Crime e mentira na política



Fernando Neisser

Graduado, mestre e doutorando pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco (USP). Membro fundador da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político (ABRADEP) e do Instituto Paulista de Direito Eleitoral (IPADE). Presidente da Comissão Permanente de Estudos em Direito Político e Eleitoral e Diretor de Relações Institucionais do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP). Membro da Comissão de Direito Eleitoral da OAB/SP. Professor convidado em cursos de pós-graduação e extensão nas áreas de Direito Político e Eleitoral, além de conferencista em congressos nacionais e internacionais.

1. INTRODUÇÃO

A pesquisa científica costuma nascer de um incômodo que em certo momento assola o investigador. No mais das vezes, este desconforto surge quando se resolve refletir sobre algo banal; alguma questão para a qual a resposta tradicionalmente dada nem mais estava em dúvida.

Assim ocorreu com relação à dissertação de mestrado defendida sobre o tema da mentira na propaganda política, fundamento de algumas das reflexões

que são objeto do presente artigo[1]. No caso específico, um conflito se instaurou entre duas concepções que se mostraram paradoxais.

De um lado, afirma-se, de forma quase intuitiva, que o eleitor médio tem baixo grau de conhecimento e reflexão sobre a realidade que o envolve e, por esta razão, haveria de ser protegido contra as falsidades lançadas pelos candidatos na propaganda eleitoral. Do contrário, a formação do seu voto seria corrompida pela inverdade e, com isso, deturpado o resultado das eleições.

Sob outra perspectiva, a análise empírica da realidade mostra que as pessoas, de quaisquer níveis de renda e escolaridade, conduzem suas vidas sem ser a todo o momento alvo de fraude e engano.

Exemplo claro e didático deste segundo cenário se vê nas feiras de rua, quando o consumidor é colocado diante da acintosa propaganda do feirante, anunciando que a fruta por si vendida é a melhor e mais barata existente. Longe de acreditar de pronto no que lhe é dito, o consumidor constata a qualidade do produto, compara com as demais alternativas ao redor e, finalmente, faz sua escolha.

Não parece ser possível a coexistência destes dois arquétipos de eleitor simultaneamente. Ou bem o cidadão necessita de tutela e amparo para bem decidir; ou sua vontade não é moldada com a facilidade que sugere o primeiro cenário.

Em casos como este, quando há conflito entre a intuição e a observação, vale sempre destacar os estudos de Daniel Kahneman, psicólogo israelense laureado com o Prêmio Nobel de Economia. Para o autor, a intuição certamente contribui com a condução da vida em seu cotidiano, mas é péssima conselheira na investigação científica[2].

Vieses cognitivos, como erros sistemáticos de raciocínio, toldam a interpretação da realidade. Para minimizar seus efeitos, apenas uma reflexão desapaixonada dos fenômenos é que pode bem embasar as conclusões.

Parte-se como ponto de partida que no Brasil a mentira na propaganda eleitoral é não apenas proibida, mas recebe a tutela penal, manifestação mais violenta do *ius puniendi* estatal e, por esta razão, reservada apenas às condutas mais graves. É o que se vê no art. 323 do Código Eleitoral, que afirma ser crime *"divulgar, na propaganda, fatos que sabe inverídicos, em relação a partidos ou candidatos e capazes de exercerem influência perante o eleitorado".*

Assim, o questionamento aqui proposto busca perquirir se a criminalização da mentira na propaganda política deve ser mantida.

2. A CRIMINALIZAÇÃO DA PROPAGANDA FALSA DEVE SER MANTIDA

Não se discute que a falsidade na propaganda eleitoral é incômoda e que pode ser assim repudiada pelo corpo social. Ocorre que nem tudo aquilo que aflige as pessoas deve ser objeto de tipifica-

1. NEISSER, Fernando Gaspar. **Crimes eleitorais e controle material da propaganda eleitoral: necessidade e utilidade da criminalização da mentira na política.** 2014. 276 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. A versão integral está disponível na Biblioteca Digital de Teses e Dissertações da USP, no link: http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-08122014-163134/pt-br.php. Acesso em 25/06/2015.

2. KAHNEMAN, Daniel. **Thinking Fast and Slow**. Farrar, Straus and Giroux: Nova Iorque, 2013.

ção penal. Ao contrário, como *ultima ratio* de intervenção do Estado sobre a liberdade, as vedações de ordem penal necessitam ser resguardadas apenas a hipóteses extremas.

