

Proposta de criminalizar caixa dois ignora debate internacional

Ciência em tempos de reforma

Ao cientista em tempos de reforma, em sua renitente vigília, incumbe a tarefa de exigir racionalidade na confecção das leis do porvir, mesmo e especialmente quando a suspeita de nu arbítrio sequer apresenta o disfarce de praxe^[1]. Em texto publicado anteriormente neste periódico, cuidamos de esclarecer os mal-entendidos sobre uma suposta “anistia” e sobre a relação entre caixa dois eleitoral e corrupção.^[2] Aqui, cumpre-nos proceder a uma breve análise da proposta de criminalização do caixa eleitoral realizada pelo Ministério Público Federal e encampada pelo Congresso Nacional.

A seguir, primeiramente, serão reproduzidas as propostas de criminalização do caixa dois eleitoral e crimes conexos (II.) Na sequência, será analisada criticamente a fundamentação da criminalização autônoma do caixa dois eleitoral oferecida nessas propostas (III.). Ao fim, na conclusão deste texto, serão esboçadas o que consideramos as bases de uma discussão racional, ainda inexistente (IV.).

O PL 4850/16 e o “caixa dois” eleitoral

A mera conduta de manter contabilidade paralela em partido político, uma pessoa jurídica de direito privado (Artigo 17, parágrafo 2º, Constituição da República; artigo 1º, L. 9096/95), não constitui, segundo a lei vigente, crime. A criminalização autônoma dessa conduta, se praticada em partidos políticos – como se sabe, o “caixa dois” pode ser criminoso se praticado em instituição financeira (artigo 11., L. 7.492/86) – é defendida com vigor na proposta do Ministério Público Federal, incorporada ao PL 4850/16, mas também no PLS 348/16 e no PL 6368/16, que institui o Fundo Especial de Financiamento da Democracia (FFD).

No PL 4850/16, inicialmente propunha-se a inclusão de um novel artigo 32-A ao Código Eleitoral, de seguinte teor: “Artigo 32-A. Manter, movimentar ou utilizar qualquer recurso ou valor paralelamente à contabilidade exigida pela legislação eleitoral. Pena – Reclusão, de dois a cinco anos. parágrafo 1º Incorrem nas penas deste artigo os candidatos e os gestores e administradores dos comitês financeiros dos partidos políticos e das coligações. parágrafo 2º A pena será aumentada de um terço a dois terços, no caso de algum agente público ou político concorrer, de qualquer modo, para a prática criminosa”.

O relatório recentemente apresentado ampliou consideravelmente o espectro do tipo penal originariamente proposto, e deve seguir para votação com a seguinte redação: “Artigo 354-A. Arrecadar, receber, manter, movimentar, gastar ou utilizar, o candidato, o administrador financeiro ou quem, de fato, exerça essa função, o dirigente e o integrante de órgão de direção de partido político ou coligação, recursos, valores, bens ou serviços estimáveis em dinheiro, paralelamente à contabilidade exigida pela legislação eleitoral: Pena – reclusão, de dois a cinco anos, e multa. parágrafo 1º As penas serão aplicadas em dobro se os recursos, valores, bens ou serviços de que trata o caput forem provenientes de fontes vedadas pela legislação eleitoral ou partidária ou extrapolarem os limites nelas fixados. parágrafo 2º Incorre nas penas do caput e do parágrafo 1º quem doar, contribuir ou fornecer recursos, valores, bens ou serviços nas circunstâncias neles estabelecidas. parágrafo 3º Aplicam-se as penas previstas no caput e nos parágrafos parágrafo 1º e 2º deste artigo sem prejuízo das sanções previstas no Código Penal e na legislação extravagante cujos crimes sejam de competência da justiça comum”. Havia, ainda, a previsão

de forma de lavagem de dinheiro eleitoral, cujo marco penal seria idêntico ao atualmente vigente na L. 9.613/98. No relatório, houve-se por bem acrescentar à Lei 9613/98 o seguinte: “parágrafo 2º-A Constitui crime contra a ordem econômico-financeira a prática das condutas previstas no caput e parágrafo 1º e 2º na atividade eleitoral ou partidária, incorrendo o agente nas penas neles cominadas”.

