



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**



DENISE LEAL FONTES ALBANO

**O JULGAMENTO DA AÇÃO PENAL 470 (O CASO MENSALÃO) E OS NOVOS
VETORES DE UMA CONCEPÇÃO JURÍDICO-PRAGMÁTICA INAUGURADOS
PELO STF**

Tese de Doutorado

Recife
2015



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO



DENISE LEAL FONTES ALBANO

**O JULGAMENTO DA AÇÃO PENAL 470 (O CASO MENSALÃO) E OS NOVOS
VETORES DE UMA CONCEPÇÃO JURÍDICO-PRAGMÁTICA INAUGURADOS
PELO STF**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. George Browne Rêgo

Recife
2015

Catálogo na fonte
Bibliotecária Eliane Ferreira Ribas CRB/4-832

A326j

Albano, Denise Leal Fontes

O julgamento da ação penal 470 (o caso mensalão) e os novos vetores de uma concepção jurídico-pragmática inaugurados pelo STF. – Recife: O Autor, 2015.

213 f.

Orientador: George Browne Rêgo.

Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2015.

Inclui bibliografia.

1. Brasil. Supremo Tribunal Federal - Jurisprudência. 2. Direito - Filosofia. 3. Corrupção na política - Brasil. 4. Estado de direito - Brasil. 5. Impunidade. 6. Democracia. 7. Pragmatismo. 8. Juízes - Decisões. 9. Abdução. 10. Verdade. 11. Direito processual - Brasil. 12. Tipo (Direito penal). 13. Processo penal - Brasil. 14. Ação judicial - Brasil. 15. Direito penal. I. Rêgo, George Browne (Orientador). II. Título.

340 CDD (22. ed.)

UFPE (BSCCJ2015-033)

Denise Leal Fontes Albano

“O Julgamento da Ação Penal 470 (O Caso Mensalão) e os Novos Vetores de Uma Concepção Jurídico-Pragmática Inaugurados Pelo STF”

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial para obtenção do grau de Doutora em Direito.

Área de concentração: Teoria e Dogmática do Direito.

Orientador: Prof. Dr. George browne Rego

A banca examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu a candidata à defesa, em nível de Doutorado, e a julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL: APROVADA

Professor Dr. **Aurélio Agostinho da Bôaviagem** (Presidente/UFPE)

Julgamento: APROVADA Assinatura: _____

Professor Dr. **Adrualdo de Lima Catão** (1º Examinador externo/UFAL)

Julgamento: APROVADA Assinatura: _____

Professor Dr. **Joaquim de Arruda Falcão Neto** (2º Examinador externo/FGV/RJ)

Julgamento: APROVADA Assinatura: _____

Professor Dr^a **Luciana Grassano de Gouvêa Melo** (3º Examinador interna/UFPE)

Julgamento: APROVADA Assinatura: _____

Professor Dr. **Marcilio Toscano Franca Filho** (4º Examinador interno/UFPE)

Julgamento: APROVADA Assinatura: _____

Recife, 02 de outubro de 2015.

Coordenador Prof. Dr. **Edilson Pereira Nobre Júnior**.

Uma sociedade, com efeito, que se diz organizada sobre a base da liberdade e deixa entretanto passar o privilégio concedido a uns poucos que abarcam a governança é uma sociedade fraca e mentirosa que não tem ânimo de elevar-se à altura de seu destino.

TOBIAS BARRETO

AGRADECIMENTOS

Agradecer é, antes de tudo, uma demonstração de humildade e desprendimento. Humildade que resulta da constatação de que, enquanto humanos, somos limitados e nossos êxitos decorrem da contribuição de muitas e indistintas pessoas que cruzam nossa trajetória. Desprendimento enquanto expressão sincera do quanto somos tributários a tantas generosas mãos que com seu apoio, sua atenção, seu cuidado, sua solicitude, encham de sentido nossa vida e enriquecem nossas experiências.

Dessa forma, agradeço:

Aos meus pais Erasmo e Rosimar, primeiros e incondicionais apoiadores e incentivadores desde o início da minha caminhada nos estudos. Exemplos de dignidade e de consideração aos seus e ao próximo.

Ao meu esposo Paulo, pelo apoio e generosa paciência nesta travessia, período em que confirmei o quanto nossa parceria é importante em minha vida. Sou grata pela tranqüilidade e segurança com que me cercou para tornar essa conquista possível.

Aos meus filhos Ana Sofia e Pedro Augusto, por reavivarem em mim a esperança na humanidade e por servirem de constante e sempre revigorada fonte de ânimo e alegria para tocar meus dias. Agradeço, inclusive, por interromperem agradavelmente meus estudos para uma conversa, uma troca de ideias ou um mero *chamego sofiano*.

Aos meus irmãos Rejane, Roberto e Erasmo Jr. e aos meus sobrinhos, pela presença amiga sempre constante, apesar da distância física.

Aos meus sogros Antônio (*in memoriam*) e Maria e aos meus cunhados, pelo acolhimento e carinho ao longo de todos esses anos de grata convivência.

Ao meu orientador Prof. Dr. George Browne, em quem encontrei a magnitude e dignidade do ser docente, na dimensão que acredito possível ser encontrada. Agradeço pela imensa generosidade dos seus ensinamentos, pela lucidez em

tempos obscuros, pela vivacidade do pensamento que me serviram de inspiração e ânimo no curso desses meses de agradável convivência e profícuo aprendizado. Agradeço especialmente por abrir as portas para uma compreensão do Direito além daquela encontrada junto às vestais da tradição romano-germânica.

Agradeço, também, a meu querido amigo e colega da UFS, Francisco Alves, em quem encontrei inestimável apoio ao longo dessa jornada e uma valiosa e segura orientação sobre o percurso metodológico a ser empreendido ao logo desta pesquisa

A Joelina Menezes, amiga querida que encontrei em Aracaju e em quem sempre encontrei imenso carinho e generosa parceria. Registro ainda meu agradecimento especial a Rodorval Ramalho, Christine Jacquet, Marcos Santana e Gleise Passos, cujo apoio amigo e incentivo constante sempre estiveram presentes ao longo dessa jornada. Não poderia deixar de registrar meu tributo de gratidão ao querido amigo e companheiro de tantos projetos e realizações comuns, Robson Alves.

A todos os meus professores, em especial aos do ensino fundamental, onde tudo começou.

À Universidade Federal de Sergipe, minha segunda casa e onde faço da docência uma gratificante experiência de vida e, ainda, aos meus ex-alunos pela oportunidade de fecundo aprendizado compartilhado. Meu agradecimento também aos colegas do Departamento de Direito, pelo apoio e confiança em mim depositados desde o início desta empreitada.

À Universidade Federal de Pernambuco e, de modo especial, ao Programa de Pós-Graduação em Direito e seus funcionários e professores, pela oportunidade de usufruir do legado da Casa de Tobias Barreto, por onde passaram e ainda estão grandes luminares da ciência jurídica no Brasil.

À CAPES, pelo apoio financeiro por um período parcial de realização das pesquisas, propiciando melhores condições para o desenvolvimento deste trabalho.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. CORRUPÇÃO DO PODER, IMPUNIDADE E DEMOCRACIA NO BRASIL.....	18
2.1. Impasses na Busca por uma Delimitação Conceitual e Normativa da Corrupção e o Papel Reservado à Dogmática Jurídico-Penal	18
2.2. O Panorama Histórico e a Leitura Político-Cultural do Fenômeno da Corrupção no Brasil.....	37
2.3. Corrupção e Impunidade: Fatores a Perturbarem a Consolidação da Democracia no Brasil	48
3. A (RE)CONSTRUÇÃO DO SABER JURÍDICO-PENAL SOBRE CORRUPÇÃO NA PERSPECTIVA JURÍDICO-PRAGMÁTICA A PARTIR DO JULGAMENTO DA AÇÃO PENAL 470	64
3.1. Do Pragmatismo Filosófico ao Pragmatismo Jurídico: Delineamento das Ideias e Proposições Centrais e Seus Principais Exponentes	63
3.2. Marco da (Re)Construção de um Saber Jurídico em Relação à Criminalidade do Poder: O Papel do Julgador e a Contribuição do Pragmatismo Jurídico.....	80
3.3. Os Antecedentes da Ação Penal 470	100
4. O JULGAMENTO DA AÇÃO PENAL 470 (O CASO MENSALÃO) E OS NOVOS VETORES DE UMA CONCEPÇÃO JURÍDICO-PRAGMÁTICA INAUGURADOS PELO STF.....	109
4.1. O Aporte Argumentativo do Julgamento da Ação Penal 470 e as Evidências de Adesão a uma Perspectiva Teórica e Metodológica Jurídico-pragmática.....	109
4.2. As Imputações e Teses da Acusação	119
4.3. As Teses da Defesa.....	123
4.4. O Voto do Relator e do Revisor: um contraponto pragmaticamente positivo.....	129
4.5. Evidências de Adesão a uma Perspectiva Teórica e Metodológica Jurídico-pragmática no Acórdão da Ação Penal 470	134

4.5.1. Na Questão das Provas: Os Juízos de Inferência, o Método Abduativo e a Verdade Processual no Julgamento da Ação Penal 470.....	134
4.5.1.1. Na Valoração das Provas Testemunhal e Pericial.....	142
4.5.1.2. Na Aferição dos Elementos Indiciários, dos Fatos Públicos e Notórios e na Consideração do que é Conforme a Experiência	148
4.5.1.3. Na Definição da Autoria a partir da “Teoria do Domínio do Fato” e a Adoção do Método Abduativo.....	159
4.5.2. Na Definição do Tipo Penal ““Quadrilha ou Bando”” e na Questão do Bem Jurídico Tutelado “Paz Pública.....	169
4.5.3. Na Condenação por Crime de Corrupção e na Questão da Elementar “Ato de Ofício”	179
4.5.4. Na Condenação por Lavagem de Dinheiro.....	186
5. O ACÓRDÃO DA AÇÃO PENAL 470 COMO PRECEDENTE JUDICIAL: POR UMA JURISPRUDÊNCIA BALIZADORA DO DISCURSO PUNITIVO DOS CRIMES DE CORRUPÇÃO.....	190
6. CONCLUSÕES.....	202
7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	207

RESUMO

ALBANO, Denise Leal Fontes. **O Julgamento da Ação Penal 470 (o caso mensalão) e os novos vetores de uma concepção jurídico-pragmática inaugurados pelo STF.** 2015. 214f. Tese Doutorado em Direito – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2015.

Este estudo compreende a análise do julgamento da Ação Penal 470 e busca explorar o aporte discursivo contemplado no respectivo Acórdão. A finalidade é demonstrar que o STF inaugurou uma nova concepção jurídico-pragmática, tanto na perspectiva teórica como metodológica, sinalizando um novo marco referencial no processo de interpretação, argumentação e decisão em crimes contra a administração pública no Brasil. Objetivou-se identificar nos votos dos Ministros em que medida as aproximações teóricas e os métodos utilizados encontraram apoio no pragmatismo jurídico. As complexidades envolvidas no discurso adotado no Acórdão permitem examinar em que limite e sob quais condições existe um liame entre as construções retórico-argumentativas e eventuais inclinações sociais e ético-políticas, relacionando-as aos postulados do pragmatismo jurídico. À luz dessa abordagem, pretende-se desvelar uma nova arquitetura teórico-argumentativa forjada pelo STF no aludido julgamento. A análise lógico-formal não foi de todo abandonada; entretanto, a percepção dos fenômenos jurídicos passa a aflorar nos discursos dos Ministros sob a tônica do pragmatismo jurídico. Ao longo de todo esse julgamento, portanto, encontramos evidências sinalizadoras da presença de uma concepção jurídico-pragmática. A corrupção é um dos principais fenômenos desestabilizadores de um Estado Constitucional de Direito. O STF parece estar cioso do papel que lhe incumbe nesta situação problemática, sobretudo no que tange ao rompimento com o tradicional convencionalismo doutrinário jurídico-penal ainda vigente, fazendo com isso emergir um novo método de investigação de fenômenos dessa natureza. Em síntese, estes novos vetores indicam a construção de um aporte teórico-argumentativo consequencialista, contextualista, enfim, com uma forte tônica jurídico-pragmática, a caracterizar o julgamento da Ação Penal 470.

Palavras-chave: Ação Penal 470, Corrupção e impunidade, Sistema Penal brasileiro, Estado Constitucional de Direito, Pragmatismo Jurídico.

ABSTRACT

ALBANO, Denise Leal Fontes. **The trial of the criminal action 470 (Mensalão case) and new vectors of a legal and pragmatic design inaugurated by the Supreme Court.** 2015. 214f. Doctoral Thesis – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2015.

This study comprises the analysis of the criminal trial about corruption in Brazil (Ação Penal 470) and seeks to explore the discursive contribution contemplated in it. The purpose is to demonstrate that the Supreme Court started a new legal and pragmatic conception, both in a methodological and theoretical perspective, signaling a new framework in the process of interpretation, reasoning and decision on crimes against the public administration in Brazil. It also aimed to identify, in the votes of the Judges, how the theoretical approaches and methods used have found support in legal pragmatism. The complexities involved in the judicial discourse allows examine where and under what conditions is there a connection between the rhetorical-augmentative constructions and eventual social and ethical-political leanings, relating them to the postulates of legal pragmatism. In light of this approach, it is intended to unveil a new theoretical-argumentative architecture forged by the Supreme Court in the trial. The logical-formal analysis was not abandoned; however, the perception of legal phenomena happens to touch on in the speeches of Judges under the core of pragmatism. Throughout this trial, therefore, we have found great evidence of the presence of a legal and pragmatic conception. Nowadays, corruption is one of the main destabilizing factors of the rule of law. The Supreme Court judges seem to be aware of it and of their roles on this problematic situation, especially with regard to the traditional thought on criminal knowledge which is present in current legal academic writing. In short, these new vectors indicate the construction of a new theoretical and argumentative framework: consequentialist, contextualist and, finally, with a strong influence of legal pragmatism.

Keywords: Criminal Trial (Ação Penal 470), Corruption and impunity, Brazilian Penal System, Rule of Law, Legal Pragmatism

I – INTRODUÇÃO

Neste trabalho foi realizado um estudo de caso, compreendendo um esforço de análise rigorosa e abrangente de um julgamento específico – o da Ação Penal 470 –, buscando identificar no respectivo Acórdão evidências que pudessem sinalizar a adesão, ao menos pela maioria dos Ministros do STF, a uma concepção jurídico-pragmática no julgamento do caso que ficou conhecido como Mensalão.

Nosso esforço foi orientado, fundamentalmente, para identificar os múltiplos vetores discursivo-argumentativos, tanto no plano teórico como metodológico, que se apresentaram ao longo do processo decisório da Ação Penal 470, como próximos a uma concepção jurídico-pragmática. Dessa forma, o propósito maior não esteve voltado a uma exposição completa e a uma análise definitiva do processo de julgamento da Ação Penal 470, nem sequer seria possível tal intento, pois sempre há a possibilidade de contar essa história de outro modo, de apresentar uma narrativa com outros aspectos levados em conta.

A opção por uma pesquisa aplicada no campo do Direito decorreu de uma especial preocupação em ampliar o campo de estudo e pesquisa que permita ir além de grandes questões analíticas e de abordagens teórico-dogmáticas. Ainda que se reconheça a importância de tais estudos e pesquisas, verifica-se a premência de avançar no desenvolvimento e incremento da pesquisa jurídica empírica, superando a abordagem exacerbadamente abstrata do direito, no marco de uma perspectiva deontológica que mal consegue disfarçar seu vezo excessivamente idealista.

Acreditamos também que no Brasil já é passada a hora de romper com a produção de um saber que se apresenta, com algumas exceções, enquanto discurso jurídico¹ assentado em mera retórica escapista – evidenciado especialmente na

¹Aqui e ao longo de todo este estudo, entende-se o discurso jurídico como um conjunto de regras e padrões linguístico-argumentativos a forjar uma experiência comunicativa, ou seja, um sistema de relações que se processa e expressa primordialmente por meio de uma prática comunicativa comprometida com a efetivação da normatividade vigente.

dogmática jurídico-penal² – que acaba forjando a operacionalização de uma normatividade desgarrada dos grandes desafios e candentes problemas de uma sociedade cada vez mais complexa e multifacetária.

É perceptível que essa normatividade e a forma como é instrumentalizada, em última análise, parecem estar deslocadas diante das prementes questões que perturbam e tencionam as relações sociais no caldeirão das sociedades contemporâneas e, não raro, esse problema tende a ser mais grave em sociedades periféricas como a brasileira.

Impõe-se, portanto, um diálogo entre a dogmática jurídico-penal e os estudos que buscam uma aproximação mais estreita e consequente dos institutos e categorias jurídicas com a realidade cambiante dos fenômenos judicializáveis. É cada vez mais urgente a identificação das condicionantes materiais que moldam os fenômenos jurídicos concretos, reconhecendo a imbricação dos diversos fatores e variáveis que conformam a experiência jurídica das sociedades contemporâneas, explorando a riqueza de opções metodológicas diversas nesse campo de pesquisa.

Nas últimas décadas é possível constatar um nítido deslocamento do objeto de estudo e das investigações da Teoria do Direito: do texto normativo, o enfoque direciona-se à norma que se manifesta no julgado, norma resultante dos processos decisórios no âmbito da atividade jurisdicional. Assim, o estudo acerca dos limites e alcance das decisões judiciais que comporão um acervo de precedentes judiciais passa a ocupar uma centralidade cada vez mais acentuada, afinal a prática jurídica se manifesta essencialmente como **interpretação** que se processa no âmbito do raciocínio subjetivo e que se exterioriza enquanto **argumentação**, a fim de buscar assentimentos e convergências diante do entendimento exposto no julgado.

Dessa forma, se antes o foco era o texto normativo, agora é o processo decisório e as condições e fatores que moldam e possibilitam sua expressão enquanto norma do caso concreto, bem como a repercussão de sua textura discursivo-argumentativa que passa a despertar um crescente interesse no campo

² Compreendida a dogmática jurídico-penal, aqui e ao longo de todo o trabalho, como o conjunto de estruturas e princípios que informam e conformam um sistema racionalmente orientado de conceitos, elementos e categorias relativos à imputação do crime e à aplicação da sanção penal. Nessa perspectiva, esse saber jurídico-penal abrange não apenas o campo do direito penal material, como também do direito penal processual.

do saber jurídico, com estudos e pesquisas que se voltam para os julgados e a percepção sobre o impacto e repercussão dos mesmos na exterioridade social.

Embora questões relacionadas à argumentação jurídica, discurso jurídico-pena e temáticas de implicações práticas, especialmente aquelas vinculadas aos processos decisórios, passem a despertar em pesquisadores e estudiosos do direito um crescente interesse, a verdade é que o objeto sobre o qual nos debruçamos – discursos produzidos no campo da dogmática jurídico-penal e nos precedentes judiciais sobre crimes funcionais – ainda carece de estudos e pesquisas de maior alcance e profundidade.

Aliado a isso, verifica-se que na Academia e, mais especificamente, nos diversos institutos e núcleos de pesquisa que elegeram como objeto de estudo e análise o fenômeno da criminalidade e a teoria do direito penal, a chamada criminalidade do poder é um objeto que vem sendo relativamente negligenciado ou quando abordado, é de maneira tangencial. Dessa forma, estudar a plêiade de discursos e práticas dos atores que operacionalizam o controle penal, especialmente quando não está tendencialmente voltado àquela que não constitui a clientela preferencial do sistema criminal, sinaliza um passo importante para uma melhor compreensão das causas e razões determinantes para a vultosa impunidade que marca a chamada criminalidade do poder político e econômico no Brasil.

Buscamos, ao longo deste estudo, apresentar evidências reveladoras de que as manifestações de Ministros do STF no julgamento da Ação Penal 470 estabeleceram um novo aporte teórico-argumentativo e metodológico em torno da matéria crimes funcionais. Consideramos importante identificar as formulações reveladoras de um discurso que sinalize a ruptura com um certo silêncio complacente da dogmática jurídico-penal sobre esse objeto que até então vinha dando suporte a um conjunto de precedentes de teor absolutório, assentados ora no fundamento da insubsistência de provas da autoria e da materialidade, ora na manifestação pela extinção da punibilidade decorrente da prescrição.

Nessa perspectiva, o estudo de caso é válido como estratégia de pesquisa empírica, despontando como importante recurso para estudo e análise dos fenômenos jurídicos, afinal, “a essência de um estudo de caso é tentar esclarecer

uma decisão ou um conjunto de decisões: o motivo pelo qual foram tomadas, como foram implementadas e com quais resultados” (SCHRAMM, 1971 *apud* YIN, 2001, p. 31).

Registre-se, dessa forma, que diante de uma certa autonomia que a pesquisa por meio de estudo de caso permite, aliando a abordagem analítico-descritiva ao enfoque crítico-problematizante do objeto investigado e da liberdade que essa estratégia metodológica oferece para estruturar a exposição e dissecação do problema, propomo-nos a tomar como fonte central de coleta de dados e evidências desta pesquisa, o inteiro teor do Acórdão referente à Ação Penal 470.

Como registra Robert Yin (2001, p. 32), temos que “um estudo de caso é uma investigação empírica que investiga um fenômeno contemporâneo dentro de seu contexto da vida real, especialmente quando os limites entre o fenômeno e o contexto não estão claramente definidos.” Assim como alerta o autor, entendemos também ser necessário – já que impossível divisar o fenômeno investigado de seu contexto subjacente – situar todo o arranjo material, a ambiência ou contexto no qual esse julgamento está inserido, ou seja, o caldo de cultura jurídica e a atmosfera político-social que estavam subjacentes ao longo de todo o processo de julgamento da referida Ação Penal.

Entretanto, é importante lembrar que se a pesquisa desenvolvida por meio de um estudo de caso permite um certo grau de liberdade na pesquisa do objeto investigado, há o risco sempre latente de lançar mão de um enfoque por demais generalizado e até um tanto superficial, ou, em outro diapasão, de proceder a uma análise centrada em aspectos menos relevantes, secundários ou até marginais do fenômeno investigado.

Reconhecendo essa dificuldade e risco e com uma clara percepção de que se ampliam os estudos do fenômeno jurídico sob uma perspectiva mais realista, optamos por uma análise dos votos dos Ministros a partir da análise discursiva, em que se busca identificar em um julgado determinado elementos teórico-argumentativo e metodológicos do pragmatismo jurídico, enquanto concepção ou método de estudo do fenômeno jurídico comprometido com uma abordagem realista,

contextualizada, consequencialista e não idealizada de aplicação do aparato normativo-jurídico.

No campo jurídico, o pragmatismo propõe o deslocamento do olhar do campo da produção legislativa e também da interpretação e análise dogmáticas dos textos normativos para fazê-lo recair sobre a atividade mesma de aplicação do direito. Percebemos, dessa forma, que mais do que a formulação de teorias ou esboços explicativos da juridicidade em grandes categorias conceituais ou esquemas analíticos, o pragmatismo jurídico pugna por desvelar a dimensão do jurídico em nível operacional, busca enfatizar a necessidade de superar uma lógica formal por uma lógica (melhor falar em método) experimental para a compreensão do fenômeno jurídico. Enfim, o pragmatismo jurídico finda por estabelecer uma estratégia de compreensão do fenômeno jurídico sob uma nova perspectiva, especialmente focada na instrumentalidade dos tribunais.

Portanto, temos que o julgamento da Ação Penal 470 (Caso Mensalão) pelo STF inaugura um feixe de vetores de uma concepção jurídico-pragmática que, uma vez adotados e vocalizados, sinalizam um novo marco referencial no processo de interpretação, no aporte de argumentação e no método de decisão em casos de crimes funcionais no Brasil. É isso que buscaremos demonstrar ao longo deste estudo, pinçando do acórdão examinado uma espécie de nova arquitetura metódico-argumentativa que foi forjada pelo STF no julgamento mencionado.

Resta evidenciado que o método utilizado na pesquisa desenvolvida é qualitativo, na medida em que não “emprega um instrumental estatístico como base do processo de análise de um problema” (RICHARDSON, 1985, p. 38). Nossa abordagem qualitativa justifica-se pela natureza do fenômeno investigado – um julgamento específico – e pelo que se busca apreender e entender a partir dos dados coletados. Esses dados e evidências aferidos nos votos dos Ministros serão confrontados com nossa hipótese central: a adesão do STF a uma argumentação e a um método de interpretação dos fatos afetos ao caso em julgamento assentados naquilo que vislumbramos como nítidos vetores jurídico-pragmáticos.

Ainda que o método por excelência seja o qualitativo, buscamos realizar uma sistematização das questões ou aspectos centrais do acórdão examinado,

analisados a partir de critérios e categorias que permitam divisar os discursos que de forma mais evidente apontam a adoção das concepções e proposições do pensamento jurídico-pragmático.

Segundo Roberto Richardson (1985, p. 38) um meio comumente empregado por pesquisadores, “de transformar dados qualitativos em elementos quantificáveis, consiste em utilizar como parâmetros o emprego de critérios, categorias, escalas de atitudes ou, ainda, identificar com que intensidade, ou grau, um conceito, uma atitude, uma opinião se manifesta”.

A fim de viabilizar uma melhor sistematização dos votos dos Ministros, o foco será o acórdão conforme registrado nos anais do sistema de informações do sítio do STF na internet. Assim, as manifestações orais dos Ministros próxima ou manifestamente orientadas por uma concepção jurídico-pragmática durante as sessões e não reduzidas a termo no acórdão respectivo ou expressas nos meios de comunicação social serão desconsideradas, pelo fato de que o inteiro teor do Acórdão examinado já constitui por si só um objeto de investigação de fôlego. Registre-se, também, que foi dispensada a realização de entrevistas junto aos Ministros pela compreensão de que aquilo que repercute de forma mais intensa e perceptível no meio jurídico é o conteúdo das decisões dos Ministros – quer como relator ou revisor, quer como vogais – e que se encontra basicamente expresso nos votos apresentados por escrito.

Vale registrar que já há um entendimento convergente de que devemos guardar um certo distanciamento e até assumir metodicamente uma postura cética diante das narrativas sobre determinados fenômenos sociais, afinal, a percepção que hoje temos e as leituras que fazemos desses fenômenos certamente não são as mesmas que foram feitas por povos que viveram em períodos antecedentes, sem falar na possibilidade de revisões e novas leituras que serão feitas no futuro.

Também é recomendável, diante de um objeto tão candente como é o fenômeno da corrupção, preservar uma postura razoavelmente isenta (e não neutra, uma vez que esta é impossível em qualquer sujeito observador, afinal, como destaca Max Weber, há um aspecto interessado em toda e qualquer produção científica) no trato desse objeto, tanto do ponto de vista político quanto do ponto de vista ético.

Em que pese essa espécie de cuidado metodológico ao se aproximar de qualquer fenômeno social tomado como objeto de estudo e da necessidade de assumir uma postura intelectualmente honesta, não é possível deixar de reconhecer como um dado ou evidência histórica o fato de que no Brasil esse fenômeno adquiriu dimensões tão profundas quanto dramáticas, a perturbar e comprometer o estabelecimento dos valores republicanos e a qualidade da nossa democracia.

Registre-se, ainda, que a corrupção é um dos principais óbices para a efetivação dos direitos fundamentais na medida em que afeta, sensivelmente, as exigências de eficiência, transparência e moralidade da ação estatal na promoção dos chamados direitos prestacionais, aqueles direitos fundamentais que dependem direta e efetivamente do Estado por meio de políticas públicas, programas e ações nas áreas de saúde, educação, segurança pública, etc.

Como os desvios de vultosos recursos públicos de forma ampla e sistemática vêm afetando também a própria estabilidade do Estado Democrático de Direito e a confiança nas instituições republicanas, é mais do que chegada a hora de o Judiciário brasileiro reconhecer seu papel na contenção desse quadro de impunidade generalizada, dentro dos marcos de uma normatividade garantista³. Impõe-se que a sociedade brasileira receba sinais evidentes e inequívocos de que o Judiciário não mais é leniente com esse estado de coisas e o julgamento da Ação Penal 470 parece ter levado o STF a conferir a esse processo, em seu contexto decisório, um forte sentido jurídico-pragmático, assumindo a Corte Suprema do Brasil um maior protagonismo no processo de depuração das práticas nefastas que contaminam nossa tessitura político-administrativa.

³ Segundo Luigi Ferrajoli (2002, p.684) a palavra *garantismo* pode ser compreendida sob três distintas acepções: segundo um primeiro significado, *garantismo* designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade”, SG, próprio do Estado de Direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como ali contempladour sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É, conseqüentemente, *garantista* todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente. Como modelo ideal, um sistema de justiça criminal pode se amoldar em maior grau ou menor intensidade ao padrão *garantista*.

Não há dúvida de que o Acórdão da Ação Penal 470 e, por consequência, sua *ratio decidendi* passará a ser o principal precedente sobre a matéria no Brasil. O que ali está consignado constituirá o referencial maior no campo dos precedentes judiciais a orientar e subsidiar juízes instados a decidir matéria criminal afeta à corrupção e tipos penais correlatos, além de informar e orientar a produção teórico-dogmática dos juristas sobre tal matéria.

Propomo-nos a essa empreitada de confrontar os votos dos Ministros com os parâmetros do pragmatismo jurídico com uma certa ansiedade e inquietação diante da magnitude do desafio, mas com a convicção de que esse objeto se colocava generosamente disponível para ser problematizado e analisado fora das molduras convencionais do conceitualismo jurídico.

2. CORRUPÇÃO DO PODER, IMPUNIDADE E DEMOCRACIA NO BRASIL

2.1. Impasses na busca por uma delimitação conceitual e normativa da corrupção e o papel reservado à dogmática jurídico-penal

Ainda que em nosso país o fenômeno da corrupção⁴ tenha raízes profundas e um alcance amplo, é bem verdade que Estados diversos, com feições político-ideológicas e perfis socioeconômicos distintos, não estão imunes às manifestações e correspondentes efeitos da corrupção do poder público.

A despeito de distintas percepções, concepções e abordagens analíticas apresentadas por estudiosos acerca da corrupção, todas convergem para um nítido esforço de apreender e compreender elementos característicos que a distinguem de outros fenômenos, suas formas mais comuns de manifestação e, ainda, diagnosticar e avaliar seu alcance predatório sobre as instituições.

Importa destacar que os estudos e pesquisas apresentados em diversas obras sobre a corrupção pública não abrangem a produção de análises estanques, e nesse campo não há saberes hierarquizados, pelo contrário, a multiplicidade e a riqueza de análises disponíveis servem para incrementar o referencial analítico disponível para o estudo desse objeto.

Segundo Susan Rose-Ackerman (1999, p.91), corrupção pode ser definida, em uma primeira aproximação, como o uso abusivo do poder público para fins privados. A autora reconhece que esta é uma definição por demais ampla que simplesmente busca realçar a distinção existente entre funções públicas e papéis

⁴ Convém fazer o registro de Beatriz Corrêa Camargo (2011, p. 99), ao afirmar que “quando falamos em crimes de corrupção ou simplesmente em corrupção, consideramos crimes diversos no direito penal brasileiro (dentre os quais o tráfico de influência do art. 332, CP, por exemplo), e não apenas a corrupção passiva e ativa. Estas correspondem ao *coeço* do direito penal espanhol, muito embora a legislação espanhola abranja mais condutas do que os crimes de corrupção ativa e passiva no Brasil, ao menos na letra expressa da lei. Os crimes de corrupção ativa e passiva, na versão em português da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (arts. 15, 16 e 21) ou da Convenção Interamericana Contra a Corrupção (art. VIII), recebem ainda a denominação *suborno*”.

privados e lembra, inclusive, que em muitas sociedades essa distinção ainda não foi tão claramente estabelecida.

A corrupção e suas variantes formas de desvio no exercício da função pública são percebidas como algo reprovável a partir de certos consensos socialmente construídos no tempo e no espaço e, para que seja possível apreender e examinar esses sentidos, é necessário identificar os mecanismos sociais que interferem na construção desses consensos. Nesse sentido:

A relação entre significados e normas é muito importante, como podemos ver observando que muitas ações comportamentais idênticas podem ser interpretadas de forma muito diferente, dependendo das circunstâncias. As categorias de "presentes", "favores" e "empréstimos" são moralmente neutras. Mas exatamente essas mesmas trocas, se interpretadas como "propinas" ou "subornos", assumem significados muito diferentes. Precisamos explorar quais princípios sociais determinam nossas interpretações acerca de qual é o enquadramento de determinada categoria de troca.⁵ (GRANOVETTER, 2013) (tradução livre)

Ocorre que no Brasil muitos desses princípios sociais que comumente condicionam, moldam e determinam nossas percepções, concepções e definições não apenas sobre o fenômeno da corrupção como também de tantos outros fenômenos sociais, são impostos de cima para baixo e estão contaminados por uma teia de significações que podem neutralizar os julgamentos dos atos de (aparente ou manifesta) corrupção pública e outros desvios diversos a depender de quem os pratica. Assim, enquanto em outras sociedades contemporâneas traficar influência no âmbito da administração pública não é uma prática tão amplamente tolerada e disseminada, esta parece ter sido bem assimilada ou mesmo naturalizada no Brasil ao longo do tempo.

Susan Rose-Ackerman (1999, p. 110) também reconhece que as definições que distinguem "subornos" de "presentes" é uma questão cultural e os padrões culturais são dinâmicos e mutáveis em cada sociedade. Pondera a autora que não basta simplesmente que alguns observadores e estudiosos do fenômeno rotulem determinada prática como corrupta se, no entanto, a maioria da população vislumbra essa mesma prática como uma troca aceitável e adequada. Dessa forma, impõe-se

⁵ *Meanings and norms matter a lot, as we can see by observing that many behaviorally identical actions may be interpreted very differently depending on circumstances. The categories of "gifts", "favours" and "loans" are morally neutral. But the exact same exchanges, if construed as a "bribes" or "payoffs", have very different meanings. We need to explore what social principles govern our interpretations of what category given exchanges fall into.*

um esforço compreensivo acerca de tais práticas, ou seja, como são interpretadas pela sociedade a fim de que passem a ser mais bem definidas e, assim, a partir do estabelecimento de razoável consenso sobre seu significado, venham a ser regulamentadas.

Inevitavelmente, para que o sentido dessas práticas possa ser definido e normativamente balizado da melhor maneira possível, é importante esclarecer e precisar os seus efeitos. Assim, a autora destaca que se essas práticas estão impondo consideráveis custos ocultos ou indiretos sobre a população, analistas podem identificar e mensurar os custos dessas práticas e, uma vez devidamente informada sobre os custos delas decorrentes – por meio das trocas e favores que particulares e empresas estabelecem com agentes públicos –, a população pode mudar sua percepção sobre determinadas práticas antes amplamente toleradas e aceitas. (ROSE-ACKERMAN, 1999, p. 110)

Não resta dúvida que o terreno favorável onde campeia a corrupção pública é aquele onde falta transparência e é escassa a informação. Quanto mais uma sociedade dispõe de mecanismos de fiscalização e controle dos recursos públicos e tem assegurado o acesso à informação, menor o risco de degeneração e desvio da função pública e maior a possibilidade de assumir uma postura crítica sobre a questão. Quanto mais uma população estiver ciosa dos custos decorrentes desse intercâmbio em que interesses privados e ações públicas nem sempre convergem em benefício da coletividade, maior a possibilidade de avaliar a relação custo-benefício dessas relações com uma maior clarividência e de formar juízos mais consequentes sobre tais relações.

