asunto trivial. Por otro lado, en algunos casos inusuales una mentira ‘descarada’ puede realmente parecer menos objetable que otras formas de engaño (con todos sus subterfugios, disimulos y simulaciones)”. GREEN, Stuart P. *Op. cit.*, pp. 122-123.

O efeito na percepção do eleitorado pode ser o mesmo, mas no momento do controle judicial certamente se aferiria ser verdadeira a informação transmitida: efetivamente, aquele jornal mencionado deu a notícia da suspeita e esta foi a única informação contida naquela publicidade. Mesmo que seja inequivocamente falsa a suspeita e que aquele candidato ofendido tenha até sido absolvido no plano judicial, a propaganda continuaria sendo divulgada.

Reconhecer que comportamentos estratégicos são adotados em decorrência de restrições de condutas é obrar com vistas à realidade, refutando uma visão meramente formalista do Direito. Uma análise consequencialista e, portanto, atenta aos resultados da adoção de uma norma jurídica não pode se furtar a esta reflexão.

Diante deste cenário, especialmente pelo quanto dito nos subitens 4.3, 4.3.1 e 4.3.2, nem mesmo se pode crer ser inócuo o controle criminal do conteúdo da propaganda eleitoral. Há, sim, consequências, algumas graves, que decorrem da existência e da aplicação do artigo 323 do Código Eleitoral. São elas: a autocensura, a infantilização do eleitorado e a contribuição para que os cidadãos sejam alvos mais susceptíveis aos comportamentos estratégicos adotados por candidatos e partidos políticos.

Por fim, necessário reconhecer que não se pretende simplificar a matéria tratada. É indiscutível, como expressamente admitido no subitem 3.6.2, que há hipóteses nas quais a publicidade falsa tem a capacidade de influir no eleitor e, mais, alterar até o resultado das eleições. Assim são os dilemas, situações nas quais não há uma única solução correta, enquanto as demais são claramente equivocadas. Como coloca Paulo Ferreira da Cunha, “[...] a democracia ética não torna a vida fácil ao povo: coloca-o perante dilemas, opções, responsabilidades. Mas só assim o povo assume as rédeas do poder e chega àquela maioria de que, para as Luzes, falava Kant [...]”, complementando que essa promessa “[...] continua por cumprir, na semi ou total tutela em que tantos vivem ainda”⁴⁸⁶.

A questão é saber qual solução mais contribui para se atingir o cenário, ainda que de longo prazo, desejado. Como suscitado neste trabalho, o modelo adotado atualmente, atribuindo à Justiça Eleitoral o controle criminal do conteúdo da propaganda eleitoral, conquanto legítimo, traz sérios questionamentos quanto à sua necessidade e viabilidade.

⁴⁸⁶ CUNHA, Paulo Ferreira da. **Política mínima**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 216.

Ademais, acarreta conseqüências, no plano de sua oportunidade, que estagnam a evolução da sociedade, mantendo-a imóvel por um paternalismo que impede sua maturação. Além disso, deixa nas mãos da Justiça Eleitoral um poder sem limites definidos, que pode ser utilizado em momentos de maior tensão social para restringir a amplitude do debate público⁴⁸⁷, o que igualmente contribui para uma indesejável estagnação social.

⁴⁸⁷ Como coloca Teresa Rodríguez Montañés, “[...] la experiencia histórica demuestra que las limitaciones al discurso se gestan en momentos en que las sociedades son sacudidas por el pánico y la histeria colectiva; que las democracias tienden a sobrereactuar hacia lo que parecen amenazas inminentes hacia las mismas (incluso si existe una situación real de peligro) y que los gobiernos tienden a exagerar y manipular el riesgo, generando una legislación limitadora de excepción (del discurso y de los derechos fundamentales con carácter general) que suele asentarse en el sistema pervirtiéndolo por completo, al convertir la regla en excepción”. MONTAÑÉS, Teresa Rodríguez. *Op. cit.*, p. 119.

CONCLUSÕES

- 1 Democracia é o modo de organização do corpo político que permite, simultaneamente, a participação efetiva de todos os seus membros adultos, que podem se candidatar e escolher representantes por meio de eleições livres, justas e periódicas, com ampla liberdade de associação e troca de informações, permitindo que se atinja um entendimento esclarecido sobre a agenda política e suas alternativas.
- 2 A eleição assume na Democracia, simultaneamente, os papéis de mecanismo de escolha e de fonte de legitimação. Estas funções, porém, somente são cumpridas se permitida ampla participação dos cidadãos, na condição de candidatos e eleitores, quando garantido o voto secreto, livre e periódico em pleito justo – este último conduzido em ambiente com liberdade de associação e troca de informações.
- 3 Voto livre é aquele que reflete uma decisão formada pelo eleitor sem contaminação com fatores tidos por indevidos, como as coações física e moral e a oferta de benesses condicionadas ao sufrágio. Decorre desta definição a dúvida quanto à influência que informações, eventualmente falsas, possam ter sobre a liberdade de formação do voto do eleitor, a ponto de macular seu exercício.
- 4 A ampla liberdade para a troca de informações concatena-se com a garantia do voto livre, permitindo que o eleitor receba a mais ampla quantidade de dados para embasar sua decisão eleitoral.
- 5 A experiência histórica, especialmente no Brasil, demonstra que o momento eleitoral é propício às tentativas de burla, razão pela qual a Justiça Eleitoral assume, a partir da Revolução de 1930, a tarefa de organização e realização das eleições, com o fito de garantir os requisitos essenciais trazidos nos itens 2 e 3 *supra*.
- 6 Campanha eleitoral é o empreendimento temporário, conduzido pelos partidos políticos, visando o convencimento dos eleitores para obtenção de votos. Tem ela a função de legitimação dos eleitos, de ativação do compromisso cívico dos cidadãos,

de mobilização do eleitorado politicamente próximo aos partidos e candidatos e de difusão de informação.

- 7** Os partidos políticos são os protagonistas das campanhas eleitorais e podem ser definidos como parcelas da sociedade dotadas de estruturas de comando e organizadas institucionalmente, cujos membros se unem por um projeto comum de poder, ao qual se busca chegar mediante disputa de cargos eletivos.
- 8** Atualmente, para a realização das campanhas eleitorais, os partidos políticos precisam se valer de profissionais das mais diversas áreas, temporariamente contratados. Tem especial destaque a formulação e condução da estratégia de propaganda eleitoral, cada vez mais profissionalizada.
- 9** Dentre as atividades levadas a cabo durante a campanha eleitoral destacam-se as pesquisas, qualitativas ou quantitativas, com o intuito de mensurar as flutuações de opinião pública e, a partir daí, direcionar os rumos da propaganda eleitoral e a estratégia de comportamento dos candidatos.
- 10** As campanhas eleitorais materializam-se no mundo dos fatos mediante atos de propaganda eleitoral. A propaganda eleitoral, espécie do gênero propaganda política, é aquela direcionada aos eleitores, com o propósito de convencê-los a votar ou não em determinados partidos ou candidatos. Diferencia-se da propaganda partidária na medida em que esta é conduzida em período não eleitoral e vocacionada a divulgar a ideologia partidária e da propaganda intrapartidária, levada a cabo pelos postulantes a candidaturas, com o intuito de obter apoio dentro do próprio partido para indicação nas convenções partidárias.
- 11** A propaganda eleitoral pode ser positiva, quando tem por objetivo convencer eleitores a votar a favor de um candidato ou partido político, ou negativa, se intenta evitar que o voto do eleitorado seja direcionado em determinado sentido.
- 12** A propaganda política, como discurso persuasório, é fenômeno que acompanha a humanidade desde seus primórdios, sendo desenvolvida, das mais diversas formas, sempre que se buscou legitimação para o exercício do Poder Político.