A fundamentação autônoma do crime de “caixa dois” eleitoral

Ao contrário de o que ocorre em relação a temas como o teste de integridade, a utilização de provas ilícitas obtidas de boa fé, a limitação do Habeas Corpus[3], parece haver preocupante consenso no debate público sobre a necessidade de criminalização do “caixa dois” eleitoral. Esse consenso está baseado no silêncio, uma espécie de consenso presumido. Ao PL 4850/16, é verdade, não se pode imputar a clandestinidade que marcava o PLS 236/12[4].

Foram mais de uma centena de audiências públicas – das quais participaram vigorosamente juristas de grande renome, como Juarez Cirino dos Santos, Lenio Streck e outros – e o público mal consegue abrir um jornal sem que seja confrontado por uma notícia a esse respeito. A discussão não peca por sua timidez, mas pelo que omite.

Qualquer análise de movimento legiferante deve iniciar-se pelas justificativas concedidas pelos reformadores. No PL 4850/16, na página 72, pode-se ler: “Propõe-se, também, a alteração da Lei das Eleições, Lei nº 9.504/1997, para tipificar, como crime, a conduta do ‘Caixa 2’ –artigo 32-A – e a variante eleitoral da Lavagem de Dinheiro, artigo 32-B. São situações que apresentam “dignidade penal”, em razão de sua grande repercussão nas disputas eleitorais, que podem ser por essa prática desequilibradas. Além disso, há insuficiência das sanções extrapenais, como a rejeição das contas de candidatos ou partidos e mesmo a cassação do diploma que, por definição, só alcança candidatos eleitos”.

Sobre os delitos de caixa dois e lavagem de dinheiro eleitorais, os consultores legislativos da Câmara limitaram-se a anunciar farisaicamente: “A criminalização das condutas descritas também está de acordo com a Constituição e o sistema jurídico brasileiro, e se justificam (sic) em face da grande sequência de escândalos políticos que (sic) o país tem assistido”.

Um volume de publicação oficial do Senado, por sua vez, não peca por falta de sinceridade: “Os benefícios dessa criminalização específica são relativamente claros. A criminalização específica do caixa dois eleitoral traz benefícios em termos efetivos, ou seja, o maior apenamento, já que hoje a conduta é punida a título de mera falsidade. Mas também há benefícios simbólicos, pois, afinal, são conhecidas as forças de corrupção relacionadas a campanhas eleitorais, e a – por assim dizer – tentação dos candidatos em receber recursos de origem duvidosa, o que é um problema suficientemente grave para justificar a incidência específica do Direito Penal na repressão a essa conduta”[5].

A grande repercussão nas disputas eleitorais, a insuficiência de sanções extrapenais e também do crime de falsidade eleitoral, além de uma – um tanto feérica – demanda simbólica, justificariam o novo crime.

O relatório apresentado no dia 09/11/16, sem qualquer detalhamento e justificativa, simplesmente *ampliou enormemente o alcance do tipo penal*. Além de introduzir, sem menção a qualquer argumento, um parágrafo que inclui os doadores entre os possíveis autores, prevê a nada proporcional pena de 4 a 10

anos para o caixa dois mantido a partir de doações irregulares (p. 126, Relatório). Embora disfarçados sob a forma de parágrafos adicionados ao caput do artigo 354-A, *tratam-se, na verdade, de duas novas condutas puníveis, ou seja, de dois novos tipos penais*, que alteram significativamente o modelo de criminalização proposto originalmente pelo MPF. Infelizmente, não se forneceu fundamentação, nem tampouco explicação para essa mudança.

Em primeiro lugar, não há como deixar de atestar, uma vez mais, o passo trôpego de nossos reformadores em matéria penal. Não é apenas a existência de dois projetos iguais, um em trâmite na Câmara, outro no Senado (PLS 348/16) – se falta um pai à proposta de “anistia”, pululam sinceras figuras paternas para o “caixa dois” eleitoral^[6] –, que deve causar estupor, mas sobretudo o completo alheamento ao PLS 236/12, que visava a reformar todo o Código Penal, e que em seu bojo previa o crime de “doação irregular” e de “caixa dois eleitoral” (artigo 344 PLS 236/12^[7]), com conteúdos e marcos penais diversos dos atualmente propostos.