Robert Klitgaard (1994, p. 63) alerta que embora a corrupção possa ser percebida como um mecanismo adequado e eficiente para comprar a lealdade política, o que ocasionalmente pode conduzir a uma espécie de integração e participação que favorece a estabilidade política, também pode gerar efeitos desestabilizadores mais profundos e impactos negativos no cenário político-institucional de um Estado. Pondera o autor citado que a corrupção, portanto, pode ser concebida como um meio válido para alcançar objetivos políticos, ainda que também possa gerar custos políticos e sociais elevados. Assim, a corrupção pode ser assimilada como algo que, desde que se mantenha relativamente contido e de

manifestação limitada, pode gerar externalidades positivas. Entretanto, como bem alerta o autor “quando esse artifício é largamente usado, conduz à alienação do povo e à instabilidade política”.

Dessa forma, tais concepções – modeladoras de uma naturalização de certas práticas que passam a ser vistas e assimiladas como manifestações de uma corrupção residual indutora de certo nível de coesão social e consenso político e, até certo, ponto “inofensiva” – não se distanciam muito de algumas abordagens antropológicas que concebem práticas de corrupção reveladas por meio de subornos, por exemplo, como uma forma de manter certo nível de coerência com os *mores* locais, ou seja, enquanto práticas sociais normais e, portanto, toleráveis no jogo de relações e interesses de uma determinada sociedade. (KLITGAARD, 1994, p. 9)

Definir os sentidos e limites da corrupção pública é, portanto, tarefa difícil e depende de um árduo e rigoroso trabalho de investigação tanto dos costumes e práticas sociais ampla e longamente assentados, como dos fatores de ordem psicológica que moldam consensos sociais e dos movimentos políticos por eles impulsionados. Dogmáticos, legisladores e operadores do sistema de justiça criminal não podem permanecer infensos a observar e interpretar essas múltiplas variáveis que se interconectam e moldam esse fenômeno, atentos à leitura e interpretação a ele relativas em outros campos do conhecimento, como a ciência política, a economia, a sociologia e a psicologia social.

José Álvaro Moisés (2013, p. 205) registra, ainda, que estudos e pesquisas mais recentes até ampliaram o escopo analítico que permitiram incluir, além da questão do desenvolvimento econômico, do tipo de regime político, da mecânica da distribuição de renda ou mesmo do tamanho do Estado, outras importantes variáveis que repercutem ou interferem no quadro de uma corrupção sistêmica verificado em determinada sociedade como o desempenho de governos, o sistema jurídico-legal de prevenção e punição da corrupção, o grau de competição da economia, o peso das crenças religiosas, o nível de participação feminina na política etc.

O citado autor reconhece que, em geral, os resultados desse processo de incremento quantitativo e qualitativo dos estudos e pesquisas sobre o fenômeno da

corrupção possibilitaram a ampliação do conhecimento do problema em áreas específicas, mas ainda não ofereceram um conjunto sólido de conclusões e proposições, o que favorece um certo imobilismo ou mesmo casuísmo na tomada de decisões voltadas ao seu enfrentamento, contribuindo para o elevado grau de impunidade em casos de corrupção como verificado no Brasil.

Acreditamos que sem um esforço voltado para a produção de um saber qualificado sobre o fenômeno da corrupção, as análises sempre iluminarão precariamente os parâmetros e referências que permitem a apreensão desse objeto, a fim de divisar seu alcance, formas mais comuns e gravosas de manifestação e estratégias de enfrentamento.

Cartier identifica duas tendências principais em toda a pesquisa contemporânea sobre corrupção. De um lado, estão os estudos econômicos que "levantam a hipótese de que as transações são aquelas próprias de mercado", por outro, temos o trabalho de cientistas políticos que analisam o mesmo fenômeno em termos de trocas sociais institucionalizadas. No entanto, dado que o primeiro – como já mencionamos – na atualidade domina amplamente o campo de investigação sobre a corrupção, compreende-se facilmente que a matriz a partir da qual se teoriza, geralmente inclui a questão do nexos de causalidade no âmbito desta matéria específica no campo próprio da ciência econômica. Na verdade, é isto o que afirma o mesmo autor.⁶ (ACOSTA, 2007, pp. 272-273)

Os modelos explicativos mais conhecidos que abordam a relação entre corrupção política e democracia no Brasil, geralmente formulados por economistas e cientistas políticos, referem-se principalmente à repercussão da corrupção no desenvolvimento econômico e seu impacto no desenho institucional. As principais contribuições desses estudos tratam, por um lado, das consequências sistêmicas negativas da corrupção, como o clientelismo, o nepotismo e a ilegitimidade política e, por outro lado, abordam as suas supostas implicações positivas, como a estabilidade política e o chamado “engraxamento” de estruturas burocráticas rígidas. Essas abordagens “também tratam das implicações da corrupção para o processo

⁶ *Cartier identifie deux orientations majeures dans l'ensemble de recherches contemporaines sur la corruption. D'un côté, on trouve les études économiques qui "font l'hypothèse que les transactions sont marchandes"; de l'autre, nous avons les travaux des politologues qui analysent le même phénomène en termes d'échanges sociaux institutionnalisés. Or, étant donné que les premières - comme nous l'avons déjà mentionné - dominant aujourd'hui largement le champ de la recherche sur la corruption, on comprendra facilement que la matrice à partir de laquelle l'on pense, le plus souvent, la question des liens de causalité en cette matière soit propre à la science économique. En effet, comme l'affirme ce même auteur. (ACOSTA, 2007, pp. 272-273)*

de tomada de decisão de políticas públicas, especialmente na área econômica, mostrando que o fenômeno afeta negativamente as iniciativas de investimento do poder público e das empresas”, influenciando, portanto, o desenvolvimento de um país. (MOISÉS, 2013, pp. 204-205)

Além desse forte acento economicista que se faz tão presente no estudo da corrupção e que se insinua e projeta na análise dos tipos penais que lhe são próximos, como bem constatado e alertado pelos autores citados, avultam outros equívocos, reducionismos, distorções e silêncios que comprometem a operacionalidade do marco normativo incidente sobre práticas de corrupção pública no Brasil.

Portanto, é necessário suplantar essa abordagem predominantemente economicista do fenômeno da corrupção na esfera pública. Um dos pontos cegos que favorece o quadro de impunidade que caracteriza o crime de corrupção e assemelhados parece residir na precariedade da produção de um alentado saber jurídico-penal sobre o tema. Convém prover esse objeto, a corrupção e suas formas várias de desvio e abuso da função pública, – dada a sua complexa, difusa e peculiar manifestação – de um quadro analítico mais qualificado que viabilize a construção de respostas adequadas ao seu enfrentamento no marco da normatividade penal estabelecida

Na produção dogmática jurídico-penal, não raro, a corrupção é apontada como um dos comportamentos desviantes que não encontra maior influência de fatores de ordem psicológica (determinante em alguns casos de crimes contra a dignidade sexual) ou socioeconômica (comumente associados a crimes patrimoniais). Muitos autores destacam que entre aqueles que incorrem na prática de crime de corrupção e outros crimes funcionais, o que se verifica seria um desvio de caráter ou mesmo um aguçado senso de conveniência e oportunidade por parte do agente, diante de um histórico de impunidade que marca esse tipo de crime.

Para Joaquim Falcão (2008, p. 43), incluída a corrupção no conjunto de manifestações transgressoras da ordem normativa vigente, impõe-se ter presente que nessas transgressões “a influência da vontade individual, do livre-arbítrio, da

liberdade de escolha, ao contrário do que reza a matriz individualista liberal, é bastante limitada ou próxima de zero. Pesa pouco.”

Para o jurista, o fato de a transgressão legal ter sido operacionalizada por meio de um ato individual não significa, necessariamente, que a livre vontade individual tenha sido o fator decisivo para o ato praticado. “Um conjunto mutável de microfatores, que combina tipos legais com necessidades sociais e possibilidades tecnológicas, compõe o fator decisivo do ato potencialmente ilegal e, como tal, torna inviável um sistema de responsabilidade legal individual”. (FALCÃO, 2008, p. 44)

Assim, afirmar que a incursão de alguém em graves crimes funcionais ou crimes de colarinho branco seria uma mera manifestação de falta de caráter ou desvio moral é uma constatação atravessada pelo senso comum e, nessa perspectiva, menos esclarece e mais obscurece a análise desse objeto. São muitas e frequentemente correlacionadas as variáveis determinantes de ordem econômica, política e cultural que modelam e modulam as práticas de corrupção, lavagem de dinheiro e sonegação fiscal no Brasil, e aqueles fatores mencionados de ordem pessoal podem até exercer influência, mas não assumem um papel determinante para sua prática.

O jurista também chama a atenção para o fato de que a corrupção pública, em regra, seria uma espécie de crime praticado “em rede”, onde condições favoráveis de natureza social ou tecnológica favorecem sua manifestação por número indeterminado de pessoas, em ações convergentes reveladoras da prática sistematicamente disseminada e difusa de pequenas a grandes corrupções. Daí ser insuficiente e pouco efetivo o reforço de um sistema de responsabilidade legal baseado na imputação individual.

Como uma das correntes do pragmatismo jurídico, a escola ou movimento *law and economics* ajuda a conferir uma abordagem mais realista e consequencialista da criminalidade do poder. A análise econômica do Direito Penal proposta por esse movimento adota uma perspectiva orientada às ciências sociais na análise dos fenômenos relevantes para o campo jurídico –penal. (SILVA-SÁNCHEZ, 2004, p. 09)

Definir um comportamento como "corrupto", inevitavelmente, implica um julgamento que define um comportamento como legítimo ou não, sendo este um componente sociológico irreduzível que, surpreendentemente, tem merecido pouca atenção. Julgamentos sobre a legitimidade fazem parte de amplos quadros de concepções normativas que as pessoas produzem em todas as estruturas sociais conhecidas. Normas não vêm de cima, nem elas surgem na maioria dos casos, eu diria, de algum processo evolutivo em que são selecionadas pela eficiência. Em vez disso, elas são promulgadas, recriadas e/ou alteradas no curso da atividade normal de cada grupo. As normas podem ser, em parte, um reflexo das mudanças na realidade prática, como quando incrementa a participação das mulheres no mercado de trabalho fazendo com que concepções sexistas pareçam antiquadas e ultrapassadas. No entanto, elas têm um pouco de vida própria, e podem preceder e influenciar, e não apenas ser uma consequência da mudança social, como Gunnar Myrdal observou em estudo realizado em 1930 sobre um dilema americano que ela identificou no bojo do movimento de direitos civis, que é a disjunção entre normas e comportamento real.⁷ (GRANOVETTER, 2013) (tradução livre)

Ainda que a percepção acerca da corrupção seja uma construção socialmente condicionada, de amplitude e complexidade consideráveis, como lembra Mark Granovetter, o que parece evidente nos dias atuais é o crescimento da demanda por moralização da coisa pública e, mais especificamente, da dimensão política. Presenciamos, nos dias atuais, o despontar de um sentimento de urgência quanto à necessidade de resgatar ou fomentar o fator ético nas relações privadas e no espaço público e, como não podia ser diferente, essa demanda se projeta sobre o campo jurídico.

Em paralelo a essa demanda crescente por uma maior densificação do fator moralidade pública, avulta a necessidade de (re)construção de um saber jurídico-penal nessa seara. Esse é um campo que ainda está à espera da formulação de uma nova ciência, de um novo saber. Há uma premência de que os formuladores da dogmática jurídico-penal assumam a condição de bons juristas e despertem de um certo torpor imobilizante que sedimentou por longos anos um não-discurso nesse campo. Tal situação levou essa matéria a ficar em uma espécie de limbo teórico-dogmático caracterizado pela completa ausência ou precária formulação de

⁷ *Because defining behavior as "corrupt" inevitably entails a judgment about what behavior is legitimate and what is not, there is an irreducible sociological component that has been given surprisingly little attention. Judgments about legitimacy are part of the larger frameworks of normative conceptions that people produce in all known social structures. Norms do not come from above, nor do they arise in most cases, I would argue, from some evolutionary process that selects for efficiency. Instead, they are enacted, reproduced and/or changed in the course of each group's normal activity. Norms may be in part a reflex of changes in practical realities, as when increasing women's participation in the workforce makes sexist conceptions appear quaint and outdated. Yet they have some life of their own, and can predate and influence as well as being a consequence of social change, as Gunnar Myrdal noted in his 1930's study *An American Dilemma*, which in effect predicted a civil rights movement from the disjunction between norms and actual behavior.*

consistentes marcos teórico-conceituais que considerem as especificidades dos tipos penais enfeixados na categoria crimes funcionais.

Essa exigência decorre do fato de que é reservada à dogmática jurídico-penal⁸ a função de definir e cingir o alcance, a forma e a intensidade com que a normatividade penal incidirá sobre as ações de agentes públicos que sejam reveladoras de práticas de corrupção, pois os Estados Democráticos de Direito contemporâneos não admitem um sistema de controle penal que opere com elementos referentes com a largueza de sentido que concepções sociológicas e antropológicas conferem a determinadas práticas sociais, especialmente quando identificadas como desvios que podem perturbar sensivelmente a coesão social e comprometer a estabilidade institucional. Dentre essas práticas sociais, encontram-se os atos de corrupção pública.

Entretanto, apesar da possibilidade de divisar com maior clareza as condutas definidas como crimes contra a administração pública nos dias atuais, em decorrência, principalmente, do princípio da reserva legal ou da taxatividade, é bem verdade que as estruturas normativas definidoras de ilícitos contra a administração pública padecem de considerável vagueza semântica revelada pela presença de termos ambíguos e polissêmicos como “vantagem indevida” e “dever funcional”.

Esses “elementos disfuncionais” perturbam a operacionalidade do marco normativo jurídico-penal. Por exemplo, a própria noção de atividade de troca devida/indevida ou de relação legítima/ilegítima a marcar o intercâmbio entre agentes públicos e particulares é fluida, o que favorece a falta de razoável consenso entre os dogmáticos e os operadores do direito em torno do sentido e alcance dos textos normativos definidores de crimes funcionais.

⁸ Esta atividade de conhecimento do direito positivo é chamada de dogmática, porque está voltada ao estudo das normas jurídicas positivas consideradas como um "dogma", isto é, como uma declaração de vontade com pretensão de validade geral, para resolver os problemas sociais. Portanto, a dogmática jurídico-penal trata de averiguar o conteúdo da lei criminal, os seus pressupostos, suas consequências, para distinguir os atos puníveis dos que são impuníveis, para saber, afinal, o que a vontade geral expressa na lei quer punir e como autoriza a fazê-lo. Neste sentido, a dogmática jurídico-penal atende uma das funções mais importantes confiada, em geral, à atividade de um Estado de Direito: a garantia dos direitos fundamentais do indivíduo contra o poder arbitrário do Estado, que, embora delimitado dentro de certos limites, necessita de controle e asseguramento desses limites. (MUÑOZ CONDE, 2001, p. 212) (tradução livre)

Tomado por uma certa inquietação diante da ampla elasticidade semântica dos termos empregados e da adoção de palavras com forte conotação moral em textos normativos, Oliver Wendell Holmes (S/D, p. 178) traz a questão se não seria um ganho caso todos os termos de caráter moral pudessem ser banidos dos textos legais, e fossem adotadas outras palavras que veiculassem proposições normativas desprovidas de qualquer sentido decorrente do que considera noções estranhas ao direito. Assim procedendo, na sua visão, ficaríamos livres de uma desnecessária e perturbadora confusão semântica, ganhando muito em termos de clareza de nosso pensamento.

Ocorre que não é possível eliminar de todos os termos e expressões com alguma conotação moral dos textos normativos, convindo apenas buscar estabelecer certo nível de consenso sobre seu sentido e alcance. Afastar por completo a vagueza semântica dos textos legais e prover o ordenamento jurídico de uma assepsia de elementos morais também não contribui para o reforço da clareza de propósitos que o marco normativo vigente em determinada sociedade busca alcançar e estabelecer.

As categorias de análise, os elementos conceituais, os esquemas de classificação que compõem o acervo de modelos analíticos comumente empregados no estudo e interpretação dos tipos penais definidores de práticas corruptas pela dogmática jurídico-penal brasileira, não se apresentam como adequados para apreender, traduzir e processar (no plano cognitivo e operacional) adequadamente os crimes relacionados a tais práticas. O que se verifica é que esses modelos teórico-discursivos disponíveis sequer passam a ser devidamente utilizados ou mesmo não chegam a ser redefinidos pela grande maioria de juristas e dogmáticos, inviabilizando uma análise mais abrangente e um enquadramento com maior rigor conceitual das condutas tipificadas nos textos normativos como crimes funcionais.

De certa forma, a análise econômica do direito introduz a centralidade do princípio da eficiência no estudo de vários fatos jurídicos, em especial daqueles relacionados à criminalidade do poder econômico e político. De certa forma, seria necessário superar a explicação dos comportamentos desviantes configuradores dos chamados crimes do colarinho branco na perspectiva do *homo sociologicus* por considerações centradas no *homo oeconomicus*, em que critérios como relação

custo-benefício seriam aferidos na análise dessa forma de criminalidade. Afinal, é possível cogitar que um sujeito pode ser estimulado a cometer um delito se a sanção esperada (o risco) for significativamente inferior às vantagens daí auferidas (o benefício). (SILVA-SÁNCHEZ, 2004, pp. 09-24)

Se o direito enquanto normatividade não tem o condão de moldar por completo comportamentos humanos, ou seja, não é capaz de induzir a maioria dos indivíduos a observar o marco normativo estabelecido de observância necessária, é possível reconhecer que esse marco normativo serve como guia ou parâmetro a indicar, no plano da institucionalidade jurídico-política, o comportamento exigido em relação a determinada matéria ou questão. Essa função pedagógica ou de diretriz ético-política da normatividade é não apenas reforçada, como até mesmo passa a gerar os efeitos pretendidos de projetar-se sobre a percepção dos indivíduos ajudando a forjar sentidos e entendimentos, quando aos seus violadores passa a ser aplicada a sanção estabelecida.

Assim, acreditamos que depois de um longo descompasso entre o campo da normatividade e da efetividade, o julgamento da Ação Penal 470 pode reforçar a percepção de que os casos de crime de corrupção e outros a ele conexos não são mais amplamente tolerados, passando a abarcar riscos maiores, com seus autores a respondendo pelos desvios funcionais e, quando responsabilizados depois de um devido processo penal, cumprindo as penas devidas. Esse caso, para empregar uma expressão cara ao Ministro Luís Roberto Barroso, é um ponto fora da curva no histórico de impunidade dos poderosos observado no Brasil, especialmente quando estes são graduados agentes políticos.

Na verdade, um breve levantamento nas obras de dogmática jurídico-penal que abordam os crimes funcionais permite constatar que a quase totalidade dos dogmáticos brasileiros da matéria jurídico-penal realiza uma análise desses tipos

penais eivada de um senso comum teórico⁹ raso e frágil, e contribuem, ainda que não intencionalmente, para um quadro de generalizada impunidade em relação a esses crimes. Não é outro o diagnóstico de Jesús-María Silva Sánchez e, em tal sentido esse autor registra que:

(...)Trata-se de delitos qualificados criminologicamente como *crimes of the powerful*; de delitos que têm uma regulação legal insuficientemente assentada; e de delitos cuja dogmática se acha parcialmente pendente de elaboração. E tudo isso há de redundar em uma configuração dos mesmos sob bases significativamente diversas daquelas do Direito Penal clássico (da delinqüência passional ou dos *crimes of the powerless*). (SILVA-SÁNCHEZ, 2002, p. 73)

É perturbador que ainda tenhamos à disposição na dogmática jurídico-penal um quadro conceitual forjado há cerca de dois séculos e que sofreu, vale ressaltar, uma natural defasagem para a qual os penalistas ainda não se deram conta ou, comodamente, permanecem indiferentes diante dessa eloquente constatação. Diante disso, Francisco Muñoz (2001, p. 83) faz a seguinte exortação:

Então, se a dogmática jurídicopenal não pretende merecer o título de "reacionária", deve ser também a dogmática crítica do direito penal. Parece que estes dois termos, o de dogmática e o de crítica, se repelem, mas isso ocorre devido às equivocadas conotações atribuídas à palavra dogmática. A dogmática jurídicopenal deve estar comprometida com a crítica do direito penal, desde o momento que ele é aceito tal como é. Só então poderemos falar dele como uma verdadeira ciência e não como mera técnica a serviço da classe dominante.

Isto também significa que a crítica, como uma parte importante de uma visão abrangente da realidade penal, deve estar presente em todas as fases da dogmática jurídicopenal. Não se deve esperar, portanto, a última fase, para criticar o direito penal como já foi interpretado e se encontra sistematizado. A crítica deve estar presente também na interpretação e sistematização do direito penal, garantindo que os resultados dessa interpretação e sistematização são mais adequados para uma convivência pacífica e democrática. Só quando isso não pode ser alcançado por meio de interpretação e sistematização "críticas" do direito existente, passa a abordagem crítica a cumprir uma missão diferente de lege ferenda, buscando promover a reforma ou mudança do direito penal. (CONDE, 2001, pp. 278-279)

⁹ Luís Alberto Warat (2011) caracteriza, metaforicamente, o senso comum teórico como "a voz 'off' do direito, como uma caravana de ecos legitimadores de um conjunto de crenças, a partir das quais, podemos dispensar o aprofundamento das condições e das relações que tais crenças mitificam." Ele reivindica um saber crítico do direito como um novo ponto de vista epistemológico, tomando por objeto de análise os discursos competentes da ciência e epistemologia jurídicas forjados na própria práxis jurídica. Ele tenta fixar algumas das principais regiões desse "senso comum teórico dos juristas" que seriam: a) a região das crenças ideológicas, b) a região das opiniões éticas, e c) a região dos conhecimentos vulgares. Segundo o autor argentino, "todas essas regiões influem, consciente ou inconscientemente, na formação do espírito jurídico; num saber que provocando conotativamente a opacidade das relações sociais, afasta os juristas da compreensão do papel do direito e do seu conhecimento na sociedade".

Assim sendo, a ausência de uma crítica interna que permita um avanço reformista na dogmática jurídico-penal contribui decisivamente para que os textos normativos tipificadores das diversas condutas que se configuram como violadoras aos elevados interesses e valores da administração pública careçam de maior grau de efetividade.

Em síntese, nossos dogmáticos da área penal promoveram o esvaziamento desse campo de análise e produzem um não-discurso (tamanho a fragilidade das construções teórico-argumentativas apresentadas) que cumprem um papel central na disfuncionalidade do sistema penal, na medida em que sua produção praticamente inviabiliza a efetivação concreta e consequente dos enunciados que tipificam a corrupção ativa e passiva, o peculato, a advocacia administrativa, e tantos outros. Mas, vale lembrar, esse não-discurso é fragorosamente funcional a um certo desiderato orientado à não punição de determinados agentes públicos, principalmente os mais poderosos.

Para ilustrar, vale o registro de algumas construções dogmáticas disponíveis em diversos manuais e tratados de Direito Penal de prestigiados autores nacionais. Na análise do tipo penal peculato (art. 312, CPB)¹⁰, convencionou-se mencionar a figura do chamado peculato de uso – importando-a precipitada e acriticamente do campo de análise do tipo penal furto (art. 155, CPB) – como um indiferente penal. Dessa forma, a conduta de utilizar veículos, máquinas, equipamentos e outros bens móveis para fins particulares é considerada um mero peculato de uso – e, portanto, sem feição típico-penal –, o que vem levando a um esvaziamento significativo do alcance da tipificação veiculada na art. 312 do Código Penal Brasileiro, lembrando que o verbo “desviar” é um dos que verbos nucleares na descrição desse tipo

¹⁰ Art. 312 - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio: Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa.

§ 1º - Aplica-se a mesma pena, se o funcionário público, embora não tendo a posse do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, ou concorre para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário.

penal¹¹.

Em outro caso, vale registrar a formulação de um dos autores nacionais, cuja obra de Direito Penal é das mais adotadas nos cursos de Direito na atualidade, que se limita a mencionar indistintamente a administração pública como a objetividade jurídica tutelada em praticamente todos os tipos penais que compõem o rol dos crimes contra a administração pública do Código Penal brasileiro¹². Uma formulação genérica e sem qualquer densidade teórico-argumentativa como a apresentada pelo autor, deixa de orientar a aferição de qual seria o interesse ou valor configurado enquanto bem jurídico tutelado naqueles tipos penais, não serve para nortear com maior clareza e propriedade se seria a integridade do patrimônio público, e/ou mesmo a eficiência e regularidade do serviço público; e/ou, ainda, a moralidade e impessoalidade nos atos dos agentes públicos etc.

Não se concebe a existência de uma conduta típica que não afete um bem jurídico, posto que os tipos não passam de particulares manifestações de tutela jurídica desses bens. Embora seja certo que o delito é algo mais – ou muito mais – que a lesão a um bem jurídico, esta lesão é indispensável para configurar a tipicidade. É por isto que o bem jurídico desempenha um papel central na teoria do tipo, dando o verdadeiro sentido teleológico (de telos, fim) à lei penal. Sem o bem jurídico, não há um “para quê?” do tipo e, portanto, não há possibilidade alguma de interpretação teleológica da lei penal. Sem o bem jurídico, caímos num formalismo legal, numa pura “jurisprudência dos conceitos”. (ZAFFARONI & PIERANGELI, 2007, p. 398-399)

Se para haver um crime – inclusive o funcional –, é necessário verificar se houve concreta lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico penal tutelado, é indubitável que especificar qual é esse bem jurídico tutelado, delimitando-o e fixando seu conteúdo semântico, é determinante para viabilizar a punição de um agente acusado de delitos dessa espécie. Essa aferição é indispensável para um levantamento tão preciso quanto possível sobre os propósitos e efeitos da tipificação jurídico-penal contemplada no texto normativo, permitindo, inclusive, levantar e

¹¹ Há um entendimento praticamente pacificado no Brasil em sede doutrinária de que somente responde por peculato desvio se for praticado pelo Prefeito Municipal, posto que é previsto no artigo 1º, II, do Decreto-Lei 201/67, como a conduta que se caracteriza pelo uso da coisa pública, com a intenção de devolver, devendo ser, portanto, coisa infungível. Assim, em relação ao peculato de uso, considera-se que somente é objeto de cominação no âmbito da Lei de Improbidade Administrativa, Lei n. 8.429/92, artigo 9º, inciso IV, ao prescrever a conduta de utilizar em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer dos servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.

¹² Trata-se do autor Rogério Greco e a obra a que se faz referência é o seu Curso de Direito Penal, que no volume 3 traz o capítulo destinado a crimes contra a administração pública.

arrematar o grau de lesão advinda da conduta do agente para a definição da tipicidade.

Resta demonstrado que a ausência de uma norma imunizante capaz de atribuir às normas tipificadoras de crimes funcionais uma maior propriedade para atuarem enquanto código forte, acaba por conferir um menor rigor e um alcance significativamente reduzido desses dispositivos normativos. Fica evidenciado que tais normas estão dispostas com base num código fraco que flexibiliza seu conteúdo semântico, dada a ambigüidade e a vagueza dos signos presentes no texto normativo, quadro esse agravado pelo silêncio da dogmática jurídico-penal que vem se recusando, ao longo do tempo, a produzir um saber qualificado nesse campo.

O que é mais preocupante é que tal situação pode levar o receptor-aplicador a uma espécie de maneirismo retórico no processo de interpretação-aplicação que pode degenerar em um decisionismo voluntarista por não saber qual percurso seguir, qual orientação hermenêutica adotar e qual a metodologia a ser adotada para alcançar a “verdade” dos fatos levados a julgamento.

Para Luigi Ferrajoli, (2002, p. 39), “foi mérito do pensamento penal do iluminismo o reconhecimento dos nexos entre o garantismo, o convencionalismo legal e o cognitivismo jurisdicional, de um lado, e entre despotismo, substancialismo extralegal e decisionismo valorativo, de outro”. Assim, na função jurisdicional que tem como referente o Estado Democrático e Constitucional de Direito, os agentes do Estado jamais podem atuar voluntariosamente, ao arrepio da estrita legalidade, formulando juízos desprovidos de suporte legal e fático. Impõe-se que o magistrado não finde por projetar no processo decisório – que eventualmente leve a termo na função judicante que desempenha – suas visões de mundo, fundamentando suas decisões, basicamente, em seus valores pessoais, preconceitos e idiosincrasias.

Fica evidenciado, em síntese, que as normas que determinam os crimes funcionais no Brasil estão dispostas com base num código fraco que flexibiliza ou elastece seu conteúdo semântico, dada a ambigüidade e a vagueza que o saber dogmático até hoje produzido no Brasil comete aos signos presentes nos textos normativos que dispõem sobre crimes contra a administração pública.

Dessa forma, a tendência é que o intérprete-aplicador decodifique a norma com base num código forte de mão própria, de forma a delimitar seus conteúdos significantes por mera liberalidade interpretativa. Isso faz emergir um poder de violência simbólica¹³, pois o sentido e alcance do texto normativo ficam sujeitos à ampla discricionariedade do intérprete que atribui um significado próprio à norma, impondo-lhe sentidos tomados como estanques e definitivos para que elas signifiquem exatamente o que é pretendido por esse intérprete-aplicador.

(...), quando a decodificação é flexível e difusa, conforme um código fraco, as relações sociais consideradas justas admitem desigualdades entre os membros, garantidas por posições de supremacia e inferioridade, definidas, porém, por um personalismo afetivo e concreto, tomado como inerente àquelas relações sociais, em que é norma a disputa por aquilo que cada um é e não pelo que pode obter. A solidariedade social é, assim, um valor que depende de uma força exterior, respeitável e temida, que contém e refreia as paixões. Assim, o sistema de justiça material tende a privilegiar o prestígio pessoal, variável e instável, donde ser a entrega a um bem maior, ao qual se presta obediência cega e não sopesada, o princípio da disciplina social: o que impede ou dificulta essa entrega é injusto. Temos, então, uma ética que exalta a autarquia do indivíduo, que exige o comportamento prestativo num mundo de rivalidades, que valoriza os vínculos afetivos, como aqueles constituídos no seio da família, os quais unem os chefes patriarcais e seus descendentes, colaterais, agregados e afins. (...) Prevalece, assim, o culto à amizade, à lealdade devida a superiores, amigos e afins, acima de virtudes como a exatidão e o respeito à lei geral. Nesse quadro, a inteireza de caráter, a gravidade, o termo honrado, o proceder sisudo são atributos personalistas que engrandecem o indivíduo, donde o apreço também, pela audácia, pela esperteza, pelo proveito rápido em detrimento do trabalho persistente e da atividade cotidiana. Daí por que, em comparação com o arrojo, os valores da segurança, da certeza, da paz sejam considerados medíocres. É isto, aliás, que confere à organização social uma instabilidade só controlável em nome de um bem superior e externo. Prevalece, pois, como princípio máximo da justiça a bondade eqüitativa, espaçosa e ilimitada, donde o reconhecimento de que a administração pública é um bem em si, um patrimônio a ser explorado em proveito da amizade e da lealdade, do afeto e da paz interior. (FERRAZ JR., 2003, p. 355) (grifo nosso)

¹³ Foi o pensador francês Pierre Bourdieu (1989, pp. 11-15) que definiu violência simbólica como o processo por meio do qual a classe dominante impõe sua cultura aos dominados. Ele concebe a cultura ou o sistema simbólico, como uma produção arbitrária, posto que não está assentada numa realidade dada como natural. Um determinado grupo social tem o seu sistema simbólico que impõe como pretensamente comum, ou seja, consensualmente compartilhado, sendo que a manutenção desse sistema é determinante para a preservação de uma dada sociedade. Isso ocorre especialmente pela interiorização do padrão cultural dominante por todos os membros dessa mesma sociedade e, para tanto, recorre-se a mecanismos e estratégias várias de legitimação de forma frequentemente sutil e dissimulada. A violência simbólica favorece a reprodução e o compartilhamento de valores e visões de mundo que foram moldados pelas relações do mundo do trabalho. O dominado não se insurge contra o seu opressor, uma vez que não se percebe como vítima deste processo que, na verdade, é percebido como natural e inexorável.

Infere-se que Tércio Sampaio Ferraz Jr., inspirado no pensamento de Sérgio Buarque de Holanda, foca seu olhar em direção às distorções e vicissitudes geradas por um descompasso absoluto e profundo entre o campo do direito e da moral pública. Impõe-se reconhecer que a gestão abusiva, arbitrária e voluntariosa da coisa pública é uma das mais perniciosas formas de violência do Estado, quando este se converte em mero garantidor de privilégios e benesses dos beneficiários de sempre.

Ao lado da carência de um quadro analítico mais robusto capaz de orientar o processo de interpretação do marco normativo, também, é perceptível que o método de apreensão e compreensão de fatos em concreto identificados como corruptos também é falho, por estar apoiado em processos de inferências e deduções defasados e ineficazes. Os métodos empregados para a análise e valoração das provas coletadas e disponíveis, nem sempre viabilizam alcançar uma “verdade” mais consistente, posta que provável e convincente, sobre o caso em julgamento.

Somente com uma abertura para a adoção de perspectivas teórico-metodológicas que o pragmatismo traz e propõe, será possível prover o processo de elucidação e interpretação dessa criminalidade mais sofisticada e com um enredo mais complexo em que se insere a corrupção pública de elementos de inferência e dedução mais robustos, de modo a viabilizar a construção de uma hipótese prevalente sobre os fatos em julgamento identificada como uma verdade crível, convincente.

Como parte do esforço para tornar a dogmática jurídico-penal menos deslocada e até descolada da realidade, importa investigar as razões políticas que permitiram a adoção de algumas teorias em detrimento de outras, os fatores sociais que motivaram as opções legislativas que vingaram em forma de textos normativos válidos, as teses que vicejaram nas interpretações dos tribunais. Certamente a adesão a essa postura poderá fazer com que a Ciência do Direito, em especial a Penal, seja capaz de oferecer modelos teóricos referentes, elaborar elementos cognitivos, formular aportes discursivos e definir métodos interpretativo-operacionais mais eficazes, que permitam uma progressiva mitigação do excessivo enfoque em tradicionais problemas teórico-formais e questões lógico-conceituais que marcavam (e ainda marcam) o pensamento jurídico no Brasil.

Toda uma geração de juristas foi educada durante uma “era de ordem”, fundado em uma única concepção formal do direito, inspirada na tradição filosófica inglesa do empirismo lógico e na dogmática kelseniana. A lógica deontológica, própria do jurídico, a dedução como base do raciocínio fundante, e os princípios de hierarquia, temporalidade e espacialidade, foram as bases de um sistema formal cujo propósito foi a coerência. De tal modo, o direito é concebido como um sistema formal de coerência lógica apriorística, ou seja, uma obra do legislador e da dogmática que reproduz o modo de raciocínio.

Toda uma geração de juristas vive agora em uma “era de desordem”, na qual é produzido um fenômeno de “materialização do direito”. O sistema é cada vez mais aberto e permeável à incorporação de critérios que provêm de outras áreas, das quais o divórcio não foi inteiramente possível, como a moral, a sociologia, a economia, ou a técnica, que são introduzidas através de princípios, valores, conceitos indeterminados. (LORENZETTI, 2010, p. 359)

Se o apego ao formalismo e os excessos de uma concepção totalizante da dimensão do jurídico na sociedade deixam de ser uma constante, a repercussão não foi uniforme nos mais diversos subsistemas jurídicos. A perturbação no subsistema criminal vem se fazendo sentir de forma intensa e dramática, uma vez que o impacto desses ventos reformadores na dogmática jurídico-penal não é tão perceptível, quanto o que se observa no campo da dogmática jurídico-constitucional, civil e processual, por exemplo.

Assim, onde essa era de desordem tem potencial para produzir um maior grau de perplexidade e considerável desconforto é no campo da dogmática jurídico-penal, pois em decorrência do princípio da legalidade estrita é este o campo em que mais vicejou o formalismo conceitual e foi adotado de forma mais densa o silogismo lógico-formal, revelado, principalmente, pelo primado da interpretação gramatical e sistemática. É evidente que a restrição ao emprego da interpretação extensiva ou analógica nesse campo em favor da prevalência da interpretação literal, buscava proteger quem viesse a sofrer a persecução penal dos excessos e abusos do *jus puniendi* estatal, fixando rígidos limites e estreitos regramentos para atuação das agências e dos atores que atuam no âmbito do sistema de justiça criminal.