- 13** Apenas com a apropriação pela propaganda política das técnicas desenvolvidas para a publicidade comercial, após a Segunda Guerra Mundial é que se pode falar em *marketing* político. O marco de sua adoção é a eleição de Eisenhower à Presidência dos Estados Unidos em 1952.
- 14** A propaganda negativa nasce simultaneamente com a própria propaganda política. Pode ser comparativa, depreciativa, ofensiva ou mentirosa, sendo necessário compreender seus matizes para que se possam fixar os limites toleráveis. Dentre as modalidades de propaganda negativa, tem destaque a propaganda falsa, em decorrência da tipificação contida no artigo 323 do Código Eleitoral.
- 15** A propaganda falsa, enquanto estratégia de influência sobre os eleitores, tem matizes. A falsidade pode ser parcial ou total, dizer respeito à sua fonte ou conteúdo, criar fatos inexistentes ou exagerar aqueles efetivamente verificados. Entretanto, será sempre composta de elementos factuais e persuasórios, apelando à razão ou emoção, na tentativa de influir na formação do voto do eleitor.
- 16** Na tentativa de mitigar os potenciais efeitos danosos da propaganda eleitoral, a legislação e a Justiça Eleitoral traçam limites de ordens formal e material. Os primeiros dizem respeito ao momento de veiculação, aos meios utilizados, aos valores despendidos, à identificação de autoria, bem como às características próprias de cada meio empregado, como tamanho, volume de som e distribuição física. As limitações materiais tratam do conteúdo da propaganda eleitoral.
- 17** As modalidades de controle, formal e material, podem ser levadas a cabo por instrumentos cíveis ou criminais, por vezes cumulativamente. Ambos são conduzidos pela Justiça Eleitoral, abrangendo o primeiro a possibilidade de sancionamento com multas, suspensão do direito de realização de propaganda eleitoral em determinado meio e até a cassação de candidaturas.
- 18** O controle material da propaganda eleitoral, em âmbito criminal, pode se voltar à garantia deste direito, como no caso dos delitos dos artigos 331 e 332 do Código Eleitoral ou para sua restrição, na hipótese dos artigos 323 a 326 do Código Eleitoral e dos artigos 33, § 4º, e 40 da Lei nº 9.504/97.

- 19** Torna-se necessário o questionamento sobre a legitimidade, necessidade, viabilidade e oportunidade da incriminação do uso de fatos sabidamente inverídicos na propaganda eleitoral, na medida em que a mentira, por si só, não atrai, obrigatoriamente o controle criminal.
- 20** Ainda que ao poder soberano seja lícito e legítimo interpretar a vontade geral e torná-la concreta por meio da lei, não é menos correto compreender que este ato de concretização há de se dar com o uso de uma técnica – a jurídica –, que, como toda técnica, jamais deixa de influenciar o objeto sobre o qual é aplicada. Assim, a dogmática jurídica, chamada a auxiliar na tarefa de elaborar, sistematizar e organizar as regras de convivência humana, em uma relação naturalmente dialética, cria limites a esta própria atividade.
- 21** O critério de legitimidade da incriminação pode ser averiguado pela análise do bem jurídico tutelado pela norma proibitiva, sendo necessário que este encontre apoio no regramento constitucional, direta ou indiretamente. Esta leitura crítica do bem jurídico como limite de criminalização aponta que a tutela deve ser proporcional ao grau de relevância que aquele valor recebe no texto constitucional.
- 22** O bem jurídico penal é informado pelos princípios da lesividade, intervenção mínima, compreendido polissemicamente, fragmentaridade e subsidiariedade. O primeiro diz respeito à possibilidade, ao menos em tese, de colocação do bem jurídico em risco de lesão. A intervenção mínima é de ser compreendida na restrição de tutela aos bens jurídicos mais relevantes à vida social, na intervenção em relação a riscos graves de lesão ou colocação em perigo, ponto no qual se aproxima da ideia de fragmentaridade, e na reserva para o Direito Penal somente do controle que não pode ser realizado adequadamente por outras modalidades de intervenção; esta ocasião tangencia o conceito de subsidiariedade.
- 23** Bem jurídico penal é, portanto, todo bem ou valor, com referência direta ou indireta no texto constitucional, que seja valorado positivamente pela sociedade por sua extrema relevância para a manutenção ou o desenvolvimento da vida individual e coletiva, que necessite proteção contra ataques injustos decorrentes da ação humana, que tenham o condão de lesioná-lo ou colocá-lo em perigo. Esta proteção

somente há de se dar em relação aos ataques tidos por mais gravosos, cuja defesa não possa se dar por meio de outros âmbitos de controle, jurídicos ou não jurídicos.

- 24** A necessidade de antecipação da tutela criminal, decorrente do incremento dos riscos sociais na sociedade moderna levou à aceitação da proteção penal aos bens jurídicos supraindividuais. Esta proteção, que se perfaz com a tipificação de crimes de perigo – abstrato ou concreto – deve se dar com especial atenção aos princípios informadores do Direito Penal garantista, sob pena de uma ampliação demasiada de seu escopo de atuação.
- 25** A maior parte da doutrina brasileira inclina-se por vislumbrar, em relação ao artigo 323 do Código Eleitoral, a tutela a um bem jurídico supraindividual, consistente na garantia de eleições que se travem em ambiente limpo, despido de mentiras e agressões desarrazoadas. Há quem sustente, simultaneamente, a proteção à liberdade do eleitor em sua escolha eleitoral, que deve ser tomada sem o ruído causado pela mentira factual na propaganda eleitoral.
- 26** A verdade, como valor absoluto, não se mostra capaz de superar o obstáculo metajurídico de compatibilidade com os sujeitos que serão tutelados pela norma proibitiva. A ubiquidade da mentira na sociedade, hoje e sempre, impõe reconhecer que há importantes limites ao Direito Penal como instrumento de moralização do agir humano.
- 27** A tutela da veracidade, em contraposição à verdade, por outro lado, pode ser erigida ao *status* de bem jurídico supraindividual intermediário, referente ao bem jurídico individual da liberdade de formação do voto do eleitor. Tem-se, assim, um tipo penal pluriofensivo que opta pela antecipação da tutela penal à proteção de um bem jurídico supraindividual exclusivamente no limite da necessidade de tutela, ao final, do bem jurídico individual.
- 28** É indiscutível a dignidade penal do bem jurídico individual da liberdade de formação da vontade do eleitor. Portanto, deve-se garantir que a vontade lançada nas urnas reflita, do modo mais fiel possível, o exercício intelectual levado a cabo pelo eleitor na tomada de sua decisão política.

- 29** Uma tutela que se voltasse exclusivamente à faceta externa da liberdade de voto, a sua manifestação na urna, seria incompleta e deixaria desguarnecido aspecto essencial do exercício do direito ao voto livre. Assim sendo, a tutela da liberdade interna do eleitor, compreendida como a fase de formação da vontade, mostra-se necessária para o correto exercício do direito de voto livre. Desta forma, atentados voltados a macular este momento superam, ao menos em tese, o critério de fragmentaridade.
- 30** Analisar se o tipo penal do artigo 323 do Código Eleitoral supera a exigência de lesividade impõe verificar se se trata de crime de perigo abstrato ou concreto. Na primeira hipótese, a lesividade estaria contida no próprio tipo penal, em virtude da decisão do legislador. Caso contrário, tratando de delito de perigo concreto, a lesividade, apreciada em um paradigma *ex ante*, corresponde à possibilidade que a propaganda eleitoral falsa tem de influenciar a formação da vontade do eleitor.
- 31** A técnica de redação utilizada pelo legislador ao tipificar o delito do artigo 323 do Código Eleitoral, aliada à interpretação teleológica e sistemática proposta, aponta se tratar de crime de perigo concreto. Não se tutela a verdade *per se*, mas exclusivamente na medida em que os fatos sabidamente inverídicos tenham, concretamente, capacidade de influir sobre o eleitorado.
- 32** A análise da doutrina atualmente disponível sobre a formação do voto do eleitor aponta para uma influência moderada da propaganda eleitoral, matizada pela gama de fontes de informação existentes nas democracias modernas. Especificamente sobre a propaganda negativa, os estudos analisados não discrepam desta leitura. A escolha pela realização de propagandas negativas se ligaria mais ao fato de elas permanecerem mais tempo na memória do eleitor do que propriamente por influenciarem-no mais.
- 33** Uma pequena parcela dos estudos assinala que, para parte do eleitorado, a propaganda negativa pode ter uma influência até substancial. Ainda que menos influente do que o senso comum indica, pode-se afirmar que a propaganda negativa, realizada pela veiculação de fatos falsos, ostenta, em uma análise *ex ante*, probabilidade de lesão suficiente para superar o critério de lesividade.