Mesmo no que toca à mentira, é certo que nem sempre seu uso atrairá a incidência de uma norma proibitiva de natureza penal. Conquanto se possa dizer que o mundo poderia ser melhor se todos dissessem sempre a verdade, tal utopia jamais foi posta em prática e, se o fosse, é de se temer o resultado a que chegaria. Como o próprio Günther Jakobs pontuou, *"[...] 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 [...]"*, sendo tarefa do direito *"[...] delimitar quais são os falsos merecedores de pena"*[3].

Por fim, entende-se que o questionamento sugerido não se constitui em crítica indevida à liberdade que o legislador tem de produzir normas de efeito geral. Conforme leciona Ricardo Robles Planas, *"[...] uma das tarefas que mais singularizam o trabalho científico do Direito é precisamente submeter à análise se as decisões do legislador correspondem a critérios de legitimidade material (...) ou se são meros atos de poder"*[4].

2.1. O teste de quatro fases

Para que seja justificável a criminalização de uma conduta, necessário que uma série de requisitos seja verificada. No caso concreto, quando a proibição em tela restringe o exercício da liberdade de expressão, maior atenção ainda deve ter aquele que se debruça sobre o tema. O teste aqui proposto passa pela formulação e busca de respostas a quatro questões. Pergunta-se se a criminalização é legítima, necessária, viável e oportuna.

A legitimidade diz respeito à existência de um bem jurídico que ostente dignidade suficiente para *"afastar, ainda que temporária e topicamente, a amplitude da liberdade de expressão, direito com inegável assento constitucional"*[5].

A necessidade, de outra banda, vincula-se à ideia de que nem toda ação que atente ou coloque em risco um bem jurídico merece ser proibida sob pena de sanção penal. É possível concluir que aquele determinado aspecto do bem jurídico não demanda proteção, o que recairia no tema da fragmentariedade do Direito Penal. Ou que a conduta não tem capacidade para macular o bem, em um debate sobre lesividade. Ainda, pode-se verificar que outras formas de controle, mais brandas, dão adequado tratamento à questão, sob a óptica da subsidiariedade.

Viabilidade é questão pragmática, em seu sentido vulgar. Não basta concluir que uma conduta merece ser sancionada pelo Direito Penal em razão da dignidade do bem jurídico tutelado e da necessidade de proteção. Forçoso perquirir se é viável ao órgão jurisdicional, no caso a Justiça Eleitoral, empreender este controle. Como já lembrava Max Ernest Mayer, *"[...] se a legislação se nega a admitir*

3. 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.

4. 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.

5. NEISSER, Fernando Gaspar. Ob. Cit. p. 88.

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 [...][6].

Por fim, ainda sob um aspecto pragmático, é de rigor perguntar se a proibição se mostra oportuna. Em outras palavras, se as consequências negativas trazidas não obliteram o benefício auferido.

2.2. É legítima a criminalização?

Falar de legitimidade de uma criminalização é identificar o bem jurídico que ela pretende tutelar e aferir sua dignidade. Parte-se da ideia, sem entrar em detalhes de sua justificação neste escasso espaço[7], que o bem jurídico é uma construção da dogmática que tem o condão de limitar o poder do legislador em instituir tipos penais. Bem resume esta compreensão as ponderações de Claus Roxin, quando diz que "*[...] há muitas razões para entender que o legislador atual, ainda que goze de legitimidade democrática, não pode incriminar algo apenas porque não goste [...]", uma vez 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"*.[8]

Mais do que isso, entende-se que os bens jurídicos não podem ser deduzidos pela mera vontade do intérprete ou do legislador. Especialmente em casos como o aqui tratado, quando a restrição imposta pela vedação da conduta se dá em relação a direito constitucional, como é a liberdade de expressão, o bem jurídico há de ser haurido da própria Constituição Federal[9].

No caso da proibição da propaganda falsa, duas seriam as hipóteses a se testar: ou bem se cuida de um bem jurídico transindividual a uma eleição limpa; ou se está ante um bem jurídico individual de liberdade na formação do voto do eleitor. Respeitando a posição contrária de vozes da doutrina nacional[10], não se consegue localizar no ordenamento constitucional e quiçá legal uma

---

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

7. Para uma maior digressão no tema: NEISSER, Fernando Gaspar. Ob. Cit. p. 91-137.

8. ROXIN, Claus. ¿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, pp. 443 e 447. Tradução livre.

9. A posição é abraçada parcialmente por Winfried Hassemer, quando diz que 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 proteção dos direitos humanos de todos os intervenientes em um conflito penal [...]": 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.