Entretanto, já não é mais possível a dogmática jurídico-penal manter-se de costas às pressões e demandas por novos enfoques e abordagens. É possível observar, diante de sociedades plurais, a assunção de uma hermenêutica jurídica

plural¹⁴ e de novas possibilidades metodológicas, sem maiores veleidades ou ousadas pretensões de ensinar o acertado caminho metódico da decisão justa, de apontar o percurso seguro pelo qual se alcança o julgamento legítimo; antes, reconhece os impasses nunca ausentes e os equívocos e distorções sempre latentes ao longo do processo de interpretação e aplicação do marco normativo válido.

Deixa de ser eleito como objeto privilegiado de investigação da Ciência do Direito a busca de uma verdade jurídica e como propósito central o estabelecimento de um sistema racional e autorreferenciado e, portanto, pródigo em oferecer soluções adequadas a todos os fenômenos judicializáveis. Passa a recair sobre esse modelo de sistema jurídico apresentado como rigorosamente estruturado em aportes lógico-formais autoevidentes a viabilizar decisões que primam pela correção e justiça, esta última compreendida como expressão de uma medida razoável, uma crescente desconfiança de que se trata de uma construção ficcional e de reduzida eficácia funcional.

Dessa forma, criando e preservando bases conceituais fundantes e o aporte axiológico e teleológico que moldam a feição protetivo-garantista do Direito Penal – revelada em duas frentes, tanto ao refrear eventuais excessos dos impulsos punitivistas do Estado, como também ao minimizar a violência na sociedade pelo emprego regrado e autolimitado da resposta punitiva diante da lesão ou ameaça de lesão a bens de alto relevo social –, já é passada a hora de prover o marco normativo penal de um maior grau de efetividade em casos de crimes funcionais no Brasil, como exigência da própria subsistência e legitimidade do sistema penal.

A adesão a uma perspectiva teórica e metodológica de orientação jurídico-pragmática no direito brasileiro certamente contribuiriam para uma compreensão e operacionalização mais qualificada do marco normativo que investe contra a criminalidade do poder. Isso ocorreria exatamente pelo fato de o pragmatismo ser uma referência teórico-metodológica que fornece elementos, conceitos e

¹⁴ É exatamente este – Hermenêutica Plural – o título de um livro organizado por Carlos E. de Abreu Boucault e José Rodrigo Rodríguez e editado pela Martins Fontes em que autores diversos *problematizam* o pensamento jurídico contemporâneo em torno de questões centrais afetas à Hermenêutica Jurídica.

abordagens adequados para fazer frente a essa criminalidade. Mais adiante, traremos dados e evidências que apontam nesse sentido.

Já no tópico seguinte, traçaremos um breve esboço histórico sobre a corrupção (no) do poder público no Brasil, acompanhado de algumas abordagens analítico-explicativas encampadas por sociólogos e cientistas políticos. Certamente conhecer as origens, causas e efeitos de um fenômeno tão entranhado em nossa experiência histórica, pode auxiliar a compreender melhor as implicações de sua manifestação. A tentativa de apreensão ou aproximação, tanto quanto possível, das bases socioculturais de um fenômeno tão complexo e dinâmico como a corrupção é uma estratégia adequada para divisar os meios mais qualificados e eficientes para o seu enfrentamento, a fim de impedir a contínua degeneração de valores e costumes no âmbito político-administrativo brasileiro.

2.2. O Panorama Histórico e a Leitura Político-Cultural do Fenômeno da Corrupção no Brasil

Não é possível compreender o fenômeno da corrupção em nossa experiência histórica sem fazer referência aos aspectos estruturais das instituições brasileiras e, mais especificamente, à nossa tessitura política, que fomentam as práticas desviadas e corruptas do poder no Brasil. Os casos de corrupção e outras formas de degeneração da função pública assumiram uma considerável envergadura e é tamanha sua penetração nas entranhas político-administrativas do país que ao longo do tempo, de forma constante e progressiva, passaram por um temerário processo de naturalização.

Caio Prado Jr., Raymundo Faoro, Sérgio Buarque de Holanda, Roberto da Matta e José Murilo de Carvalho – dentre outros importantes estudiosos que elegeram como objeto de estudos e pesquisas a formação do Estado brasileiro e o processo de construção de nossa nacionalidade –, iluminam o campo de análise quando apontam uma renitente confusão entre pessoa e indivíduo, espaço público e

domínio privado, compromisso público e patrimonialismo¹⁵ que acompanha a nossa sociedade e marca a experiência política brasileira.

Essa indistinção ou confusão, especialmente revelada nos costumes e práticas dos agentes públicos, pode explicar a assimilação e naturalização amplamente generalizadas em nosso país de condutas como o uso do carro oficial para fins particulares, a intermediação de interesses privados por servidores no âmbito da administração pública, a destinação de recursos públicos e distribuição de cargos conforme o jogo de conveniência político-partidária, que, uma vez substantivizadas, moldaram categorias como nepotismo, clientelismo, fisiologismo e tantas outras derivações que marcam indelevelmente nossa trajetória política e a feição do poder público brasileiro.

Vale registrar que os autores citados e outros que nos auxiliam a estabelecer um referencial analítico-descritivo sobre esse fenômeno tão complexo e ambíguo como a corrupção, não partem de concepções comuns nem compartilham as mesmas hipóteses quanto à origem e às causas desse fenômeno. Alguns, sinalizando maior afinidade com uma visão realista, tendem a identificar e apontar condicionantes materiais historicamente situadas a influenciar a emergência de tais práticas, associando-as a um sistema social específico. Outros, mais afinados com o pensamento liberal, perfilham a tese de que o impulso maior para que práticas corruptas se irradiem nas várias esferas do poder está na prevalência de interesses pessoais e corporativos de quem está em posição mais favorável, especialmente por meio de manifestações individuais que convergem movidas pela defesa de privilégios estamentais e classísticos.

Acreditando que todo fenômeno social se manifesta tendo como substrato condições diversas que favorecem sua emergência e assumem, ao logo do tempo, uma certa constância e regularidade que especificam sua natureza e feitio, convém

¹⁵ Para Max Weber (1999), o patrimonialismo era um tipo de dominação tradicional. Trata-se de mais uma das suas formulações enquanto tipos-ideais que caracterizaria as sociedades baseadas na autoridade tradicional, em que, diante da ausência de um corpo burocrático e de um aparato administrativo sujeito a regras impessoais, as relações são regidas praticamente por critérios pessoais, em regra, absolutamente discricionários. Como é uma categoria utilizada para interpretar as sociedades dentro do marco histórico da Idade Média e da Modernidade, na atualidade, o termo patrimonialismo passou a ser empregado, em regra, para caracterizar Estados em que são assegurados privilégios e benesses para grupos próximos ao poder e onde as relações são marcadamente assimétricas.

fazer um breve resgate histórico para situar o fenômeno da corrupção na experiência brasileira. É pertinente buscar uma aproximação com esse objeto, conhecendo sua manifestação no curso do tempo e as diversas formas de percepção do mesmo, a fim de buscar apreender as razões de sua capilaridade e firme renitência ao longo de toda a nossa história, cuja manifestação remonta ao período colonial.

É por isso que para compreender o Brasil contemporâneo precisamos ir tão longe; e subindo até lá, o leitor não estará se ocupando apenas com devaneios históricos, mas colhendo dados, e dados indispensáveis para interpretar e compreender o meio que o cerca na atualidade (...) O passado, aquele passado colonial que referi acima, aí ainda está, e bem saliente; em parte modificado, é certo, mas presente em traços que não se deixam iludir. (PRADO JR., 2011, p. 09)

É claramente perceptível, portanto, que o nosso processo de colonização e a longa experiência escravagista deixaram um oneroso legado com reflexos ou repercussões que ainda se fazem presentes no Brasil contemporâneo. Vezos autoritários arraigados, relações sociais fortemente hierarquizadas, vícios deformadores dos costumes (aqui, vale lembrar Sêneca) são apenas alguns dos marcos característicos de nossa formação que contribuem para a continuidade de contradições e a perenidade de injustiças que aplacam a sociedade brasileira em distintas épocas.

(...) De alto a baixo da escala administrativa, com raras exceções, é a mais grosseira imoralidade e corrupção que domina desbragadamente. (...) Aliás, o próprio sistema vigente de negociar os cargos públicos abria naturalmente portas largas à corrupção. Eles eram obtidos e vendidos como a mais vulgar mercadoria. Mas isto ainda é o de menos, porque estava nos métodos aceitos e reconhecidos. O que fazia Vieira, já século e meio antes, conjugar no Brasil o verbo “rapio” (no sermão do Bom Ladrão) em todos os modos, tempo e pessoas, era esta geral e universal prática, que já passara para a essência da administração colonial, do peculato, do suborno e de todas as demais formas de corrupção administrativa. (...) (PRADO JR., 2011, pp. 356-357)

No pensamento ocidental dos antigos, tomava-se uma república como corrupta quando não atendia ao interesse coletivo, ainda que em detrimento do interesse individual. Já na concepção moderna, tomando como marco a criação da república norte-americana, uma república seria corrupta caso fosse incapaz de assegurar a realização de interesses individuais. Assim, os governantes poderiam ser honestos sem que a república o fosse, e vice-versa. Nos dois sentidos sistêmicos, é possível afirmar que a república brasileira foi corrupta desde o início,

pois da mesma forma que não buscava o interesse coletivo, também não garantia a felicidade individual. (CARVALHO, 2008a, pp. 70-71)

Para Raymundo Faoro (2008, pp. 102-114), a realidade política do nosso país revela a persistência secular de uma estrutura patrimonial que molda a forma de organização da nossa sociedade e das relações de poder a ela subjacentes. Ao longo dos regimes políticos que se sucederam no Brasil, nossas elites econômicas sempre assumiram uma postura condescendente ou mesmo tiveram um papel ativo no rateio do poder político e das vantagens daí decorrentes.

Pelas plagas brasileiras vicejou um capitalismo enviesado tipicamente plasmado por práticas degeneradas de fazer negócios e realizar empreendimentos, com nossa elite econômica assumindo uma postura não tão fiel ao ideário liberal mais tradicional que propunha a mitigação do intervencionismo estatal, nos moldes do modelo de Estado Mínimo.

Sem maior esforço analítico, é possível constatar que contamos com poucos adeptos do mais autêntico liberalismo econômico no Brasil, pois nossa elite econômica nunca foi tão inventiva e fiel ao ideário liberal a ponto de induzir ou exigir o estabelecimento de uma verdadeira e azeitada economia de mercado. Na verdade, muitos desses autoproclamados liberais viram na adesão a um “mercado da política” ou a uma “economia do compadrio” a forma mais cômoda para tocar seus negócios sob as bênçãos generosas de burocratas e poderosos políticos de ocasião.

(...) O estamento burocrático, fundado no sistema patrimonial do capitalismo politicamente orientado, adquiriu o conteúdo aristocrático, da nobreza da toga e do título. A pressão da ideologia liberal e democrática não quebrou, nem diluiu, nem desfez o patronato político sobre a nação, impenetrável ao poder majoritário, mesmo na transação aristocrático-plebéia do elitismo moderno. O patriciado, despido de brasões, de vestimentas ornamentais, de casacas ostensivas, governa e impera, tutela e curatela. O poder – a soberania nominalmente popular – tem donos, que não emanam da nação, da sociedade, da plebe ignara e pobre. O chefe não é um delegado, mas um gestor de negócios, um gestor de negócios e não mandatário. O Estado, pela cooptação sempre que possível, pela violência se necessário, resiste a todos os assaltos, reduzido nos seus conflitos à conquista dos membros graduados de seu estado-maior. E o povo, palavra e não realidade dos contestários, que quer ele? Este oscila entre o parasitismo, a mobilização das passeatas sem participação política, e a nacionalização do poder, mais preocupado com os novos senhores, filhos do dinheiro e da subversão, do que com os comandantes do alto, paternais e, como o bom príncipe, dispensários de justiça e proteção. A lei, retórica e elegante, não o

interessa. A eleição, mesmo formalmente livre, lhe reserva a escolha entre opções que ele não formulou. (FAORO, 2008, pp. 836-837)

Viu-se em nosso país, historicamente, o estabelecimento de uma ordem estamental assentada sob rígidas bases patrimonialistas, com características próximas da definição weberiana, mas tipicamente próprias de uma brasilidade ornada por privilégios, benesses e favorecimentos desmedidos aos “amigos do rei”.

Embora existam alguns críticos da obra de Raymundo Faoro que denunciam sua visão um tanto reducionista da nossa estrutura de poder, relegando-a excessivamente à condicionante econômica, é indubitável que seus estudos ajudaram a identificar que nossa forma de organização política permite àqueles atrelados de alguma forma ao aparato político-administrativo que se sintam imunes às exigências legais e às respectivas sanções em caso de violação a tais normas. Estes efetivamente gozam de benesses e privilégios que, embora parcelas do conjunto da sociedade eventualmente possam reprovar, boa parte também almeja poder compartilhar.

Ainda segundo Raymundo Faoro (2008, p. 824), todo este curso histórico conduz à admissão de um sistema de forças políticas bastante peculiar, que muitos sociólogos e historiadores resistem em reconhecer, provavelmente atemorizados por revelar um paradoxo, em nome de premissas teóricas de distintos feitios. Sobre a sociedade, acima das classes, estaria o aparelhamento político – uma camada social nem sempre articulada e muitas vezes amorfa – impera, rege e governa, sempre em nome próprio, num núcleo impermeável de comando. “Esta camada muda e se renova, mas não representa a nação, senão que, forçada pela lei do tempo, substitui moços por velhos, aptos por inaptos, num processo que cunha e nobilita os recém-vindos, imprimindo-lhes os seus valores.”

Haveria, portanto, conforme Raymundo Faoro, uma lógica de funcionamento do sistema político-administrativo no Brasil superior à vontade e às inclinações pessoais dos que ocupam espaço nesse sistema, e que se mantém praticamente infensa a uma maior vinculação ao marco normativo vigente. Acima da sociedade, esse pesado aparelho conta com operadores que se movimentam e articulam em torno de uma funcionalidade própria, com regras e valores específicos que não estão sedimentados em uma normatividade regular.

Essa azeitada engrenagem dispõe de um código particular de existência oculta (ou ocultada) cujas regras nem sempre são facilmente divisadas pelos outros, mas que são clara e rigorosamente observadas pelos interessados. Há uma renovação ordinária de quadros, mas em seus escalões mais elevados e mesmo nos intermediários o que se verifica é algo que pode ser sintetizado nos seguintes termos: alternam-se eventualmente os atores, mas o cenário e o enredo continuam praticamente os mesmos.

Todos esses múltiplos fatores e variáveis imbricados estabelecem um caldo de cultura social e política francamente favorável à ocorrência de transgressões de toda ordem em nossa estrutura de poder. Contamos com um ambiente institucional e sociocultural que maximiza exponencialmente as possibilidades de práticas corruptas e, o que é preocupante, sua força predatória se irradia e abre flancos em vários setores da sociedade.

Na apresentação do livro “Raízes do Brasil”, de Sérgio Buarque de Holanda, Antonio Cândido (1995, p. 13) registra que na obra é desvelado com clareza que no Brasil prevalece uma espécie de hibridismo de valores, interesses e referências, em tese, contrapostos, mas que aqui encontraram uma amálgama tensa e bastante peculiar, gerando um permanente jogo de concessões recíprocas: “Trabalho e aventura; método e capricho; rural e urbano; burocracia e caudilhismo; norma impessoal e impulso afetivo – são pares que o autor destaca no modo-de-ser ou na estrutura social e política, para analisar e compreender o Brasil e os brasileiros.”

Não era fácil aos detentores das posições públicas de responsabilidade, formados por tal ambiente, compreenderem a distinção fundamental entre os domínios do privado e do público. Assim, eles se caracterizam justamente pelo que separa o funcionário “patrimonial” do puro burocrata conforme a definição de Max Weber. Para o funcionário “patrimonial”, a própria gestão política apresenta-se como assunto de seu interesse particular; as funções, os empregos e os benefícios que deles auferem relacionam-se a direitos pessoais do funcionário e não a interesses objetivos, como sucede no verdadeiro Estado burocrático, em que prevalecem a especialização das funções e o esforço para se assegurarem garantias jurídicas aos cidadãos. (HOLANDA, 1997, pp. 145-146)

Seguindo uma perspectiva analítica aproximada e também sem cair na armadilha de reducionismos estanques, Roberto Da Matta (1997, p. 24) vislumbra o fenômeno da corrupção do poder sob um prisma dialético, registrando que na sociedade brasileira dispomos de um sistema bifronte. Pois, se de um lado temos

um conjunto de relações estruturais marcadas por simpatias e identidades de ordem pessoal (de parentesco, de amizade, de compadrio, etc); por outro, temos um sistema legal moderno, impessoal, fundado e moldado pela ideologia liberal-individualista.

A consequência disso é, segundo Roberto da Matta (1997, p. 24), o estabelecimento de uma estrutura dual que se autoalimenta e se reproduz por meio de uma peculiar dialética, em que se tem a lei draconiana e impessoal operando (ou pronta a operar) ao lado de um sistema de relações pessoais que permite, por causa disso mesmo, saltar a regra e o decreto. “Daí a profunda verdade sociológica do ditado: ‘Aos inimigos, a lei; aos amigos, tudo!’ Dir-se-ia (...): ‘Aos bem relacionados, tudo; aos indivíduos (os que não têm relações), a lei!’.”

Se na atualidade o ingresso no serviço público tem como grandes fatores atrativos a remuneração média acima daquela percebida na iniciativa privada, a garantia de estabilidade, o acesso a um plano de carreira e a disposição de um sistema previdenciário considerados generosos; em tempos anteriores o interesse maior estava centrado nas vantagens e benefícios que conferiam um status social de prestigioso destaque àqueles que integravam as hostes do aparato burocrático-administrativo, percepção que ainda se mantém num certo imaginário coletivo em nosso país.

A aura que recai sobre os agentes públicos, especialmente quando ocupam os escalões mais elevados da administração pública ou mesmo cargos eletivos, serve para sublimar sua condição, fazendo com que, em regra, muitos (os próprios) não se reconheçam ou mesmo não sejam vistos como servidores investidos de poder público (e, conseqüentemente, responsáveis por seus atos, omissões, decisões...), mas sim como alguém que detém o poder para dele se servir.

Mas os níveis de corrupção nem sempre se mantiveram em acentuada curva ascendente, sendo possível constatar que esse fenômeno não se manteve estável e uniforme ao longo tempo. Para José Murilo de Carvalho (2008b, pp. 241-243), os níveis mais elevados de corrupção na experiência brasileira passam a ser verificados de forma mais destacada a partir da derrocada da Monarquia. A centralização do controle administrativo nas mãos de um imperador e uma elite que

ansiava por parecer mais modernamente européia do que incomodamente tupiniquim, teriam forjado instituições e moldado procedimentos menos suscetíveis à corrupção generalizada.

Vislumbrando a corrupção como um fenômeno cuja manifestação tem variado em função da expansão da elite e do povo políticos, José Murilo de Carvalho (2008b, p. 242) registra que tanto no Império como na Primeira República, a elite era pequena, o povo político diminuto e o Estado, raquítico. Diante desse cenário, no período imperial a vigilância do Imperador ajudava a manter em nível razoavelmente elevado o padrão de comportamento político entre a elite. Com o fim dessa sociedade patricia, verifica-se o início de um processo, a partir de 1930 e que se acentuou após 1945, de entrada em massa do povo na política e a expansão da máquina estatal. Estabelecidas essas condições, o autor considera que foi franqueada ampla abertura para “o florescimento da corrupção expressa na forma de clientelismo, patrimonialismo, nepotismo, ou simples gatunagem de dinheiro público. Mais recursos disponíveis, mais demandas dos eleitores e menos escrúpulos dos políticos operaram a mudança. A corrupção entrou em curva ascendente”.

Na esteira desse diagnóstico, ainda é possível apontar mais algumas condições e fatores – como, por exemplo, a mudança da sede do governo federal em 1960 e a constituição de um presidencialismo de coalizão no período pós-ditadura – que persistem em favorecer e até incrementar esse quadro, especialmente quando se aproxima a segunda metade do século XX.

(...) Alguns fatores agravaram a deterioração dos padrões de comportamento do mundo político. Um deles foi o crescimento acelerado da máquina estatal, que ampliou as oportunidades para as práticas clientelísticas e patrimoniais e aumentou o predomínio do Executivo sobre o Legislativo. Outro foi a ditadura militar, que protegeu com o arbítrio a atuação dos governantes e interrompeu a formação de uma nova elite dentro de padrões republicanos. O terceiro foi a construção de Brasília, que libertou congressistas e executivos do controle das ruas, ampliando a sensação de impunidade. Brasília tornou-se uma corte corrupta e corruptora. Funcionasse o governo no Rio de Janeiro, mensaleiros e assemelhados seriam vaiados nas sessões e “ovacionados” nas ruas. A nova democracia pós-ditadura tem tido papel ambíguo no que se refere à transgressão. Se, de um lado, a imprensa livre tem sido fator importante na denúncia de bandalheiras, de outro, a expansão final dos direitos políticos abriu o campo para grande diversificação da composição da elite política, nem sempre para o bem da moral pública. A maioria dos novos políticos foi formada durante a ditadura, escola pouco recomendável de respeito à lei.

Esses políticos não passaram por nenhuma escola de civismo. E são eles que compõem hoje o baixo clero do Congresso, disposto a qualquer acordo, para quem a política não passa de negócio. O presidencialismo de coalizão, para usar a feliz expressão de Sérgio Abranches, ao exigir amplas e heterogêneas bases parlamentares, contribui para aumentar a necessidade de barganhas entre Executivo e Legislativo, terreno fértil em que medrou o mensalão. (CARVALHO, 2008a, pp. 83-84)

Assim, com o incremento do processo de transformações políticas, sociais, econômicas e culturais no Brasil a reboque da implantação da República em substituição ao regime monárquico, o que se viu foi uma gradativa ampliação do aparato estatal e uma descentralização do poder que favoreceram o estabelecimento de um quadro onde se disseminou a corrupção sistêmica, ora com uma força mais intensa, ora com um vigor mais arrefecido.

Ao buscar uma caracterização distintiva e uma melhor compreensão da experiência moderna no ocidente em face de outras antecedentes, Max Weber (2002) reafirmou a ideia de que ao investigar e conhecer as peculiaridades de cada período seria possível identificar as causas de suas diferentes experiências em confronto com aquelas vivenciadas em outros contextos históricos. Segundo esse autor, na modernidade é a racionalização da vida que confere uma feição peculiar que distingue e especifica esse período em relação aos anteriores; que conforma uma nova estrutura de organização do poder político, cuja fonte de legitimação passa a residir na norma geral e impessoal e não mais na vontade do soberano de ocasião.

Estabelece-se, dessa forma, uma racionalidade ordenadora da disposição e do exercício do poder político mais empiricamente perceptível na burocratização das atividades estatais sob um amplo aparato técnico-normativo, rompendo com o modelo de gerir o aparelho administrativo sob bases personalistas e centralizadoras, que até então caracterizavam as estruturas do poder político absolutista.

Assim, tem-se uma ruptura¹⁶ com a ordem precedente, favorecendo o estabelecimento de uma outra ordem balizada por novos marcos referenciais no campo dos costumes, das instituições e das leis. Diante da racionalização da vida política que levou a um processo de despersonalização do poder e burocratização da organização do Estado, consolida-se a noção de que ilícitos praticados por agentes públicos não denotam mais uma traição ao governante ou uma grave ofensa ao chefe de ocasião; antes, configuram uma violação à moralidade, impessoalidade e regularidade da administração pública, esta concebida, segundo esclarece Eduardo Saad Diniz (2010, p. 54), como bem jurídico supraindividual¹⁷.

Ocorre que, no Brasil, esse processo de racionalização que levasse a uma profunda transição não se estabeleceu de forma manifesta, profunda e abrangente. O momento de superação ou ruptura com a ordem precedente não teve maior concretude nem largo alcance e permanecem espasmos de velhas práticas, resíduos de degenerados costumes que ainda resistem, persistem e impedem o estabelecimento de uma institucionalidade racionalmente orientada por valores republicanos e democráticos.

É bem verdade que enquanto Estado periférico e com uma pesada herança colonial, os ventos de mudanças sempre chegaram a nossa sociedade de forma tardia e difusa. Mesmo com a implantação da República no início do século XIX, que

¹⁶ O termo “ruptura” é equívoco e sempre suscetível a nuances e controvérsias acerca do seu sentido e alcance. O emprego desse termo em abordagens e estudos sobre fatos historicamente condicionados serve para sinalizar momentos de superação, períodos em que é possível identificar múltiplas forças (quer de origem cultural, econômica, ou mesmo política) convergentes ou até mesmo em contínua tensão, a imporem novos arranjos que dão uma feição distintiva a períodos razoavelmente bem divisados no fluxo da experiência histórica de determinadas sociedades. Apesar de preservar algumas constâncias e continuidades, inaugura-se uma nova fase resultante dos rearranjos e conformações decorrentes da atuação dessas forças de transformação que superam a ordem precedente.

¹⁷ De uma concepção liberal individualista de bem jurídico enquanto interesse juridicamente protegido que o direito tutela relacionando-o a um sujeito interessado, avançou-se, de forma mais intensa a partir da segunda metade do século passado para a noção de bem jurídico como valor socialmente referenciado. Assim, com esse processo de *desindividualização* ou mesmo *despatrimonialização* do bem jurídico e a eleição de uma parte considerável de bens de natureza coletiva merecedores da proteção penal, a concepção acentuadamente privatístico-patrimonialista do bem jurídico é abandonada. Dessa forma, para além dos direitos individuais clássicos como a vida, a liberdade, o patrimônio; passam a ser contemplados no sistema penal novos tipos penais destinados a tutelar bens jurídicos de caráter coletivo ou supraindividual (como a ordem econômica e o meio-ambiente) ou são *reforçados* os já existentes que possuem essa característica (a exemplo dos crimes contra a administração pública).

trouxe na esteira um contínuo processo de urbanização e industrialização mais intensamente percebido na segunda metade do século passado, não foi verificada uma superação desse estado de coisas, revelado em práticas desviadas do exercício do poder.

A despeito dos avanços no campo da economia e da cultura, do advento de novos arranjos sociais, da proliferação do ideário liberal, bem como do surgimento de um sofisticado aparato normativo especialmente incrementado ao longo das últimas décadas (a reboque do Texto Constitucional de 1988), constata-se que as práticas viciadas nos escalões inferiores e as exorbitâncias arbitrárias do poder nos estratos mais elevados da administração e do poder públicos continuam a obstar que o aparato político-administrativo no Brasil assumira uma feição genuinamente republicana e desempenhe suas funções em razão do mais autêntico e elevado interesse público.

Em um substancioso estudo sobre as práticas sociais e subjetividades que deram feição ao Brasil Moderno, Mériti de Souza (1999, pp. 33-36) enfatiza o descompasso entre um marco normativo e modelos de governo importados de fora e as experiências e práticas da maioria da nossa população. Segundo hipótese aventada pela autora, a tessitura social brasileira e nossa engenharia política de inspiração liberal foram forçosamente impostos e não construídos no contexto de vivências, experimentações e arranjos a modelar um Estado em gestação. Segundo a autora, portanto, esse descolamento da normatividade e da institucionalidade da base social gerou perplexidades e distorções que até hoje são visíveis e tismam nossos propósitos de implantação do ideal democrático e de justiça social em uma dimensão mais ampla nas paragens brasileiras.

Certamente, o caráter artificial do processo de construção do aparato político-institucional no Brasil foi pródigo no fomento de débeis arranjos político-sociais e na produção de uma normatividade desconectada da realidade. Vislumbramos, portanto, com grande ceticismo essa apologia do poder reformador ou regenerador da lei tão insistentemente presente no discurso dos políticos brasileiros.

Até aqui a proposta foi situar no contexto sociocultural e político brasileiro o fenômeno da corrupção. Sabemos que em razão dos objetivos deste estudo, não é possível nem pertinente avançar mais profundamente na análise dos múltiplos fatores e na identificação das muitas variáveis relacionadas a este fenômeno. O propósito maior foi deixar claro que a corrupção do poder não é algo acidental ou meramente conjuntural e sim estrutural em sistemas sociais e políticos mais fragilizados como o que se verifica no Brasil. Sua recorrência é maior onde vicejam condições culturais, econômicas, sociais e políticas favoráveis e pode ser meramente residual quando estão presentes instituições, valores e costumes sólida e consensualmente estabelecidos que repudiam práticas que não estão em conformidade com os padrões republicanos e que não contribuam para a salvaguarda dos superiores interesses coletivos e liberdades individuais.

Entretanto, em que pese a importância de uma contextualização histórica e de uma breve abordagem sociológica do fenômeno da corrupção, nosso estudo ficará limitado a uma análise da corrupção enquanto fato ilícito, como conduta tipificada penalmente e as respostas que as agências do sistema de justiça criminal, aí incluído o Supremo Tribunal Federal, apresentam quando tais fatos são levados ao seu conhecimento.

Acreditamos que se inaugura com o julgamento da Ação Penal 470 um aporte discursivo-argumentativo que sinaliza a adesão a novos referenciais teórico-metodológicos sobre esse fenômeno da maneira como foi julgado pelo STF. Portanto, nosso estudo daqui em diante estará cingido à análise da corrupção em seu sentido jurídico-penal, contemplando um esforço analítico que permita identificar novos vetores jurídico-pragmáticos presentes no Acórdão examinado, e que teve em práticas corruptas a centralidade da questão enfrentada no julgamento do caso.

2.3. Corrupção e Impunidade: Fatores a Perturbarem a Consolidação da Democracia no Brasil

O conjunto de pessoas que compõem ou orbitam em torno do poder político central sempre pareceu habitar em um universo à parte, onde as regras mais

básicas que buscam determinar um padrão impessoal de governança e administração regular constituem realidades distantes, quase intangíveis. Se isto podia até ser vislumbrado como sendo da natureza das coisas durante o período da monarquia e do império, ou seja, um traço característico do poder absolutista, em que a vontade do supremo mandatário e de seus asseclas era incontrastável e de quem não se cobrava responsabilidade, com a Modernidade surge a concepção de um Estado que se estrutura sob novos parâmetros forjados pelo estabelecimento de novos marcos no campo político, científico e axiológico.

No Brasil, fazer parte do aparato político-administrativo favorece a aquisição de uma espécie de imunidade em casos de crimes funcionais, ainda que esse privilégio assuma, necessariamente, uma natureza precária e seja escamoteado por sutilezas retóricas e práticas dissimuladas que inegavelmente favorecem a debilidade do sistema penal nessa frente de intervenção: os ilícitos funcionais. Dessa forma, quando a incidência de uma punição penal pode recair sobre os mais privilegiados e próximos às estruturas de poder público, o sistema revela-se débil e errático, completamente desfigurado e inepto na sua função de controle penal.

É possível identificar, inclusive, que dentre os diversos agentes públicos, são os agentes políticos que gozam de um status diferenciado frente ao sistema penal, o que certamente faz com que sejam qualificados como, potencialmente, os mais autênticos e manifestos inimputáveis penais, sobre quem a resposta punitiva certa e efetiva, como prevista em lei, sequer chega(va) a ser cogitada como razoavelmente provável num horizonte próximo.

Também na realidade brasileira verifica-se que a imbricação entre a administração pública e o jogo de interesses político-partidários parece ser mais profunda, arraigada e dramática que em outras sociedades democráticas. Como observa Milton Bins (1999, p. 41), existe a crença de que a administração (pública) pode ser separada da política, mas, em verdade, esta acaba moldando a forma como aquela funciona, pois não é incomum que os partidos políticos e outros grupos de interesse disputam sofregamente os cargos públicos em razão dos amplos recursos de poder que estes propiciam, instrumentalizando-os para o favorecimento dos interesses desses grupos.

Sob este pano de fundo, costumes e práticas tão entranhados quanto nefastos ao interesse público que se revelam como clientelismo, patrimonialismo e nepotismo passam a perturbar a funcionalidade de instituições e órgãos públicos. Como exposto, deixa de existir uma clara e mais precisa distinção entre a esfera pública e o espaço privado, tornando-se os cargos – desde os mais elevados até os de menor grau – uma fonte de lucros e vantagens pessoais, uma espécie de salvo-conduto para a prática de toda uma gama de corrupções nossas de cada dia.

Denunciando e repudiando o que vislumbra como deplorável mercancia da função pública, em meados do século passado Nelson Hungria já apresentava com propriedade um fiel diagnóstico de como se processa a responsabilização penal dos envolvidos em casos de corrupção, onde os que estão na posição de comando e controle e em postos mais elevados da administração pública ou do poder político permanecem absolutamente infensos ao controle punitivo, quer no âmbito administrativo, quer na esfera penal.

(...) A corrupção campeia como um poder dentro do Estado. E em todos os setores: desde o contínuo, que não move um papel sem a percepção de propina, até a alta esfera administrativa, onde tantos misteriosamente enriquecem da noite para o dia. Quando em vez, rebenta um escândalo, em que se ceva o sensacionalismo jornalístico. A opinião pública vozeia indignada e Têmis ensaia o seu gládio; mas os processos penais, iniciados com estrépito, resultam, as mais das vezes, num completo fracasso, quando não na iniquidade da condenação de uma meia dúzia de intermediários deixados à própria sorte. São raras as moscas que caem na teia de Aracne. O 'estado-maior' da corrupção quase sempre fica resguardado, menos pela dificuldade de provas do que pela razão de Estado, pois as revelações de certas cumplicidades poderia afetar as próprias instituições. (HUNGRIA, 1958, pp. 362-63)

Nesse sentido, fica evidenciado que a forte hierarquização e o autoritarismo marcantes na história política brasileira moldam um sistema penal altamente seletivo que, em sua disfuncionalidade, funciona para preservar um passado que se faz cada vez mais presente. É facilmente identificável uma clientela preferencial do sistema de justiça criminal com características bastante distintas daquelas que comumente se fazem presentes nos agentes que praticam corrupção e outros crimes funcionais no Brasil. São esses clientes preferenciais do sistema criminal que constituem, historicamente, o foco das atenções e investidas das agências e dos atores que operam o sistema de justiça criminal.

Em iluminado estudo sobre a herança de obediência, discriminação e submissão que o iluminismo luso-brasileiro nos deixou como oneroso legado e das distorções geradas na sociedade brasileira, Gizlene Neder (2000, p. 192) revela que

havia discrepâncias visíveis na aplicação diferenciada da lei segundo a qualidade do delinqüente. As penas de prisão simples, degredo e multa praticamente só atingiriam os funcionários públicos pelo mau cumprimento de seus deveres e eram, geralmente leves. Já os escravos receberiam as punições mais rigorosas: morte, galés e açoites. Quaisquer outros que se lhes prescrevessem judicialmente deveriam ser comutadas para estas últimas.

Portanto, o sistema penal brasileiro reverbera preconceitos, injustiças, discriminações e tantas outras mazelas que marcam de contradições nossa sociedade. Condições de ordem pessoal e de natureza social como origem, profissão, renda, nível de escolaridade, entre outras, definem a maior ou menor vulnerabilidade de alguém no Brasil sofrer uma efetiva persecução penal.