- 34** Ainda em relação à lesividade, é de se considerar o denominado efeito bumerangue ou *backlash*, visto quando os eleitores empatizam com o candidato ofendido e não com o ofensor. As pesquisas analisadas revelam a impossibilidade de controle, por parte do candidato que se vale da propaganda negativa falsa, de qual saldo prevalecerá, se favorável a si ou ao seu adversário.
- 35** Assim, é de se concluir que o teste de verificação da lesividade da conduta prevista no artigo 323 do Código Eleitoral tem resultado duvidoso. Quatro são as razões para tanto: a propaganda política aparentemente só tem pleno efeito em regimes totalitários, por abarcar todos os aspectos da vida das pessoas e, especialmente, quando inexistente espaço para contestação por meio de propaganda em sentido contrário; a formação do voto dos eleitores depende pouco da propaganda eleitoral, ainda que esta tenha algum papel, mesmo que pouco relevante; a propaganda eleitoral negativa, conquanto seja mais lembrada pelo eleitor, não se mostra mais eficaz que a positiva para granjear apoio e conquistar votos; o candidato que opta por se valer de propaganda negativa, verdadeira ou falsa, tem pequeno grau de controle, se algum, sobre os seus resultados, favoráveis ou desfavoráveis à sua pretensão.
- 36** No plano da subsidiariedade, a Justiça Eleitoral está dotada de meios céleres e aptos a obstar eventual influência da propaganda negativa falsa. Pode determinar, *ex officio*: a cessação de veiculação das mensagens, aplicar sanções pecuniárias, conceder direito de resposta e, no limite, anular eleições que tenham sido ganhas em virtude de fraude.
- 37** A natureza multifacetada do voto, simultaneamente um direito e um dever, impõe aos cidadãos ao menos certo grau de responsabilidade na busca pelas informações que irão subsidiar a tomada de suas decisões. Trata-se da autoproteção que, se não afasta *per se* a necessidade de criminalização, contribui para mitigá-la.
- 38** A sociedade civil, a imprensa e instituições de verificação da credibilidade dos dados veiculados nas propagandas eleitorais podem, igualmente, contribuir para a elucidação das possíveis falsidades divulgadas. Este tipo de ação, denominada

adwatch nos Estados Unidos, vem ganhando importância e repercussão como espécie de autoproteção coletiva contra a mentira nas eleições.

- 39** Estas considerações apontam não se ter superado o critério de subsidiariedade. Mostra-se desnecessário e, portanto, ilegítimo que o Direito Penal seja acionado para controlar situações para as quais há outras formas menos gravosas, cujos resultados se mostram ao menos tão promissores quanto a criminalização.
- 40** Perquirir se é viável à Justiça Eleitoral, atuando em sua competência criminal, cumprir a promessa de controlar a veracidade da propaganda eleitoral é requisito essencial. A promessa descumprida esgarça as relações de confiança que mantêm coesa a sociedade, retirando a credibilidade que legitima o Estado como autoridade dotada do poder de sanção. Assim, uma visão calcada no plano do possível primeiro aprecia se a promessa é necessária, em seguida se viável, para, enfim, questionar se oportuna.
- 41** A busca por uma verdade eterna, imutável e perfeita, ainda que possa constituir questionamento da filosofia moral, não se mostra viável como objeto do Direito Penal. Para os fins do discurso jurídico, é necessário se contentar com a veracidade, que se caracteriza, sob um ponto de vista subjetivo, pelo desconhecimento da falsidade do que se afirma – com as informações então disponíveis – e por buscar se aproximar da verdade ou tender a ela. Não importa, concretamente, se ela atinge ou não a proximidade da verdade, mas se de boa-fé este caminho foi percorrido.
- 42** Os limites do tipo penal analisado – especialmente a exigência de que a falsidade seja referente a fatos – torna no mínimo poroso o controle judicial, se não o inviabiliza completamente. Somente fatos, indiscutivelmente falsos, quando comunicados de forma isolada de opiniões e juízos de valor e que não constituem mero reforço retórico ou exagero publicitário tolerável, é que são passíveis de serem alcançados pela norma.
- 43** O elemento típico “sabidamente inverídico”, contido no delito do artigo 323 do Código Eleitoral, restringe ainda mais o conceito de veracidade. Nem mesmo de dolo eventual se pode cogitar, mas sim de dolo direto. Não se pune o desprezo por

uma apuração cautelosa, mas exclusivamente as hipóteses nas quais o autor optou conscientemente pela veiculação dos fatos que sabia falsos.

- 44** Por discrepâncias na interpretação dos limites do comportamento lícito, a manutenção do artigo 323 do Código Eleitoral pode acarretar um efeito de autocensura, pelo qual parte dos cidadãos deixa de propalar informações eventualmente relevantes, por receio de sofrer os efeitos da norma penal. O denominado *chilling effect* reduz a amplitude do debate público, afetando até informações que, se apreciadas no âmbito judicial, não superariam os limites impostos pela norma proibitiva.
- 45** Quanto à oportunidade da criminalização, ao observar que determinada propaganda foi retirada do ar em decorrência da inverdade de seu conteúdo, o cidadão conclui que há alguém realizando este controle e, pior, que este alguém não é ele. Esta constatação retira dos ombros do corpo social uma responsabilidade que, na Democracia, é ínsita ao cidadão. Se um órgão do Estado se preocupa em separar o que é verdade e o que é falso na propaganda eleitoral, não há razão para que o cidadão também se preocupe com esta tarefa de depuração. Esta visão funda-se na já criticada percepção de que a média do eleitorado é formada por pessoas incapazes de discernir o certo do errado, o verdadeiro do falso.
- 46** A boa intenção por trás do controle do conteúdo da propaganda eleitoral contribui, ainda que de forma não pretendida, para o alijamento dos cidadãos das decisões que lhes dizem respeito. Cientes que a Justiça Eleitoral está atenta ao conteúdo das propagandas, aquietam-se o cidadão em postura passiva, meramente absorvendo aquelas publicidades eleitorais que superam o crivo do controle judicial. Mitigada sua capacidade de discernimento, para o que contribui a transferência desta responsabilidade ao Poder Judiciário, torna-se o cidadão mais influenciável e menos preparado para lidar com este tipo de situação.
- 47** Ao se deparar com a informação de que determinada propaganda eleitoral foi retirada do ar por conter falsidade, por exclusão é possível que o cidadão conclua que todas as demais publicidades mantidas no ar são verdadeiras. Mas é sabido que a questão não é tão simples. Os diversos passos que devem ser superados para que a

Justiça Eleitoral restrinja o acesso a uma determinada propaganda eleitoral são como furos em uma peneira. Nem tudo o que passa pela peneira e, portanto, chega ao conhecimento do cidadão, corresponde à verdade fática.