O PLS 236/12, malgrado a sua indefectível imprestabilidade, permanece em trâmite – agora com novo relator, o senador Antônio Anastasia (PSDB-MG) –, sem que os novos reformadores sequer o levem em conta. Como o PL 4850/16 origina-se declaradamente no Ministério Público Federal – as tais “10 medidas” –, e o PLS 236/12 tinha como relator no Senado um ex-membro do MPF, o ex-senador Pedro Taques (PSDB-MT), e também contava com um procurador da República, Luiz Carlos dos Santos Gonçalves, na presidência da Comissão de Juristas, não seria demais exigir uma comunicação interna.

Além de ignorar as outras reformas em curso no país, não se lê na justificativa, e tampouco se escuta nos grandiloquentes discursos proferidos por entusiastas do projeto, referência à candente discussão mundial sobre o tema da corrupção no setor político, do enriquecimento ilícito e, no que mais nos interesse aqui, sobre o financiamento irregular de partidos políticos e o caixa dois eleitoral.

Seria por demais egocêntrico imaginar que o acumpliciamento do público pelo privado é uma exclusividade brasileira, embora entre nós tal seja realmente fundacional. Apenas para ficar com alguns exemplos, disponíveis a qualquer olhar atento: a Espanha introduziu em 2015 o delito de financiamento irregular de partidos políticos (artigo 304 bis, Código Penal Espanhol)^[8], existente igualmente em Portugal (artigo 28, Lei n.º 19/2003)^[9]; na Alemanha, discute-se há muito e com base em grandes casos, o chamado caixa dois eleitoral sob a rubrica do crime de infidelidade patrimonial existente naquele país (parágrafo 266 CP alemão)^[10]; em Portugal, foi proferida há pouco relevante decisão do Tribunal Constitucional sobre a constitucionalidade do crime de enriquecimento ilícito (artigo 335-A, Código Penal Português), que produziu farta literatura.^[11]

No PLS 236/12, identificava-se um conflito entre modernismo e autenticidade de que padecia o reformador, ora cioso por demonstrar sua brasilidade, ora deslumbrado por qualquer teoria que ostentasse passaporte estrangeiro – se europeu, melhor[12]. Os reformadores atuais não escondem certo culto à *common law*[13] e à operação italiana *mani pulite*, de modo que ou ignoram por completo a discussão mundial a respeito dos temas sobre os quais querem legislar ou omitem deliberadamente do povo brasileiro a existência de um amplo debate existente em democracias modernas, que passaram ou passam por problemas similares ao nosso. As discussões mundiais não se nos apresentam como modelos prontos para uma servil transposição, mas como indispensável material de análise para uma esmerada confecção de leis penais no nosso país.

Sobre o *bem jurídico* protegido pelo e a *redação* proposta para o tipo penal, pode-se e deve-se discutir amplamente. Tal como estava originariamente redigido, o tipo penal revelava uma incerteza quanto ao objeto de proteção, provavelmente decorrente da incompreensão do conceito de “caixa dois”. Num primeiro momento, percebe-se que a contabilidade paralela não precisava necessariamente ser composta por verbas de doação de campanha (“...qualquer recurso ou valor...”; amplitude presente também na proposta do relatório: “...recursos, valores, bens ou serviços estimáveis em dinheiro,...”) e também que o foco da criminalização são os partidos políticos, que ocupam o pólo passivo da eventual doação, e não os doadores, no pólo ativo, diferentemente do que ocorre no PLS 236/12. Não havia, assim, criminalização do financiamento irregular de partidos políticos, mas tão somente do “caixa dois eleitoral”.