Ocorre que é contraproducente, pelo menos em um autoproclamado Estado Democrático de Direito, perseverar num modelo de controle penal que põe a descoberto um sistema instrumentalizado para servir a fins não sintonizados com os valores republicanos e democráticos e sem maiores balizas garantistas. Se na atualidade discriminações e arbitrariedades não podem mais ser explicitadas nos textos normativos diante da imposição de valores constitucionais como a igualdade e a não-discriminação, a seletividade do sistema criminal brasileiro passa a ser revelada e realçada por meio dos casos que, com perturbadora frequência, apontam como alvo preferencial do controle punitivo determinados agentes e os supostos ilícitos penais por eles praticados.

A perplexidade e um certo mal-estar em setores privilegiados da sociedade brasileira gerados pelo resultado do julgamento da Ação Penal 470 decorreu, é possível afirmar, do confronto do teor majoritariamente condenatório e da qualidade do aporte argumentativo ali contemplados com o histórico dos julgados sobre a matéria na justiça brasileira.

De fato, um breve levantamento nos registros nos precedentes judiciais¹⁸ nesta seara, leva à constatação de que há um considerável descompasso entre os casos de autoria de crimes funcionais e a efetiva punição de seus responsáveis, especialmente quando envolvem agentes ocupantes de altos cargos públicos ou no exercício de funções de maior relevo. Esse quadro indica, portanto, que o Código Penal brasileiro padece de um notório déficit de efetividade quanto aos dispositivos que definem os crimes contra a administração pública.

Esse é o retrato da realidade brasileira e temos como aceitável a hipótese de que alguns casos pontuais que se afastam desse cenário de ampla e recorrente impunidade, ou seja, a ocorrência de situações com altos agentes públicos sendo investigados, processados e condenados (ou mesmo absolvidos a partir de um devido processo penal) por crimes contra a administração pública, apenas indicam a excepcionalidade dessas situações. Assim, o que ainda encontramos são exceções que apenas servem para confirmar a regra e o temor de que o julgamento da Ação Penal 470, que culminou na condenação da imensa maioria dos acusados, seja um ponto fora da curva, não é de todo improcedente.

Por meio de uma empiria simples, sem maior rigor metodológico e ao alcance de todos é possível aferir que na atualidade são muitas as situações correntes a ilustrar um feixe de condutas que, pelo menos em tese, são amoldáveis a tipos penais inclusos no rol dos crimes praticados por funcionários públicos contra a administração pública, mas que facilmente ficam retidas nos filtros das agências de controle penal, ou seja, a polícia, o ministério público e o judiciário não dispõem ou não se esforçam para dispor de uma instrumentalidade (revelada por meio da produção de robusto conjunto probatório, peças acusatórias consistentes, julgamentos bem conduzidos e decisões bem fundamentadas) que viabilize a justa e

¹⁸ Verifica-se o emprego mais disseminado na atualidade do termo *precedente judicial* em detrimento do emprego do mais amplo e até equívoco termo *jurisprudência*. O primeiro teria um sentido mais preciso e de alcance mais limitado do que o segundo e, dessa forma, passamos a aderir a essa nova tendência. Segundo Freddie Didier Jr. (2011, p. 385), *define-se Precedente Judicial* como a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial ou razão fundamentante da decisão pode servir como diretriz para julgamento posterior em casos análogos. Compõe-se tanto das circunstâncias de fato que embasam a controvérsia, como da tese ou princípio jurídico em que se apóia a motivação do provimento decisório (a *ratio decidendi*). Mais adiante voltaremos a esse tema, ao analisarmos o Acórdão da Ação Penal 470 como o mais importante precedente judicial em casos de crimes funcionais no Brasil.

devida responsabilização dos agentes públicos envolvidos em casos de graves desvios funcionais.

Ora, um sistema que funciona assim de forma tão desvirtuada, compromete a institucionalidade republicana e a própria legitimidade do sistema penal, pois este se converte de forma cada vez mais explícita e dramática em simples mecanismo violentamente reativo para perpetuação dos privilégios de alguns poucos ungidos, aqueles que contam com a generosidade de tratamento dispensada pelas agências e atores no âmbito penal. Tal funcionalidade seria manifestamente acintosa aos valores republicanos e democráticos, afinal, uma República democrática tem no princípio da igualdade de todos perante a lei um de seus cânones mais valiosos e qualquer forma injustificável e desmesurada de privilégio deve ser afastada.

Entretanto, Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2007, pp. 69-71) desmistificam o princípio da igualdade de tratamento jurídico, ressaltando o quanto o mesmo foi idealizado ao longo do tempo. Essa idealização abriu espaço para aquilo que os autores chamam de cômoda ficção, superada quando se reconhece que o Estado de Direito possui gradações, e somente quando se reconhece a qualidade do princípio da igualdade como referencial maior dos Estados de Direito contemporâneos é que é possível avançar no grau de concretude desse princípio, possibilitando níveis mais elevados de solidariedade e justiça social a favorecerem a mitigação de descabidas distinções de tratamento e marginalizações recorrentes.

Isto demonstraria que o “Estado de Direito” ou “República” em sentido estrito, cuja máxima fundamental é a submissão de todos ao direito, não se realiza perfeitamente, mas sempre por graus, o que exclui a validade do princípio geral como orientador, servindo como comprovação só para afirmar – ratificando ficções – que o “estado de Direito” ou o princípio republicano tem graus de realização, o que é positivo, em razão de que – à diferença da cômoda ficção – nos conscientizará da necessidade de tê-lo como farol na tormenta e esforçarmo-nos continuamente para sua realização ideal, propugnando uma integração comunitária organizada que diminua o grau de marginalização inevitável em toda a sociedade. (ZAFFARONI & PIERANGELI, 2007, pp. 70-71)

Em “O Príncipe”, Nicolau Maquiavel (1469-1527) apresentou uma lúcida e até então inovadora perspectiva sobre o poder político real sem idealizações e mistificações, analisando a dinâmica e a lógica por trás da ação política, distinguindo-a da ação moral. Embora essa seja sua obra mais notável,

consagrando-o como um dos principais pensadores políticos, seus escritos intitulados “Discursos sobre a Primeira Década de Tito Lívio” também assumiram uma importância destacada por levantar questões relacionadas às leis e instituições republicanas e seu funcionamento num governo constitucional, dentre outros tantos temas nem sempre associados ao seu nome.

Nesses “Discursos”, Nicolau Maquiavel (2013), dentre outras formulações descritivas, apresenta o que seria a fisiologia de um governo republicano, assentado em leis gerais e populares, em que são valorizadas as liberdades e prestigiados os arranjos institucionais que adotem mecanismos de contenção das práticas e ações que levem à degeneração da organização política de uma determinada sociedade.

Sem abandonar traços característicos do seu pensamento político, como uma perspectiva realista, um forte sentido prático e sem maiores idealizações nas análises, Nicolau Maquiavel (2013), chama a atenção para o fato de que nem a lei dos homens nem uma suposta ordem universal são suficientes para evitar a degradação de uma sociedade política. Porque, assim como para manter os bons costumes são necessárias leis, tem-se, também, que as leis para serem observadas, carecem de uma ambiência social e política que cultive bons costumes. Além disso, as instituições e as leis erigidas na origem de uma República podem demandar ajustes ao longo do tempo, e esse esforço de buscar um contínuo aperfeiçoamento pode resultar tanto na preservação quanto na destruição do Estado, ou seja, pode levar ao aprimoramento normativo-institucional ou, ao contrário, colocar em sério risco as instituições republicanas e o marco normativo então estabelecidos.

De todas as coisas acima, é reconhecida a dificuldade, senão a impossibilidade, de preservar um governo republicano nas cidades corrompidas, ou de ali estabelecê-lo. E, neste caso, se a vontade de criar ou manter um República não se concretizar, seria necessário orientar-se mais para um governo monárquico do que para um governo popular a fim de que os homens, regidos por leis que não foram capazes de reprimir sua insolência, possam ser corrigidos e contidos por um governante que detenha um poder real.¹⁹ (MACHIAVELLI, 2013) (tradução livre)

¹⁹ *Da tutte Le soprascritte cose nasce la difficoltà, o impossibilitá, che è nelle città corrotte, a mantenervi una repubblica, o a crearvela di nuovo. E quando pure la vi si avesse a creare o a mantenere, sarebbe necessario ridurla più verso lo stato regio, che verso lo stato popolare; acciocché quegli uomini i quali dalle leggi, per la loro insolenzia, non possono essere corretti, fussero da una podestá quase regia in qualche modo frenati.* (MACHIAVELLI, 2013)

Nicolau Maquiavel procura, assim, mostrar a relevância das instituições como instrumentos estabilizadores ou fatores de equilíbrio da vida política, permitindo a manutenção de uma determinada ordem. O ponto importante por ele destacado é que as leis constituem um meio de emprego da força, e dela não pode prescindir o poder político enquanto principal promotor e real fiador da ordem e da estabilidade sociais. Em outras palavras, a força vai ser utilizada de modo mais contido e regrado quando a República dispuser de leis capazes de atenuar e controlar as tensões sociais e puder contar com um razoável grau de adesão dos seus destinatários. A força é sempre um recurso importante, mas as leis e instituições devem necessariamente limitar seu emprego, para que estas prevaleçam sobre a violência institucionalizada.

Dessa forma, uma vez reservada essa função precipuamente residual para a violência institucionalizada, as leis e instituições estariam em condição mais favorável para promover o encaminhamento dos interesses divergentes, a composição dos conflitos, o processamento de dissensos e o atendimento das expectativas da sociedade desde que, por evidência, encontrem um considerável grau de adesão da maioria dos destinatários.

Segundo Thomas Hobbes (2004), um dos principais teóricos do poder absolutista em sua versão moderna, o Estado deveria ser a instituição fundamental para regular as relações humanas, controlando as pulsões e os excessos do comportamento dos homens na sociedade. Ele acreditava que os seres humanos eram dotados de uma racionalidade imperfeita que os tornava aptos a formular precários juízos de valor sobre o que é certo e errado, o justo e o injusto, que poderiam ser perturbados por circunstâncias diversas como guerras, escassez de recursos, etc. Considerava que esta condição natural dos homens acaba por impeli-los à busca da maior satisfação possível de seus desejos e interesses, não importando se alcançariam tal intento de forma violenta, egoística ou até mesmo fraudulenta.

Dentre os filósofos contratualistas, foi Hobbes quem defendeu de forma mais clara e enfática um Estado firme e controlador, que por meio de instituições fortes e de uma robusta normatividade poderia prover e efetivar o concerto social, assegurando, desta forma, a ordem, a estabilidade e a paz necessárias. Detentor do

monopólio da violência, o Estado seria o único aparato capaz de criar condições favoráveis para que as relações entre indivíduos em sociedade fossem, tanto quanto possível, pacíficas e cooperativas.

É bem verdade que esses autores citados viam com ceticismo a possibilidade de que os valores morais individuais e os mecanismos de contenção de graves desvios disponíveis na própria dinâmica social pudessem, *de per se*, atuar eficazmente como fatores de estabilização e pacificação dessas sociedades. Nesse esforço analítico em que se recorre a tais autores, nossa preocupação maior não é enfatizar a influência dos seus pensamentos e proposições na defesa de um Estado forte – como o Leviatã *hobbesiano* –, mas sim realçar o acento de preocupação que tais pensadores dispensam aos riscos de degeneração da dimensão política de uma sociedade por meio de práticas deturpadas dos agentes públicos e do colapso de suas instituições.

Segundo Julio Fernández García (2011, pp. 319-320), a corrupção política é uma das enfermidades mais dolorosas e cruéis das sociedades democráticas, sendo um fenômeno tão antigo como a própria história da humanidade. Ressalta o autor, ainda, que a acumulação de casos de corrupção política em um Estado Democrático de Direito, acaba por convertê-lo em um Estado falido, pois as democracias com alto nível de corrupção, onde sistematicamente são descumpridas as leis e desvirtuada a função pública, são democracias ineficientes ou defeituosas.

As consequências da corrupção são demolidoras tanto do ponto de vista ético, como também diante das perspectivas econômicas, sociais e políticas. (...) A corrupção, como afirma Fabián Caparrós, custa muito dinheiro: o interessado obtém um tratamento privilegiado por parte da Administração em troca de um preço, revertendo de forma direta no gasto público.

(...)

Do ponto de vista político, as consequências da corrupção geram desconfiância dos cidadãos em relação a seus representantes nas instituições democráticas e avivam elevados percentuais de abstenção nos processos eleitorais e, por consequência, um progressivo descrédito dos nossos governantes. Na medida em que os governantes ou mandatários corruptos não são responsabilizados politicamente por seus atos, naquilo que Morlino define como *accountability vertical*, o sistema político se converte em uma democracia irresponsável ou sem qualidade. Esta situação é tão grave que coloca o sistema democrático em estado de enfermidade terminal. (GARCÍA, 2011, pp. 321-323)

É neste cenário de crise da democracia representativa e demanda por mecanismos da democracia participativa, de pressão pela distensão do poder estatal

e comprometimento da noção de soberania do Estado-Nação, das exigências de uma governança assentada na *accountability*²⁰ com padrões razoáveis de responsabilização e transparência, que se pode compreender a crescente preocupação de alguns dos principais protagonistas no cenário político internacional (lideranças no meio político, acadêmico, cultural e empresarial e instituições sociais) com o fenômeno da corrupção do poder público, suas formas mais frequentes de manifestação, efeitos sociais e políticos que produz e as respostas devidas e necessárias para um enfrentamento consequente desse problema.

As democracias atuais tem diante de si o desafio de catalisar os conflitos e interesses múltiplos das sociedades plurais e complexas, buscando a forma mais eficiente para equacioná-los. Para tanto, devem dispor de mecanismos (as regras do jogo) que viabilizem uma vida social razoavelmente harmônica e que as decisões políticas mais relevantes resultem dos mecanismos de pressão e reivindicação legítimos dos diversos atores sociais. Diante da miríade de valores e interesses cambiantes no jogo democrático, não haveria mais um valor último e fundante a ser perseguido que não seja a preservação da própria legitimidade das regras do jogo.²¹

A segunda razão pela qual é necessário introduzir o debate sobre as regras do jogo num discurso sobre os sujeitos e sobre os instrumentos do “fazer política” está no fato de que é impossível desconsiderar que existe um estreitíssimo nexos entre as regras dadas e aceitas do jogo político, de um lado, e os sujeitos que deste jogo são os atores e os instrumentos com os quais se pode conduzi-lo a bom termo, de outro. Para insistir na metáfora, existe um estreitíssimo nexos que liga as regras do jogo aos jogadores e aos

²⁰ O termo *accountability*, no campo da gestão pública, está diretamente associado à ideia de boa governança. Seu sentido está ligado ao dever de prestação de contas (evidenciação) das decisões e ações levadas a termo por gestores públicos a fim de evitar e prevenir o uso distorcido do poder e outras formas abusivas do seu exercício. No âmbito da administração pública, *accountability* está intimamente relacionada ao princípio da publicidade e, por extensão, ao da eficiência, na medida em que exige a ampla visibilidade dos atos e decisões a fim de que sejam submetidos à avaliação acerca de sua legalidade, impessoalidade, conformidade ao interesse público, etc. Nos sistemas democráticos contemporâneos, a confiança entre governantes e governados estaria assentada, portanto, na *accountability*, enquanto fiadora da transparência necessária na gestão pública, possibilitando aos cidadãos dispor de elementos informativos que permitam aferir a regularidade dos atos praticados por seus governantes.

²¹ Duas importantes e recentes obras organizadas por José Álvaro Moisés (*Democracia e Confiança: Por que os Cidadãos Desconfiam das Instituições Públicas?*) e por José Álvaro Moisés e Rachel Meneguello (*A Desconfiança Política e os seus Impactos na Qualidade da Democracia*), ambas editadas pela EDUSP, trazem importantes estudos analíticos e pesquisas empíricas que buscam explorar os significados, alcance e consequências do fenômeno contemporâneo do descontentamento e da desconfiança tanto nas instituições públicas como na política em geral. São obras que lançam luz sobre a questão do fenômeno da desconfiança política e como esta repercute na qualidade da democracia brasileira, com espaço para a abordagem da corrupção política como um dos mais severos, dramáticos e impactantes problemas que afetam nossa legitimidade democrática.

seus movimentos. Mais precisamente: um jogo consiste exatamente no conjunto de regras que estabelecem quem são os jogadores e como devem jogar, com a consequência de que, uma vez dado um sistema de regras do jogo, estão dados também os jogadores e os movimentos que podem ser feitos. (BOBBIO, 1986, p. 68)

Dessa forma, um razoável nível de coesão social e cooperação entre os indivíduos para o estabelecimento de condições favoráveis à realização de compromissos públicos é algo indeclinável para perseverar na consolidação do projeto democrático das sociedades contemporâneas. Dissensos, antagonismos, diferenças são reconhecidos e explicitados, e importa dispor de regras, procedimentos e instituições que permitam sua mediação e regulação. O pluralismo das atuais sociedades e a natureza conflituosa do processo político exigem a disposição de canais qualificados e vínculos cívico-éticos a orientarem os cidadãos para o regular processamento das disputas por espaços de poder e o equacionamento das escolhas políticas divergentes.

A questão a ser colocada e enfrentada é que elevados níveis de corrupção e degradação da vida pública associados a considerável grau de impunidade afetam e perturbam o jogo democrático, na medida em que a premissa de que as regras estão postas previamente e valem para todos, indistintamente, deixa de ser vista como característica marcante de uma sociedade democrática e igualitária. Afinal, identificam-se jogadores que sempre saem ganhando e são continuamente favorecidos pela ampla elasticidade na interpretação das regras do jogo ou até mesmo pela dispensa de sua incidência quando possam contrariar ou afetar interesses desses privilegiados, ou seja, as regras e formalidades que modelam o Estado Democrático de Direito nem sempre valem para esses jogadores incomuns.

É possível, ainda, cogitar que nesses tipos penais seria recorrente o fenômeno da chamada cifra oculta, mas as razões determinantes para ocorrência de tal fenômeno guardam uma especificidade das mais interessantes, pois quanto mais graduado o agente público e mais gravosa a conduta, maior a possibilidade de que o

fato jamais seja selecionado pelas agências de controle penal e fique retido no filtro dos processos de criminalização secundária²².

Vale destacar que essa seleção é de mão dupla, isto é, opera não somente sobre os criminalizados, como também sobre os vitimados. Isto decorre do fato de que as agências de criminalização secundária, tendo em vista sua limitada capacidade diante da magnitude do programa que discursivamente lhes é recomendado, devem fazer a escolha entre uma ingente inatividade ou uma persistente seleção sobre quais “vitimados” atender. Como a inatividade poderia acarretar seu desaparecimento, essas agências seguem a regra de toda burocracia e procedem à seleção por meio de um processo que reforça o poder das agências policiais (ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2003, p.44).

Assim, como nos crimes funcionais são lesados os bens e interesses da coletividade (esse ente de pouco prestígio e de fugidia concretude para se constituir ou apresentar como vitimado que desperta maior empatia no conjunto da população) e diante do amplo campo sobre o qual devem atuar as agências e atores do sistema de justiça criminal, não é incomum o desleixo nas investigações, a lassidão na persecução criminal sempre que os casos estão relacionados a agentes públicos graduados que praticam crimes funcionais.

Portanto, quando a lei penal passa a ser percebida como incidente apenas sobre membros de determinados grupos sociais enquanto outros permanecem absolutamente fora de seu alcance, fica comprometida a própria percepção de uma noção tão cara à tessitura da modernidade jurídica como o princípio da igualdade formal (a lei – as regras do jogo – vale para todos). Diante desse perturbador cenário, torna-se cada vez mais necessário lançar mão de estratégias marcadamente simbólicas para preservação de uma propalada legitimidade do Estado e de suas instituições.

²² Segundo Eugenio Raúl Zaffaroni *et. alli.* (2003, p. 43), criminalização primária "é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas" e a criminalização secundária "é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que acontece quando as agências policiais detectam uma pessoa que supõe-se tenha praticado certo ato criminalizado primariamente". A primeira é realizada pelos legisladores, enquanto a segunda é operacionalizada por agências estatais como a Polícia, o Ministério Público, o Poder Judiciário, etc.

Aqui, vale trazer a registro o alerta feito pelo maior jusfilósofo sergipano, Tobias barreto, que com sua pena precisa e certa afirma:

Parece que em nossa terra o sopro da corrupção apagou no caráter dos notáveis o relevo da dignidade. É um assunto digno da meditação dos filósofos este fatal divórcio entre a política e a moral que dá sempre em resultado a preponderância dos cálculos egoísticos sob a voz da consciência.

Não conhecemos, de feito, maior desmentido lançado à face das doutrinas que proclamam a eficácia das leis morais do que o triste espetáculo de um país amesquinhado por todo gênero de vícios, prestes a perder a confiança de si mesmo, depois de ter esgotado até os excessos de mansidão e paciência. (BARRETO, 1990, p. 78)

Segundo Eduardo Caparrós (2000, p. 18), os atos de corrupção somente vicejam com grande porosidade e facilidade em situações de déficit democrático. Segundo o autor, esses desvios quando assumem uma larga escala, beneficiam-se das carências intrínsecas que se apresentam em tais contextos, como a debilidade dos mecanismos de controle (falta de uma legislação em matéria de acesso à informação), arbitrariedades do poder, falta de vínculos mais estreitos entre a administração pública e os interesses gerais, etc.

É bem verdade que há registros de inovações no plano legislativo, algumas mobilizações mais amplas e conseqüentes da sociedade civil e iniciativas na redefinição de práticas e rotinas administrativas que buscam estabelecer novas estratégias e reforçar mecanismos já existentes para um enfrentamento mais eficaz da corrupção na administração pública. Nas últimas décadas houve alterações no plano normativo, ampliou-se a atuação (de cunho fiscalizador) de organizações da sociedade civil como a Transparência Brasil, foi criada e incrementada a Controladoria Geral da União, dentre outros importantes instrumentos destinados à contenção dos níveis elevados de práticas corruptas na administração pública brasileira.

Já no âmbito internacional são muitos os esforços no sentido de enfrentar essa chaga que corrói e desestabiliza diversos Estados democráticos, comprometendo o funcionamento da sociedade e exigindo um elevado custo social e econômico. Dentre essas iniciativas, destaque-se a aprovação pela Assembleia

Geral das Nações Unidas da Convenção Internacional contra a Corrupção por meio da Resolução 58/4 de 31 de outubro de 2003²³.

Além de uma especial preocupação em assegurar um ambiente concorrencial que permitisse a regular fruição de bens e serviços a partir de acordos livremente estabelecidos e a celebração de contratos regulares em estreita sintonia e no melhor estilo de uma economia de mercado, o teor das outras preocupações que nortearam os debates em torno da aprovação da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção está bem demonstrado no seu Preâmbulo.

Ali está registrado que os Estados-Partes estão preocupados com as ameaças que a corrupção gera para a estabilidade e a segurança das sociedades, na medida em que promove o enfraquecimento das instituições e desidrata os valores da democracia, da ética e da justiça. Também é destacado que a corrupção acaba comprometendo o desenvolvimento sustentável, a estabilidade política, o Estado de Direito e suas instituições. É realçada, ainda, a preocupação com os vínculos entre a corrupção e outras formas de delinquência, em particular o crime organizado e a corrupção econômica, incluindo a lavagem de dinheiro.

Soluções fáceis não existem e respostas definitivas diante de um vultoso e complexo problema como a corrupção não estão disponíveis. Algumas experiências compartilhadas por distintas sociedades e as proposições apresentadas por estudiosos do fenômeno congregam iniciativas e estratégias que as instituições políticas e organizações sociais do Brasil podem adotar. Elas residiriam em duas frentes principais, no sentido de que:

- 1) podem reforçar o princípio da virtude cívica, por meio da promoção de incentivos à participação política e de ferramentas que facilitem a interação entre arenas participativas e representativas, diminuindo a assimetria informacional entre representantes e representados;
- 2) podem ser dissuasórias relativamente à prática da corrupção, através de mecanismos que aumentem a publicidade dos atos e das omissões dos governantes ou através da efetivação de instrumentos de punição que tornem proibitivos os custos da corrupção e incertos os seus benefícios. (ANASTASIA & SANTANA, 2008, p. 367)

²³ Desenvolvida como o maior e mais completo instrumento global e juridicamente vinculante contra a corrupção, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção tratou de diversos aspectos do tema, tendo sido fundamentada em quatro tópicos especiais: a) medidas preventivas; b) criminalização e aplicação da lei; c) cooperação internacional; e, d) recuperação de ativos. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/onu/publicacoes/Arquivos/Cartilha.pdf>. Acesso em: 22/03/2013.

Adoção de mecanismos que viabilizem maior grau de transparência e controle nos gastos públicos, reforço da participação dos cidadãos nos espaços decisórios, qualidade e amplitude do acesso à informação de interesse público, eficiência dos instrumentos de responsabilização e punição efetiva dos agentes incursos em graves desvios funcionais são pontos convergentes na agenda de governos e sociedades comprometidas com o enfrentamento consequente da corrupção.

Mas essas iniciativas podem ser incapazes de fazer frente à corrupção, sem maior aptidão ou eficácia para mantê-la em níveis toleráveis, se estiver disponível um marco normativo débil e de baixa operacionalidade, contribuindo para o descrédito na democracia representativa e promovendo a fragilização das estruturas republicanas, na medida em que continua a campear a impunidade de agentes públicos envolvidos em casos de graves desvios de dinheiro público.

Antônio Manuel Hespanha (2009, p. 29) concebe a República “como a forma mais regulada, mais controlada e provavelmente mais adequada de manifestação da vontade popular”. Não se descobriu até agora outra forma de organização da vida política mais virtuosa que o republicanismo democrático, mesmo com suas vicissitudes e fragilidades. Deixá-la vulnerável a ataques de grupos poderosos que se apropriam das instituições políticas para instrumentalizá-las em benefício próprio, é o caminho mais fácil para o colapso das sociedades democráticas contemporâneas com seus projetos de justiça social, anseios libertários e propósitos de fortalecimento dos laços de solidariedade.

Com uma atenta e aguda percepção sobre a magnitude e alcance do julgamento da Ação Penal 470, a Ministra Cármen Lúcia sintetizou, em breve passagem do seu voto, o impacto e alcance que o simples conhecimento dos fatos ali analisados produziu, trincando a confiança dos brasileiros nas instituições republicanas e nos valores democráticos. Nesse sentido, a Ministra citada fez constar que:

Independente do resultado deste julgamento, antes de qualquer conclusão a que aqui se chegue para os acusados, tomo como certo que a narrativa dos fatos pesaram na alma cívica dos brasileiros, e o que lhes anuviou a esperança de um Brasil com brios, o que lhes empanou o direito de dormir sem ter sequer de desconfiar da afronta à ética nos espaços públicos,

estatais ou não, nos quais a moralidade é princípio constitucional, todos estes fatos, repito, esmoreceram a confiança na República. E a confiança nas instituições estatais é base da Democracia. (Acórdão da AP 470, p. 1786)

Se variáveis culturais e estruturas socioeconômicas diferenciadas favorecem um quadro político peculiar em cada sociedade, o que há de comum a ser observado é que o adensamento democrático de uma determinada sociedade, como preconiza John Dewey (1998, pp. 337-339), depende da qualidade do acordo sobre valores e fins comumente compartilhados e do apuro intelectual dos seus cidadãos. Entretanto, onde estes requisitos ainda se revelam débeis e padecem de limitado alcance, como é o caso da experiência brasileira, é importante dispor de mecanismos mais amplos e bem articulados em outras frentes a fim de evitar o colapso dos fundamentos de uma democracia assentada no primado dos direitos humanos, na efetivação de uma cidadania ativa e a promoção da justiça social.

Talvez o julgamento da Ação Penal 470 venha a ser um dos últimos redutos para onde converge a esperança da sociedade brasileira de que a corrupção pública venha a ser, enfim, razoavelmente controlada e seus índices contidos em níveis toleráveis para um Estado assentado nos valores democráticos e em princípios republicanos.

3. A (RE)CONSTRUÇÃO DO SABER JURÍDICO-PENAL SOBRE CORRUPÇÃO NA PERSPECTIVA JURÍDICO-PRAGMÁTICA A PARTIR DO JULGAMENTO DA AÇÃO PENAL 470

3.1. Do Pragmatismo Filosófico ao Pragmatismo Jurídico: Delineamento das Ideias e Proposições Centrais e Seus Principais Exponentes

No bojo das novas proposições trazidas por novas escolas ou correntes de pensamento surgidas entre os séculos XIX e XX que despontam na contemporaneidade como importantes referências a forjar uma nova compreensão da dimensão jurídica, assume papel de destaque o chamado pragmatismo filosófico.

As formulações centrais do pragmatismo estavam assentadas em alguns eixos que rompiam com o conhecimento ontológico e com o dualismo herdados da tradição grega e medieval. Os principais expoentes do pragmatismo encampavam uma postura antifundacionalista, antidualista e consequencialista, além de defenderem a valorização do método e da experiência.

O pragmatismo surgiu nos Estados Unidos no final do século XIX, quando um grupo de intelectuais da Universidade de Cambridge, Massachusetts, passou a se reunir para discutir grandes temas e candentes questões de filosofia, psicologia, ciência política e de outros campos do conhecimento. Eles, ironicamente, batizaram o grupo de *The Metaphysical Club* (Clube Metafísico) – lançando a crítica aberta à metafísica clássica e pugnando por uma postura metodicamente orientada a um saber prático, em manifesta defesa de um conhecimento escorado na experiência.

Embora modernamente o pragmatismo tenha surgido nos Estados Unidos da América, é bem evidente que muitas das ideias e proposições lançadas pelos filósofos pragmatistas também encontraram inspiração na Filosofia Antiga, especialmente no pensamento de filósofos como Heráclito de Éfeso (535-475 aC) e sua percepção sobre o caráter contingencial das coisas, a fluidez dos acontecimentos e a harmonia entre os contrários.

Comumente são elencados como pragmatistas clássicos Oliver Wendell Holmes, Charles Sanders Peirce, William James e John Dewey, enquanto os

neopragmatistas compõem um grupo de autores e pensadores que contemporaneamente resgatam as proposições centrais dos pragmatistas clássicos, perseverando no aprofundamento dos estudos e abordagens das ideias originais daqueles autores, ou mesmo procedendo a releituras e reformulações com apuro e inventividade, mas mantendo as bases centrais do pragmatismo como o antifundacionalismo, o antidualismo, o antidogmatismo, o consequencialismo e o contextualismo. Nesse último grupo teríamos Hilary Putnam, Richard Rorty, Richard Posner, dentre outros.

Como destaca William James (1984), um dos seus mais importantes expoentes, o pragmatismo propõe um modo novo, mas não totalmente inédito, de pensar velhas questões. O pragmatismo abriu espaço para que novas ideias e pensamentos e a experiência metodicamente orientada com vistas a resultados práticos sejam fontes privilegiadas de possibilidades de apreensão, compreensão e intervenção na realidade.

O pragmatismo seria, a partir dos seus eixos fundantes, muito mais um método de pensar e fazer teoria do que propriamente uma escola de pensamento em sentido estrito, do que especificamente uma vertente teórico-filosófica robustamente estruturada em rígidos sistemas lógico-formais e complexo aparato conceitual.

O pragmatismo foi originalmente inventado como um método para determinar o significado das palavras, principalmente termos filosóficos e científicos. Seu ímpeto inicial era polêmico. O objetivo era mostrar que numerosos termos filosóficos não tinham significado e que certos problemas filosóficos centrais eram causados por falta de clareza terminológica. Nesse sentido, o principal objetivo do pragmatismo não era diferente daquele dos positivistas lógicos do século XIX, que também buscavam erradicar a verborragia filosófica sem sentido. Substituindo, em seu caso, especulações metafísicas pelo que consideravam uma ciência empírica sólida (WAAL, 2007, p. 22)

Assim, uma preocupação central comum entre os pragmatistas é com a qualidade da linguagem filosófica e científica, pugnando por depurá-la de uma verborragia pedante e obscura que buscava afetar certa erudição ou insinuava rigor e precisão lógica. Eles refutavam formulações, proposições e construções que pecavam pelo excesso de abstração ou mesmo pelas hesitações e inconsistências decorrentes da pretensão de produzir um conhecimento racionalmente estruturado e

logicamente justificado. Também chamavam a atenção para a necessidade de um conhecimento que tomasse como objeto as questões e problemas mais relevantes e prementes a afetar a humanidade.

Segundo Gary Gutting (1999, p. 5), os pragmatistas (como Rorty, MacIntyre e Taylor) oferecem uma clareza conceitual e um apurado cuidado com os argumentos enquanto bons filósofos analíticos, mas sem recorrer à rígida frieza de detalhamentos técnicos e nem temer enfrentar certas questões. Além disso, ainda buscavam a superação do profundo isolamento da cultura não filosófica. Ao mesmo tempo, eles promovem o ânimo cultural e a curiosidade histórica da boa filosofia como vivacidade, sem qualquer pretensão de apresentar obscuras formulações. Por que então, questiona Gary Gutting, a filosofia não pode ser sempre assim?

Enquanto movimento intelectual, o pragmatismo surge como resposta às excessivas investidas de teóricos e cientistas sobre o campo especulativo, enunciando suas verdades e acenando com soluções para os problemas postos com uma autoproclamada autoridade que em nada contribuía para o avanço do conhecimento. Em um primeiro momento, suas proposições estavam bem próximas do empirismo, do positivismo e do ceticismo como alternativas para quem buscasse uma aproximação com a realidade sem mistificações ou idealizações, nela intervindo da melhor maneira possível.

Antes de tudo, portanto, fica realçado que o pragmatismo “ênfatisa a primazia do social sobre o natural” (POSNER, 2009, p. 7). Trata-se, numa perspectiva epistemológica, de uma filosofia da ação. Assim, o pragmatismo refuta que a medida da verdade filosófica e científica possa estar no campo da especulação e também repudia o excessivo apego a métodos pré-concebidos de pesquisa, que cada vez mais passam a ser reduzidos a meros e rígidos protocolos de procedimentos, inibindo a intuição e criatividade no processo de investigação e descoberta.

Como bem destaca Cornelis de Waal (2007, p. 18), o pragmatismo, considerado amplamente, desenha uma conexão íntima entre teoria e prática, entre pensamento e ação. Segundo o autor, já a partir de uma definição mais técnica, como aquela sustentada por Charles S. Peirce, o pragmatismo é somente um critério

de significação, estipulando que o significado de qualquer conceito nada mais é do que a soma total de suas consequências práticas concebíveis.

Louis Menand (2001, pp. 9-13) registra que os primeiros pragmatistas tinham em comum não apenas conjuntos de ideias, mas ideias sobre ideias. Eles defendiam que as ideias não estavam no mundo à espera de serem descobertas, mas constituíam valiosas ferramentas a serem utilizadas pelas pessoas para lidarem e interagirem com o mundo. Acreditavam, ainda, que as ideias não são produzidas pelos indivíduos ou de acordo com uma lógica própria delas, antes, são um produto social e totalmente dependente do meio e das ações humanas.

Ainda segundo esse autor, os pragmatistas pioneiros assentiam no compromisso com aquilo que identificavam ou definiam como autotransformação criativa, pondo de lado qualquer definição absoluta da verdade, abrindo espaço para uma pluralidade de perspectivas. Concebiam que as ideias eram, antes de tudo, respostas provisórias a circunstâncias particulares, ressaltando a importância da adaptabilidade das mesmas em detrimento da imutabilidade. Assim, não vislumbravam o pensamento como aquilo que tem por resultado rigorosas distinções lógicas ou sofisticados esquemas intelectuais, antes, concebiam-no como um recurso do qual o homem deve se valer para promover transformações criativas, traduzindo ideias em ações e comportamentos efetivos. (MENAND, 2001, pp. 9-13)

Portanto, o pragmatismo assume um nítido caráter instrumental, produzindo e encampando um pensamento que se volta para as implicações práticas de toda e qualquer teoria, ou seja, não está orientado à formulação de categorias abstratas, evidências apriorísticas, verdades absolutas.