10. Nesta linha são as ponderações, dentre outros, de Joel Cândido (CÂNDIDO, Joel J. **Direito penal eleitoral & processo penal eleitoral.** Bauru: Edipro, 2006, pp. 279-280), Suzana Camargo Gomes (GOMES, Suzana de Camargo. **Crimes eleitorais.** 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 142-143), Marino Pazzaglini Filho (PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Crimes eleitorais:** Código eleitoral, lei das eleições e lei das inelegibilidades (Lei da Ficha Limpa). São Paulo: Atlas, 2012, p. 83) e Antônio Carlos Mathias Coltro (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).

proteção absoluta e difusa contra a mentira. Afinal, *"se a condenação da mentira é praticamente unânime, sua prática é, por certo, universal", já que "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 mentir"*[11]. Como dito com maior clareza alhures

> 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 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 humano[12].

Esta é, também, a posição de Jesús-Maria Silva Sánchez, quando afirma que *"[...] no Direito penal vige, em princípio, o critério da impunidade da mentira [...]", pelo que se concluir pela "[...] inexistência de um dever geral de veracidade dos particulares, cuja infração de lugar a apreciar a ocorrência de um fato típico punível"*[13].

Se o bem jurídico transindividual não parece ostentar legitimidade, o mesmo não se pode dizer do bem jurídico individual à proteção da liberdade de formação do voto do eleitor. Aqui não resta dúvida quanto à dignidade constitucional do tema, expressamente previsto no art. 14 da Constituição Federal, expressamente em seus parágrafos 9º e 10. O voto livre é, ainda, cláusula expressamente petrificada no art. 60, § 4º, II da Constituição Federal.

Ora, se o eleitor é livre para depositar o voto na urna em prol do candidato ou partido que deseje, não há razão para lhe negar proteção na fase anterior, quando está formatando sua decisão.

Resta superada, assim, a primeira fase do teste. Desde que se considere que o bem jurídico tutelado é a liberdade individual do eleitor no momento de formação da sua decisão, admite-se sua dignidade para dar suporte à criminalização.

2.3. É necessária a criminalização?

Questionar sobre a necessidade de criminalização implica analisar três aspectos distintos do problema, uma vez que significa reconhecer que nem todo ataque contra um bem jurídico digno deve atrair o controle penal. Resta fora de dúvida que uma conduta que atente contra a exteriorização do

11. NEISSER, Fernando Gaspar. Ob. Cit. p. 128.

12. NEISSER, Fernando Gaspar. Ob. Cit. p. 129-130.

13. 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.

voto, como no caso da coação eleitoral, merece tutela. Assim, dividindo-se a liberdade do voto em seus dois âmbitos – interno e externo -, há que se verificar se o primeiro também deve ser merecedor de guarida penal.

O engano proporcionado pela propaganda falsa, neste sentido, parece macular esta fase 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 de toda a informação veraz necessária"*[14].

Não faria sentido proteger apenas a expressão da vontade, se o conteúdo desta manifestação não houvesse sido construído em igual ambiente de liberdade. Afinal, o direito de voto, para que se diga livre seu exercício, necessita completa proteção. Daí porque se pode concluir superado o aspecto de fragmentariedade, primeira ponderação ligada ao tema da necessidade de criminalização.

Coisa absolutamente distinta é analisar a lesividade da conduta proibida, ou seja, saber se em tese ela tem o condão de ao menos colocar em risco o bem jurídico protegido. Já se assentou que o crime do art. 323 do Código Eleitoral é de perigo concreto, uma vez que traz como elemento normativo a necessidade de que os fatos inverídicos sejam *"capazes de exercerem influência perante o eleitorado"*[15]*. Portanto, essencial para responder a este questionamento é saber qual a influência que de fato a propaganda eleitoral, falsa inclusive, pode ter na formação de vontade do eleitor.*

Neste ponto rememora-se o quanto dito no início deste artigo, quanto à intuitiva noção de que o eleitor é afetado diretamente por qualquer mensagem que lhe seja transmitida. É verdade que os primeiros estudos sobre o tema são de um pessimismo quase cataclísmico, vislumbrando na propaganda política uma ferramenta inescapável de manipulação das massas[16].