O relatório, sem oferecer qualquer justificativa, inclui no proposto parágrafo 2º ao novel artigo 354-A, as condutas de “doar, contribuir ou fornecer”, visando a alcançar os sujeitos no pólo ativo. Como solitário argumento permanece a já mencionada relação entre caixa dois e corrupção. Contudo, fica bastante difícil sustentar convictamente que a justificativa do tipo penal encontra-se no combate à corrupção, conforme já se indicou (acima, IV.), e se essa era a intenção, a sua consecução fracassou. Afinal, entre outros motivos, a manutenção de caixa dois eleitoral pode ser mero delito de infidelidade patrimonial por parte dos gestores contra o patrimônio do partido – inexistente entre nós, mas tratado dessa forma na Alemanha, Espanha e Portugal, por exemplo[14] – ou pode ser construído como um delito que sonega à autoridade fiscalizadora, aqui a Justiça Eleitoral, as reais informações contábeis, como é o caso da contabilidade paralela no Sistema Financeiro Nacional (artigo 11, L. 7.492/86). A questão diz, assim, com o partido político, uma pessoa jurídica de direito privado.

Tal como está redigido o tipo penal, fica difícil estabelecer qualquer conexão *normativa* com um delito contra a Administração Pública, com o que a inclusão do dispositivo em PL que cuida da corrupção, dos crimes contra o patrimônio público e do enriquecimento ilícito revela-se, para dizer o mínimo, infeliz. Se a conexão *empírica* existe, é tarefa do reformador nos apresentar fundadas pesquisas criminológicas, e não meros *slogans* como “a corrupção mata”. Afinal, não seria impensável que um sempre inconveniente cientista de língua ferina se lhe obtemperasse ao reformador que, da mesma forma, “o encarceramento em massa mata”.

Mais promissor seria discutir abertamente sobre a insuficiência dos tipos penais existentes e também de outros mecanismos eleitorais, cumprindo o que exige o princípio da subsidiariedade[15].

De um lado, estabelecida a tal relação empírico-contingencial entre corrupção e caixa dois eleitoral, dever-se-ia perguntar sobre a extensão dos limites típicos dos delitos de corrupção ativa e passiva, que, em nosso direito, apresentam grande elasticidade, especialmente se observarmos as últimas interpretações jurisprudenciais^[16]. A suficiência de outros tipos penais, tais como a falsidade eleitoral do artigo 350 do Código Eleitoral, também deve ser estudada.

Nesse ponto, embora se possa discordar do conteúdo, mais honesto foi o ex-relator do PLS 236/12, Luiz Carlos dos Santos Gonçalves, que se propôs a oferecer argumentos nesse sentido em recente artigo científico, no qual, todavia, afirma ser simplesmente contra o princípio da subsidiariedade^[17].

De outro lado, deve-se verificar a suficiência dos mecanismos eleitorais. Como se sabe, o STF (ADI 4650) proscreeu, há pouco, as pessoas jurídicas de doarem legalmente para as campanhas políticas, o que diminui a quantidade, mas não a importância do dinheiro nos pleitos eleitorais, como percebeu Bruno Reis, em notável artigo na *Folha de S.Paulo*^[18].

Várias estratégias de controle das contas dos partidos já foram propostas, como a prestação de contas online, proposta por três vezes nos PLs 283/05, 564/11 e 280/12. Curiosamente, o PL 4850/16 propunha nova regulação eleitoral para o caixa dois, ofertando uma série de graves consequências eleitorais, como a responsabilização objetiva dos partidos caso ocorra contabilidade paralela (p. 72, PL 4850/16), o que foi relativamente amainado na versão final do relatório (p. 37, Relatório). Mais razoável seria discutir – ou mesmo testar, por um certo período – a suficiência dessas graves sanções eleitorais, antes de lançar mão de um novo tipo penal.

Conclusão

A multifacetária relação entre *crime e política*, objeto do já citado livro por nós organizado, merece, de fato, a atenção de todos os que participam da discussão jurídica brasileira. As críticas ao PL 4850/16, de outro lado, não devem se limitar a sonoros e paupérrimos hinos de lamento, nem tampouco a argentárias disputas institucionais – das quais o relatório é testemunha, ao incluir, de novo sem maiores justificativas e sem conexão temática, no bojo do PL, novos crimes de responsabilidade de juízes e membros do Ministério Público, alterando a famosa lei 1079/50 que regula o *impeachment* (p. 89, Relatório). A suspeita de odioso arrivismo institucional apenas se confirmou com a repentina retirada desse tópico do PL 4850/16, após reunião do relator do projeto com membros do MPF^[19].