Os pragmatistas viam a busca pela certeza científica ou pela verdade filosófica como elucubrações um tanto erráticas da epistemologia e da metafísica que deveriam ser deixadas de lado, a fim de abrir espaço para a busca do novo, do contextual, do contingente, e assim orientar o debate e fomentar a ação diante dos dilemas, necessidades, angústias e problemas humanos.

Dessa forma, os pragmatistas pugnam pelo abandono dos fundamentos absolutos e das verdades irrefutáveis para o pensamento, a fim de que seja admitida

a assunção do erro como uma possibilidade sempre latente, ainda que nem sempre presente, na investigação científica. Somente assim, acreditam, é possível despontar não apenas uma nova série de proposições concretas sobre a intervenção humana na realidade, como também diversas reflexões e questionamentos relacionados às consequências práticas dessas ideias na concretude da experiência humana.

Para o pragmatista, portanto, ainda que se alcançasse a verdade absoluta, jamais seria possível saber que a tínhamos alcançado. Por isso, ele é antidogmático, acreditando que só dessa forma é possível manter sempre vivo o debate e aberta a investigação. Para o pragmatista, releva assumir que o cientista não deve ser um mero descobridor e vocalizador de verdades absolutas e impositivas, antes, deve ascender à condição de perscrutador de erros “que busca reduzir o conjunto das incertezas humanas ao criar as hipóteses invalidáveis e confrontá-las com os dados”. (POSNER, 2009, p. 7)

Por ser antimetafísico e antidogmático, o pragmatista vê as teorias científicas como ferramentas que ajudam os seres humanos a explicar e prever; e que, através da explanação, da previsão e da tecnologia, ajudam-nos a entender e controlar seu ambiente físico e social. (POSNER, 2009, p. 7)

Registre, como destaca Cornelis de Waal (2007, p. 20), que há os detratores do pragmatismo que o vêem como o mais fiel produto, no plano das ideias, “do capitalismo americano crasso e de sua apologia.” O pragmatismo é visto, nesse sentido, como o mais autêntico reflexo de uma cultura em que o valor e sentido de algo é determinado e mensurado, precisamente, em razão do benefício material que gera.

Nessa perspectiva, o entendimento mais crítico sobre o pragmatismo está orientado na direção de identificá-lo com uma mera derivação do utilitarismo, ou até mesmo um paroxismo da visão utilitária da vida e das ideias, a moldar o pensamento filosófico e o conhecimento científico. Assim, para os críticos do pragmatismo, reduzir o pensamento orientado por uma razão prática a considerações de utilidade e proveito, comprometeriam a dignidade filosófica do pragmatismo e, por consequência, a qualidade ou validade de suas proposições.

Refugando essa tentativa de reduzir o pragmatismo a uma mera derivação da doutrina utilitarista, até mesmo os pragmatistas da linha *Law and economics* reconhecem que o pensamento jurídico jamais poderá ser determinado e enfeixado por parâmetros de eficiência ou que as decisões judiciais devem ser basicamente orientadas pela relação custo-benefício. Como pondera e constata Richard Posner (2009, p. 24), “mesmo um indivíduo profundamente comprometido com a abordagem econômica do direito terá, em algum momento, de tomar partido em questões de filosofia política e moral”.

Em síntese, o pragmatismo não adere precipitada e erraticamente a uma concepção utilitarista, ou seja, não está orientado pela valorização exacerbada do cálculo racional de otimização da ação possível com vistas à maximização do resultado a ser alcançado. Os pragmatistas não se acanham em reconhecer as contribuições do utilitarismo para o adensamento de uma razão prática, mas também não se deixam ser tomados por essa visão em parte tão sedutora quanto reducionista.

O autor e crítico cultural britânico G. K. Chesterton (*apud* WAAL, 2007, p. 20), também um dos mais acerbos críticos do pragmatismo, afirma que “o pragmatismo é assunto de necessidades humanas; e uma das primeiras necessidades humanas é ser algo mais do que um pragmatista”. Essa constatação sintetiza, de certa forma, a completa ausência de pretensões totalizantes do saber produzido a partir de uma abordagem teórica e metodicamente orientada por uma concepção filosófico-pragmática.

Bertrand Russel (2001, pp. 399-404) também foi um dos mais severos críticos do pensamento filosófico-pragmático, dirigindo sua crítica em especial às concepções de Charles S. Peirce e William James sobre a verdade. De modo mais destacado em relação a este último, cujo pensamento considerava menos sutil que o de Charles S Peirce, a ressalva maior de Bertrand Russel residia na definição de verdade nos termos propostos por William James, como sendo tudo aquilo que produz consequências frutíferas. E, nessa esteira, segue ponderando:

Neste ponto, o pragmatismo se transforma numa doutrina metafísica do tipo mais duvidoso, e é compreensível que Peirce tenha feito grandes esforços para se dissociar dela. Deixando de lado a dificuldade de

estabelecer aqui quais são as consequências de uma determinada opinião, e se serão frutíferas, subsiste, em todo caso, o fato de que um certo conjunto de consequências será frutífera ou não. De todo modo, isto precisa ser decidido de maneira usual, não pragmática. Não adianta evitar o problema dizendo que as consequências serão frutíferas em certa medida indeterminada, pois isto simplesmente nos permitiria aceitar literalmente qualquer coisa. Até certo ponto, James parece perceber esta dificuldade, ao reconhecer a liberdade de uma pessoa para adotar certas crenças, se isso conduz à felicidade. (...) (RUSSELL, 2001, p. 404)

Outro importante crítico do pragmatismo foi Max Horkheimer (*apud* WAAL, 2007, p. 21) que sobre o mesmo afirmou “tratar-se de filosofia de uma sociedade que não tem tempo a gastar com a reflexão ou a meditação”. Em que pese a validade da crítica, é evidente que nessa afirmação Max Horkheimer mal consegue disfarçar toda a sua resistência ao que vislumbra como uma “degeneração” da filosofia, seguindo a linha crítica de seus pares da Escola de Frankfurt.

Denunciando aquilo que denominava “formalização da razão”, Max Horkheimer (2002, pp. 41-47) alimentava um profundo desencanto com concepções filosóficas de viés instrumental/utilitarista que passaram a dominar o debate teórico na modernidade. Vendo o processo de reificação do sistema social – levado ao extremo com o advento da Revolução Industrial – cada vez mais dominado pelas condições econômicas, como o principal responsável pela transformação de todos os produtos da atividade humana em mercadorias, foi um dos críticos mais contumazes do pragmatismo.

Nesse evoluir de transformações no plano material e filosófico experimentados entre os séculos XIX e XX, o autor registra que o pensamento moderno buscou extrair uma filosofia sintonizada com essa visão das coisas, e seria exatamente esse o papel que veio a desempenhar o pragmatismo.

(...) O centro dessa filosofia é a opinião de que uma ideia, um conceito ou uma teoria nada mais são do que um esquema ou plano de ação e, portanto, a verdade é nada mais do que o sucesso da ideia. Numa análise do Pragmatismo, de William James, John Dewey comenta os conceitos de verdade e significado. Citando James, diz: "Ideias verdadeiras nos conduzem a zonas verbais e conceituais proveitosas bem como até metas sensíveis úteis. Conduzem-nos à consistência, à estabilidade e à comunicação fluente". Uma ideia, explica Dewey, "é um projeto traçado sobre coisas existentes e a intenção de arranjá-las de certa maneira. Do que se segue que se o projeto é respeitado, se as coisas existentes, seguindo as ações, se reorganizam ou se reajustam do modo que a ideia pretende, a ideia verdadeira". Se não fosse pelo fundador da escola, Charles S. Peirce, que nos informou ter "aprendido filosofia de Kant", seríamos tentados a negar qualquer pedigree filosófico a uma doutrina que

sustenta não que nossas expectativas se realizam e que nossas ações são bem sucedidas porque nossas ideias são verdadeiras, mas o contrário, de que nossas ideias são verdadeiras porque nossas expectativas se cumprem e nossas ações têm sucesso. Na verdade, seria uma injustiça a Kant torná-lo responsável por essa evolução de ideias. Ele fez a compreensão científica depender do transcendental e não das funções empíricas. Não liquidou a verdade identificando-a com as ações práticas de verificação, nem ensinando que significado e efeito são idênticos. Tentou, fundamentalmente, estabelecer a absoluta validade de certas ideias per se. O estreitamento pragmatista do campo de visão reduz o significado de qualquer ideia ao de um plano ou projeto. (HORKHEIMER, 2002, pp. 46-47)

Mas, críticas como essa gozariam de maior respaldo e prestígio se levassem em conta o fato de que os pragmatistas não minoram ou desconsideram o valor das ideias ou a plausibilidade de uma verdade filosófica, mas compartilham uma desconfiança metódica em relação a ideias pré-concebidas e verdades filosóficas indelévelis como uma postura necessária a viabilizar um conhecimento constantemente revigorado, renovado e sintonizado com tudo o que pode ser identificado como necessidade humana.

Portanto, as críticas certamente são recepcionadas e até mesmo valorizadas pelos mais genuínos pragmatistas, pois estes prestigiam o pensamento problematizante e a abertura para a crítica consequente. Entretanto, a crítica de Mark Horkheimer seria mais digna de adesão e apoio se não distorcesse um aspecto central do pensamento filosófico-pragmático, pois, sendo eminentemente uma filosofia da ação, o pragmatismo não descarta de todo a possibilidade de se alcançar uma verdade fundante e não refuta a validade de buscar as premissas e causas últimas dos fenômenos, apenas ressalta que esses não são (ou não deveriam ser) o objeto ou objetivo central que se espera de uma atividade intelectual e de uma produção teórica que se proponha a orientar a ação humana para intervir positivamente na realidade e contribuir para o desenvolvimento da humanidade.

A concepção filosófico-pragmática valoriza a experiência, incentiva a visão prospectiva e convida a uma postura responsabilizante das decisões ao chamar atenção para as consequências de toda e qualquer intervenção humana, inclusive e principalmente no campo da produção científica e intelectual.

Além de ter alcançado considerável prestígio no meio intelectual e jurídico dos Estados Unidos, com ampla repercussão na produção acadêmica, o pensamento filosófico-pragmático também encontrou esteio do outro lado do

Atlântico e, assim, passou a contar com adeptos e precursores de relevo em diversos países europeus e até mesmo no continente asiático.

Portanto, ainda que o pragmatismo seja identificado como o mais autêntico produto do pensamento norteamericano, encontramos destacados pragmatistas europeus que ajudaram a tornar conhecidas e difundir as principais ideias e proposições do pragmatismo jurídico pela Europa. Alguns dos nomes de maior destaque do pragmatismo europeu são Ferdinand Canning S. Schiller na Inglaterra, Giovanni Papinni na Itália e Henry Bergson na França.

Foi também considerável o impacto das ideias e proposições metodológicas encampadas pelo pragmatismo jurídico em parte da Ásia, especialmente em países como China, Coreia do Sul e Japão, locais onde um dos maiores expoentes do moderno pragmatismo norteamericano, John Dewey, esteve em prolífico intercâmbio intelectual na primeira metade do século XX.

Na atualidade, o pragmatismo é uma corrente que se debruça sobre os mais diversos campos de discussão, como a lógica, a filosofia da mente, a epistemologia, a filosofia da linguagem, a filosofia da educação, a filosofia social, a teoria política e nomeadamente na filosofia do direito.

Como desdobramento do pragmatismo filosófico, o pragmatismo jurídico acentua a importância do método, chamando a atenção para a adequação e qualidade dos procedimentos adotados no percurso da busca da verdade no processo judicial. A criatividade e a intuição do magistrado ao longo do processo decisório são elementos que o pragmatismo reconhece, mas sem resvalar na formulação de um discurso legitimador da ampla discricionariedade judicial. O que seus principais pensadores defendem é o lúcido e coerente reconhecimento de que a atividade de julgar alberga condicionantes várias e influências múltiplas que a torna especialmente complexa e singular.

Não é possível apartar do conjunto das ideias e postulados produzidos pelo saber jurídico norteamericano desde o século XIX a repercussão das proposições

metodológicas e epistemológicas do pragmatismo jurídico.²⁴ A influência e penetração do pragmatismo jurídico na tradição jurídica norteamericana dos dois últimos séculos foi marcante e profunda, firmada numa espécie de simbiose entre o saber acerca dos fenômenos jurídicos e o decidir sobre os conflitos juridicizados.

Oliver Wendell Holmes (1991. p 1), em sua famosa obra *The Common Law*, afirma que a vida do direito não é a lógica, mas a experiência. Ele ressaltava que as necessidades sentidas na época, a moral predominante, as teorias políticas, declaradas ou inconscientes, e até mesmo os as visões de mundo e valores que os juízes compartilham com seus semelhantes, tem sido muito mais adequadas do que o silogismo para identificar as normas e processos pelos quais os homens deveriam ser governados.

Na esteira do pensamento de Oliver Wendel Holmes Jr, fica realçado que o juiz não é um ser etéreo, que está fora do mundo e infenso às múltiplas condicionantes sociais, culturais, políticas, econômicas e morais que o circundam. Também não pode assumir a postura de um nefelibata que, sublimando os problemas concretos, formula ideias e raciocínios como puro exercício intelectual e os aplica como inconsequente processo de experimentação social. O julgar é retrospectivo – afinal, volta-se para a perquirição de fatos passados –, mas é também prospectivo na medida em que repercute na vida das pessoas e projeta-se na sociedade como referência decisória em casos assemelhados.

Por meio de um breve exame nas novas tendências no campo do saber jurídico produzido por dogmáticos civilistas, processualistas e, especialmente constitucionalistas, verifica-se um esforço crescente para traduzir da cultura jurídica anglo-saxônica as novas categorias teórico-conceituais e modelos metodológicos que vão penetrando em ritmo e intensidade crescentes no nosso ordenamento jurídico.

No campo da filosofia e da ciência do direito o pragmatismo encontrou terreno fértil onde vicejaram várias das ideias propostas e defendidas por seus

²⁴ Aqui vale lembrar que alguns dos principais expoentes do pragmatismo jurídico nos Estados Unidos foram os longevos e profícuos juízes da Suprema Corte daquele país, como Oliver Wendell Holmes Jr. e Benjamin Nathan Cardozo,

formuladores e, nos países onde mais foi acolhido, produziu considerável impacto nas práticas e nos discursos de juízes e tribunais.

Como já destacado, uma ciência do direito aberta às contribuições do pragmatismo jurídico está preocupada com a decidibilidade dos conflitos e com a qualidade persuasiva do aporte argumentativo a embasar essas decisões. Mas, para além de uma ciência jurídica reduzida a um mero saber tecnológico, posto que preocupada apenas em possibilitar as condições para a ação/decisão no espaço judicial, desconsiderando os pressupostos fundantes e isolando a problemática político-social, cultural e econômica a ela subjacentes, o pragmatismo jurídico tem pretensões de ampliar o horizonte dos problemas e questões enfrentados por esse saber jurídico.

Na medida em que uma reconstrução da teoria jurídica sob bases discursivo-reflexivas e pragmático-concretistas dispensa o recurso a razões últimas ou valores transcendentais fundantes, a pretensão de validade das normas jurídicas consubstanciadas nos julgados dos magistrados necessariamente deve residir em condições práticas razoáveis disponíveis e na aceitabilidade do resultado (a decisão) que se alcança por meio dessas condições.

O pragmatismo jurídico desvela um direito que lança mão de um processo de reconstrução do passado, de prospecção do presente e de antevisão do futuro. Dessa forma, o pragmatismo jurídico estreita a ligação do direito com outros campos do saber, pois para o pragmatista não cabe apenas conhecer as normas a incidirem sobre os fatos concretos, posto que convém resgatar o processo histórico de construção desses fatos e sua tessitura atual para que sejam capturados pelas normas jurídicas em sua feição mais realista. Por isso, fica evidenciado que uma das características mais marcantes do pragmatismo a se projetar sobre a dimensão do jurídico é o contextualismo.

Outra questão a merecer destaque está relacionada ao fato de que os estudos e pesquisas na área jurídica muitas vezes se ressentem de permanecer encastelados em abordagens estanques, em classificações artificiais ou frágeis e, não raro, promove o exame de institutos jurídicos, textos normativos e decisões

judiciais em códigos binários, categorizando-os em constitucionais/inconstitucionais, de efeitos concretos ou abstratos, etc.

Sem descurar da necessidade de estabelecer classificações e categorizações num processo ainda caro à construção do discurso científico, importa reconhecer que a realidade pode apresentar fenômenos que, dada a sua complexidade e dinamismo, podem não ser enfeixados em rígidas molduras classificatórias e esquemas conceituais e, nessa perspectiva, os pragmatistas são renitentes quanto a essa herança cartesiana de buscar apreender a realidade e reduzi-la a códigos binários. Por essa razão, o antidualismo pelo qual pugnam os pensadores pragmatistas propõe a superação daquela tendência que, muitas vezes, reduz e simplifica em demasia o alcance e dimensão dos fenômenos sociais que se apresentem também como fenômenos jurídicos.

Gimbernat Ordeig (2002, p. 109) alerta que na Espanha (e tal constatação também vale para o Brasil) pouco se avançou numa cooperação mais estreita entre a ciência e a jurisprudência, ressaltando a necessidade de buscar uma resposta para esta situação que é, sob todos os aspectos, insuportável. “E o é porque uma ciência sem influência na prática é uma ciência castrada”. Ainda segundo o autor, a ciência jurídica nem sempre se ocupa suficientemente da práxis e esta tampouco mostra maior interesse pela dogmática científica e, diante de tal constatação, questiona o autor: “então que serve a um penalista determinar com método científico o que vigora sobre a base do Direito Penal, qual é a solução correta para um problema determinado, se a jurisprudência não toma conhecimento do que foi exposto?”

O que se vislumbra como inadiável é, na esteira do que propõe António M. Hespanha (2009, p. 6) a necessidade de dispormos de um direito que mais do que abstratamente justo, precisa ser concretamente ajustado. Ajustado aos novos quadros de referência culturais, políticas, econômicas, morais. Ajustado às demandas e expectativas crescentes que a sociedade projeta sobre o direito e buscar a melhor forma de equacioná-las.

A atitude pragmática é ativista (voltada para o progresso e a “capacidade de execução”) e rejeita tanto o conselho conservador segundo o qual tudo o que já existe é melhor quanto o conselho fatalista de que todas as

consequências são imprevistas. O pragmatista crê no progresso sem fingir-se capaz de defini-lo e acredita na possibilidade de alcançá-lo através da ação humana calculada. Estas crenças estão ligadas ao caráter instrumental do pragmatismo, que é uma filosofia da ação e do aperfeiçoamento, embora isso não signifique que o juiz pragmatista seja necessariamente um ativista. O ativismo judicial propriamente dito é uma visão das competências e responsabilidades dos tribunais perante os outros órgãos do Estado. Um pragmatista poderia ter boas razões pragmáticas para pensar que os juízes não deveriam atrair muita atenção para si mesmos. (POSNER, 2009, p. 5)

Desde muito tempo, parecíamos estar envoltos num entendimento convergente de que o campo da política constituiria uma espécie de zona neutra, livre da incidência de padrões morais mínimos e da exigência maior de vinculação a um marco normativo-jurídico comumente válido nas outras diversas dimensões da vida em sociedade.

Para muitos políticos, os campos da moral e da política seriam incomunicáveis e, nessa perspectiva, a existência de um estatuto moral próprio da política no Brasil seria um dado real, ainda pouco compreendido por leigos e neófitos.

Embora nenhum dos magistrados do STF desconheça a existência de um estatuto próprio da dimensão política, conservando até mesmo uma lúcida percepção acerca de uma moral assentada sobre o que Max Weber definiu como ética da responsabilidade que é distinta da ética da convicção²⁵, é evidente que o julgamento da Ação Penal 470 (O Caso Mensalão) sinalizou que entre a política e a ética há, indubitavelmente, zonas limítrofes com espaços que, se não são de todo compartilhados, preserva alguns estreitamentos ou vínculos, levando ambas a se interpenetrarem inarredavelmente.

Muito se fala nos dias atuais sobre o que seria a judicialização da política e do que configuraria um excesso de ativismo judicial e, segundo alguns dos condenados na Ação Penal 470, muitos dos seus defensores e pessoas próximas a eles, o julgamento dos mesmos seria uma fiel ilustração desse estado de coisas.

²⁵ Segundo Max Weber (1982, pp. 97-153), a ética da responsabilidade tem como fundamento a ação social racionalmente orientada a determinados fins e a ética da convicção tem como base a ação social racionalmente pautada por valores, teríamos, numa dedução simplista e apressada, a justificativa de que o estatuto moral da política estaria cingido a critérios meramente utilitaristas que, levado a um paroxismo, fez consagrar no Brasil a figura do critério político-eleitoral sobre determinadas personalidades políticas do “rouba, mas faz”.

Para quem adere a tal entendimento, o jogo político envolveria trocas e acordos com regras próprias e dinâmicas específicas que não podem ser objeto de juízos iluminados pelos mesmos critérios jurídicos dos casos criminais. Entretanto, é necessário conservar um distanciamento prudencial de invocações desse tipo que buscam deslegitimar a função jurisdicional e esvaziar a normatividade incidente sobre os políticos ou outros agentes públicos poderosos, diante do forte acento escapista que contempla e das consequências que pode carrear.

Difunde-se convenientemente a tese de que os experientes e bem-entendidos homens e mulheres políticos seriam, a rigor, os únicos ou pelo menos os mais profundos conhecedores da dinâmica e das especificidades próprias do “fazer política”. O vácuo de limites éticos e jurídicos presente na empreitada que esses “iluminados” desenvolvem, explicaria eventos e ocorrências tão comuns e tolerados na arena política, mas que não passariam pelo crivo de julgamentos de natureza ética ou considerações sobre a dignidade política desses fatos pela grande maioria das pessoas comuns.

Nas sociedades denominadas pós-moralistas, que experimentaram os excessos e paradoxos gerados pelo cientificismo racionalista, por um individualismo solipsista ou mesmo pela adesão a um capitalismo sem maior lastro social, passou a prevalecer um clima de perplexidade e inquietação. “Em suma, o ressurgimento ético é fruto da crise em nossa representação do futuro, bem como do enfraquecimento da fé nas promessas de um racionalismo tecnicista e positivista”. (LIPOVETSKY, 2005, p. 188)

Diante desse cenário, verificamos que se intensifica nos últimos anos o anseio pela retomada da dimensão ética, por uma repactuação dos valores, por uma reestruturação de princípios éticos nos concertos e dinâmicas das relações sociais.

(...). A ética da responsabilidade vem em resposta à ruína das crenças nas leis mecanicistas ou dialéticas do processo de desenvolvimento histórico, ela ilustra o regresso do “agente humano” na perspectiva da mudança colectiva, na nova importância atribuída à iniciativa e ao envolvimento pessoal, na tomada de consciência do carácter indeterminado, especulativo, aberto do futuro. Se a mudança histórica já não pode ser entendida como o desenrolar automático das leis “objectivas”, se o progresso do saber e das técnicas não nos protege do inferno, se nem a regulação por parte do Estado, nem a que é feita pelo mercado são satisfatórias, as questões dos objectivos e da responsabilidade humana, das escolhas individuais e colectivas ganham novo relevo: o ressurgimento ético é o eco da crise da

nossa representação do futuro e do esvaziamento da fé nas promessas da racionalidade técnica e positivista. (LIPOVETSKY, 2005, pp. 187-188)

Nessa perspectiva, a pressão que recai sobre as agências e atores que integram o aparato burocrático estatal por uma atuação pautada por vetores éticos mínimos está inserida nesse esforço por uma reordenação das relações entre os indivíduos e entre estes e o Estado, por uma perspectiva responsabilizante das escolhas individuais e dos consensos que uma coletividade estabelece para si no presente e que se projetam para o futuro. Em face disso, os valores democráticos e os padrões republicanos de uma boa governança passam a ser mais prestigiados nas reivindicações e cobranças que partem de amplos setores da sociedade organizada e, sem dúvida, é neste ambiente que a questão da corrupção emerge e assume uma centralidade no debate político atual.

Consolida-se o entendimento de que o campo jurídico e político não podem ser apartados artificial e arbitrariamente e, acrescente-se, sobre eles sempre estará pululando o debate ético. A dimensão jurídica se projeta sobre toda a sociedade e as condicionantes e variáveis de natureza cultural, política, econômica e moral se irradiam e interpenetram numa volatilidade que realça o adensamento do papel estabilizador que a ordem jurídica deve cumprir nas sociedades hipercomplexas da contemporaneidade.

Em geral, os pragmatistas constataam uma tendência de se captar nas atividades políticas e nos fatos econômicos, elementos referentes que apontam para onde o direito deve se orientar. Assim, para forjar uma percepção realista-consequencialista que deveria orientar toda a problematização do Direito, os pragmatistas consagram uma concepção que considera a dimensão do jurídico num ambiente social concreto e não no vácuo comparativo das relações normativas endógenas e socialmente neutras, completamente desconectadas da vida social e dos problemas humanos.

Dessa forma, acreditamos que à luz do pragmatismo tem-se um vasto e instigante campo de investigação a demandar “uma nova ordem conceitual e metodológica que esteja apta a lidar com práticas hábeis a dar conta de forma mais funcional e realista dos desafios oriundos do mundo da experiência”. (REGO & NÓBREGA, 2012, p. 60)

Concebemos que para sair dessa espécie de vale-tudo no modo de fazer política no Brasil rumo a um razoável padrão ético-cívico²⁶, convém que o Direito Penal efetivamente seja compreendido que “por ser ‘direito’, participa de todas as características do direito em geral: é cultural, é normativo, é valorativo etc. Por ser ‘direito público’ regula relações dos homens com o Estado como pessoa de direito público.” (ZAFFARONI & PIERANGELI, 2007, p 91). Assim, não é mais admissível que o repositório normativo penal seja efetivado por graus absolutamente dissonantes, aprofundando as assimetrias e distorções de uma sociedade ainda acentuadamente hierarquizada como a brasileira.

Tércio Sampaio Ferraz Jr. (1994, p. 19) ressalta que as condições sociopolíticas do século XIX estabeleceram as bases para a defesa da neutralização política do Judiciário, como consequência do princípio da divisão dos poderes. Entretanto, o advento da sociedade tecnológica e do estado social fez emergir a exigência de uma desneutralização da função judiciária, posto que o juiz é chamado a exercer cada vez mais uma função socioterapêutica, que o libera do “apertado condicionamento da estrita legalidade e da responsabilidade exclusivamente retrospectiva que ela impõe, obrigando-se a uma responsabilidade prospectiva, preocupada com a consecução de finalidades políticas das quais ele não mais se exime em nome do princípio da legalidade (*dura lex sed lex*)”.

Não se trata, nessa transformação, de uma simples correção da literalidade da lei no caso concreto por meio da equidade ou da obrigatoriedade de, na aplicação contenciosa da lei, olhar os fins sociais a que ela se destina. A responsabilidade do juiz alcança agora a responsabilidade pelo sucesso político das finalidades impostas aos demais poderes pelas exigências do estado social. Ou seja, como o Legislativo e o Executivo, o Judiciário torna-se responsável pela coerência de suas atitudes em conformidade com os projetos de mudança social, postulando-se que eventuais insucessos de suas decisões devam ser corrigidos pelo próprio processo judicial. (FERRAZ JR., 1994, p. 19)

O julgamento da Ação Penal 470 foi um dos acontecimentos que mais galvanizou a sociedade brasileira nos últimos tempos. Transformou-se em um fenômeno midiático, mesmo quando se consideram outros casos de grande repercussão e que também contaram com um agudo interesse da opinião pública,

²⁶ Cabe trazer à lembrança uma das declarações mais prosaicas e sinceras feitas por um político brasileiro reveladora dessa percepção dos nossos políticos sobre a permissividade do *fazer política* no Brasil. Consta no folclore político que o ex-governador pernambucano Agamenon Magalhães afirmou que “em política, feio é perder”. É o reconhecimento definitivo e ainda hoje consagrado do vale-tudo do jogo político em terras brasileiras.

uma respeitável audiência das transmissões ao vivo das sessões do STF e ampla cobertura da imprensa como a demarcação de terras indígenas, a utilização de células-tronco em pesquisas científicas, o reconhecimento da união estável homoafetiva, dentre outras questões levadas à instância máxima da justiça no Brasil.

Os elevados índices de audiência registrados na transmissão ao vivo do julgamento da Ação Penal 470 revelaram um interesse crescente da população sobre as questões jurídicas, principalmente quando sinalizam a possibilidade de punir os desvios de tantos poderosos ao mesmo tempo, dado o ineditismo do caso.

Não é possível saber ao certo até que ponto a transmissão ao vivo das sessões do STF e a intensa cobertura do caso pelos meios de comunicação social aliado à envergadura política e poder econômico dos envolvidos no episódio, repercutiram no teor das decisões dos Ministros. Mas, é possível cogitar que nunca antes a sociedade brasileira acompanhou com tamanho interesse um julgamento do Supremo na expectativa de, a partir do seu resultado, pensar e refletir sobre qual o destino passaria a estar sendo traçado para o Brasil.

3.2. Marco da (Re)Construção de um Saber Jurídico em Relação à Criminalidade do Poder: O Papel do Julgador e a Contribuição do Pragmatismo Jurídico

Como já registrado, a dogmática jurídico-penal sobre crimes contra a administração pública abarca um referencial teórico-analítico excessivamente abstrato, sem um enfoque maior centrado na análise e crítica do aporte discursivo-argumentativo até então formulados e nos problemas concretos que comprometem a operacionalização do sistema de justiça criminal nesse campo de atuação.

Na maioria dos manuais e tratados de Direito Penal dos penalistas brasileiros, ao abordarem o tema da criminalidade do poder, o que comumente se encontra são explicações ligeiras e superficiais, com análises inconsistentes e enfoques com pouca densidade teórico e desprovidos de maior qualidade discursivo-argumentativa e ausente de um enfoque contextualista-propositivo.

Se a ciência do direito à luz do pragmatismo jurídico também está preocupada com a decidibilidade dos conflitos e com a qualidade persuasiva dos argumentos que fundamentam essas decisões, esta não pode manter um isolamento artificial dos desafios e dilemas da realidade circundante, tornando o saber jurídico infenso às condicionantes políticas, morais, sociais e econômicas. Antes, espera-se que essa ciência venha a reconhecê-las e buscar seu processamento dentro do quadro de possibilidades teórico-argumentativas e metódico-resolutivas que esse saber permite.

Reduzir a complexidade do jurídico a um sistema autorreferenciado e fechado, catalisador das expectativas e referências normativas na linha proposta pela Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann (2004) é, numa perspectiva funcionalista, uma formulação teoricamente válida e até certo ponto consistente. No entanto, concebemos o jurídico como um sistema aberto como o é todo sistema cujos componentes estão conectados ao substrato social. A dimensão do jurídico que se manifesta nos aportes argumentativos presentes em julgados diversos se projeta na sociedade e dela recebe condicionantes várias.

Assim, olvidar que o juiz leva em consideração os aspectos contextuais do caso em julgamento, formula cálculos sobre as consequências do julgado (não apenas no âmbito econômico, como também no campo político, cultural, moral, institucional, etc), explora possibilidades decisórias várias que o texto normativo permite, toma a normatividade apenas como um ponto de partida para a decisão e considera que expectativas da opinião pública²⁷ interferem de modo mais ou menos intenso no processo decisório, é apenas uma postura escapista que aprofunda e dramatiza ainda mais a crise do Estado e do Direito contemporâneos.

Torna-se cada vez mais premente, portanto, reconhecer que as decisões judiciais geram expectativas e repercutem na dinâmica social e política, sendo

²⁷ À luz de Norberto Bobbio (2000, p. 845), o aporte conceitual do termo opinião pública, elemento tão central no funcionamento da democracia, pode ser delimitado em duas perspectivas. A primeira, destacando que ela tem origem no debate público e somente pode emergir onde vicejem padrões democráticos de governo. Segundo, seu sentido estaria relacionado a qualquer coisa que esteja no domínio público. Dessa forma, opinião pública é uma manifestação sobre matérias ou assuntos que dizem respeito à nação ou a um segmento social, livremente expressa por quem está fora do governo, mas que reclama o direito de que suas opiniões ou manifestações possam orientar, influenciar ou até mesmo determinar ações governamentais.

necessário avaliar suas consequências e possíveis repercussões a fim de adensar a relevância do papel político assumido pelo julgador na contemporaneidade, conferindo-lhe maior responsabilidade no processo decisório.

Em sua obra “Da Natureza do Processo Judicial”, Benjamin Nathan Cardozo (2002, p. 524) reafirma a humanidade do juiz e a sua falibilidade. Reconhece que a qualidade de um juiz (útil ou medíocre) depende do equilíbrio de todos as condicionantes ideológicas e culturais que lhe são próximas, suas convicções religiosas, concepções filosóficas, idiossincrasias e crenças tradicionais, enfim, todas as variáveis, além da sua formação jurídica e visão do direito que interferem no processo de análise e julgamento dos casos que lhe chegam. Afirma, ainda, que “todos esses ingredientes entram em proporções variadas nesse estranho composto que é preparado todos os dias no caldeirão dos tribunais. Não estou interessado em investigar se os juízes devem ou não ter permissão para preparar tal composto. Considero as normas feitas por juiz como uma das realidades da vida. (...)”

Nessa miríade de condicionantes a repercutirem na atividade jurisdicional, pautando as percepções dos juízes e moldando os juízos e raciocínios expressos no processo decisório, também teríamos a influência do *ethos*²⁸ – que forja firmes e ingentes relações de identidade entre prováveis autores de crimes funcionais e os seus julgadores formais –, levando à formulação de discursos e adoção de práticas por parte dos atores do sistema penal que contribuem para o baixo índice de responsabilização criminal em casos de crimes funcionais no Brasil.

É evidente que injunções políticas raramente motivadas por interesses públicos mais elevados ocorrem em todas as altas esferas da administração pública e das instituições políticas, posto que isso faz parte da própria disputa por espaços de poder nesse campo (e das vantagens daí decorrentes), quadro este favorecido pela baixa institucionalidade republicana que se verifica no Brasil.

²⁸ Registramos que, diante da variedade de formulações conceituais para o termo, o sentido de *ethos* aqui utilizado pode ser compreendido a partir da acepção formulada por Hans Küng (2001, p. 188-189), como “a universalização de um consenso básico referente aos valores vinculantes, às normas inalteráveis e às atitudes pessoais básicas, consenso sem o qual toda sociedade, mais cedo ou mais tarde, passa a estar ameaçada...”. Trata-se de uma espécie de consenso perceptivo sobre ideias, valores, regras de um grupo social que se estabelece por meio de um ideário ao qual todos os membros se acham vinculados.

O sistema judicial, portanto, também não está plenamente imune a pressões externas, e não são incomuns as injunções políticas que recaem sobre seus órgãos e agentes. O problema maior está no grau de vulnerabilidade dos órgãos judiciais e seus principais atores, que ficam mais sensivelmente suscetíveis a investidas dos sujeitos investigados ou envolvidos em casos que estão sob seu campo de investigação e julgamento, principalmente quando esses sujeitos gozam de alto prestígio político e/ou econômico.

Assim, fica desvelado que a histórica vinculação do Judiciário à estrutura do poder político fez com que essa instituição, não raro, assumisse uma posição mais conservadora de um determinado *status quo* do que indutora de significativas transformações de natureza social e política necessárias para o avanço da sociedade, buscando atentar para o relevo dessas questões e sua conformidade aos anseios legítimos da sociedade. Relewa não olvidar que na trajetória política brasileira não foram tão raras as vezes em que o Judiciário esteve sob o jugo, forçado ou obsequioso, do Executivo.