- 48** A porosidade do controle pode contribuir para aquilo que a norma pretendia evitar, ou seja, ao infantilizar o eleitorado, pode torná-lo mais ludibriável pelas mensagens publicitárias eleitorais que logram superar o controle judicial. Reconhecer que comportamentos estratégicos são adotados em decorrência de restrições de condutas é obrar com vistas à realidade, refutando uma visão meramente formalista do Direito. Uma análise consequencialista e, portanto, atenta aos resultados da adoção de uma norma jurídica, não pode se furtar a esta reflexão.
- 49** O modelo adotado atualmente, atribuindo à Justiça Eleitoral o controle criminal do conteúdo da propaganda eleitoral, conquanto legítimo, traz sérios questionamentos quanto à sua necessidade e viabilidade. Ademais, acarreta consequências, no plano de sua oportunidade, que estagnam a evolução da sociedade, mantendo-a imóvel por um paternalismo que impede sua maturação. Por estes motivos é que se pode concluir ser oportuna a descriminalização da conduta prevista no artigo 323 do Código Eleitoral.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Alberto Carlos. **Erros nas pesquisas eleitorais e de opinião**. Rio de Janeiro: Record, 2009.
- ALSTON, William P. **A realist conception of truth**. Nova Iorque: Cornell University Press, 1996.
- ALVES, Francisco Luís Freire Ribeiro. **Direitos Fundamentais Eleitorais**. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-políticas sob orientação do professor-doutor Jorge Miranda, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2005.
- AMELUNG, Knut. El concepto “bien jurídico” en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos. *In*: HEFENDEL, Roland (Ed.). **La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación de Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madri: Marcial Pons, 2007.
- ANSOLABEHERE, Stephen; IYENGAR, Shanto. **Going dirty: how political advertisements shrink & polarize the electorate**. Nova Iorque: The Free Press, 1997.
- AUGUSTO DE LUCA, Javier. La veracidade, las expresiones y el derecho penal. *In*: MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Dir.). **Protección penal de la libertad de expresión e información**. Valência: Tirant lo Blanch, 2012.
- BAIGÚN, David. **Los delitos de peligro y la prueba del dolo**. Buenos Aires: B de F, 2007.
- BARNÉS VÁZQUEZ, Antonio. ¿Gigantes o molinos? El Quijote como parábola de la falsedad en la sociedad de la información. *In*: MÉNDIZ NOGUERO, Alfonso; CRISTÓFOL RODRÍGUEZ, Carmen (Coord.). **Falsedad y comunicación: publicidad engañosa, información falsa, imagen manipulada**. Valência: Universidad de Málaga/Debates, 2007.
- BARREIROS, José Jorge. **Democracia, comunicação e media**. Lisboa: Mundos Sociais, 2012.

- BARRETO, Lauro. **Propaganda política & direito processual eleitoral**. Bauru: Edipro, 2004.
- BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.
- BERLIN, Isaiah. **Liberty**. Editado por Henry Hardy. Nova Iorque: Oxford University Press, 2002.
- BIANCO FILHO, Francisco. **Direito eleitoral**. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho Editor, 1945.
- BIRNBAUM, Johann Michael Franz. **Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2010.
- BLACKBURN, Simon. **Truth: a guide**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2005.
- BORGES FILHO, Aloisio de Souza. Direito à informação política através de propaganda eleitoral e seus aspectos jurídico-criminais. Trabalho apresentado no programa de doutorado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, na disciplina Direitos Fundamentais, 1995.
- BRENNAN, Jason. **The ethics of voting**. Princeton: Princeton University Press, 2011.
- BRICKMANN, Carlos. **A vida é um palanque: os segredos da comunicação política**. São Paulo: Globo, 1994.
- BRICOLA, Franco. **Teoría general del delito**. Tradução do italiano para o espanhol de Diana Restrepo Rodríguez. Buenos Aires: B de F, 2012.
- BROWN, A. **Bodyguard of lies**. Nova Iorque: Harper and Row, 1975.
- BROZOZA, Edson. **Crimes eleitorais: conhecê-los para não cometê-los: comentários descomplicados**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.
- BURGUERA AMEAVE, Leyra. **Democracia electoral: comunicación y poder**. Madri: Congreso de los Diputados, Serie Monografías, n. 96, 2013.

CAGGIANO, Monica Herman Salem. *Sistemas Eleitorais x Representação Política*. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1987.

_____. **Oposição na política**. São Paulo: Madras Livraria e Editora, 1995.

CALLE RODRÍGUEZ, María Victoria. **Falsedades documentales no punibles**. Madri: Editoriales de Derecho Reunidas, 1998.

CAMPBELL, Tracy. **Deliver the vote**: A history of election fraud, an american political tradition – 1742–2004. Nova Iorque: Carroll & Graff Publishers, 2006.

CÂNDIDO, Joel J. **Direito eleitoral brasileiro**. 11ª ed. Bauru: Edipro, 2004.

_____. **Direito penal eleitoral & processo penal eleitoral**. Bauru: Edipro, 2006.

CANEL, Maria José. **Comunicación política**: técnicas y estrategias para la sociedad de la información. Madri: Tecnos, 1999.

CAPLAN, Bryan. **The myth of the rational voter**: why democracies choose bad policies. Princeton: Princeton University Press, 2007.

CARRASCO ANDRINO, Maria del Mar. **La publicidad engañosa y el Derecho Penal (una aproximación al tipo del artículo 282 del C.P.)**. Valência: Ediciones Revista General de Derecho, 2000.

CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. **Liberdade de Informação e o Direito Difuso à Informação Verdadeira**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1994.

CASSIRER, Ernst. **El mito del estado**. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1968.

CATT, Helena. **Voting Behaviour**: a radical critique. Londres: Leicester University Press, 1996.

CECI, Stephen; KAIN, Edward. Jumping on the Bandwagon With the Underdog: The Impact of Attitude Polls on Polling Behavior. *The Public Opinion Quarterly*, vol. 46, nº 2, verão 1982, pp. 228-242.

CHANG, Chingching. Party Bias in Political-Advertising Processing. *Journal of Advertising*, vol. 32, issue 2, verão 2003, pp. 55-67.

CHOMSKY, Noam. **Mídia: Propaganda Política e Manipulação**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

CICERO, Quintus Tullius. **How to win an election**. Tradução de Philip Freeman. Princeton: Princeton University Press, 2012.

CLARK, Stephen R. L. *Anciente philosophy*. In: KENNY, Anthony (ed.). **The oxford illustrated history of western philosophy**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1994.

COASE, Ronald. "The Market for Goods and the Market for Ideas", *American Economic Review*, 64 (2), maio, 1974, pp. 384-391.

COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. **Derecho penal: parte general**. 5ª ed. Valência: Tirant lo Blanch, 1999.

COÊLHO, Marcus Vinícius Furtado e AGRA, Walber Moura (Coord.). **Direito eleitoral e democracia: desafios e perspectivas**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2010.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Notas sobre os crimes contra a honra na propaganda eleitoral. In: GUILHERME, Walter De Almeida; KIM, Richard Pae; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da (Coord.). **Direito eleitoral e processual eleitoral: temas fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. **Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales**. Valência: Tirant lo Blanch, 1999.

CORDEIRO, Vinicius; SILVA, Anderson Claudino da. **Crimes eleitorais e seu processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

COSTA, Edgard. **Dos crimes eleitorais**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1923.

COSTA, Tito. **Crimes eleitorais & processo penal eleitoral**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Política mínima**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2005.

CWALINA, Wojciech; FALKOWSKI, Andrzej; NEWMAN, Bruce. **Political marketing: theoretical and Strategic Foundations**. Armonk: M. E. Sharpe, 2011.

DAHL, Robert. **Polyarchy: participation and opposition**. New Haven: Yale University Press, 1971.

_____. **Sobre a democracia**. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: UNB, 2001.

_____. **On political equality**. New Haven: Yale University Press, 2006.

DALBORA, José Luis Guzmán. Estudio preliminar. *In*: BIRNBAUM, Johann Michael Franz. **Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2010.

D'ALMEIDA, Noely Manfredini; SANTOS, Fernando José dos; RANCIARO, Antonio Julio. **Crimes Eleitorais e outras infringências**. Curitiba: Juruá Editora, 1994.

DAUGHERTY, William. The creed of a modern propagandist. *In*: DAUGHERTY, William; JANOWITZ, Morri (Eds.). **A psychological warfare casebook**. Baltimore: John Hopkins University Press, 1958.

DAVIS, Michel L.; FERRANTINO, Michael. **Towards a positive theory of political rhetoric: why do politicians lie?** *Public Choice*, nº 88, julho 1996, pp. 1-13.

DEL MORAL GARCÍA, Antonio. La protección del consumidor frente a la actividad publicitaria: perspectiva penal. *In*: **Protección penal de consumidores y usuarios: manuales de formación continuada 15**. Madri: Consejo General del Poder Judicial, 2002.

DIAS, Carlos Alberto Ungaretti. A verificação dos poderes e a justiça eleitoral. *In*: BAUAB, José D'Amico (Org.). **Paulistânia eleitoral: ensaios, memórias, imagens**. São Paulo: Tribunal Regional Eleitoral, 2011.

DIÉZ RIPOLLÉS, José Luis. **La racionalidad de las leyes penales: práctica y teoría**. 2ª ed. Madri: Editorial Trotta, 2013.