Não é de se descartar de todo que, ao final, chegue-se à conclusão de que é possível ou mesmo imperioso introduzir um novo tipo penal que proíba a manutenção de contabilidade paralela em partidos políticos, indicando que a especial relevância de que gozam as instituições financeiras também atingiria os partidos políticos, ante o seu destaque na consecução dos anseios democráticos de uma nação (artigo 17 CR). Seria igualmente possível defender a suficiência dos mecanismos de controle eleitorais, negando a necessidade de um novo tipo penal. Essas conclusões deveriam, de todo modo, estar baseadas em amplo e prévio debate científico, o que naturalmente exige menos palanque e hashtags, mais biblioteca e livros.

O modelo original proposto pelo Ministério Público Federal de criminalização do “caixa dois eleitoral”, cujo mote político-criminal seria o “combate à corrupção”, não é coerente, e peca por certo desleixo

dogmático.

As alterações promovidas por ocasião do relatório seguem o mesmo padrão atécnico. A existência mundial de um debate avançado a esse respeito não parece ter sido objeto da atenção dos proponentes, o que lamentavelmente não surpreende: sequer os projetos tramitando em solo nacional foram levados em consideração. Como cientistas, cremos ser possível concordar com o mote político-criminal – a corrupção deve ser combatida – e discordar da mal-aventurada concretização técnica desse anseio. Os cidadãos assinantes das “10 medidas” não tiveram essa oportunidade.

A boa fé dos proponentes originários não torna um projeto deficitário em documento louvável. Afinal, não se trata de mera carta de intenções contra o fenômeno da corrupção, mas de lei penal a ser imposta a todo cidadão brasileiro que, podendo eleger, pode também ser eleito, e para tal valer-se-á de uma agremiação política.

Se a boa fé dos proponentes existe na discussão parlamentar, não podemos afirmar. O fato é que há que distinguir as intenções dos parlamentares e as que animam os proponentes originários.

Há algo, porém, que aproxima os autores das “10 medidas” e os responsáveis pelo PL 4850/16 no Congresso. Não obstante o notório e intenso assessoramento de comunicação e marketing de que dispõem, os proponentes originários correm o risco de comunicar algo equivocado ao povo brasileiro. Tais como estão, as propostas manifestam inescapável *contradição performática*: ao ignorarem a discussão científica nacional e internacional, os proponentes privatizam o que deveria ser público, destilando, assim, o veneno que pretendem combater.

[1] Leite, Ciência em tempos de reforma penal: a hora e a vez da ciência jurídico-penal brasileira, Boletim IBCCrim 264 (2014), p. 17 e ss. (replicado em <http://emporiododireito.com.br/ciencia-em-tempos-de-reforma-penal-a-hora-e-a-vez-da-ciencia-juridico-penal-brasileira/>); sobre a mais nova tentativa de reforma penal, Leite/Teixeira (Org.), Crime e Política: Corrupção, financiamento ilegal de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito, no prelo.

[2] Leite/Teixeira, Caixa dois eleitoral, corrupção e anistia, publicado em: **ConJur**, 15.11.2016.

[3] Constantes da proposta original, mas em parte retiradas de pauta: <http://www.conjur.com.br/2016-out-31/restricao-hc-retirada-projeto-lei-10-medidas-mpf>. As restrições aos direitos de defesa foram defendidas com vigor por Deltan Dalagnol, que atribui a resistência a essa proposta à “experiência da ditadura” (<http://www.conjur.com.br/2016-set-14/deltan-culpa-ditadura-resistencia-reducao-direitos-reu>). Como solitário exemplo de “país” que combateu a corrupção com sucesso Deltan e Orlando Martello, em outro artigo (<http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2016/10/1827555-lava-jato-de-onde-veio-e-para-onde-vamos.shtml>) indicam Hong Kong, que integra oficialmente a China, uma conhecida ditadura (veja-se o artigo de Mario Sergio Conti, <http://www.conjur.com.br/2016-nov-08/conti-antes-silenciosos-agora-moro-dallagnol-deram-falar>). Recentemente, deflagrou-se grave crise e protestos sobre a intervenção da China em Hong Kong, noticiada pela imprensa internacional: <http://www.bbc.com/news/world-asia-29413349>; <http://www.tagesschau.de/ausland/hongkong-499.html>; <https://www.theguardian.com/world/2016/nov/08/hong-kong-lawyers-protest-march-china-political-crisis>