Cabe destacar que esse processo de estreitamento das relações entre Executivo e Judiciário ocorreu no bojo das profundas transformações que marcaram a profissionalização da magistratura e, depois, a organização dos magistrados com o inevitável reforço do corporativismo de classe. A ampla prevalência do Executivo no campo político desde o último quartel do século XX e primeira década deste século, a inserção do judiciário numa lógica de administração pública²⁹, a redefinição das missões do juiz num sentido social a reboque das Constituições sociais do século XX, causou um profundo redimensionamento do julgar e da condição de ser julgador. Aliado a tudo isso, uma firme reivindicação por profissionalidade da magistratura “pode ser concebida entre os magistrados como uma espécie de vontade pragmática de assumir o desconforto de sua relação com as forças políticas”. (ASSIER-ANDRIEU, 2000, pp. 269-270)

²⁹ Um dos marcos de adesão a essa lógica no Brasil foi a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) pela Emenda Constitucional 45 no ano de 2004 que instituiu a chamada Reforma do Judiciário. Embora tenha merecido maior debate o fato de que ao Conselho incumbiria a função de controle disciplinar e correccional das atividades dos magistrados, uma outra função de relevo também lhe foi atribuída: a de realizar o planejamento estratégico do Poder Judiciário e promover uma gestão administrativa eficiente dos tribunais de justiça.

As relações de identidade entre membros de um mesmo grupo socioeconômico (agentes dos atos ilícitos, julgadores dos casos e dogmáticos que enunciam um discurso teórico-dogmático sobre esse objeto) acabam cristalizando o que já foi apontado como um não-discurso sobre crimes funcionais que também é constatado no conjunto dos precedentes judiciais sobre a matéria, favorecendo, como não poderia deixar de ser, a impunidade ainda persistente em relação a esses crimes no Brasil.

Nessa perspectiva, fica demonstrado que o *ethos*³⁰ sintetiza laços identitários, visões de mundo em comum e juízos de valor compartilhados, levando os atores das agências de controle penal diante de casos de crimes funcionais a se autorreconhecerem nos supostos autores de crimes funcionais. Com efeito, é possível cogitar que em muitos casos esses atores entendam que as pessoas envolvidas em crimes contra a administração pública não são os destinatários preferencialmente eleitos das normas penais, e que estas são respostas por demais severas ou inadequadas para serem aplicadas a esses agentes.

Considerando que toda sociedade possui uma estrutura de poder (político, econômico e social) com setores da sociedade mais próximos ou mais distantes dos núcleos de poder (ZAFFARONI & PIERANGELI, 2007, p. 72), é esse grau de aproximação ou de mais estreita identificação com as estruturas ou agentes que as operam que definirá as condições de maior ou menor vulnerabilidade de um indivíduo – ao praticar conduta tipificada em norma penal – sujeitar-se ao poder punitivo estatal.

Destacando o que seria uma duplicidade ética que molda a sociedade brasileira, Roberto Da Matta (1997, p. 108) lembra que apesar de dispormos de uma lei impessoal que, pelo menos em tese valeria para todos, o que se tem é que essa norma legal não é aplicável a certas pessoas. Tal situação denota que a relação entre a norma legal e o conjunto da sociedade é caracterizada por uma marcante ambiguidade.

³⁰ *Ethos* aqui compreendido como mobilizador de afetividades, identidades, representações. O *ethos* é uma noção *discursiva*, ou seja, ou seja, ele se constrói através do discurso. É fundamentalmente um processo *iterativo* de influência sobre o outro, forjando imagens, percepções, representações.

Não há dúvida de que precisamos de leis e instituições modernas para combater o crime. Mas temos de nos preparar para internalizá-las em nós mesmos, suas consequências, seus procedimentos e, como revela o caso brasileiro à exaustão, quem pode ser punido. A questão básica de quem pode ser já não apenas punido, mas acusado de algum delito. Num sistema que, até hoje, imuniza categorias sociais inteiras de acusações, há uma relação paradoxal ou negativa entre o cidadão e a lei e entre a lei e a possibilidade de retribuição social.

Se a experiência social consolidada revela e comprova que as pessoas mais importantes estão acima da lei podem se defender com o “eu não sabia” ou com o direito ao adiamento de seus processos penais que, pasmemos todos, prescrevem; se os políticos mais bem-sucedidos e populares são eleitos pelo princípio do “roubo, mas eu faço” e, do “é ilegal, e daí?”, a imagem da honestidade tem uma dupla face. Ou, muito pior que isso, cumprir a lei é um sinal de inferioridade social. (DA MATTA, 1997, p. 108)

Assim, buscar entender a rede de poder que perpassa as relações entre atores que operam o sistema penal e possíveis autores de crimes funcionais permite situar melhor a questão. O caminho utilizado para alcançar a compreensão sobre o alcance e as implicações dessa rede deve passar necessariamente pela apreensão do aporte discursivo-argumentativo e das práticas dos atores do sistema de justiça criminal, uma vez que estes põem a descoberto um conjunto de representações acerca da relação do indivíduo com a norma penal tipificadora de um crime funcional.

Segundo Assier-Andrieu (2000, pp. 264-265) “todo olhar sobre a relação do judiciário com o político é, em virtude do princípio da separação dos poderes, um olhar desconfiado”. O autor destaca que ao longo da história o poder da magistratura foi o repositório de elevadas expectativas do grande público, e lembra, ao mesmo tempo, que “a inquietude que ele (o grande público) manifesta a respeito de uma justiça hierarquizada, dos tribunais de exceção ou da faculdade dos políticos para subtrair-se ao direito comum, é proporcional às virtudes colocadas na instituição judiciária em nome da democracia”.

Teríamos, portanto, uma forte tensão a povoar o imaginário coletivo: de um lado, a desconfiança sobre um poder visto como fortemente elitizado, manifestamente hierarquizado e francamente suscetível às pressões de poderosos políticos e econômicos; de outro, a crença acerca de sua imprescindibilidade ao funcionamento democrático, patenteada, inclusive, nas garantias que ressalva ao cidadão de acesso a um juiz sempre que se encontrar na condição de sofrer ameaças ou de já ter violados seus direitos e garantias fundamentais.

Ainda, problematizando sobre essa delicada e complexa tensão, Assier-Andrieu (2000, p. 269) destaca que enquanto o cidadão quer o recurso, almeja o mensurador e confia sua sorte ao guardião dos equilíbrios; o príncipe, por sua vez, quer ser lealmente servido e que sua vontade prevaleça. Arremata o autor: “entre o martelo do poder e a bigorna do cidadão, é exatamente essa a posição do magistrado”. Assim, não é incomum que muitos governantes vislumbrem, renitentemente, os magistrados como subalternos diante da autoridade (do príncipe) que é identificada como mais legítima, uma vez que ungida pelo voto popular, do que a daqueles.

Outros autores chamam a atenção para a chamada burocratização do aparato judicial, em que juízes e promotores – comumente selecionados entre membros da classe média – passam por uma espécie de condicionamento social, político e cultural que os tornam infensos a uma maior sensibilidade diante do drama da criminalidade comum no Brasil que, dentre outros fatores determinantes, tem fortes componentes socioeconômicos.

O (...) fator status social dos agentes, influi no controle estatal devido a uma combinação de intimidação e admiração. Os agentes responsáveis pela justiça criminal por vezes têm medo de confrontar-se com os homens de negócios, pois o antagonismo pode resultar em prejuízos a suas carreiras, que sofrem influência política, legítima ou ilegítima (até mesmo, mas em menor grau, as carreiras que gozam de independência funcional). Já a admiração surge de uma identificação cultural entre os legisladores, juízes e administradores da justiça com os homens de negócios, em razão da formação semelhante que tiveram. São conceitos que atuam no psiquismo dos agentes públicos. Os autores dos white collar crimes não obedecem ao tradicional estereótipo dos criminosos, mas, ao contrário, são pessoas respeitáveis que “não precisam ser encarceradas ou mesmo severamente punidas para cumprir a lei” (tais como os legisladores e administradores da justiça). Nesse caso, é mais fácil o aplicador da lei se colocar no papel dos autores e perceber o quanto influi em sua dignidade ser considerado um criminoso. (VERAS, 2010, pp. 34-35)

Em resumo, por fugirem do estereótipo do criminoso típico, aqueles que cometem crimes funcionais contam a seu favor com empatias e reverências que favorecem o reforço da seletividade do sistema penal. A situação torna-se mais dramática quando esses agentes são altos funcionários públicos ou agentes políticos, pois a possibilidade de uma ausência de constrição penal recaindo sobre eles aumenta significativamente.

Diante de uma forte e estreita relação de identidade tendencialmente estabelecida entre julgadores e poderosos do meio socioeconômico e político, teríamos um processo de condicionamento que leva a uma burocratização do segmento judicial. Esse processo decorre do fato de que amplos segmentos de magistrados, promotores de justiça e funcionários do sistema judicial serem selecionados dentre integrantes das classes médias.

Haveria uma burocratização do segmento judicial moldada a partir de condicionamentos vários, levando-os a não criar problemas no trabalho e a não inovar para não os ter, criando-lhes uma falsa sensação de poder e levando-os a “identificar-se com a função (sua própria identidade resulta comprometida), isolando-os até da linguagem dos setores criminalizados e fossilizados (pertencentes às classes mais humildes), de maneira a evitar qualquer comunicação que venha a sensibilizá-los demasiadamente com a dor daqueles.” Sua atuação seria marcada por uma acomodação ou conformismo que leva à reprodução de práticas e entendimentos convergentes com os membros dos estratos mais elevados da escala social e política do país. (ZAFARONI & PIERANGELI, 2007, pp. 71-72)

Para fazer frente a esse estreitamento entre membros do Judiciário e poderosos agentes políticos e econômicos que assaltam os cofres públicos, convém adensar a percepção de que a função jurisdicional é eminentemente uma função pública, ou seja, os magistrados desempenham serviço público e, nesse sentido, devem perseverar no distanciamento necessário das afeições pessoais e empatias de classe, para que julguem os acusados com a imparcialidade necessária em toda e qualquer decisão judicial.

Ademais, se o juiz tem um amplo campo para exercer seu poder decisório, não significa que esse processo é absolutamente discricionário, totalmente volátil às idiosincrasias do julgador. O problema que se coloca reside exatamente no fato de que ao buscar os parâmetros modeladores de suas decisões, os juízes costumam projetar suas visões de mundo e seus juízos de valor que perturbam e afetam a percepção de que sua decisão é legítima, posto que equilibrada, convincente e pertinente.

O jurista e ex-Ministro do STF Eros Roberto Grau, quando se propõe a problematizar sobre a seguinte questão-provocação “Quem tem medo dos juízes”, faz as seguintes observações:

Sim, temo os juízes. Em primeiro lugar, porque, em regra (é lógico que há exceções), eles não têm consciência de sua função, função de produzir normas jurídicas [= função de produzir o próprio direito]. Isso pode conduzi-los, nos extremos, à tibieza – quando deixam perecer a força normativa do direito – ou à ousadia – quando praticam a subversão dos textos.

Temo os juízes, ao depois, porque eles são escolhidos segundo critérios que procuram apurar a sua habilitação e qualificação não para o exercício da prudência (phrónesis), porém para o exercício de uma técnica (tekne), o que decorre da circunstância de o direito ser visualizado exclusivamente como poiésis [= direito posto pelo Estado], não como a praxis social, que ele de fato é.

Porém o temor maior que agora me assalta é o de que um dia rompam-se as comportas sociais que atuam sobre – e a controlam – a força criadora de normas que eles detêm e eles usem, os Juízes, ir além ou permanecer aquém dos textos. Alguns sinais indicam que isso poderá acontecer. (GRAU, 2009, p. 278)

Não almejamos um Judiciário que tenha em suas fileiras juízes tíbios ou mesmo audazes em demasia, quando o esperado é um juiz consciencioso, um magistrado equilibrado e ponderado como idealizado desde tempos remotos pelos romanos. Para temê-los não basta constatar que estão a extrapolar ou cindir o conteúdo dos textos normativos, quando o mais grave é subverter seu sentido e propósito, é ignorar por completo a referência dos textos normativos e deles fazer tábula rasa, frustrando expectativas razoavelmente previsíveis e comprometendo a confiança na ordem jurídica.

Entre os pragmatistas norte-americanos é claramente perceptível uma atenção especial voltada à atuação do poder público e sua relação com a juridicidade. Na visão jurídico-pragmática, a eficácia estabilizadora do Direito exige que o juiz ausculte as concepções e os sentimentos da comunidade, não no sentido de assumir um certo populismo judicial ou um exacerbado ativismo político manifestado por meio de decisões proferidas aos arrepios das balizas constitucionalmente estabelecidas, ao gosto de um clamor popular e sem parâmetros éticos e cívicos dos quais o direito não pode se desgarrar, mas no sentido de buscar de forma tendencialmente refletida e ponderada o equilíbrio entre as expectativas sociais cambiantes e as possibilidades normativas disponíveis.

Cada vez mais passa a ser exigida dos magistrados que atuam na jurisdição penal uma postura consequente, com a assunção definitiva do seu papel político e cioso da elevada dimensão pública da função que desempenha, ou seja, que sua alienação seja superada por um engajamento maior na construção de um marco decisório qualificado. Impõe-se o abandono de uma postura condescendente diante de graves desvios funcionais, para que os magistrados deixem de reforçar o caráter seletivo do Direito Penal ao lançarem seu olhar extremamente rigoroso sobre determinadas matérias e em relação a outras perseverarem numa obsequiosa cegueira.

(...), é perceptível que todo conceito jurídico-penal é um conceito político. E é técnico, sem dúvida, porque é inevitável que todo âmbito político tem a sua própria técnica (toda política é uma tecnopolítica). Assim, ao tentar eliminar o método legal para cair no discurso político puro, o resultado será um discurso de oportunismo clientelista sem conteúdo racional (ou com racionalidade própria, que é a do Estado de Polícia, ou seja, a funcionalidade para quem manda). Não importa se a natureza política do discurso jurídico-penal tem sido considerada por ocasião de sua formulação, porque sempre será o que é, embora aqueles que o formulam ignorem isso. Conceitos podem ser desenvolvidos e até mesmo todo um sistema criminal legal ignorando a sua essência política e suas consequências reais: isso vai depender do maior ou menor grau de alienação política do teórico. (ZAFFARONI, 2005, p. 75) (tradução livre) ³¹

O penalista argentino chama a atenção exatamente para a possibilidade de que haja um descompasso entre o estatuto teórico da dogmática jurídico-penal consagrado em uma determinada sociedade e as práticas reais observadas pelos atores e agências que integram o sistema penal. É preocupante que essa incongruência entre o aporte discursivo encontrado na produção dogmática e a operacionalidade posta em prática pelos principais atores do sistema de justiça criminal – e que se manifesta enquanto alienação política dos teóricos do direito penal – ainda persista sem merecer maior atenção no meio jurídico brasileiro.

³¹ Pese a estas dificultades, a poco que se medite, se cae en la cuenta de que todo concepto jurídico-penal es un concepto político. Y también es técnico, sin duda, porque es inevitable que todo ámbito político tenga su técnica (toda política es una tecnopolítica). De allí que cuando se pretende eliminar el método jurídico para caer en el puro discurso político, el producto sea un discurso clientelista de oportunidad sin contenido racional (o con racionalidad propia, que es la del Estado de policía, o sea la funcionalidad para quien manda). No importa si la naturaleza política del discurso jurídico-penal se ha tenido en cuenta al elaborarlo, porque siempre sera los que es, aunque quien lo ignore. Pueden elaborarse conceptos y aun enteros sistemas jurídico-penales ignorando su esencia política y sus consecuencias reales: esto dependerá de la mayor o menor enajenación o alienación política del teórico. (ZAFFARONI, 2005, p. 75)

Benjamin Nathan Cardozo (2002, p.538) também reconhece que há várias forças e pressões externas que recaem sobre a autoridade judicial e, os julgadores não ficam adstritos ao método lógico ou filosófico. Mas, como bem registrado pelo juiz da Suprema Corte americana, “é insignificante o poder de inovação de qualquer juiz, quando comparado com a magnitude e a pressão das regras que o restringem de todos os lados. Entretanto, ele deve inovar até certo ponto, pois com novas condições tem de haver novas regras. Tudo que o método da sociologia pede é que, dentro desse estreito espaço de escolha, ele busque a justiça social...”

Embora Benjamin Nathan Cardozo (2002, p. 537) não esteja perfilhado ao lado de concepções jusnaturalistas, asseverando que “a lei da natureza não é mais concebida como algo estático e eterno. Não sobrepuja a lei humana ou positiva. (...)”, ele não chega a pugnar pela separação absoluta e definitiva entre o direito e a ética. Pondera que “o que importa realmente é que o juiz tem o dever, dentro dos limites de seu poder de inovação, de manter uma relação entre direito e moral, entre os preceitos da jurisprudência e aqueles da razão e da boa consciência.”

Nesse sentido, excessivamente vinculado a um formalismo legalista que frequentemente serve para ocultar ou escamotear escolhas políticas engajadas e adesão a ideologias de classe bem introjetadas, a atuação dos magistrados deve estar comprometida com valores caros à democracia e com os autênticos interesses de um Estado de Direito comprometido com o respeito às liberdades fundamentais.

Conceber os magistrados como agentes que sofrem influências de diversas ordens e distintas origens implica superar a falácia de que a atividade jurisdicional é absolutamente desinteressada (afinal, já não cabe mais falar em neutralidade), significa refutar a tese de que o magistrado julga exclusivamente sob rígidas balizas estabelecidas nos estritos e estreitos limites do ordenamento jurídico.

O alcance e importância dessa questão é de considerável envergadura quando se verifica que Brasil nos últimos tempos, o Legislativo teve realçado seu papel de mero apêndice do Poder Executivo e que parece assumir cada vez mais a condição de simples correia de transmissão dos grupos de poder – principalmente o econômico-financeiro – que impõem seus interesses em detrimento dos mais elevados interesses da coletividade. Já o Executivo não tem preservado seu

prestígio favorecendo-se do descrédito popular no parlamento, na medida em que assume a feição de mero artífice do Estado “elegante”, gestor de um Estado “economizado” ou mero “dispensador de serviços”.³²

Em relação ao Poder Legislativo, verifica-se que a absorção de interesses circunstanciais e a prevalência do poder de *lobbies* organizados por poderosos grupos de pressão tornam o espaço parlamentar um mero campo de negociação de barganhas e concessões dificilmente pautadas pelo superior interesse público, e, registre-se, esse quadro é especialmente agravado pelo fato de o Executivo ornar o ambiente como simples administrador dos problemas cotidianos, gestor das questões que se apresentam como meramente emergenciais, sem que se vislumbre uma maior eficiência na proposição de programas de governo e execução de políticas públicas em sintonia com as reais e prementes necessidades da sociedade brasileira.

Diante das fricções entre as instituições republicanas – bem mais frequentes do que seria razoável –, agravada por um presidencialismo de coalizão desvirtuado em presidencialismo de cooptação, o Brasil parece estar condenado a contar com uma precária e instável estrutura política. Face à ausência de projetos de governo, o que se tem é a barganha mais desabrida em torno de cargos públicos e espaços de poder em detrimento de qualquer esforço pelo estabelecimento de projetos de governo. Projetos tão inconsistentes quanto imediatistas são encampados por grupos que ascendem ao poder e buscam compor com outras forças políticas para perpetuação de seu projeto de poder, e não com vistas ao estabelecimento de um governo eficiente e em sintonia estreita com o interesse público.

Estabelecidas essas condições, fica realçado um espaço francamente favorável à hipertrofia da função jurisdicional, tudo isso a revelar um fenômeno inusitado nos Estados de Direito contemporâneos, expresso no fato de que “o espaço simbólico da democracia emigra silenciosamente do Estado para a justiça”. (GARAPON, 1996, p. 45)

³² Termos empregados por J. J. Gomes Canotilho (2008, pp. 142-143), que esclarece: “Como o próprio adjetivo insinua, o ‘estado economizado’ é um ‘estado economizador’ segundo os paradigmas da racionalidade econômico-privada. O Estado social deve sujeitar-se a uma terapia adequada. Há que substituir, em primeiro lugar, o *big government* do estado de bem-estar por um estado ‘reduzido’ e ‘elegante’”.

(...) O sucesso da justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afecta as instituições políticas clássicas, devido ao desinteresse e à perda do espírito público. O árbitro imparcial compensa o 'défice democrático' através de uma decisão política doravante destinada à gestão e proporciona à sociedade a referência simbólica que a representação nacional lhe oferece cada vez menos. O juiz é chamado a salvar uma democracia na qual 'um legislativo e um executivo enfraquecidos, obcecados por prazos eleitorais sempre presentes, somente preocupados com o curto prazo, expostos ao receio e à sedução dos media, fazem os possíveis virados para a sua própria vida privada, mas esperando do político algo que estes não lhes saberá dar: uma moral, um projeto duradouro para governar, no dia-a-dia, cidadãos indiferentes e exigentes'." (GARAPON, 1996, p. 45)

Os juízes seriam chamados a salvar a democracia e, diante desse caldo de cultura, no Brasil o julgamento da Ação Penal 470 assume um relevo dos mais destacados no quadro político dos últimos anos, revelado pela forte carga simbólica que essa decisão assumiu ao condenar diversos poderosos por crimes como corrupção e peculato.

Além dos fatores de ordem política, a assunção do Judiciário a personagem cada vez mais central no jogo político-institucional também contou com uma cultura jurídica amplamente favorável. A atividade intelectual e a produção teórica mais recentes, ainda que desprovidas de maior repercussão no campo jurídico-penal, especialmente inspiradas nas novas correntes contemporâneas do pensamento jurídico fizeram surgir novas perspectivas para a intervenção da dimensão do jurídico na dinâmica social, política e econômica.

Embora esse pensamento não constitua um conjunto uniforme e homogêneo de teorias, estando envolvido em certa atmosfera difusa de proposições e métodos (nem todos necessariamente novos, mas, certamente, repaginados), seu mérito maior consistiu em colocar a premência da busca por um maior grau de efetividade dos textos normativos – com razoável grau de satisfação das expectativas ali contempladas – e da relevância de ser estabelecida uma simbiose mais estreita entre teoria e prática que permita aos participantes dos empreendimentos judicializados a melhor intervenção possível e o alcance da resposta mais qualificada, posto que apoiada em métodos, técnicas e fundamentos que ofereçam a solução vista como mais adequada aos problemas trazidos ao campo jurisdicional.

Dentre essas novas vertentes ou tendências do pensamento jurídico contemporâneo, vemos despontar o pragmatismo jurídico. Ele vem oferecer

referências teóricas e instrumental metodológico que permitem estreitar a relação entre o direito e a realidade subjacente, impedindo que o saber jurídico continue desgarrado de uma base empírica a permitir a resolubilidade dos conflitos sem maiores distorções e equívocos, estabelecendo parâmetros razoáveis a orientar situações assemelhadas no futuro.

Além de possibilitar uma abertura para novas concepções menos idealizadas do direito e mais conectadas com os dilemas e desafios que são colocados diante dele, o aporte metodológico que o pragmatismo jurídico oferece também viabiliza uma operacionalidade no campo jurídico que permite o adensamento do quadro de referências morais, culturais, econômicas e políticas no marco de uma sociedade politicamente estruturada nos valores e princípios da república, da democracia e da justiça social.

Dentre os diversos participantes dessa empreitada, é evidente que avulta a importância do papel do magistrado como maior expoente e principal fiador dessa nova conformação da dimensão do jurídico nas sociedades contemporâneas. Sobre os juízes recai toda uma gama de cobranças, expectativas e demandas que ultrapassam as fronteiras tradicionais em que se assentavam a matéria jurídica. Em sociedades com um considerável déficit de democracia e justiça social como o Brasil, essa carga que recai sobre os magistrados é ainda mais dramaticamente intensa, ampla e variada do que em outros países.

Tem-se, portanto, que no Brasil é cada vez mais perceptível que os magistrados assumem um papel de relevo na produção do Direito e quando eles se negam a lançar mão de novos métodos de apuração e análise dos fatos, para que nos processos decisórios em casos de corrupção as respostas sejam mais qualificadas, fica evidenciada a adesão a uma postura absenteísta inadmissível diante da gravidade do problema da corrupção, que traz graves implicações de natureza econômica, política e social. Superar as amarras de concepções estanques, descompromissadas axiologicamente e descoladas das condicionantes materiais que as moldaram é um imperativo que se coloca para a função jurisdicional na contemporaneidade.

Em uma de suas obras de maior prestígio “O Poder Simbólico”, Pierre Bourdieu (1989, pp. 217-219) destaca que o apreço à sintaxe é uma tendência histórica dos teóricos e professores de direito; enquanto os juízes tendem a prestigiar mais a pragmática. Assim, os juristas e outros teóricos orientam suas abordagens no sentido da teoria pura, estruturada em um sistema autônomo e autossuficiente que estaria ressaltado das incertezas ou lacunas relacionadas à natureza prática.

Dessa forma, os juízes e outros atores que intervêm na operacionalidade do sistema judicial, estariam mais atentos à aplicação do direito em situações concretas. E, assim, na tarefa de gerir os conflitos e no enfrentamento judicial de matérias sempre renovadas, os magistrados tendem a garantir uma adaptação real ao sistema, para que o direito, se entregue apenas aos teóricos, juristas e professores, não corra o risco de se fechar na rigidez do racionalismo lógico-formal.

Portanto, impõe-se abandonar concepções largamente difundidas nos países com sistemas jurídicos da tradição romano-germânica, que ocultam ou minimizam a função relevante e destacada que o juiz assume ao longo de todo o processo judicial que caminha para a criação da norma jurídica do caso concreto. Na verdade, é o juiz que produz a própria norma, referenciado no texto normativo, tomando-o, à luz do que defende Benjamin Nathan Cardozo (2002, p. 525), como ponto de partida, mas não se esgotando nele os elementos referenciais de que se vale o magistrado para ultimar o processo decisório.

Propõe Benjamin Nathan Cardozo (2002, p. 542) que os juízes estejam atentos ao *zeitgeist*³³, assumindo, ao mesmo tempo, uma postura progressista, mas sem descuidar do legado generoso que os teóricos e pensadores do passado eventualmente possam deixar. E afirmava: “Meu dever na condição de juiz pode ser materializar em lei não as minhas próprias aspirações, convicções e filosofias, mas as aspirações, convicções e filosofias dos homens e mulheres do meu tempo”. Ele acreditava que dificilmente faria isso bem se as suas próprias simpatias, crenças e devoções apaixonadas estiverem num tempo que é passado. “Podemos conceber a

³³ Termo de origem alemã que significa espírito do tempo, espírito da época ou sentimento do tempo. Ou seja, significa todo o conjunto do clima intelectual, ético e cultural de uma sociedade em um determinado período de tempo.

“tarefa de um juiz, se quisermos, como a tarefa de um tradutor, a leitura de sinais e símbolos dados de fora”.

A instrução de um juiz, se unida ao que é denominado temperamento judicial, ajudará em algum grau a emancipá-lo do poder sugestivo das predisposições e antipatias individuais. (...) O trabalho de um juiz é, num certo sentido, duradouro, e, num outro sentido, efêmero. O que há de bom nele, dura. O que há de errôneo, com toda certeza perece. O bom continua sendo o alicerce sobre o qual novas estruturas serão construídas. O mau será rejeitado e abandonado no laboratório dos anos. (CARDOZO, 2002, p. 542)

Enquanto um dos principais expoentes do pragmatismo, John Dewey reconhece que o Direito não pode estar infenso às condicionantes que moldam a vida social. Nesse diapasão, registra:

(...) Pois Direito é apenas um nome abstrato para uma grande quantidade de demandas concretas de ação que outros nos inculcam, e as quais somos obrigados a tomar em certa consideração, se quisermos viver. Sua autoridade à exigência de suas demandas, a eficácia de suas insistências. (...) Mas, de fato, significa a totalidade das pressões sociais exercidas sobre nós para induzir-nos a pensar e a desejar certas maneiras. Como consequência, o direito só pode, de fato, tornar-se a estrada para o bem quando os elementos que compõem essa pressão incessante são esclarecidos, só quando as próprias relações sociais se tornam razoáveis. (...) a pressão não é ideal, mas sim empírica; no entanto, empírica significa real. Chama a atenção para o fato de que as considerações de direito são reivindicações que se originam não fora da vida, mas sim dentro dela. São “ideais” exatamente no grau em que, de maneira inteligente, as reconhecemos e agimos de acordo com elas. (DEWEY, 2002, p. 514)

É especialmente interessante e elucidativo o sentido que John Dewey confere ao termo ideal, refutando sua significação ligada a formulações apriorísticas descoladas da experiência do real ou mesmo desconectadas do pulsar da vida, tanto na perspectiva humana como social.

Cada vez mais fica evidenciada a imbricação entre direito, educação cívica e democracia. Para John Dewey (*apud* SHOOK, 2002, p. 175), com sua concepção acerca do pragmatismo e sua psicologia funcionalista, uma sociedade verdadeiramente comprometida em incentivar a atividade teleológica inteligente somente pode fomentá-la em um ambiente democrático, naquele em que o processo educativo amplo e contínuo ocorra com a participação do educando na consciência social, da qual faz parte, e para qual colaborará. Consciência social colaborativa em uma dada sociedade reforça uma institucionalidade baseada nos mais elevados

valores republicanos e democráticos e somente pode vicejar onde os níveis de corrupção sejam meramente residuais.

Importa ter sempre presente que o Direito é, antes de tudo, um universo simbólico, constituído por uma gama de signos e significados. Sua funcionalidade e efetividade depende sensivelmente de um apurado senso cívico de seus operadores e da comunidade em geral sobre a qual se projeta, fazendo ressoar sobre o campo da juridicidade um forte sentido forjado pelas representações sociais acerca do papel da cidadania na construção de uma robusta sociedade de iguais. (FERRAJOLI, 2002, p. 342)

Especulando sobre possíveis causas para um diagnóstico sobre as causas que favorecem elevados índices de corrupção no Brasil e das possíveis respostas para o seu enfrentamento, Juarez Guimarães (2011, p. 88-89) demonstra estar em sintonia com tais preocupações ao expor concepções próximas ao pragmatismo “deweyano” como as expostas a seguir:

Em primeiro lugar, há aqui uma apologia da política entendida como exercício pleno da liberdade, da autonomia politicamente formada e compartilhada, da cidadania ativa e da formação do interesse público como o verdadeiro antídoto contra a corrupção. Esse antídoto não é suficiente, mas condição necessária para tal combate.

Em segundo lugar, vincula-se visceralmente a corrupção à assimetria de direitos e deveres entre os cidadãos, que mina sua condição de liberdade entendida como autonomia. Distingue-se aqui centralmente a realização de privilégios ilegítimos (que é a corrupção, por definição) em um regime republicano com os privilégios legitimados em um regime não republicano, isto é, não baseado na soberania popular. Sem uma compreensão sólida do que é o interesse público, que só pode se firmar em um contexto de simetria entre direitos e deveres dos cidadãos, não há uma base segura sequer para identificar o fenômeno da corrupção. A luta contra a corrupção é, pois, para o republicanismo democrático, o fundamento da luta pela justiça.

Em terceiro lugar, a possibilidade de tornar a corrupção um fenômeno marginal ou de exceção depende centralmente da construção institucional complexa do interesse público, isto é, de leis, instituições, regulações, procedimentos e políticas públicas universalistas. A raiz do combate à corrupção não está nos âmbitos da autocontenção do Estado ou da expressão espontânea dos interesses e das vontades da sociedade civil, mas, rigorosamente falando, no âmbito da construção das formas da mediação para a formação do interesse comum a partir das vontades particulares e dos interesses particulares a partir do interesse comum.

Onde os fenômenos criminais avultam e se dissemina uma forte percepção de que é crescente e persistente a relação entre criminalidade e poder, há uma

grave perturbação na ambiência social, com grave risco de gerar um estado de anomia na sociedade. Amplia-se um sentimento generalizado de que todos estão à deriva, vulneráveis a toda sorte de riscos e perigos e, consequência mais drástica, é possível emergir um sentimento de ampla permissividade que pode levar ao esgarçamento do tecido social.

O mais grave é que a criminalidade do poder, com sua complexa sofisticação e ampla porosidade, induz e retroalimenta esse quadro na medida em que se torna o principal e mais devastador elemento de desestabilização e tensionamento social, por franquear espaço para que distintas e múltiplas expressões de desvios e abusos de toda ordem se manifestem.

Luigi Ferrajoli (2003, p. 81) apresenta algumas características da criminalidade pós-moderna, classificando-a em três grupos principais. Propõe esse autor uma distinção mais clara entre a criminalidade que detém grande poder econômico e a criminalidade do poder público, como variações ou espécies da criminalidade do poder. O autor alerta para o fato de que a criminalidade do poder público possui uma estreita conexão com as outras formas de criminalidade e, não raro, constitui um dos principais pólos indutores de diversas manifestações da chamada criminalidade organizada e do incremento de suas ações.

Aqui me limitarei a distinguir três formas de criminalidade do poder, combinando-as com as características da criminalidade organizada: aquela do poder claramente criminoso, aquela da criminalidade do grande poder econômico; e aquela, enfim, da criminalidade do poder público. De um lado, portanto, o poder da criminalidade, de outro lado, a criminalidade do poder, tanto econômico quanto político. Esses fenômenos criminais não são claramente distintos e separados do poder, na verdade com ele estão entrelaçados por meio de conluíus acertados, cumplicidades estabelecidas e mútuas explorações; envolvendo poderes criminais, poderes econômicos e poderes políticos.³⁴ (FERRAJOLI, 2003, p. 81-82) (tradução livre)

Nesse sentido, a repercussão e o alcance de uma decisão da natureza da que foi pronunciada pelo STF no julgamento da Ação Penal 470 em sentido

³⁴ *Qui mi limiteró a distinguire tre forme di criminalità del potere, accomunate dal loro carattere di criminalità organizzata: quella dei poteri apertamente criminali; quella dei crimini dei grandi poteri economici; quella infine dei crimini dei pubblici potere. Da um lato, dunque, i poteri criminali, dall'altro lato e crimini del potere, sia econômico che político. Non si tratta di fenomeni criminali nettamente distinti e separati, ma di mondi tra loro intrecciati, per Le collusioni, fatte di cumplicità e di reciproca strumentalizzazione, tra poteri criminali, poteri economici e poteri istituzionali.*

condenatório, pode minar a confiança de quem acredita que perpetuará o elevado grau de tolerância da sociedade e das agências de controle penal diante de casos de corrupção, de que irá perseverar uma impunidade generosa e generalizada nesse campo. Crença esta que, por ser considerada tão certa, funciona como importante indutor criminógeno, favorecendo práticas de atos corruptos sob novas roupagens, ou até mantendo uma mesma toska escrita no *iter criminis* de práticas de desvio e apropriação indevida de recursos por agentes públicos, quando estes se beneficiam da função pública com um razoável grau de certeza de que jamais serão pegos por esses desvios, mesmo quando eventualmente vem a ser descoberta sua conduta criminosa.

Há um desejo cívico por mudanças, espera-se que uma maior consideração sobre a dignidade do desempenho de função pública prevaleça sobre projetos despóticos de poder. Acreditamos que uma página importante começou a ser escrita pelo Supremo Tribunal Federal. Até que ponto ela contribuirá, ao lado de outras intervenções, para o estabelecimento de um ambiente institucional de maior salubridade ética no país e para o reforço do nosso republicanismo democrático, é algo que devemos aguardar e diligentemente perseverar buscando e cobrando.

Enfim, esse julgamento produzirá um significativo impacto no campo teórico jurídico-penal e na operacionalidade das agências e atores que integram o sistema de justiça criminal. Certamente, é um julgado que já desponta como um dos precedentes mais emblemáticos da justiça penal brasileira. O STF assumiu um papel que, comumente, está reservado à dogmática jurídico-penal ao produzir ou apoiar e referenciar em seus votos teses e argumentos até então pouco empregados – ou utilizados sem maior rigor metódico e clareza analítica – pelos dogmáticos jurídico-penais brasileiros na análise dos crimes funcionais.