A questão começa a receber novas respostas com o desenvolvimento dos estudos estatísticos sobre a formação da opinião pública. De destaque as conclusões da pioneira pesquisa de Paul Lazersfeld, analisando as eleições presidenciais norte-americanas de 1940, na qual afirma que *"[...] em um importante sentido, as modernas eleições para Presidente terminam antes mesmo de começar"*[17]. Tem início, com as pesquisas empíricas, a compreensão de que a formação do voto é extremamente complexa, sendo que a propaganda eleitoral contribui apenas marginalmente para a decisão final do eleitor. Pesquisas conduzidas nos últimos anos em uma série de cenários eleitorais, da Austrália ao Reino Unido, passando pelos Estados Unidos, Finlândia e Suíça, parecem confirmar esta posição conservadora quanto à influência da propaganda eleitoral[18].

---

14. PASTOR MUÑOZ, Nuria. **La determinación del engaño típico en el delito de estafa.** Barcelona: Marcial Pons, 2004, p. 180.

15. NEISSER, Fernando Gaspar. Ob. Cit. p. 155-160.

16. Neste sentido, ainda que em matizes diversos, são as conclusões de Gustave Le Bon (LE BON, Gustave. **The crowd: a study of the popular mind.** Kitchener: Batoche Books, 2001), Gabriel Tarde (TARDE, Gabriel. **A opinião e as massas.** São Paulo: Martins Fontes, 1992), Oliver Thomson (THOMSON, Oliver. **Mass persuasion in history:** an historical analysis of the development of propaganda techniques. Nova Iorque: Crane, Russak & Company, 1977) e Jacques Ellul (ELLUL, Jacques. **Propaganda:** the formation of men's attitudes. Tradução de Konrad Kellen e Jean Lerner. Nova Iorque: Random House, 1965), dentre outros.

17. LAZARSFELD, Paul F. **The election is over.** Oxford University Press: The Public Opinion Quarterly, vol. 8, nº 3, outono, 1944, p. 317 (317-330).

18. SCHMITT-BECK, Rüdger; FARREL, David M (Ed.). **Do political campaigns matter? Campaign effects in elections and referendums.** Londres: Routledge, 2002.

Especificamente investigando os efeitos da propaganda negativa, uma extensa meta-análise conduzida por Richard Lau, Lee Sigelman e Ivy Brown Rovner chega à mesma conclusão. Afirmam os autores que *"[...] 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". Em suma, "[...] a maior parte do senso comum sobre a propaganda negativa não tem fundamento empírico sólido"*[19]. É frágil, portanto, a compreensão segundo a qual o eleitor não consegue distinguir a verdade da inverdade e, diante da segunda, toma sua decisão de forma espúria. Se não se pode afastar de plano a lesividade, coloca-se ao menos em dúvida sua caracterização.

A necessidade de criminalização tem, como último aspecto a ser analisado, a subsidiariedade. Em outras palavras, não será necessária a manutenção do tipo penal se outras formas de controle se mostrarem tão ou mais eficazes em evitar a colocação em risco do bem jurídico.

No caso específico da Justiça Eleitoral, parece fora de dúvida que o controle cível ostenta grande eficácia, permitindo não apenas a retirada imediata de conteúdos considerados ofensivos ou falsos, como garantindo o exercício do direito de defesa[20].

Ademais, outras formas não judiciais ou mesmo jurídicas de proteção se complementam. Um ambiente de plena liberdade de imprensa e a própria possibilidade de contraposição dos argumentos de um candidato pelo seu adversário, na própria propaganda eleitoral, contribuem para minimizar a necessidade de tutela penal.

Diante destas ponderações é que se pode afirmar ser duvidosa a necessidade de criminalização. Conquanto superado o critério de fragmentariedade, resta incerta a caracterização da lesividade e, de modo pungente, negada pela óptica da subsidiariedade.

2.4. É viável a criminalização?

Nesta terceira fase do teste a questão não é saber se a mentira na política é desejável – o que tem resposta óbvia em sentido contrário -, mas compreender se a Justiça Eleitoral, pelo manejo do Direito Penal, consegue fazê-lo. É conhecida a preocupação em evitar que o Direito propale na sociedade promessas que não pode cumprir. São exatamente elas que deslegitimam o próprio sistema, na medida em que desacreditam a atuação do Estado em sua função judicante.