. Cf. também, propondo o fatiamento do projeto das dez medidas, de modo que as propostas que afetem o sistema processual penal sejam discutidas no âmbito das reformas do Código Penal e do Código de Processo Penal, o artigo de Caio Paiva, <http://www.conjur.com.br/2016-nov-01/tribuna-defensoria-projeto-10-medidas-corrupcao-fatiado>.

[4] Em detalhes, *Leite* (Org.), Reforma Penal, São Paulo, 2014.

[5] *Oliveira et alli* (Org.), Como combater a corrupção? Uma avaliação de impacto legislativo de propostas em discussão no Congresso Nacional, Julho/2015 (texto para discussão n. 179), p. 34, disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td179>.

[6] Ver a matéria “Anistia ao Caixa Dois: uma criança sem pai”, em <http://jota.info/anistia-ao-caixa-dois-uma-crianca-sem-pai>.

[7] Doação eleitoral ilegal Artigo 344. Fazer doação proibida por lei, para fins eleitorais: Pena – prisão, de dois a cinco anos. § 1º Na mesma pena incorre quem: I – recebe ou aceita doação ilegal; II – deixa de registrar doação feita ou recebida, na contabilidade apropriada. § 2º O juiz poderá deixar de aplicar a pena quando os valores que ultrapassarem os limites legais forem de pequena monta.

[8] Ver os estudos de Inés Olaizola, Ivo Coca Vila e Nuria Pastor, in *Leite/Teixeira* (Org.), Op. Cit.

[9] Bruno Moura, in *Leite/Teixeira* (Org.), Op. Cit.

[10] Bernd Schünemann, in *Leite/Teixeira* (Org.), op. Cit.

[11] Ver as contribuições de Jorge de Figueiredo Dias, José Francisco Faria Costa, Manuel da Costa Andrade e Pedro Caeiro, em: *Leite/Teixeira* (Org.), op. Cit.

[12] Leite, in *Leite (org.)*, Reforma penal, p. 19 e ss.

[13] A inspiração na *common law* manifesta-se sobretudo na proposta do “confisco alargado”. No entanto, como bem demonstra Guilherme Lucchesi em artigo a ser publicado na obra anunciada acima, o suposto transplante de institutos do moderno direito norte-americano não passa de embuste, pois o instituto proposto assemelha-se, na realidade, a figura arcaica da *common law*, há muito abandonada (cf. *Lucchesi*, Confisco Alargado: Análise das Medidas para Recuperação de Bens de Origem Ilícita na Experiência Comparada Americana, in: *Leite/Teixeira* (Org.), op. Cit.)

[14] Ver nosso estudo *Leite/Teixeira*, “O principal delito econômico da moderna sociedade industrial” – Observações introdutório sobre o crime de infidelidade patrimonial, in *Revista Brasileira de Direito Penal Econômico* 1 (2016), no prelo.

[15] Cf. por todos *Roxin*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Tomo I, Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Aufl., München, § 2 Nm. 97.

[16] Sobre isso *Quandt*, em: *Leite/Teixeira*, op. Cit.

[17] “A nosso ver, o Direito Penal deve ser *proporcional* e não *subsidiário*”, in: *Gonçalves*, Criminalizando o caixa dois, in: <http://jota.info/criminalizando-o-caixa-dois> . De resto, o autor cumpre em parte com o ônus que a rigor caberia aos proponentes, qual seja o de argumentar abertamente a partir de considerações técnicas, fugindo do abrigo confortável dos slogans.

[18] *Reis*, Novas regras de financiamento e uma tipologia de nossos políticos, in: <http://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2016/09/1813664-novas-regras-de-financiamento-e-uma-tipologia-de-nossos-politicos.shtml>

[19] Veja-se <http://oglobo.globo.com/brasil/relator-retira-proposta-de-punicao-juizes-integrantes-do-mp-20466984> (acesso em 15.11.2016).

Date Created

16/11/2016