Cabe alertar que não enveredamos aqui na temerária e precipitada proposição que mal consegue disfarçar uma certa ingenuidade intelectual de que o discurso de autoridade na análise e interpretação da matéria jurídica estaria saindo das mãos dos dogmáticos e se deslocando para os tribunais (e o julgamento da Ação Penal 470 seria uma das evidências reveladoras desse fenômeno),

amplificando em demasia o papel do Poder Judiciário num retorno a algo próximo ao governo dos juízes³⁵.

Acreditamos que embora seja defensável e até louvável um olhar mais atento ao conteúdo dos julgados e uma interação mais estreita entre a teoria e a *praxis* jurídica, não é possível prescindir de um saber forjado no campo da dogmática jurídico-penal que leve em conta os desafios e dilemas de natureza moral, política e econômica que estão presentes na sociedade brasileira.

A dogmática jurídico-penal não deveria ter se furtado a produzir um conhecimento sobre essa matéria no Brasil por tão longo tempo, mas diante desse dado, um exame minucioso do Acórdão da Ação Penal 470 permite identificar um consistente arranjo ali expresso, em que estão presentes a menção a construções teórico-conceituais, a releituras ou reforço de outras já existentes; a formulação de novas referências argumentativas com um forte sentido prático; a adoção de novas perspectivas no manejo e valorização das provas, especialmente em relação aos indícios.

Portanto, é oportuno alertar para o fato de que tribunais e juízes não estão habilitados a produzirem um saber rigorosa e sistematicamente estruturado que seja capaz de suprir a necessidade de dispor de um acervo teórico-argumentativo sólido e de aplicação racional produzido pela melhor dogmática jurídico-penal. Convém reconhecer que os dogmáticos da área jurídico-penal é que estariam, ou melhor, ainda estão mais qualificados para produzir esse saber.

Embora seja pertinente e até mesmo necessário um olhar mais atento ao conteúdo dos julgados e louvar o espaço crescente que ocupam na produção de um autorizado saber jurídico-penal, não é possível prescindir de um saber forjado no campo da dogmática jurídico-penal que leve em conta os desafios e dilemas de

³⁵ O *Governo de Juízes* se define, na contemporaneidade, por uma hipertrofia da função jurisdicional em detrimento da competência do Legislativo e do Executivo. O Judiciário claramente exacerba em suas atribuições para avançar em competências que pertencem ao Legislativo e, também, ao Executivo. Além de passar a assumir o polo central de criação do direito em abstrato e na definição de políticas públicas, os magistrados assumem cada vez mais a condição de principais vocalizadores do direito em dimensões concretas e para além do caso individualizado que fora submetido a julgamento. Com a necessidade de buscar a legitimação não apenas pelo procedimento, como também pela qualidade da argumentação do julgado, há uma formulação retórico-argumentativa que passa a assumir papel de destaque na construção teórico-dogmática do Direito Penal.

natureza moral, política e econômica que estão postos na sociedade brasileira. E, sem dúvida, sempre será resguardado esse espaço àqueles que pensam, refletem, problematizam sobre a matéria jurídica e formulam suas teses no campo da dogmática jurídico-penal.

Enfim, que seja possível a esses atores algo próximo àquilo de que trata Richard Rorty (2005, pp. 122-134) quando menciona as tentações dos filósofos e professores: afastarem-se do sedutor papel de agentes revolucionários, de mentores de profundas e até por vezes traumáticas mudanças, em favor da assunção do papel de agentes de reconciliações, partícipes privilegiados de um processo de transformações sem rupturas traumáticas, empenhados em buscar as convergências possíveis.

Na linha do pensamento de Richard Rorty, importa ter presente que todos nós que labutamos na seara jurídica participamos do processo de construção da dimensão do jurídico na sociedade e forjamos essa ordem normativa. E, nessa condição, devemos atuar como corretores honestos entre experiências jurídicas diversas no tempo e no espaço, assumindo a condição de hábeis e judiciosos artífices de uma costura bem conduzida entre o forro do direito e o tecido social, político, econômico e cultural ao qual aquele serve de anteparo necessário.

3.3. Os Antecedentes da Ação Penal 470³⁶

A divulgação de um esquema de corrupção³⁷ em que o Partido dos Trabalhadores (PT) estava no epicentro e que ficou conhecido nacionalmente como “Escândalo do Mensalão” ou “Caso Mensalão”, teve como marco inicial um conjunto

³⁶ Neste capítulo e ao longo da tese, optamos por apresentar uma abordagem do episódio conhecido como *Mensalão* na perspectiva do que restou decidido pelo STF. Assim, quando é feita a afirmação “... um esquema de corrupção montado pelo PT...” não se está a apresentar uma afirmação precipitada ou mesmo um juízo de valor política ou ideologicamente determinado sobre esse evento. Antes, trata-se de um relato fruto de nossa opção metodológica de adotar um determinado ponto de vista (o que consta da Denúncia do MPF conforme acolhido pelo STF) para evitar uma narrativa eivada de adjetivações a indicar conjecturas ou dubiedades, como em construções do tipo *pretense* esquema, *provável* acordo, *suposto* encontro, etc.

³⁷ Embora o termo *corrupção* seja um tanto complexo e guarde certa ambiguidade conceitual, empregamos esse termo conforme o uso mais comum nos dias de hoje, ou seja, associado a ilícitos praticados por funcionários públicos ou pessoas ligadas a eles (quer de comum acordo ou não) configuradores de violação ao dever de probidade e impessoalidade, em que tais agentes se valem de seu status para auferir alguma vantagem para si ou para outrem, degradando a função pública que desempenham. No tópico seguinte será abordada a questão da busca de uma delimitação conceitual para a corrupção, mais especificamente quando este fenômeno envolve graduados agentes públicos.

de revelações do então deputado federal Roberto Jefferson, na época presidente do Partido Trabalhista do Brasil (PTB), partido que integrava a base de sustentação do Governo Lula (2003-2010).

Essas revelações ocorreram em 2005, quando então passa a ser conhecido fora dos círculos do poder o que seria um amplo e complexo esquema de compra de apoio parlamentar na Câmara Federal, com a principal finalidade de assegurar a aprovação de projetos de interesse do Governo Lula em seu primeiro mandato. A compra desse apoio ocorria de duas formas: mediante o loteamento político dos cargos públicos e por meio da distribuição de uma "mesada" aos parlamentares.

Quando Lula é eleito em 2002 e o PT, depois de quase duas décadas desde a sua fundação, chega ao mais alto cargo eletivo da República, os articuladores políticos do novo governo definem como prioritária a formação de uma ampla base de apoio³⁸. Como no Brasil esse processo é de natureza menos programática e mais fisiológica, lideranças de partidos e diversos deputados que historicamente não se alinhavam ao perfil ideológico e ao discurso programático dos petistas teriam sido cooptados para compor a maioria governista no Congresso.

Nessa empreitada voltada à constituição de uma ampla, coesa, fiel e dócil bancada de apoio, os petistas contaram com o decisivo auxílio de uma figura que seria central para o êxito da estratégia definida. Assim, com objetivo unicamente financeiro, o até então obscuro empresário Marcos Valério aproxima-se do núcleo central da organização criminosa (José Dirceu, Delúbio Soares, Sílvio Pereira e José Genoíno) para oferecer os préstimos da sua própria quadrilha (Ramon Hollerbach, Cristiano de Melo Paz, Rogério Tolentino, Simone Vasconcelos e Geiza Dias dos Santos) em troca de vantagens patrimoniais no Governo Federal. (Denúncia do MPF no IP nº 2245 7, p. 12)

Para viabilizar esse projeto, havia toda uma *expertise* já acumulada em Minas Gerais por um grupo de empresários e políticos, tendo à frente o referido publicitário, quando se montou e operou um intrincado esquema de captação e

³⁸ Tomaram parte no esquema diversos parlamentares, dirigentes e funcionários do Partido dos Trabalhadores (PT) Partido Progressista (PP), Partido Liberal (PL) – que mudou o nome para Partido da República (PR) em 24 de outubro de 2006, depois da eclosão do escândalo, Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) e um parlamentar do Partido do Movimento Democrático brasileiro (PMDB).

desvio de recursos públicos para o financiamento da campanha ao governo mineiro do tucano Eduardo Azeredo³⁹.

Tal esquema seria transplantado para o núcleo do governo federal no primeiro mandato do Presidente Lula e ali foi possível estabelecer, incrementar e levar a termo toda uma estrutura criminosa baseada, principalmente, na utilização de recursos públicos para financiar o apoio parlamentar ao governo. O propósito maior era encontrar meios de captar e desviar recursos para viabilizar o pagamento de dívidas pretéritas do Partido e também custear gastos de campanha e outras despesas do PT e dos seus aliados.

Na esteira desse projeto foi constituído um núcleo financeiro que operacionalizava as ações de captação e distribuição dos recursos do esquema. Os principais gestores dos bancos mineiros BMG e Rural eram os operadores financeiros que viabilizavam o trânsito dos recursos que abasteciam os bolsos e as contas dos aliados ou dos seus “laranjas”. A fim de não deixar explícita a origem do dinheiro, os dirigentes petistas, o operador Marcos Valério e os gestores das instituições financeiras chegaram a simular empréstimos obtidos pelo PT junto a esses bancos tão logo eclodiram nos meios de comunicação de massa os primeiros relatos e notícias sobre o caso.

As implicações políticas do escândalo tiveram um largo e profundo alcance. A revelação do esquema de corrupção que ficará marcado nos registros da história política do país como “O Escândalo do Mensalão”, cujos principais idealizadores teriam sido Delúbio Soares, ex-tesoureiro do PT, e Marcos Valério, o publicitário mineiro, veio à tona quando os veículos de comunicação divulgaram imagens em que um dirigente dos Correios (ECT) é flagrado recebendo dinheiro em troca de favorecimentos e facilidades na execução de contrato firmado entre aquela empresa pública e uma empresa privada. Esse dirigente dizia agir em nome do Deputado Roberto Jefferson e o episódio foi amplamente explorado e alcançou grande repercussão, sendo enfatizado que os Correios eram, àquela época, um reduto dos

³⁹ O caso está em análise na Ação Penal 536 que tramita na Justiça Federal de Minas Gerais.

petebistas, que lá contavam com vários indicados entre diretores e outros ocupantes de cargos comissionados⁴⁰.

Magoado diante do que identificava como uma traição dos responsáveis pela articulação política do governo, que sequer saíram em seu apoio e nem mesmo esboçaram uma discreta defesa, o Deputado Roberto Jefferson concede uma entrevista à jornalista Renata Lo Prete, do jornal Folha de São Paulo em 06 de junho de 2005, e afirma existir um esquema de distribuição de propinas a dirigentes de partidos e deputados federais, esquema este comandado pelo então Chefe da Casa Civil da Presidência da República e homem-forte do PT, José Dirceu⁴¹.

Sentindo-se acuado pelos fatos e abandonado pelo governo, o delator do “Mensalão” informa nessa entrevista que o PT havia montado um grande e sofisticado esquema de compra de votos de deputados na Câmara Federal para aprovar projetos de interesse do governo, passando cada deputado que firmasse estreita fidelidade ao partido a receber um valor pago mensalmente (daí a consagração definitiva do termo Mensalão) por esse compromisso. O montante era obtido por meio de desvio de dinheiro público – especialmente através de contratos de publicidade com órgãos e empresas estatais – ou de outras fontes ilícitas e a figura central na operacionalização do esquema era Marcos Valério, o lobista-publicitário que a partir daí viria a ser identificado e conhecido em todo o Brasil.

Assim, começa a ser revelado com razoável riqueza de detalhes o esquema de corrupção em que dirigentes do Partido dos Trabalhadores, em articulação com o então Chefe da Casa Civil e homem-forte do partido e do governo, José Dirceu, promoviam farta distribuição de dinheiro e o loteamento de cargos públicos para angariar apoio parlamentar em votações de interesse do Palácio do Planalto na Câmara dos Deputados.

⁴⁰ No dia 14 de maio de 2005, o site da revista Veja divulgou uma gravação de vídeo na qual o ex-chefe do DECAM da Empresa de Correios e Telégrafos, Maurício Marinho, recebia propina para ilicitamente beneficiar um empresário. Este era, na realidade, um advogado curitibano, contratado por um empresário/fornecedor dos Correios, Arthur Wascheck Neto, a fim de produzir prova contra esse funcionário. Naquela ocasião, Maurício Marinho expôs, com riqueza de detalhes, um esquema de corrupção de agentes públicos existente naquela empresa pública. Na edição Nº 1905 de 18 de maio de 2005 foi publicada ampla reportagem relatando o esquema sob o título “O homem-chave do PTB”. Ali, o diretor dos Correios afirmava ser Roberto Jefferson quem lhe dava cobertura na operacionalização do esquema, viabilizando o levantamento ilícito de recursos para financiamento de campanha dos candidatos do partido.

⁴¹ É emblemático o episódio em que o presidente Lula, ao empossar seus novos Ministros, refere-se a José Dirceu como o “capitão do time”, confirmando e endossando o poder e controle proeminentes que este passaria a deter sobre a máquina do governo Lula em seu primeiro mandato.

Surpreendido com a grande repercussão do caso e certamente preocupado com os desdobramentos político-eleitorais que poderiam provocar, o presidente Lula se manifesta publicamente em dois momentos emblemáticos com posições manifestamente contraditórias sobre o caso. Em pronunciamento no dia 12 de agosto de 2005, por ocasião da abertura da 11ª reunião ministerial de seu governo, ele afirma ter sido traído e pede desculpas aos brasileiros, sem entrar em maiores detalhes sobre quem o havia traído, em que circunstâncias e quais erros e desvios especificamente deveriam ser perdoados pela população brasileira.

Dias depois, em viagem à França, o então presidente concede uma entrevista⁴² a jornalistas da Rede Globo e apresenta pela primeira vez ao grande público a versão de que todo o episódio envolvia mero Caixa 2 de campanha, ou seja, o então presidente petista passa a apresentar a tese de que ocorrera o simples emprego de recursos não contabilizados (na preciosa denominação do então tesoureiro do PT, Delúbio Soares) e, portanto, não declarados à Justiça Eleitoral, que passavam a ser distribuídos principalmente às lideranças dos partidos que formavam a base de apoio parlamentar no Congresso Nacional para, segundo a versão de Lula, fazer frente a gastos de campanha.

Mas tal versão não foi suficiente para deter o ímpeto das investigações e apurações sobre o caso. Com a eclosão do escândalo, tem-se um cenário de deterioração da gestão política do governo, em que novas e comprometedoras revelações surgem a cada dia e atingem figuras destacadas do PT e do governo.

Diante da gravidade dos fatos revelados, chegou a ser cogitada pela oposição a possibilidade de instaurar um processo de *impeachment* contra o presidente Lula, ideia de plano repudiada por lideranças políticas opositoras, incluindo o ex-presidente Fernando Henrique Cardoso, por acreditarem que poderiam ser acusados de golpistas e de contribuir para o aprofundamento de uma crise política sem precedentes e desestabilizar o país, com imprevisíveis desdobramentos.

⁴² A entrevista foi divulgada em primeira mão pelo programa Fantástico da Rede Globo no dia 17 de julho de 2005. "Doa a quem doer, vamos continuar implacáveis com a apuração da corrupção. O PT tem que explicar para a sociedade brasileira que erros cometeu. O que o PT fez do ponto de vista eleitoral é feito em todo país sistematicamente", afirmou Lula naquela oportunidade. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2012/relembre-o-surgimento-e-evolucao-do-mensalao.html>. Acesso em: 22/02/2013.

Além do temor de provocar grave instabilidade institucional, os opositores do governo petista sabiam da dificuldade de promover uma ampla mobilização da sociedade, haja vista o fato de os petistas contarem com uma forte e extensa base de apoio popular, assentada especialmente em movimentos sociais e centrais sindicais, e de ainda terem à disposição uma grande bancada de apoio no Congresso Nacional.

Registre-se, ainda, que os articuladores oposicionistas tinham a firme convicção de que Lula iria sangrar por longos meses e que se desgastaria de tal maneira que não viria a ser reeleito para um novo mandato no ano seguinte. Hipótese esta que não se confirmou, como é plenamente conhecido nos dias de hoje, com Lula passando quase incólume pelo escândalo e recuperando seus elevados índices de popularidade, sendo eleito no segundo turno para um segundo mandato bem mais tranquilo e estável.

Assim, apesar da gravidade dos fatos e da persistência de uma ampla cobertura pelos meios de comunicação das novas revelações que se sucediam, foi logo abandonada a proposta de *impeachment* e as oposições resolveram centrar seus esforços na articulação de apoios para a instalação de uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) destinada à apuração das circunstâncias do caso.

São reunidas as assinaturas em número suficiente para a instalação da CPI e, diante do inevitável, os petistas conseguem compor com o poderoso PMDB (que comportava a maior bancada daquela legislatura) um acordo para que um integrante do PT presidisse a Comissão, cuja indicação recaiu sobre o Deputado de Mato Grosso Delcídio Amaral, e para que a relatoria ficasse a cargo do Deputado Omar Serraglio, do PMDB catarinense.

Apesar de todo o esforço do governo para barrar uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito para investigar o caso, é instalada em 09 de junho de 2005 aquela que ficou conhecida como a CPI dos Correios. Sob forte tensão entre seus membros, intensa pressão das forças governistas e uma ampla cobertura midiática, a comissão realiza seus trabalhos de investigação e até consegue levantar um número significativo de provas e evidências indicativas de um esquema de corrupção operando desde o coração do poder durante o governo Lula.

Constatado que o esquema de corrupção tinha irradiado para outras esferas da administração pública federal, as investigações redirecionaram os trabalhos da CPMI "dos Correios" que então se encontrava em andamento, e é instalada uma nova Comissão Parlamentar, a CPMI da "Compra de Votos".

As comissões desenvolveram suas atividades de investigação por quase um semestre com a tomada de depoimentos de vários envolvidos, quer como testemunhas ou mesmo suspeitos, bem como com a coleta e reunião de farta documentação comprobatória de fatos que seriam reveladores de desvio de recursos públicos, pagamentos de propinas a parlamentares e realização de empréstimos fraudulentos para justificar a origem dos recursos mobilizados pelo esquema.

As investigações efetuadas pela Comissão Parlamentar Mista de Inquérito e também no âmbito do presente inquérito evidenciaram o loteamento político dos cargos públicos em troca de apoio às propostas do Governo, prática que representa um dos principais fatores do desvio e má aplicação de recursos públicos, com o objetivo de financiar campanhas milionárias nas eleições, além de proporcionar o enriquecimento ilícito de agentes públicos e políticos, empresários e lobistas que atuam nessa perniciosa engrenagem. Acusado, pois o esquema de corrupção e desvio de dinheiro público estava focado, em um primeiro momento, em dirigentes da ECT indicados pelo PTB, resultado de sua composição política com integrantes do Governo, o ex Deputado Federal Roberto Jefferson, então Presidente do PTB, divulgou, inicialmente pela imprensa, detalhes do esquema de corrupção de parlamentares, do qual fazia parte, esclarecendo que parlamentares que compunham a chamada "base aliada" recebiam, periodicamente, recursos do Partido dos Trabalhadores em razão do seu apoio ao Governo Federal, constituindo o que se denominou como "mensalão". (Denúncia do MPF no IP nº 2245 7, pp. 6-7)

Com o resultado dos trabalhos de investigação da CPMI dos Correios em mãos e de novas provas produzidas pela Polícia Federal no Inquérito Policial que investigou o caso, o então Procurador-Geral da República, Antonio Fernando de Souza, prepara a acusação formal dos envolvidos contra quem foram levantados elementos de prova e evidências mais consistentes de crimes praticados.

Com um amplo e consistente acervo probatório a apontar autoria e materialidade de ilícitos penais imputados, a denúncia é aceita em 2007 pelo STF. Além de José Dirceu, José Genoíno, Delúbio Soares e Marcos Valério, foram denunciados mais 36 envolvidos no esquema, aí incluídos parlamentares, diretores de estatais, empresários, dirigentes partidários e banqueiros.

Não apenas pela quantidade, como também pelo perfil dos acusados – altos dirigentes partidários, ex-Ministro-Chefe da Casa Civil, parlamentares e bem relacionados empresários e banqueiros – o julgamento passa a ocupar um lugar de destaque em nossa história como um dos mais abrangentes, complexos e emblemáticos do sistema judicial brasileiro.

É bem verdade que os defensores dos réus também apresentaram suas teses de defesa, com versões dos fatos bastante distintas das veiculadas na grande imprensa e daquelas apresentadas pelo MPF na peça acusatória. Em síntese, as teses orbitavam ora em torno da versão de que a movimentação de vultosos recursos entre petistas e membros de partidos aliados, como revelado em considerável repositório material de provas, era, na verdade, apoio à recomposição das finanças desses partidos aliados por meio de recursos de Caixa 2 (configurando, portanto, mero crime eleitoral); ora vinculadas à versão de que as provas colhidas e apresentadas eram por demais frágeis, sem aptidão para demonstrarem cabalmente a materialidade dos ilícitos imputados, bem como insubsistentes para a comprovação da efetiva e precisa participação dos envolvidos em supostos crimes.

Além da alegação de que as condutas não estavam devidamente discriminadas, especificamente detalhadas, o que violaria um dos princípios básicos do Direito Penal que é o da individualização das condutas, também em muitas teses de defesa formuladas pelos advogados dos réus – principalmente de parlamentares e seus assessores, lideranças e tesoureiros de partidos aliados, além de sócios e funcionários das agências de publicidade e corretoras envolvidas no esquema – foi recorrente a alegação de que os acusados desconheciam a origem ilícita dos recursos, com os advogados defendendo a tese de que seus clientes ignoravam por completo que os montantes repassados tinham, majoritariamente, origem pública e foram obtidos por meio de desvios e distintos meios fraudulentos.

Neste tópico, o propósito foi apenas registrar um breve e abrangente panorama dos fatos enfeixados por aquilo que se convencionou chamar “Escândalo do Mensalão” como veiculado na maioria dos meios de comunicação de massa e conforme a Denúncia formulada pelo Ministério Público Federal (MPF). As

imputações feitas aos acusados⁴³ na Ação Penal promovida com suas nuances e especificidades serão apresentadas de forma mais detida adiante, no contexto da apresentação das teses centrais da acusação e das alegações sustentadas pela defesa dos réus.

Por ora, julgamos ser suficiente apenas o relato sucinto sobre os pontos principais dos acontecimentos que constituíram a base fática do julgamento em estudo, destacando, em especial, o contexto político em que vicejou aquele que seria o escândalo que abalou o primeiro mandato de Lula.

O ocorrido revelou a grave deterioração da estrutura político-partidária brasileira e, se a eclosão do escândalo não servir para promover mudanças substanciais na tessitura político-administrativa no Brasil, pelo menos deveria alertar para a premência de avançar na depuração das práticas político-partidárias neste país e a necessidade de apurar nosso nível de tolerância diante de tantos desvios e abusos perpetrados em nome de uma suposta governabilidade.

O episódio também serviu para ilustrar o quanto muitos dos nossos agentes políticos não conservam limites e vínculos mais sólidos de compromisso com a coisa pública, revelando como a função pública no Brasil é frequentemente degenerada para que sirva a uma despudorada mercancia voltada à satisfação de interesses particulares, próprios ou de terceiros, levando a uma temerária escalada da cleptocracia⁴⁴.

⁴³ Ao todo, constavam 98 acusações formais apresentadas contra os réus da Ação Penal 470. Foram descritas condutas com 7 (sete) tipificações distintas, com alguns réus respondendo por apenas um dos crimes e outros chegando a responder por até cinco crimes diferentes. O resultado do julgamento foi um total de 25 condenados, com 7 empates e 5 absolvições.

A promotoria classificou as acusações com base nas condutas praticadas pelos réus denunciados em torno de três eixos ou núcleos que denominou de *publicitário*, *financeiro* e *político*. No primeiro, o núcleo publicitário, foram denunciados diversos réus, com destaque para Marcos Valério e seus sócios Ramon Hollerbach e Cristiano Paz. No núcleo financeiro foram formalmente acusados diversos gestores de instituições financeiras, como os dirigentes do Banco Rural Kátia Rebelo, José Roberto Salgado e Vinícius Samarane e, ainda, os sócios da corretora Bônus-Banval Breno Fischberg e Enivaldo Quadrado. Finalmente, do eixo político, foram denunciados os deputados José Borba, Roberto Jefferson, Valdemar Costa Neto, Pedro Henry, Pedro Corrêa, Romeu Queiroz e Bispo Rodrigues e outros que figuravam como quadros na estrutura partidária do PL (hoje PR), PT e PTB.

⁴⁴ Segundo Susan Rose-Eckemberg (1999, p. 114), o termo "cleptocracia" parece ter sua origem com um estudo de Stanislav Andreski, publicado em 1968 sob o título "Cleptocracia ou Corrupção como um Sistema de Governo". O termo se refere a um governante ou agente político superior, cujo

4. O JULGAMENTO DA AÇÃO PENAL 470 (O CASO MENSALÃO) E OS NOVOS VETORES DE UMA CONCEPÇÃO JURÍDICO-PRAGMÁTICA INAUGURADOS PELO STF

4.1. O Aporte Argumentativo no Julgamento da Ação Penal 470 e as Evidências da Adesão do STF a uma Perspectiva Teórica e Metodológica Jurídico-Pragmática

A teoria da argumentação jurídica abriu espaço para uma “experimentação discursiva” que tem levado nossos atores jurídicos (dogmáticos, juízes, promotores, advogados, etc) a aderirem a novas construções argumentativas, a combinar teorias antes tidas como inconciliáveis, a enunciar um discurso de viés menos abstrato e com um acento mais concreto-consequencialista. Em nossa percepção, estas condições franquearam espaço para adesão a uma abordagem ou enfoque jurídico-pragmático da matéria penal no Brasil como evidenciado no Acórdão da Ação Penal 470.

Vislumbramos o julgamento da Ação Penal 470 como paradigmático por apontar um processo de aproximação ou crescente adesão dos magistrados da mais alta corte brasileira a concepções e abordagens alinhadas ao pensamento jurídico-pragmático. Acreditamos que muitos Ministros em seus votos expressaram e adotaram teses e argumentos, ainda que intuitivamente, que estão em sintonia com o pragmatismo jurídico e, nessa toada, supriram parcial e razoavelmente uma lacuna histórica que a dogmática jurídico-penal se ressentia de preencher no campo da produção teórico-argumentativa sobre os crimes contra a administração pública.

Em um primeiro momento, o julgamento da Ação Penal 470 parece sinalizar uma mudança de rumo do STF, apontando para um novo discurso forjado com vistas à superação de um quadro de generalizada impunidade em casos de crimes de corrupção praticados no Brasil por graduados agentes públicos e poderosos empresários. No entanto, o mais correto seria falar de uma espécie de calibragem do entendimento do STF nesse campo, em que, sem se afastar das tradicionais balizas garantistas que marcam o tratamento da matéria jurídico-penal no Tribunal, procura alinhá-lo a uma concepção próxima às vertentes jurídico-pragmáticas, tanto

principal objetivo é o enriquecimento pessoal e que usa o poder para fazer avançar este objetivo, mantendo a função pública.

na abordagem teórico-argumentativa como no tratamento das provas em matéria penal.

É cediço que uma decisão judicial não tem o poder de modificar por completo uma realidade marcada por fenômeno tão entranhado e disseminado na sociedade brasileira, mas o advento de um precedente de teor condenatório com substancial aporte argumentativo oriundo da mais alta corte do país, não deixa de perturbar a zona de conforto em que agentes públicos corruptos (e, quiçá, também seus corruptores⁴⁵) permanentemente desfrutavam.

Passaremos a apresentar e analisar o acervo teórico-argumentativo enunciado e o percurso metodológico adotado na análise e valoração das provas adotado pelo STF no curso do julgamento da Ação Penal 470. Consultamos as 8.405 páginas da peça decisória que condensa os votos e alguns dos debates encetados pelos Ministros reduzidos a termo no respectivo Acórdão e, analisando o inteiro teor da decisão, conseguimos identificar nas manifestações da maioria dos Ministros evidências indicativas de que se inaugura na suprema corte do país um

⁴⁵ Em agosto de 2013 foi sancionada a Lei Nº 12.846, inspirada em documentos internacionais de combate à corrupção — Lei de Práticas Corruptas no Exterior (FCPA, na sigla em inglês), dos EUA, e nas recomendações da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. Ainda que não tenha natureza penal, o legislador cuidou de criar instrumentos que podem, efetivamente, inibir a corrupção, fraudes a licitação e outras práticas lesivas à administração pública. A corrupção e as outras atividades ilícitas similares são atos bilaterais e a nova lei atinge precisamente o corruptor, especialmente as empresas que fazem da oferta de vantagens indevidas a servidores públicos uma parte de sua estratégia de crescimento e expansão.

Até então, tais ilícitos, acarretavam punição apenas das pessoas físicas envolvidas. Salvo algumas raras exceções — como nos casos de declarações de inidoneidade ou proibições de contratação com o Poder Público — as empresas sofriam poucas consequências.

A nova lei prevê a responsabilidade objetiva da empresa envolvida, facilitando a apuração dos fatos. Também indica sanções administrativas e judiciais, como multa de até 20% sobre o faturamento bruto, nunca inferior ao valor da vantagem irregular obtida — ou, na impossibilidade desse cálculo, no valor de até R\$ 60 milhões. Será possível até a dissolução da empresa, o perdimento de seus bens, além de outras penas já previstas na Lei de Improbidade Administrativa.

Também segue a linha de outras leis recentes, ao prever benefícios ao envolvido que decidir colaborar com as investigações, desde que seja o primeiro a fazê-lo e efetivamente reúna informações que possibilitem o esclarecimento dos fatos e a identificação dos envolvidos.

Outra importante iniciativa foi a previsão da atenuação da sanção se a empresa demonstrar a existência de controles internos, códigos de ética, mecanismos para evitar atos de improbidade, auditorias regulares e mecanismos de incentivo a denúncias. Essa previsão estimulará ou fortalecerá políticas de *compliance*, ou seja, atividades internas das empresas que incentivem ou favoreçam o cumprimento de normas e regulamentos, evitando o comprometimento da entidade com práticas ilícitas. A ideia do legislador foi internalizar os valores éticos, estimulando uma cultura ética no seio da própria instituição privadas.

A nova lei instituiu um Cadastro Nacional de Empresas Punidas, o que facilitará a consulta a informações sobre instituições afetadas pelas sanções legais, superando a falta de dados integrados e sistematizados. (BOTTINI; TAMASAUSKAS, 2013)

conjunto de novos vetores de uma concepção jurídico-pragmática nos julgamentos de crimes contra a administração pública no Brasil.

Enquanto pensamento de forte penetração e prestígio no meio jurídico norte-americano, é possível identificar – como demonstraremos mais adiante – um considerável rol de citações que projetam muitas das ideias do pragmatismo jurídico ou mesmo da produção dogmática norteamericana no Acórdão da Ação Penal 470. A título ilustrativo, o Min. Luiz Fux quando se manifesta sobre a coautoria em crimes como lavagem de dinheiro e corrupção ativa que teriam sido praticados por Marcos Valério e seus sócios, menciona a doutrina norte-americana que estabeleceu a tese do “paralelismo consciente”⁴⁶. O Ministro buscou respaldo nessa categoria conceitual para refutar a alegação da defesa de Marcos Valério e de outros acusados de que na Denúncia apresentada não teria havido tanto a individualização devida das condutas dos réus, como também a demonstração cabal da presença do dolo nos delitos imputados. (Acórdão da AP 470, p. 1.506)

Ainda apontando evidências da influência do pensamento jurídico-pragmático no Acórdão da Ação Penal 470, identificamos em várias passagens alguns dos Ministros invocando em seus votos os efeitos deletérios da corrupção na institucionalidade republicana, registrando as expectativas sociais em torno desse julgamento, ponderando sobre o cálculo entre os esquemas de corrupção e os efeitos socioeconômicos gerados, formulando juízos de inferência por hipóteses para alcançar uma verdade provável ao apreciarem e valorarem as provas, etc.

O então presidente do STF à época, Min. Ayres Britto expôs em seu voto, com aquele peculiar estilo que lhe é característico, que as práticas de corrupção que

⁴⁶ Entendemos que a importação dessa categoria pelo Ministro Luiz Fux não foi acertada, posto que a mesma é adotada, basicamente, para sustentar a tese da formação de cartel. Não há uma abordagem no voto apresentado que relacione tal construção dogmática aos casos em julgamento, mais especificamente quanto ao crime de formação de bando ou quadrilha. Isso fica demonstrado quando, logo após invocar o “paralelismo consciente”, consigna o Ministro: “Isso porque normalmente não se assina um “contrato de cartel”, basta que se provem circunstâncias indiciárias, como a presença simultânea dos acusados em um local e a subida simultânea de preços, v. g., para que se chegue à conclusão de que a conduta era ilícita, até porque, num ambiente econômico hígido, a subida de preços, do ponto de vista de apenas um agente econômico, seria uma conduta irracional economicamente. Portanto, a conclusão pela ilicitude e pela condenação decorre de um conjunto de indícios que apontem que a subida de preços foi fruto de uma conduta concertada”. (Acórdão da AP. 470, p. 1506)

ali estavam julgando faziam parte do contexto de um projeto criminoso maior, mais ambicioso. E, avançando nessa linha de ponderação argumentativa, registra:

Estou a dizer: os autos dão facilitada conta de que José Dirceu e José Genoíno, com auxílio de Delúbio Soares, promoveram atos de corrupção para garantir um ambicioso projeto de poder, consubstanciado num continuísmo governamental. Continuísmo governamental, esse, de inspiração patrimonialista, portanto, e de nítida feição antirrepublicana, traduzido no objetivo de perpetuação de uma única agremiação política no Poder. Equivale a falar: a instrução criminal revelou que parlamentares foram propinados não só para votar de acordo com as proposições do Governo recém instalado, como também para sistematicamente renunciarem à atividade fiscalizadora (delinquência por omissão radical) que é própria do ofício parlamentar (Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos).

Nessa contextura, não se pode dizer que a corrupção foi um fim em si mesma. Ao contrário, foi o meio encontrado pela cúpula do Partido dos Trabalhadores para mesclar Estado, Governo e Partidos. Isto para aproveitar os espaços públicos para colocá-los à disposição de interesses privados (uma ação entre amigos e parentes a partir do espaço público). Sob essa inspiração malsã, concebeu-se um verdadeiro projeto de poder para facilitar a governabilidade e a perpetuação do Poder. Pelo que enxergo mais que uma governabilidade quadrienal e sim sucessional sem limite no tempo; tão partidariamente sucessional quanto temporalmente ilimitadas. (Acórdão da AP 470, pp.4557-4558)

O Ministro relator Joaquim Barbosa também expressou um acento consequencialista em seu voto ao defender, por ocasião da dosimetria das penas, a necessidade de incidir um maior juízo de reprovabilidade sobre os réus ocupantes de altos cargos públicos, considerando que agentes públicos que promoveram a compra de apoio político de parlamentares federais, como foi o caso de José Dirceu, “colocaram em risco o próprio regime democrático, a independência dos Poderes e o sistema republicano, em flagrante contrariedade à Constituição Federal.” Segundo o Ministro Joaquim Barbosa, nessa situação, “restaram diminuídos e enxovalhados pilares importantíssimos da nossa institucionalidade”. (Acórdão da AP 470, p. 6.290)

Independentemente se irá ou não promover substancial mudança no histórico de impunidade em crimes de corrupção de agentes políticos no Brasil, a contribuição incontestada desse julgamento está exatamente no fato de ter condensado toda uma narrativa oficial (formal) reconstitutiva de um grande esquema de corrupção no Brasil. E, aproximando-se dos fatos e apreendendo suas circunstâncias por meio das provas colhidas e produzidas, os Ministros enunciaram um discurso teórico-argumentativo fundamentante que, conectado a um percurso

metodológico de construção de uma verdade provável dos fatos, permitem divisar essa decisão como um marco no sistema judicial brasileiro, com a possibilidade de que esse acórdão assumira a condição de principal precedente judicial na matéria por alguns anos à frente.