DOMENACH, Jean-Marie. **La propaganda política**. Tradução do francês para o espanhol de Horacio de Lenos. Buenos Aires: Eudeba, 1962.

DONSANTO, Craig C. Corruption of the Election Process under U.S. Federal Law. *In*: ALVAREZ, Michael R.; HALL, Thad E. e HYDE, Susan D. (Ed.). **Election fraud: detecting and deterring electoral manipulation**. Washington D.C.: Brookings Institute Press, 2008.

DOWNS, Anthony. **An economic theory of democracy**. Boston: Addison-Wesley Publishing, 1957.

DURANDIN, Guy. **La mentira en la propaganda política y en la publicidad**. Tradução de Irene Agoff. 2ª ed. Barcelona: Paidós, 1990.

ELLUL, Jacques. **Propaganda: the formation of men's attitudes**. Tradução de Konrad Kellen e Jean Lerner. Nova Iorque: Random House, 1965.

ESPARZA, Bernardino. **Constitucionalización de los delitos electorales en la legislación mexicana, 1812-2009**. Cidade do México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2009.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Globo, 2001.

FEINBERG, Joel. **Harm to others: the moral limits of the criminal law**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1984.

FERNÁNDEZ BAUTISTA, Silvia. Criterios del TC (y del TEDH) en la protección del honor frente al ejercicio de la libertad de expresión y de información. *In*: MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Dir.). **Protección penal de la libertad de expresión e información**. Valência: Tirant lo Blanch, 2012.

FERREIRA, Ruy Barbosa Marinho. **Crimes eleitorais**. Leme: Anhanguera Editora Jurídica, 2008.

FIGGIS, John Neville e LAURENCE, Reginald Vere. **Historical essays and studies**. Londres: Macmillan, 1907.

FIGUEIREDO, Marcus. **A decisão do voto: democracia e racionalidade**. Belo Horizonte: UFMG, 2008.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **O problema da consciência da ilicitude em direito penal**. 4ª ed. Coimbra: Coimbra, 1995.

FISS, Owen M. **The irony of free speech**. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

FRAZ, Luís Otávio Queiroz. A eleição, ato de Democracia. Relatório de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas, apresentado ao Seminário de Direito Constitucional sob regência do professor Jorge Miranda, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 26/09/20088.

FRIDKIN, Kim; KENNEY, Patrick. Variability in Citizen's Reactions to Different Types of Negative Campaigning. *American Journal of Political Science*, vol. 55, nº 2, abril 2011, pp. 307-325.

GALLUP, George; RAE, Saul Forbes. Is There a Bandwagon Vote? *The Public Opinion Quarterly*. Vol. 4, nº 2, jun. 1940, pp. 244-249.

GARCÍA RIVAS, Nicolás. **Delito ecológico, estructura y aplicación judicial**. Barcelona: Editorial Praxis, 1998.

GARRAMONE, Gina M. Voter Responses to Negative Political Ads. *Journalism Quarterly*, vol. 61, issue 2, verão 1984, pp. 250-259.

GIDENGIL, Elisabeth; BLAIS, André; NEVITTE, Neil; NADEAU, Richard. Priming and campaign context: evidence from recent Canadian elections. *In: SCHMITT-BECK, Rüdger; FARREL, David M (Ed.). Do political campaigns matter? Campaign effects in elections and referendums*. Londres: Routledge, 2002.

GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 5ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **Teoria geral da parte especial do direito penal**. São Paulo: Atlas, 2014.

GOMES, Suzana de Camargo. **Crimes eleitorais**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo *et alli*. **Curso de derecho penal**: parte general. Barcelona: Ediciones Experiencia, 2004.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Crimes eleitorais e processo penal eleitoral**. São Paulo: Atlas, 2012.

GONZÁLEZ DE LA VEGA, René. **Derecho penal electoral**. 3ª ed. Cidade do México: Editorial Porruá, 1994.

GREEN, Stuart P. **Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno**: una teoría moral de los delitos de cuello blanco. Madri: Marcial Pons, 2013.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James e JAY, John. **The federalist papers**. ROSSTER, Clinton (ed). Nova Iorque: Signet Classic, 2003.

HASSEMER, Winfried. **Crítica al Derecho penal de hoy**. Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva. Buenos Aires: Ad Hoc, 1995.

HASWANI, Mariângela Furlan. **Comunicação pública**: bases e abrangências. São Paulo: Saraiva, 2013.

HAWKING, Stephen; MLODINOW, Leonard. **The grand design**. Nova Iorque: Bantam Books, 2012.

HAYEK, Friederich A. von. **The constitution of liberty**. Editada por Ronald Hamowy. Chicago: The University of Chicago Press, 2011.

HEFENDEL, Roland (Ed.). **La teoría del bien jurídico**: ¿Fundamento de legitimación de Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madri: Marcial Pons, 2007.

HESSE, Hermann. **O jogo das contas de vidro**. Tradução de Livinia Abranches Viotti e Flávio Vieira de Souza. 10ª ed. Rio de Janeiro: Record, 1971.

HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del Derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1984.

_____. **Crítica al Derecho penal de hoy**. Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva. Tradução do alemão para o espanhol de Patricia S. Ziffer. Buenos Aires: Ad Hoc, 1995.

HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? *In*: HEFENDEL, Roland (Ed.). **La teoría del bien jurídico**: ¿Fundamento de legitimación de Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madri: Marcial Pons, 2007.

HIMMELWEIT, Hilde; HUMPHREYS, Patrick; JAEGER, Marianne. **How voters decide**. 2ª ed. Buckingham: Open University Press.

HOFMEISTER, Wilhelm. Problemas da Democracia Partidária. América Latina à luz das experiências internacionais. *In*: HOFMEISTER, Wilhelm (Ed.). **Partidos políticos**: quatro continentes. Cadernos Adenauer VIII. n. 3. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, nov. 2007.

HOPKINS, Claude. **A ciência da propaganda**. Tradução de Hely de Faria Paiva. 5ª ed. São Paulo: Cultrix, 1993.

HÖRNLE, Tatjana. Subsidiariedad como principio limitador: autoprotección. *In*: VON HIRSCH, Andrew; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang; ROBLES PLANAS, Ricardo (Org.). **Límites al derecho penal**: principios operativos en la fundamentación del castigo. Barcelona: Atelier, 2012.

HOUAISS, Antônio. **Grande Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

HUCKFELDT, Robert. Information, persuasion, and political communication networks. *In*: DALTON, Russel J.; KLINGEMANN, Hans-Dieter (Eds.). **The Oxford Handbook of Political Behavior**. Oxford: Oxford University Press, 2007.

HUICI MÓDENES, Adrián. **Estrategias de persuasión, mito y propaganda política**. Sevilla: Alfar, 1996.

HUNGRIA, Nelson. **Os crimes eleitorais**. Revista Eleitoral da Guanabara. Rio de Janeiro, Tribunal Regional Eleitoral, Ano I, n. 1, 1968.

HUSSEY, Edward. **The pre-socratics**: classical life and letters. Nova Iorque: Charles Scribner's Sons, 1972.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal – parte general**. Fundamentos y teoría de la imputación. Madri: Marcial Pons, 1997.

_____. **Falsedad documental:** revisión de un delito de engaño. Tradução de Jacobo López Barja de Quiroga e Luis Carlos Rey Sanfiz. Barcelona: Marcial Pons, 2011.

JAMIESON, Kathleen Hall. **Dirty politics:** deception, distraction and democracy. Nova Iorque: Oxford University Press, 1992.

JASPERS, Karl. **Los grandes filósofos, los metafísicos que pensaron desde el origen:** Anaximandro, Heráclito, Parménides, Plotino, Anselmo, Spinoza, Lao-Tsé, Nagarjuna. Tradução do alemão para o espanhol de Elisa Lucena. Madri: Tecnos, 1998.

JAY, Martin. **The virtues of mendacity:** on lying in politics. Charlottesville: University of Virginia Press, 2010.