---

19. 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.

20. "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": NEISSER, Fernando Gaspar. Ob. Cit. p. 191.

A primeira dificuldade encontrada pela Justiça Eleitoral já está em aferir o que é verdade, tema de profundas reflexões ao longo dos séculos[21]. Ainda que o tema escape aos limites aqui propostos, parece fora de dúvida que nos estreitos limites da Justiça Eleitoral, o máximo a que se pode chegar é à veracidade, assemelhada mas distante daquela verdade absoluta e imutável sonhada pelos absolutistas filosóficos. Como postula Javier Augusto de Luca, *"a veracidade viria a ser uma verdade bastarda, de menor hierarquia; não científica, senão intuitiva; não racional, senão subjetiva", algo "[...] como dizer que ali há um incêndio porque aqui percebi fumaça"*[22]. A veracidade é, nesta linha de raciocínio, uma verdade subjetiva. Ou seja, uma correlação entre um fato e a realidade percebida por quem a ele se refere. Pouco importa para a construção da veracidade que posteriormente seja demonstrado que aquele fato não se verificou no plano objetivo. O limite é a percepção subjetiva do agente.

A esta primeira questão soma-se ainda outra, relativa à distinção entre fatos e opiniões. Parece fora de dúvida que quanto a estas últimas não é possível emitir um juízo de falsidade. A expressão de uma opinião, aliás, recebe a mais ampla proteção constitucional, sendo inaceitável cogitar de sua limitação.

Ocorre que no mais das vezes imbricam-se fatos e opiniões em um mesmo ato de comunicação. Quando se afirma, por exemplo, que determinado candidato foi o melhor ou pior prefeito a ter governado uma cidade, tal assertiva pode ser lida como mera opinião ou como fato, a ser comprovado com dados empíricos. Em regra, na propaganda eleitoral os elementos fáticos têm a finalidade de reforçar o caráter de persuasão da mensagem, sendo amplificados ou minimizados em limites que dificilmente se pode afirmar claramente falsos.

Por fim, um terceiro óbice se impõe a reconhecer a viabilidade do controle aqui investigado. Trata-se do elemento normativo contido no tipo penal, que prevê a configuração do delito apenas quando os fatos divulgados forem sabidamente inverídicos. Exclui-se, no âmbito da norma, a possibilidade de condenação em caso de dolo eventual, já que não há o elemento autorizador desta forma de imputação. Daí porque se pode dizer que não basta ter o agente agido de forma descuidada, veiculando informação sem ter certeza de sua veracidade. Há que se comprovar que sabia, ao momento da divulgação, o caráter falso do conteúdo da propaganda.

Ora, não é preciso grande divagação para compreender a dificuldade de formular este tipo de prova em juízo. Somada esta tribulação àquelas antes expostas, relativas às dicotomias verdade/veracidade e fato/opinião, tem-se um cenário tormentoso.

É possível concluir, assim, que no mais das vezes a promessa de afastamento da mentira da propaganda eleitoral, embutida na presença do art. 323 do Código Eleitoral em nosso ordenamento jurídico, permanecerá descumprida.

21. A contraposição entre as noções de uma verdade absoluta e outra transitória, oriundas das construções de Heráclito de Éfeso e Parmênides de Abdera foram aprofundadas em outra oportunidade: NEISSER, Fernando Gaspar. Ob. Cit. p. 208-210.

22. 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, pp. 22-23

2.5. É oportuna a criminalização?

Última fase do teste proposto diz respeito à oportunidade da criminalização. Dito de outro modo, é o caso de saber se a manutenção da criminalização não traz consequências mais gravosas à sociedade do que aquelas que ela pretende afastar. Um primeiro efeito negativo que pode ser sentido é a redução da amplitude do debate público. Da existência de uma norma que propala o controle de conteúdo da propaganda eleitoral decorre, naturalmente, o fenômeno de autocensura.

A autocensura nasce do fato de que é extremamente difícil, se não impossível, a todos compreender os exatos limites da proibição legal. Dado o fato de que a maior parte das pessoas tem a óbvia intenção de permanecer dentro do espectro da legalidade, no exercício do primeiro juízo de legalidade – aquele que é do próprio cidadão – já se faz um corte de parte do que poderia ser veiculado por receio de incorrer na conduta proibida[23].