JESCHECK, Hens-Heinrich; WEIGEN, Thomas. **Tratado de derecho penal:** parte general. Tradução do alemão para o espanhol de Miguel Olmedo Cardenete. 5ª ed. Granada: Editorial Comares, 2002.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal.** T. 1. 5ª ed. Buenos Aires: Editoria Losada, 1950.

KANT, Immanuel. **Fundamentación para una metafísica de los costumbres.** Tradução para o espanhol de Roberto Aramayo. Madri: Alianza Editorial, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoría general del estado.** Tradução de Luis Legaz Lacambra. Cidade do México: Nacional, 1959.

_____. **De la esencia y valor de la democracia.** Tradução de Juan Luis Requejo Pagés. 2ª ed. Oviedo: KRK Ediciones, 2009.

KINDHÄUSER, Urs. **Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa.** Tradução do alemão para o espanhol de Claudia López Díaz. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.

LACHAT, Romain; SCIARINI, Pascal. When do election campaigns matter, and to whom? Results from the 1999 Swiss election panel study. *In:* SCHMITT-BECK, Rüdger; FARREL, David M (Ed.). **Do political campaigns matter? Campaign effects in elections and referendums.** Londres: Routledge, 2002.

LAFER, Celso. **A boca e a língua do justo**. Artigo publicado no jornal *O Estado de S. Paulo* em 15/12/2013 e disponível em <<http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,a-boca-e-a-lingua-do-justo,1108797,0.htm>>. Acesso em 1º/5/2014.

LAN, Conrado Eggers. **Los filósofos presocráticos I**. Madri: Gredos, 1985.

LASSWELL, Harold. The theory of political propaganda. *The American Political Science Review*. Vol. 21, nº 3, ago. 1927, pp. 627-631.

_____. **Propaganda technique in world war I**. Cambridge: The MIT Press, 1971.

LAU, Richard; POMPER, Gerald. Effectiveness of Negative Campaigning in U.S. Senate Elections. *American Journal of Political Science*. Vol. 46, nº 1, jan. 2002, pp. 47-66.

LAU, Richard; SIGELMAN, Lee; ROVNER, Ivy Brown. **The effects of negative political campaigns**: a meta-analytical reassessment. *The Journal of Politics*. Vol. 69, nº 4, nov. 2007, pp. 1176-1209.

_____; ROVNER, Ivy Brown. Negative campaigning. *Annual Review of Political Science*, 2009, 12, pp. 285-306.

LAU, Wolney Ramos. Regime jurídico da propaganda política. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2004.

LAUDAN, Larry. **Truth, error, and criminal law. an essay in legal epistemology**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

LAZARFELD, Paul F. **The election is over**. Oxford University Press: *The Public Opinion Quarterly*, vol. 8, nº 3, outono, 1944, pp. 317-330.

LEAL, Vitor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto**: o município e o regime representativo no Brasil. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.

LE BON, Gustave. **The crowd**: a study of the popular mind. Kitchener: Batoche Books, 2001.

LEBRE DE FREITAS, José. **A falsidade no direito probatório**. Coimbra: Almedina, 2013.

LEITÃO, José Manuel Silva. **Constituição e direito de oposição**: a oposição política no debate sobre o Estado contemporâneo. Coimbra: Almedina, 1987.

LEONI, Bruno. **La libertad y la ley**. 3ª ed. Madri: Unión Editorial, 2010.

LIFSCHITZ, Sergio Politoff. **Los elementos subjetivos del tipo legal**. Buenos Aires: B de F, 2008.

LILLEKER, Darren G. Local political marketing: political marketing as public service. *In*: LILLEKER, Darren G.; JACKSON, Nigel A.; SCULLION, Richard (Ed.). **The marketing of political parties**: political marketing at the 2005 British general election. Manchester: Manchester University Press, 2006, pp. 206-230.

_____; LEES-MARSHMENT, Jennifer. **Political marketing**: a comparative perspective. Manchester: Manchester University Press, 2005.

LINS, Newton. **Propaganda eleitoral**: comentários jurídicos. 2ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

LIPPMANN, Walter. **The public opinion**. Nova Iorque: Free Press Paperbacks, 1997.

LOCKE, John. **The Works of John Locke**. V. 1. Darmstadt: Scientia Verlag Aalen, 1963.

MAAREK, Philippe J. **Campaign communication & political marketing**. West Sussex: Wiley-Blackwell, 2011.

MACDONALD, Scot. **Propaganda and information warfare in the twenty-first century**. Londres: Routledge, 2007.

MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade de expressão**: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MAPELLI CAFFARENA, Borja. **El delito de publicidad fraudulenta**. Valência: Tirant lo Blanch, 1999.

MARK, David. **Going dirty**: the art of negative campaigning. Nova Iorque: Rowman & Littlefield, 2009.

MARSH, Catherine. Back on the bandwagon: The Effect of Opinion Polls on Public Opinion. *British Journal of Political Science*. Vol. 15, nº 1, jan. 1985, pp. 51-74.

MARTÍN LLAGUNO, Marta. La falsedad en la publicidad: la ética entre la persuasión y manipulación. *In: MÉNDIZ NOGUERO, Alfonso; CRISTÓFOL RODRÍGUEZ, Carmen (Coord.). Falsedad y comunicación: publicidad engañosa, información falsa, imagen manipulada*. València: Universidad de Málaga/Debates, 2007.

MARTÍN SÁNCHEZ, Isidoro. **El derecho de la formación de la conciencia y su tutela penal**. València: Tirant lo Blanch, 2000.

MATA Y MARTÍN, Ricardo M. **Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro**. Granada: Editorial Comares, 1997.

MARTÍN SALGADO, Lourdes. **Marketing político: arte y ciencia de la persuasión en democracia**. 2ª ed. Barcelona: Paidós, 2002.

MARTÍNEZ, Antonia; MÉNDEZ, Mónica. Los partidos: agentes eficaces. *In: MARTINEZ, Ismael Crespo. Las campañas electorales y sus efectos en la decisión del voto*. Vol. III. València: Tirant lo Blanch, 2004.

MARTÍNEZ GUERRA, Amparo. **Publicidad y derecho penal: estudio comparado del modelo americano y europeo**. València: Tirant lo Blanch, 2007.

MARTINEZ, Ismael Crespo. ¿Para qué sirven las campañas electorales? *In: MARTINEZ, Ismael Crespo. Las campañas electorales y sus efectos en la decisión del voto*. Vol. III. València: Tirant lo Blanch, 2004.

MAYER, Max Ernest. **Derecho penal: parte general**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2007. Tradução de Sergio Politoff Lifschitz.

MAYER, William. In Defense of Negative Campaigning. *Political Science Quarterly*, vol. 111, nº 3, out. 1996, pp. 437-455.

McALLISTER, Ian; STUDLAR, Donley. Bandwagon, Underdog, or Projection? Opinion Polls and Electoral Choice in Britain, 1979-1987. *The Journal of Politics*, Vol. 53, nº 3, ago. 1991, pp. 720-741.

McALLISTER, Ian. Calculating or capricious? The new politics of late deciding voters. *In*: SCHMITT-BECK, Rüdger; FARREL, David M (Ed.). **Do political campaigns matter? Campaign effects in elections and referendums**. Londres: Routledge, 2002.

MÉNDIZ NOGUERO, Alfonso; CRISTÓFOL RODRÍGUEZ, Carmen (Coord.). **Falsedad y comunicación**: publicidad engañosa, información falsa, imagen manipulada. Valência: Universidad de Málaga/Debates, 2007.

MENDOZA BUERGO, Blanca. **Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto**. Granada: Editorial Comares, 2001.

MENEZES, Fernanda Montenegro de. Marketing político. Eleições municipais de 2008. *In*: LEMBO, Cláudio (Coord.); CAGGIANO, Monica Herman Salem (Org.). **Comportamento Eleitoral**. Barueri: Manole, 2010.

MESTRE, Esteban. **Los delitos electorales en España**. Madri: Nacional, 1976.

MILL, John Stuart. **A system of logic ratiocinative and inductive**: being a connected view of the principles of evidence and the methods of scientific investigation. Londres: Routledge, 1996.

_____. **On liberty and other writings**. Nova Iorque: Classic Books International, 2010.

MINNITE, Lorraine C. **The myth of voter fraud**. Ithaca: Cornell University Press, 2010.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**: parte general. 9ª ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2011.