Assim, um candidato pode deixar de trazer ao conhecimento dos eleitores uma acusação contra um rival, por receio de violar a norma. Ocorre que no caso concreto, poderia se verificar, posteriormente, que não existia o elemento "que sabe inverídico" ou, então, a acusação poderia não retratar estritamente fatos, mas abranger um juízo de valor do emissor, o que igualmente ficaria de fora da norma de controle. Neste tipo de cenário, perde o eleitor, que deixa de conhecer algo que, eventualmente, poderia ser essencial para a formação de sua decisão eleitoral.

O celebrado autor português Jónatas Machado denomina este fenômeno de *chilling effect*, dado o esfriamento do debate público que o excesso de regulamentação da liberdade de expressão ocasiona. Afirma que *"[...] a ordem jurídica não pretende reagir contra toda e qualquer descortesia, o discurso emocional e a hipérbole retórica [...]", uma vez 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)". Exatamente por este motivo é que sustenta que este tipo de proibição "[...] não pode estender-se à generalidade dos cidadãos, pelo que terá necessariamente de ser concedida maior margem para exageros e abusos"*[24].

Última questão a ser suscitada diz respeito às mensagens que são comunicadas ao cidadão quando se encontra diante de uma decisão judicial. Aqui, é certo, o tema se imbrica de certa forma com controle não penal sobre a mentira na propaganda eleitoral, uma vez que a primeira mensagem recebida pelo eleitor costuma ser aquela veiculada no horário eleitoral gratuito, seja com a retirada de

---

23. "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": NEISSER, Fernando Gaspar. Ob. Cit. p. 233-234.

24. MACHADO, Jónatas E. M. *Op. cit.*, pp. 790-791.

um programa do ar ou com a veiculação de um direito de resposta. Além da óbvia mensagem de que aquela publicidade era falsa, outras são transmitidas que se mostram extremamente nocivas para o corpo social. A primeira delas é a de que há alguém realizando o crivo sobre a veracidade ou falsidade do que é propagandeado pelos candidatos. E de que este alguém não é ele, eleitor, mas um ente externo, a Justiça Eleitoral.

Trazendo ao Brasil as ponderações de Francisco Teixeira da Mota, originalmente direcionadas a Portugal, o que se vê é um pensamento de *"[...] castrante paternalismo [...]"*, que 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 [...]"*, tentando afastá-las "*[...] do 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"*[25].

Uma segunda mensagem que pode ser lida, igualmente perniciosa, é a de que se aquela propaganda foi afastada, as demais todas são verdadeiras. Ocorre que já foi visto que a realidade é bem mais complexa. O que se vê é a dificuldade em separar verdade, opinião, exageros publicitários e afins. Deste modo, aquilo que estaria em uma zona cinzenta, a ser analisado com cautela e ceticismo pelo eleitor, pode ganhar ares de credibilidade exatamente por um critério residual. Afinal, se a Justiça Eleitoral, sempre atenta, não a retirou do ar, certamente trata-se de propaganda verdadeira, pode pensar o incauto.

Nesta linha de raciocínio é que se pode verificar que há duas graves consequências decorrentes do controle material aqui analisado, colocando em cheque a oportunidade de manutenção da criminalização.

3. CONCLUSÕES

Nos termos do teste proposto, pode-se concluir que o controle criminal da mentira na propaganda eleitoral busca tutelar um bem jurídico que ostenta dignidade suficiente para afastar em parte a liberdade de expressão. É legítima, portanto.

Não se chega a resposta de igual firmeza quanto à necessidade de criminalização. Ainda que a liberdade interna, na fase de formação da vontade, deva ser objeto de tutela, há dúvida quanto à possibilidade de que a mentira na propaganda eleitoral afete o bem jurídico e de que outras formas de controle não sejam mais eficazes e menos violentas.

Tampouco se pode dizer que o controle se mostra viável, ante os duros obstáculos que a Justiça Eleitoral precisa superar para lograr caracterizar o tipo penal analisado.

Por fim, no âmbito da oportunidade, a conclusão é ainda mais contundente. O modelo adotado é paternalista, retira do eleitor responsabilidades que deveriam ser apenas suas e, deste modo, contribui para reduzir a quantidade de informação circulante; mantendo nossa Democracia em uma eterna adolescência tutelada. ■

25. TEIXEIRA DA MOTA, Francisco. **A liberdade de expressão em tribunal.** Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2013, p. 98.