_____. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Dir.). **Protección penal de la libertad de expresión e información**. Valência: Tirant lo Blanch, 2012.

MIRANDA, Jorge. Sobre o direito eleitoral. Intervenção no I Fórum Eleitoral, promovido pela Comissão Nacional de Eleições de Portugal em 17.06.1992. *In*: MIRANDA, Jorge. **Estudos de direito eleitoral**. Lisboa, Lex, 1995.

_____. Introdução ao direito eleitoral. *In*: MAURÍCIO, Artur (Org.). **Estudos em memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

MISIEGO, Francisco. **Neuromarketing político**. Madri: Rasche, 2011.

MLODINOW, Leonard. **Subliminar**: como o inconsciente influencia nossas vidas. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

MOCCIA, Sergio. Función sistemática de la política criminal. Principios normativos para un sistema penal orientado teleológicamente. Tradução do italiano para o espanhol de F. Javier Malero Merino. *In*: SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria; SCHÜNEMANN, Bernd; DIAS, Jorge de Figueiredo (Ed.). **Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1995.

_____. De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales. Tradução do italiano para o espanhol de Ramon Ragués Vallès. *In*: SILVA-SÁNCHEZ, Jesús Maria (ed.). **Política criminal y nuevo derecho penal**: libro homenaje a Claus Roxin. Barcelona: Bosch, 1997.

MONTAÑÉS, Teresa Rodríguez. **Libertad de expresión, discurso extremo y delito**: una aproximación desde la Constitución a las fronteras del derecho penal. Valência: Tirant lo Blanch, 2012.

MONZÓN, Cándido. **Encuestas y elecciones**. Madri: Editorial Tecnos, 2005.

MORENO Y BRAVO, Emilio. **El delito de publicidad falsa**. Barcelona: Editorial Bosch, 2001.

MUÑAGORRI LAGUÍA, Ignacio. **La protección penal de los consumidores frente a la publicidad engañosa**: artículo 282 del código penal. Granada: Editorial Comares, 1998.

MUÑOZ, Óscar Sánchez. **La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Comentarios a la legislación penal: delitos electorales. *In*: COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.); BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (Coord.). **El derecho penal del estado democrático**. Tomo II. Madri: Editoriales de Derecho Reunidas, 1983.

NEISSER, Fernando Gaspar, **A constituição que se tem e a constituição que se quer**: a perda do mandato de deputados federais por decisão criminal transitada em julgado. *Revista dos Tribunais*, ano 102. V. 933, julho 2013.

NEVES FILHO, Carlos. **Propaganda eleitoral e o princípio da liberdade da propaganda política**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

NOHLEN, Dieter. **Sistemas electorales y partidos políticos**. 3ª ed. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2004.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística**. São Paulo: FTD, 1997.

ORDEIG ORERO, Maria José. **El delito de acusación y denuncia falsas**. Madri: Marcial Pons, 2000.

ORTEGA Y GASSET, José. **The revolt of the masses**. Nova Iorque: Norton & Company, 1964.

OSTROGORSKI, Moisei. **La democracia y los partidos políticos**. Madri: Editorial Trotta, 2008.

PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PASTOR MUÑOZ, Nuria. **La determinación del engaño típico en el delito de estafa**. Barcelona: Marcial Pons, 2004.

PATTERSON, Dennis. **Law and truth**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1996.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Crimes eleitorais: código eleitoral, lei das eleições e lei das inelegibilidades (Lei da Ficha Limpa)**. São Paulo, 2012.

PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. **Liberdade e responsabilidade dos meios de comunicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, José Andrade. As pesquisas de opinião e a influência na escolha do eleitor. Eleições: revista de assuntos eleitorais, nº 9, setembro de 2005, pp. 49-58.

PIERCE, Walter. Climbing on the Bandwagon. The Public Opinion Quarterly. Vol. 4, nº 2, junho 1940, pp. 241-243.

PIZARROSO QUINTERO, Alejandro. **Historia de la propaganda política**. 2ª ed. Madri: Eudema, 1993.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. **Derecho penal**: parte general. Tomo II. V. I. Barcelona: Editorial Bosch, 2000.

_____. **El injusto típico en la teoría del delito**. Corrientes: Mario A. Viera Editor, 2000.

PONTE, Antônio Carlos da. **Crimes eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2008.

PORTERO HENARES, Manuel. **El delito publicitario en el código penal español**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

PORTO, Walter Costa. **Dicionário do voto**. Brasília: UNB; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000.

_____. **A mentirosa urna**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PRAT GABALLI, Pedro. **Propaganda y opinión pública**: la reeducación de las masas. Publicação nº 1 do Circulo Publicitario de Barcelona, 1951.

PRESNO LINERA, Miguel Ángel. **El derecho de voto**. Madri: Tecnos, 2003.

PRITTWITZ, Cornelius. El derecho penal alemán: ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿ultima ratio? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del Derecho penal. *In*: ROMEO CASSABONA, Varlos María (Dir.). **La insostenible situación del Derecho penal**. Tradução do alemão para o espanhol de María Teresa Castiñera Palou. Granada: Editorial Comares, 2000.

PRZEWORSKI, Adam. **Qué esperar de la democracia: límites y posibilidades del autogobierno**. Tradução de Stella Mastrangelo. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2010.

PUENTE ABA, Luz Maria. **Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario**. Valência: Tirant lo Blanch, 2002.

QUALTER, Terence. **Publicidad y democracia en la sociedad de masas**. Barcelona: Paidós, 1994.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RADBRUCH, Gustav. **El concepto de acción y su importancia para el sistema del derecho penal.** Buenos Aires: B de F, 2011.

RAMAYANA, Marcos. **Direito eleitoral.** 6ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

RANDALL, Kevin. How neuromarketers tapped the vote button in your brain to help GOP win the House. <<http://www.fastcompany.com/1699985/how-neuromarketers-tapped-vote-button-your-brain-help-gop-win-house>>. Acesso em 2/5/2014.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Brasil/93: a hora do parlamentarismo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Democracia e cidadania no Brasil.** RBCCRIM, v. 10, n. 37, 2002, pp. 137-151.

_____. **Limites à liberdade de expressão.** RBCCRIM, v. 17, n. 81, 2009, pp. 61-91.

REBOLLO DELGADO, Lucrecio. **Límites a la libertad de comunicación pública.** Madri: Editorial Dykinson, 2008.

RECODER VALLINDA, Tatiana. Las campañas en período electoral: la campaña electoral y la campaña institucional. *In:* PASCUA MATEO, Fabio (org). **Estado Democrático y Elecciones Libres: Cuestiones Fundamentales de Derecho Electoral.** Madri: Civitas, 2010.

REYZÁBAL, María. **Propaganda y manipulación.** Madri: Acento Editorial, 1999.

RIBEIRO, Fávila. **Pressupostos constitucionais do direito eleitoral: no caminho da sociedade participativa.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990.

_____. **Direito eleitoral.** 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

ROBLES PANAS, Ricardo. Introducción a la edición española: dogmática de los límites al derecho penal. *In:* VON HIRSCH, Andrew; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang;

ROBLES PLANAS, Ricardo (Org.). **Límites al derecho penal**: principios operativos en la fundamentación del castigo. Barcelona: Atelier, 2012.

RODRIGUES, Décio Luiz José. **Crimes eleitorais**: Jurisprudência. São Paulo: WVC Editora, 2002.

RODRIGUEZ MONTAÑES, Teresa. **Delitos de peligro, dolo e imprudencia**. Madri: Centro de Estudios Judiciales Ministerio de Justicia, 1994.

RODRÍGUEZ MUÑOS, José Arturo. **La doctrina de la acción finalista**. Valência: Universidad de Valencia – Secretariado de Publicaciones, 1978.

RODRÍGUEZ RODRÍGUES, Manuel. **Los delitos electorales**: análisis jurisprudencial del delito de propaganda electoral. Revista General de Derecho Penal, nº 6, novembro de 2006.

ROLLO, Alberto. Princípios de direito eleitoral: todo o poder emana do povo. *In*: ROLLO, Alberto; CARVALHO, João Fernando Lopes de; ROLLO, Alberto Luís Mendonça; ROLLO, Alexandre Luís Mendonça; ROLLO, Arthur Luís Mendonça (Orgs.). **Propaganda eleitoral**: teoria e prática. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ROMERO FLORES, Beatriz. **Partidos políticos y responsabilidad penal**: la financiación electoral irregular. Barcelona: Atelier, 2005.

ROSANVALLON, Pierre. **Counter-democracy**: politics in the age of distrust. Tradução de Arthur Goldhammer. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

_____. **La legitimidad democrática**: imparcialidad, reflexividad, proximidad. Tradução de Heber Cardoso. Buenos Aires: Manantial, 2009.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social e outros escritos**. São Paulo: Cultrix, 1998.

ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte geral. Tomo I. Madri: Civitas, 1997.

_____. **Política criminal y sistema del derecho penal**. 2ª ed. Buenos Aires: Hamurabi, 2002.

_____. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal? *In*: HEFENDEL, Roland (Ed.). **La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación de Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madri: Marcial Pons, 2007.

ROWBOTTOM, Jacob. **Democracy distorted: wealth, influence and democratic politics.** Nova Iorque: Cambridge University Press, 2010.

RUOSTETSAARI, Ilkka; MATTILA, Mikko. Candidate-centered campaigns and their effects in an open list system: the case of Finland. *In*: SCHMITT-BECK, Rüdger; FARREL, David M (Ed.). **Do political campaigns matter? Campaign effects in elections and referendums.** Londres: Routledge, 2002.

SAGAN, Carl. **O mundo assombrado pelos demônios: a ciência vista como uma vela no escuro.** Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

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

_____. Direito penal e propriedade privada: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio. Tese de livre-docência em Direito Penal. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 269.

SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. **Fundamentos de política criminal: un retorno a los principios.** Madri: Marcial Pons, 2012.

SANTAELLA LÓPEZ, Manuel. **Introducción al derecho de la publicidad.** Madri: Civitas, 1982.

_____. **El nuevo derecho de la publicidad.** Madri: Civitas, 1989.

SANTANA VEGA, Dulce Maria. **La protección penal de los bienes jurídicos colectivos.** Madri: Dykinson, 2000.

SANTOS, Paulo Fernando dos. **Crimes eleitorais comentados.** São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2008.

SARTORI, Giovanni. The Theory of Democracy Revisited. **Part two: the classical issues.** Chatham: Chatham House Publishers, 1987, pp. 3-38.

_____. **La democracia en 30 lecciones.** Buenos Aires: Alfaguara, 2009.

SCHMITT-BECK, Rüdger; FARREL, David M. Do political campaigns matter? Yes, but it depends. *In:* SCHMITT-BECK, Rüdger; FARREL, David M (Ed.). **Do political campaigns matter? Campaign effects in elections and referendums.** Londres: Routledge, 2002.

SCHÜNEMANN, Bernd. ¡**El derecho penal es la *ultima ratio* para la protección de bienes jurídicos!** Sobre los límites inviolables del derecho penal en un Estado liberal de Derecho. Tradução do alemão para o espanhol de Ángela de la Torre Benítez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Cuadernos de Conferencias y Artículos n° 38, 2007.

_____. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. *In:* HEFENDEL, Roland (Ed.). **La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación de Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madri: Marcial Pons, 2007.

_____. Protección de bienes jurídicos, ultima ratio y víctimodogmática. Sobre los límites inviolables del Derecho penal en un Estado de Derecho Liberal. Tradução do alemão para o espanhol de Eduardo Javier Riggi e Ricardo Robles Planas. *In:* VON HIRSCH, Andrew; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang; ROBLES PLANAS, Ricardo (Org.). **Límites al derecho penal: principios operativos en la fundamentación del castigo.** Barcelona: Atelier, 2012.

SEHER, Gerhard. La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico. *In:* HEFENDEL, Roland (Ed.). **La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación de Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madri: Marcial Pons, 2007.

_____. ¿Puede ser ‘subsidiario’ el Derecho penal? Aporías de un principio jurídico ‘indiscutido’. *In:* VON HIRSCH, Andrew; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang; ROBLES PLANAS, Ricardo (Org.). **Límites al derecho penal: principios operativos en la fundamentación del castigo.** Barcelona: Atelier, 2012

SIGELMAN, Lee; KUGLER, Mark. Why is Research on the Effects of Negative Campaigning So Inconclusive? Understanding Citizen's Perception of Negativity. *The Journal of Politics*, vol. 65, n° 1, fev. 2003, pp. 142-160.

SILVA-SÁNCHEZ, Jesús Maria. Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites. *In: SILVA-SÁNCHEZ, Jesús Maria (Ed.). Política criminal y nuevo derecho penal: libro homenaje a Claus Roxin*. Barcelona: Bosch, 1997.

_____. Las inveracidades de los particulares ante el Derecho penal. *In: SALVADOR CODERCH, Pablo; SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María. Simulación y deberes de veracidad, Derecho civil y derecho penal: dos estudios de dogmática jurídica*. Madrid: Civitas, 1999.

_____. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. 2ª ed. Buenos Aires: B de F, 2010.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Da verdade dada à verdade buscada. *Boletim do IBCCRIM*, n° 101, abril 2001, <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/554-Da-verdade-dada-a-verdade-buscada>. Acesso em 28/4/2014.

_____. **Direito penal supra-individual: interesses difusos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. (Coord.). **Crônicas Franciscanas do Mensalão: comentários pontuais do julgamento da Ação Penal n° 470, junto ao STF, pelos Professores de Direito Penal da Universidade de São Paulo (USP)**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

SIMON, Herbert. Bandwagon and Underdog Effects and the Possibility of Elections Predictions. *The Public Opinion Quarterly*. Vol. 18, n° 3, outono 1954, pp. 245-253.

SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito penal econômico: fundamentos, limites e alternativas**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

SPROTT, Walter John Herbert. La opinión pública. *In: YOUNG, Kimball (Ed.). La opinión pública y la propaganda*. Cidade do México: Paidós, 1986.

STEIBEL, Fabro. **Campanha negativa: construindo o objeto de estudo**. Contemporânea, Rio de Janeiro, n. 5, 2005.

STERNBER-LIEBEN, Detlev. Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal. *In*: HEFENDEL, Roland (Ed.). **La teoría del bien jurídico**: ¿Fundamento de legitimación de Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madri: Marcial Pons, 2007.

STOCO, Rui; STOCO, Leandro de Oliveira. **Legislação eleitoral interpretada**: doutrina e jurisprudência. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TARDE, Gabriel. **A opinião e as massas**. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

TEIXEIRA DA MOTA, Francisco. **A liberdade de expressão em tribunal**. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2013.

THOMSON, Oliver. **Mass persuasion in history**: an Historical Analysis of the Development of Propaganda Techniques. Nova Iorque: Crane, Russak & Company, 1977.

TRENT, Judith S.; FRIEDENBERG, Robert V.; DENTON JR., Robert E. **Political campaign communication**: principles and practices. 7ª ed. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, 2011.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. Tradução de Neil Ribeiro da Silva. São Paulo: Folha de S. Paulo, 2010.

VALENTE, Luiz Ismaelino. **Crimes na propaganda eleitoral**. Belém: Cejup, 1992.

VICTORIA REYZÁBAL, María. **Propaganda y manipulación**. Madri: Acento Editorial, 1999.

WEEBER, Karl-Wilhelm. **Le campagne elettorali nell'antica Roma**. Tradução de Enrico Paventi. Sant'Oreste: Apeiron Editori, 2007.

WEISS, Daniel. **Truth in advertising**: Fact-Checking Outfits Monitor Claims in Political Ads, <<http://www.campaignsandelections.com/magazine/us-edition/175572/truth-in-advertising-factchecking-outfits-monitor-claims-in-political-ads.html>>. Acesso em 29/1/2014.

WIKLER, Daniel. Paternalism and the mildly retarded. *In*: SARTORIUS, Ralf (Ed.). **Paternalism**. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1983.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Ediar, 2000.

_____. **En torno de la cuestión penal**. Buenos Aires: B de F, 2005.