Diante das hesitações e incongruências na interpretação-aplicação do marco normativo posto, o campo da *praxis* jurídica constitui um rico e instigante espaço de pesquisas e estudos para formulações crítica-analíticas que permitam a produção de abordagens realistas e consequentes sobre os elementos e fatores que interferem no processo de concretização dos dispositivos penais afetos à tutela dos bens e interesses da administração pública, e como estas práticas vão se configurando e sedimentando ao longo do tempo.

Sobre a importância de voltar nosso olhar para as práticas efetivas a fim de que a Teoria do Direito não resvale em mero diletantismo metafísico, tem-se que:

Uma ênfase sobre práticas efetivas pode ter um efeito saudável sobre a teoria, no sentido de que desencoraja a especulação metafísica desnecessária. É fácil demais ser “iludido pela linguagem”: supor que deve haver um objeto de algum tipo que corresponda a todos os rótulos, ficar desorientado pelas imagens e metáforas que usamos e que com mais frequência confundem do que esclarecem, e assim por diante. Retornar periodicamente ao que de fato fazemos - o que é que as nossas teorias tentam explicar - pode ajudar a evitar algumas dessas ciladas. (...) ..., eu não iria tão longe a ponto de afirmar, como fazem alguns, que um foco sobre as práticas irá, por si só, sanar todos os enigmas do Direito e da teoria jurídica. Alguns desses problemas vão além das ciladas da linguagem e refletem dilemas morais e políticos genuínos - e genuinamente difíceis. (MARMOR, 2004, p. 229)

Muitas das questões trazidas até aqui revelam que estamos diante de um cenário que aponta para a necessidade de suplantar o foco nas decisões político-legislativas ou nas formulações teórico-conceituais, para que a atenção se volte mais para as decisões político-judiciais no Brasil, tomando-as como objeto privilegiado de estudos e pesquisas empíricas. Afinal, é no jogo processual que o direito manifesta de forma mais clarividente sua dimensão técnica, política e ética.

Já é passada a hora de incrementar a produção de um saber jurídico voltado à decidibilidade dos casos relativos à prática de corrupção pública e outros graves desvios funcionais. Como adverte Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2003, p. 311), o saber jurídico tradicionalmente prestigiou mais a dogmática analítica (ocupada em produzir

uma teoria da norma) e a dogmática hermenêutica (focada na teoria da interpretação); deixando em plano secundário a produção de uma teoria dogmática geral da decisão.

Um dos grandes desafios postos em sociedades precariamente identificadas e comprometidas com sua ordem normativo-constitucional como a brasileira consiste exatamente em prover maior grau de efetividade a seu marco normativo; em fazer com que os textos jurídico-normativos adquiram maior grau de concretude, especialmente aqueles diretamente voltados à tutela de bens, valores e interesses individual e socialmente mais relevantes, como o patrimônio e a moralidade públicas.

Releva destacar que um elevado déficit de efetividade do marco normativo, principalmente quando destinado a resguardar bens e interesses da administração pública, não pode ser creditado com maior carga na conta do conjunto da população. Acreditamos que são também destacados tributários desse quadro de baixa efetividade os diversos atores que interpretam e operam o aparato normativo, ao perseverarem em um mal disfarçado desinteresse e manifesta leniência diante do desafio de conferir maior grau de concretude a esse acervo normativo.

Concebemos o julgamento da Ação Penal 470 como um objeto valioso e instigante para uma investigação científica e, aliado a isso, não vislumbramos marco teórico-metodológico mais evidente ali expresso que não seja o pragmatismo jurídico. Nesse julgado foi consagrado o entendimento de que diante da chamada criminalidade do poder político e econômico, é possível divisar um complexo, dinâmico e delicado plexo em que se entrecruzam direito, moral, economia e política.

A imbricação entre direito, economia, ética e política vem sendo historicamente reconhecida e reafirmada pelo pragmatismo jurídico. Refutando concepções fundacionalistas que constroem o pensamento jurídico a ficar cingido nas fronteiras de um conceitualismo de nítido viés abstrato-idealista, o pragmatista volta sua percepção e orienta suas intervenções para aquilo que está diretamente relacionado aos dramas, problemas, inquietações e dilemas humanos, quer estejam

situados no campo socioeconômico, político, ético ou cultural, ou mesmo com vários desses âmbitos imbricados.

Para Oliver Wendell Holmes Jr. (2013, p. 06), é possível ver que um homem mau tem tanta razão quanto um bom para desejar evitar um encontro com o poder público, permitindo ver a importância prática da distinção entre moralidade e normatividade jurídica. Alguém que não se preocupa com uma regra ética criada e posta em prática por seus vizinhos, preocupa-se bastante em evitar ter que pagar alguma quantia e deseja manter-se fora do sistema judicial, se puder. Ou seja, quando alguém quiser conhecer a lei e nada mais, deve encará-la como o homem mau, que apenas se preocupa com as consequências materiais que tal conhecimento lhe permite prever, e não como um homem bom que encontra razões para sua conduta, no âmbito ou fora da lei, nas imprecisas sanções de sua consciência moral.

Portanto, pragmatistas como Oliver W. Holmes refugam qualquer visão edulcorada da realidade e da humanidade, cultivando um forte sentido realista na percepção do mundo e da atividade humana. Nesse sentido, Oliver W. Holmes esclarece que seria intelectualmente ingênuo e politicamente insustentável acreditar que cabe ao instrumental normativo investir contra a moral subjetivamente forjada pelo indivíduo ou debelar supostas inclinações pessoais para práticas criminosas de alguém, buscando moldar um homem ou mulher moralmente ideal.

A função maior da normatividade jurídica é atuar como principal referência de padrão de comportamento almejado em sociedade, indicando aos indivíduos que quando suas ações exteriorizarem o desvio daquele padrão ético mínimo exigido nas relações interpessoais e estipulado pelo marco normativo válido, a investida do aparato coercitivo do poder público sobre a esfera da liberdade do indivíduo estaria autorizada e a resposta seria certa e proporcionalmente aplicada.

Ainda seguindo a linha de pensamento de Oliver W. Holmes e sob inspiração da clássica distinção weberiana já mencionada, não se espera que nossos homens e mulheres públicos sejam virtuosos por convicção, mas por

responsabilidade⁴⁷. Estes devem fazer um cálculo constante sobre suas ações e os resultados práticos delas advindos, examinando se podem passar pelo teste do confronto com os mais elevados interesses públicos, aferindo se as consequências de suas ações e escolhas reforçam positivamente a institucionalidade republicano-democrática, ainda que, em tese, possam sinalizar eventuais e não tão sutis transgressões a padrões morais já amplamente consagrados nas relações privadas.

Nesse sentido, convém também contrapor o dever ser, em seu caráter absoluto e universal, com o dever prático, que não está alheio às especificidades e dinâmicas próprias da natureza das relações na esfera pública. Quando da análise da relação entre ética e política, Max Weber recusa, portanto, a ideia de um referencial ético capaz de formular igual conteúdo de valor ou indicar um único e determinado padrão de escolha da ação nos diversos e diferentes domínios da vida, como os que envolvem as relações íntimas, afetivas, comerciais e até mesmo oficiais. Ele chega a advertir que aqueles que escolhem a política por vocação conviverão frequentemente com constantes dilemas éticos, com persistentes impasses na tomada de decisões que afetam interesses conflitantes.

Em que pese a dificuldade de serem estabelecidos consensos – de modo especial em sociedades com indivíduos cada vez mais atomizados e marcadas por crises sucessivas a favorecerem o incremento de processos de dessolidarização –, é necessário alertar para o risco de uma moral sem ética, aqui compreendida como uma moral forjada artificialmente, posto que alicerçada em valores debilmente acordados, desprovida de consensos referentes e, não raro, resultantes de oportunismos circunstanciais e desprovidos de maior densidade compromissória.

Em síntese, convém considerar que o campo por excelência para manifestação de uma moral pública mínima é o da juridicidade que encontra seu

⁴⁷ Em “A Política como Vocação”, Max Weber (1982, pp. 97-153) põe em relevo uma ética de formatação variável, quando busca demonstrar a inviabilidade de uma concepção ética totalizante que desconsidere as especificidades das situações em que seus princípios serão invocados, ou que não releve as consequências das escolhas que orientam. Max Weber se revela cético frente à ideia de que alguns valores como o da preservação da paz a todo custo ou o do dever da verdade a impor a publicidade a todos os documentos do Estado impõem padrões de ação absolutamente inafastáveis diante de uma moral rígida e absolutizante, pois, em assim sendo, teríamos o próprio descrédito ou esvaziamento da política (compreendida como espaço de negociação e concertos possíveis frente a dissensos) e a constante desestabilização das relações na dimensão pública.

esteio e baliza numa Constituição social e eticamente compromissória, firmemente referenciada nos valores da democracia, da justiça social e dos direitos humanos. A forma de expressão desse padrão moral público reside, portanto, numa normatividade cujo conteúdo axiológico e teleológico é constantemente reafirmado não apenas nas ações e decisões dos gestores públicos, como também nos processos decisórios dos juízos e tribunais brasileiros.

Um discurso judicial que esteja em sintonia com esses valores e seja capaz de enunciar com clareza e propriedade as diretivas normativo-ético-políticas que passam a ser encampadas e valoradas de forma a ressoar na dogmática e na *praxis* jurídicas, certamente serve como meio para calibrar e legitimar o próprio sistema, gerando um círculo virtuoso em que a abertura à autocrítica e aos ajustes necessários reforça a crença na necessidade e adequação social e política desse mesmo sistema.

Também importa alertar que neste estudo não iremos nos deter na análise dos argumentos exarados nos votos dos Ministros na esteira de uma Teoria do Discurso racional. Nosso propósito não é identificar se foram atendidas as regras que conformam esse discurso como racionalmente estruturado, conceitualmente claro, coerentemente urdido, universalmente válido, verdadeiro em suas premissas, moralmente sustentável e com elementos linguísticos e argumentativos depurados de vícios e distorções.

É possível vislumbrar que, no geral, os aportes discursivos dos Ministros atenderam às regras e requisitos de um discurso racional e não há maior dúvida de que os membros do Supremo estão sintonizados com as principais formulações da Teoria da Argumentação Jurídica. Mas, para além de um discurso prático racional, posto que satisfeitas as condições de uma argumentação racional que encerra, ficou desvelado nesse julgamento uma adesão às expectativas do que seria o *zeitgeist* (espírito do tempo) da sociedade brasileira destes tempos ou, pelos menos, daquela parcela mais ativamente interessada e atuante no debate público.

Antes havia uma crença praticamente já cristalizada sobre o caráter inexorável da corrupção política no Brasil, gerando por longo tempo uma espécie de paralisia das forças sociais aptas a se mobilizarem para enfrentar esse problema.

Tal quadro começa a ser rompido diante de um sentimento ético-cívico que emerge na sociedade brasileira, associado ao fortalecimento das instituições, ao protagonismo de uma cidadania mais ativa favorecida pelo advento das novas tecnologias de comunicação e informação⁴⁸ e ao crescente processo de democratização do acesso a essas novas tecnologias.

Assim, estavam estabelecidas as condições favoráveis para que as ponderações, análises e proposições formuladas nos votos dos Ministros resistissem ao teste do confronto com as necessidades humanas e sociais da realidade brasileira, na linha do contextualismo defendido pelo pragmatismo. Também uma postura consequencialista pôde ser identificada quando Ministros, em seus votos ou nos debates reduzidos a termo no Acórdão, ponderaram sobre a repercussão das suas decisões, buscando antecipar suas conseqüências e resultados possíveis.

A título ilustrativo, em trechos de uma de uma das manifestações da Ministra Cármen Lúcia abaixo transcritos, fica realçada uma clara percepção do que o julgamento da Ação Penal 470 representava. A Ministra já vislumbrava a dimensão que a decisão sobre o caso alcançaria e realçava a importância de reforçar a ideia de que política e ética não podem estar apartadas de forma tão profunda, sob pena de, uma vez endossada tal ruptura, sedimentar uma desesperança na juventude acerca do valor da política e da necessidade de preservar a higidez das instituições.

(...) A política é atividade melhor, de excelência, mas a política com a ética, porque também a política haverá sempre de ser exercida com a ética - e é a ética ou o caos; (...) E que quem exerce um cargo político deve exercê-lo com mais rigor, em termos de ética e de cumprimento de leis, do que aquele que resolve cuidar apenas das suas próprias coisas, porque está cuidando da coisa de todos, e um malefício, um prejuízo no espaço político, e principalmente casos de corrupção, significa não que alguém foi furtado de alguma coisa mas significa que uma sociedade inteira foi furtada - a Ministra Rosa lembrava num dos primeiros votos -, pela escola que não chega; pelo posto de saúde que não se tem; pelo saneamento básico que tantas centenas de cidades brasileiras não têm, exatamente pelo escoadouro

⁴⁸ Um dos pesquisadores mais prolíficos sobre o ativismo nas redes sociais e sua repercussão no debate e nas escolhas políticas é Cass Sunstein. Em sua obra “Republic.com” (2007), o pesquisador americano aborda e analisa as novas tecnologias de informação e comunicação e como estas conformam novas sociabilidades, possibilidades de consumo e formas de expressão da cidadania. Ainda que o incremento de uma sociedade do consumo seja uma das facetas mais visíveis dessa realidade, o impacto no campo político também é manifesto, na medida em que nos dias atuais o acesso e a troca de informações e conhecimentos é formidável, possibilitando múltiplas dinâmicas de participação popular na arena política, forjando uma “cidadania.com”, com as eventuais distorções e perplexidades daí decorrentes.

dessas más práticas, dessas criminosas práticas; e, principalmente, tem-se o furto da esperança de uma sociedade (...). Acho que esse julgamento dá exatamente o testemunho de que, no Estado de Direito, a política é, sim, necessária para qualquer lugar deste planeta. A política com ética é que haverá de prevalecer e de servir de exemplo aos jovens (...). O meu voto, inclusive no sentido da condenação, não representa absolutamente desesperança na política, menos ainda uma desconsideração da necessidade da política para que tenhamos um Estado Democrático de Direito. É a crença nela e na necessidade de que todos nós, servidores públicos, agentes públicos, nos conduzamos com mais rigor no cumprimento das leis do que todo mundo. (Acórdão da Ação Penal 470, pp. 4155-4156)

Enfim, o Acórdão da Ação Penal 470 enquanto Precedente Judicial⁴⁹ servirá de principal referência de julgado em casos de crimes de corrupção ativa e passiva, lavagem de dinheiro e peculato no Brasil. Sua *ratio essendi* – orientada por um considerável sentido jurídico-pragmático – constituirá o norte fundamentante que daqui em diante orientará juízes e tribunais sobre a matéria e servirá de autorizado acervo teórico-argumentativo a despertar o interesse dos dogmáticos do campo jurídico-penal.

4.2. As Imputações e Teses da Acusação

O julgamento da Ação Penal 470 colocou no banco dos réus 38 pessoas apontadas como envolvidas em um esquema que promoveu o desvio e a apropriação de vultosos recursos públicos com o interesse de sustentar um projeto criminoso de poder e também para promover o enriquecimento pessoal da maioria dos agentes por meio da prática de crimes diversos a eles imputados.

Considerando que o teor da Acusação já teve seus pontos centrais contemplados na parte final do capítulo anterior, onde foi apresentada uma narrativa reconstitutiva dos fatos e o ambiente político em que vicejou o enredo criminoso que motivou a propositura da Ação Penal 470, o foco maior neste item serão as imputações feitas aos réus e as circunstâncias relacionadas a suas condutas narradas na peça acusatória.

⁴⁹ Na doutrina do *stare decisis* (precedentes obrigatórios), os juízes e tribunais devem seguir os precedentes existentes, estando vinculados aos mesmos. Ocorre que, na realidade, os magistrados devem seguir a *ratio decidendi* (razão de decidir) desses julgados e por essa razão, é necessário identificá-la, pois o efeito vinculante dela decorre, exigindo que os juízes a considerem e respeitem em julgamentos futuros.

Como já brevemente antecipado, a Ação Penal 470 trouxe como caso a ser julgado uma série de crimes praticados por vários agentes que operaram ou se beneficiaram de um sofisticado esquema criminoso que ficou nacionalmente conhecido como “Escândalo do Mensalão”.

Dirigentes e lideranças do PT se aliaram a publicitários e executivos de bancos mineiros com o propósito de viabilizar pagamentos para angariar apoio político na Câmara dos Deputados, promover o enriquecimento indevido de agentes públicos e particulares e efetivar o pagamento de dívidas de campanha de petistas (como, por exemplo, no caso dos recursos destinados ao publicitário Duda Mendonça que fez a primeira campanha presidencial vitoriosa de Lula) e de integrantes de partidos cooptados (como no caso de repasses feitos a um suposto agiota que emprestou dinheiro ao PL – hoje PR – para financiar campanhas eleitorais de membros do partido por meio de seu então presidente, o deputado federal Waldemar da Costa Neto).

Segundo a Acusação, os recursos destinados ao pagamento de integrantes dessa base de apoio político do governo seriam, basicamente, obtidos através de empréstimos contraídos pelo PT e por empresas de Marcos Valério junto aos bancos Rural e BMG. Ocorre que os citados empréstimos, segundo a versão do MPF, seriam forjados e tais instituições realizavam, na prática, a disponibilização de recursos sem exigir a sua restituição. A acusação também sustentou que esses recursos e outros valores que abasteciam o esquema eram desviados dos cofres públicos.

Os publicitários, doleiros e executivos de bancos envolvidos na operacionalização do esquema também auferiam sua parte nos vultosos montantes desviados, na medida em que eram os principais responsáveis pela distribuição dos recursos e pela implementação de estratégias e mecanismos de lavagem ou branqueamento desses recursos.

Uma das imputações feitas pelo então Procurador-Geral da República Antônio Fernando de Souza foi a de prática do crime de “Quadrilha ou Bando” pela maioria dos acusados, definindo o agrupamento desses réus como uma “sofisticada organização criminosa, dividida em setores de atuação, que se estruturou

profissionalmente para a prática de crimes como peculato, lavagem de dinheiro, corrupção ativa, gestão fraudulenta, além das mais diversas formas de fraude”. (Denúncia do MPF no IP nº 2245 7, p. 9)

De acordo com a Denúncia do MPF, o empresário Marcos Valério se aproximou do núcleo petista para oferecer os préstimos de sua própria quadrilha, aproveitando-se de todo um *know-how* já acumulado (especialmente para a campanha ao governo de Minas do tucano Eduardo Azeredo) em troca de vantagens que ele e seus sócios pudessem obter por meio de contratos com o governo federal.

Para pôr em movimento o esquema, foram desviados vultosos recursos públicos por meio de práticas de peculato, corrupção e fraudes diversas. Para a movimentação de todos os montantes desviados, também foram praticadas diversas ações configuradoras de lavagem de dinheiro. Diante da amplitude e complexidade da empreitada, o órgão de acusação achou conveniente definir os setores de atuação dos principais agentes responsáveis pela operacionalização do esquema em núcleos específicos, a saber: o núcleo publicitário, o núcleo financeiro e o núcleo político.

Inicialmente, foram denunciadas 40 pessoas envolvidas no caso, mas o número de réus caiu para 38 com o acordo firmado em 2008 entre o Ministério Público Federal e o ex-secretário-geral do PT, Silvio Pereira, que aceitou a aplicação de uma pena alternativa à prisão e com a morte do ex-deputado José Janene (PP) em 2010, com a consequente declaração de extinção da punibilidade em relação a esse réu, como previsto no Código Penal brasileiro.

Encerrada a instrução criminal e já na fase das alegações finais, o novo Procurador-Geral da República que assumiu o caso, Roberto Gurgel, defendeu que as suspeitas não ficaram provadas contra todos os réus durante o processo penal. Assim, ele se manifestou pela absolvição de alguns réus em razão da falta de elementos probatórios mais consistentes que demonstrassem o envolvimento de Luiz Gushiken, secretário de Comunicação Social do primeiro mandato de Lula, e de Antonio Lamas, assessor do PL. Assim, sob a alegação da insubsistência de provas,

os dois réus citados foram beneficiados pelo pedido de absolvição na Ação Penal 470 nos termos formulados pelo representante do MPF.

A título de ilustração, abaixo são relacionadas as acusações imputadas pela Procuradoria Geral da República contra alguns dos principais réus do caso:

José Dirceu - Apontado como "chefe da quadrilha", o ex-presidente do Partido dos Trabalhadores (PT) e ex-chefe da Casa Civil foi acusado de ter negociado acordos com os partidos políticos que apoiaram o governo Lula e a criação de um esquema clandestino de financiamento que distribuiu recursos ao PT e a seus aliados para garantir apoio no Congresso. No primeiro mandato de Lula, ostentava a imagem de homem forte do governo. Respondeu por crimes de formação de quadrilha e corrupção ativa.

José Genoíno - Ex-deputado federal, assumiu a presidência do PT após José Dirceu. Foi acusado de ter participado das negociações com os partidos aliados e com os bancos que alimentaram o chamado "valerioduto" e de ter orientado a distribuição do dinheiro do esquema. Assim como José Dirceu, foi denunciado por formação de quadrilha e corrupção ativa.

Delúbio Soares - Ex-tesoureiro ou ex-secretário de Finanças do PT, foi apontado como o elo entre o grupo do publicitário Marcos Valério e a cúpula do partido. A ele foram imputados os crimes de formação de quadrilha e corrupção ativa.

Marcos Valério - Chefe do núcleo publicitário, era o sócio das agências DNA Propaganda e SMP&B que foram utilizadas na engrenagem das atividades ilícitas. Foi acusado de ter criado e operado o esquema que financiou o PT e outros partidos governistas, desviando recursos obtidos com contratos de publicidade firmados com o Banco do Brasil e a Câmara dos Deputados, bem como usando empréstimos fraudulentos dos bancos Rural e BMG com o propósito de ocultar a origem dos recursos desviados. O publicitário foi o que respondeu pelo maior número de delitos: formação de quadrilha, peculato, lavagem de dinheiro, corrupção ativa e evasão de divisas.

Kátia Rabello - ex-presidente do Banco Rural, foi denunciada por formação de quadrilha, lavagem de dinheiro, gestão fraudulenta de instituição financeira e evasão

de divisas. A instituição financeira que presidia foi a principal envolvida no esquema, responsável por conceder empréstimos supostamente fictícios para as empresas de Marcos Valério.

Dois dos crimes em que foram considerados incurso alguns dos réus, especialmente os que integravam os núcleos publicitário e financeiro, foram os de Gestão Fraudulenta de Instituição Financeira – Artigo 4º da lei N.º 7.492/86, e de Evasão de Divisas (art. 22, Parágrafo Único, da Lei nº 7.492/1986), os quais declinamos de abordar mais detidamente, tanto por se tratarem mais especificamente de crimes contra o sistema financeiro nacional e não contra a administração pública, como também em razão do fato de não envolverem agentes públicos⁵⁰.

4.3. As Teses da Defesa

Houve a arguição de quase duas dezenas de preliminares pelos advogados dos réus. Algumas comumente invocadas e que constituem praxe a defesa alegar antes de enfrentar o mérito, ou seja, o cerne fático-jurídico da acusação formulada, e outras mais específicas diante da natureza dos crimes imputados e da qualidade dos agentes acusados.

Foram rejeitadas todas as preliminares suscitadas, salvo a preliminar de cerceamento de defesa pela não intimação de advogado constituído, formulada pela defesa do réu Carlos Alberto Quaglia, e acolhida por unanimidade pelo Plenário do STF. Assim, foi declarada a consequente anulação do processo em relação àquele acusado a partir da defesa prévia, bem como determinado o desmembramento do feito e a remessa de cópia dos autos ao juízo de primeiro grau, ficando prejudicada a preliminar de cerceamento de defesa pela não inquirição de testemunhas arroladas pela defesa do mesmo réu.

Rejeição das preliminares de 1- desmembramento do processo; 2- impedimento e parcialidade do relator; 3- inépcia e ausência de justa causa da denúncia; 4- nulidade do processo por violação do princípio da obrigatoriedade da ação penal

⁵⁰ Aos principais gestores do Banco Rural e do BMG foram imputados, dentre outros, os dois crimes citados e ao publicitário Duda Mendonça e sua sócia Zilmar Fernandes, houve imputação de prática do último, sendo que ambos foram absolvidos integralmente ao final do julgamento da Ação Penal 470.

pública; 5- nulidade processual (reiteração de recursos já apreciados pelo pleno do STF, especialmente o que versa sobre a não inclusão do então presidente da República no pólo passivo da ação); 6- nulidade processual por alegada violação ao disposto no art. 5º da Lei 8.038/1990; 7- nulidade de depoimentos colhidos por juízo ordenado em que houve atuação de procurador da República alegadamente suspeito⁵¹; **8-nulidade processual pelo acesso da imprensa a interrogatório de réu**⁵²; 9- nulidade de perícia; 10- nulidade das inquirições de testemunhas ouvidas sem nomeação de advogado ad hoc ou com a designação de apenas um defensor para os réus cujos advogados constituídos estavam ausentes; 11- cerceamento de defesa por alegada realização de audiência sem a ciência dos réus; 12- cerceamento de defesa em virtude do uso, pela acusação, de documento que não constaria dos autos, durante oitiva de testemunha; 13- **cerceamento de defesa em razão do indeferimento da oitiva de testemunhas residentes no exterior**; 14- cerceamento de defesa em decorrência da substituição extemporânea de testemunha pela acusação; 15- cerceamento de defesa pelo indeferimento de diligências; 16- **cerceamento de defesa pela não renovação dos interrogatórios ao final da instrução**; 17- e suspensão do processo até o julgamento de demanda conexa. (Acórdão AP 479/STF, pp. 3-4)

Uma preliminar suscitada pela Defesa de quase todos os réus nas alegações escritas e também formulada por advogados de alguns dos acusados enquanto questão de ordem, antes de iniciada a sessão de julgamento do STF, foi o desmembramento das acusações afetas a réus que não gozavam de foro por prerrogativa de função.

A questão pertinente ao desmembramento do processo em relação aos réus que não gozavam de foro por prerrogativa de função foi, por mais de uma dezena de vezes, apreciada na Ação Penal 470, sendo, em todas as ocasiões, rejeitada pelo Pleno da Corte. Certamente, os advogados investiram de forma recorrente nessa questão preliminar em razão de não haver, ainda, um entendimento pacificado do STF sobre essa matéria. Para Gustavo Badaró (2013, p. 2),

⁵¹ Seria o procurador Rodrigo Leite Prado (que atuou como representante do Ministério Público Federal em Minas Gerais).

⁵² Foi sob alegação de ter havido o acesso da imprensa ao interrogatório do réu Henrique Pizzolato.

A questão de ordem suscitada por um dos defensores, antes do início da sessão de julgamento, e as divergências entre relator e Revisor demonstraram que a questão tem sido resolvida pelo STF, em outras ações penais de sua competência originária, de forma casuística, aleatória e sem que seja possível extrair qualquer padrão que confira a necessária segurança jurídica sobre a determinação do órgão competente.

Em regra, praticamente todos os defensores dos réus da Ação Penal 470 alegaram que a acusação foi genérica, faltando uma precisa individualização das condutas. Entretanto, em manifestação bastante recorrente, quase todos os Ministros do Supremo definiram que a medida da “individualização” das condutas é a necessária para o exercício do direito de defesa. Assim, ao receber a Ação Penal 470 o Plenário considerou que em relação aos crimes de corrupção ativa, a individualização das condutas imputadas aos réus foi suficiente e plenamente adequada para viabilizar o exercício do direito de defesa. (Acórdão da AP 470, p. 197)

No mérito, uma das teses centrais que esteve presente nas alegações da defesa de muitos dos réus foi relativa à invocação de desconhecimento dos acusados acerca da origem do dinheiro e, sob essa ótica, não estariam configurados crimes como corrupção passiva e lavagem de dinheiro⁵³ por manifesta ausência do dolo enquanto elemento subjetivo que integra os respectivos tipos.

Considerando que para incorrer no crime de lavagem de dinheiro, é necessário aferir se o acusado tinha conhecimento da origem ilícita dos bens, recursos ou valores mobilizados no esquema de viagem, os advogados dos réus acusados desse ilícito alegaram completa ignorância ou desconhecimento dos seus assistidos acerca desse fato.

⁵³ Embora a lavagem de dinheiro não esteja prevista no capítulo do Código Penal brasileiro como um dos ilícitos específicos contra a administração pública, é evidente que sua natureza conexa a esses crimes e até instrumental, por viabilizar o desfrute das vantagens oriundas das práticas de peculato, corrupção, concussão, etc., esse ilícito penal será abordado ao longo do nosso trabalho não apenas por essas razões, como também pelo fato de que foi sobre esse crime que se produziu uma série de instigantes embates retórico-argumentativos no julgamento da Ação Penal 470. A lavagem de dinheiro possui estreita relação com o crime organizado, envolvendo não apenas a corrupção política, como também o tráfico ilícito de entorpecentes e de armas, tráfico de pessoas, extorsão, fraudes, falsificações, jogos ilegais, sequestros, terrorismo, dentre outros. Os agentes se valem da ampla disponibilidade dos chamados paraísos fiscais para a expansão dos seus “negócios”, empregando, para tanto, diversas manobras contábeis e fraudes fiscais para o encobrimento dos proveitos dos delitos praticados.

No caso dos réus ligados à empresa de publicidade SMP&B, que foi contratada pela Câmara dos Deputados quando presidida pelo então Deputado Federal petista João Paulo Cunha e que praticamente “terceirizou” quase na totalidade os serviços de publicidade para os quais foi contratada, o Ministro Luiz Fux também rejeitou a tese defensiva que refutava suposta prática de peculato (no sentido de que haveria distinção entre os serviços prestados diretamente pela agência de publicidade e os serviços que poderiam ser terceirizados). O Ministro considerou tal distinção admissível apenas como recurso argumentativo, restando claramente comprovado que o percentual de serviços prestados por “fornecedores” foi da ordem de 97,68%, a configurar que não foi observada a preponderância da empresa contratada na execução do objeto pactuado. (Acórdão da AP 470, p. 1565)

Já em relação ao réu Henrique Pizzolato, acusado de envolvimento em desvios de recursos do Banco do Brasil e do Fundo Visanet quando era Diretor de Marketing do Banco do Brasil, a defesa alegou que, em relação aos supostos desvios de recursos do Fundo Visanet, a imputação de peculato não poderia ser feita ao réu pelo fato de tais recursos não serem públicos. Tese essa refutada de pronto pelos Ministros, nos termos expostos pelo Ministro Luiz Fux:

Ademais, a par de ser elemento do tipo do peculato o desvio ou apropriação “de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular” (art. 312, caput, do CP), é clássica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que pouco importa a natureza dos bens apropriados ou desviados, bastando que deles pudesse dispor o funcionário público em razão das suas funções. Assim, v. g.: “PECULATO. CONFIGURAÇÃO. IRRELEVÂNCIA DE SEREM PARTICULARES OS BENS APROPRIADOS OU DESVIADOS, DESNECESSIDADE DE PREVIA PRESTAÇÃO DE CONTAS. HABEAS CORPUS DENEGADO. (HC 56998, Relator(a): Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/05/1979, DJ 08-06-1979 PP-04535 EMENT VOL-01135-01 PP-00115)”. (FUX, 1574)

Os advogados dos réus Cristiano Paz e Ramon Hollerbach, ambos sócios de Marcos Valério à época dos fatos, alegaram enfaticamente que seus assistidos estavam sendo julgados e na iminência de serem condenados simplesmente por terem sociedade em empresas de publicidade com Marcos Valério, sem qualquer individualização de suas condutas. Nesse sentido, a defesa desses réus destacou em manifestação final que “a não ser que pretendamos retornar a um odioso período de responsabilização objetiva, não pode ser punido pela única razão de ser sócio, indiretamente, da DNA, sem nunca haver praticado qualquer ato de gestão na

mesma. (Alegações Finais da Defesa do Réu Cristiano Paz na Ação Penal 470, p. 42)

Mas o então Presidente do STF, Ministro Ayres Britto, fez questão de consignar que: “Da mesma forma, encontro nos autos dados empíricos idôneos o suficientes para entender que Ramon Hollerbach, Cristiano Paz e Rogério Tolentino aderiram, sim, de forma livre e consciente, à empreitada criminosa descrita na denúncia e capitaneada por Marcos Valério”. E prossegue, depois de mencionar vários depoimentos (inclusive de Marcos Valério e da diretora da SMP&B, Simone Vasconcelos) e destacar que os réus assinavam os cheques milionários utilizados no esquema, aduzindo que estes fatos revelam que, “(...) dito de outra forma: Ramon Hollerbach e Cristiano Paz não se limitavam a praticar atos meramente administrativos nas empresas alvo da investigação”. (Acórdão da AP 470, pp. 4585-4586)

A alegação dos defensores dos réus mais persistente foi a que se apoiou na insubsistência das provas, notadamente apontando que estariam ausentes as provas documentais, consideradas mais confiáveis para demonstrar a materialidade dos crimes imputados. As defesas insurgiram-se, de modo especial, contra o que classificaram como completo desvirtuamento da instrução criminal, revelado por meio do fato de ter sido atribuída uma excessiva centralidade e valorização a meros indícios e conferido um elevado prestígio aos depoimentos de testemunhas, mormente as de acusação.

Sobre o direito à ampla defesa, vale registrar que apenas durante a instrução da Ação Penal 470, foram julgados, pelo Plenário, 17 agravos regimentais, 8 questões de ordem e 4 embargos de declaração (Acórdão da AP 470, p. 206). Quanto à alegação de cerceamento do direito de defesa, por antecipação da audiência de oitiva de interrogatório de corréu em juízo deprecado, o Plenário do Supremo consignou que é legítimo, em face do que dispõe o artigo 188 do CPP, que as defesas dos corréus participem dos interrogatórios de outros réus, devendo ser franqueada à defesa de cada réu a oportunidade de participação no interrogatório dos demais corréus, evitando-se a coincidência de datas, mas cabendo a cada um decidir sobre a conveniência de comparecer ou não à audiência.

QUESTÃO DE ORDEM. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. EXPEDIÇÃO DE CARTAS ROGATÓRIAS. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA SUA IMPRESCINDIBILIDADE. PAGAMENTO PRÉVIO DAS CUSTAS. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA PARA OS ECONOMICAMENTE NECESSITADOS. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 222-A DO CPP. DEFERIMENTO PARCIAL DA OITIVA DAS TESTEMUNHAS RESIDENTES NO EXTERIOR, NO PRAZO DE SEIS MESES. (ACÓRDÃO da AP 470, p. 207)

Ainda sobre a alegação por parte dos advogados de alguns réus de que foi configurado o cerceamento de defesa (ou o encurtamento irrazoável do prazo para o exercício da ampla defesa) pelo indeferimento do depoimento de testemunhas residentes no exterior e oportunamente arroladas, em razão de ser condicionada a expedição de cartas rogatórias para oitiva dessas testemunhas residentes no exterior à demonstração da imprescindibilidade da diligência e ao pagamento das respectivas custas, o pleno do STF ratificou entendimento já sedimentado de que a expedição de cartas rogatórias para oitiva de testemunhas residentes no exterior está condicionada pela demonstração da imprescindibilidade da diligência e ao pagamento prévio das respectivas custas, pela parte requerente, nos termos do art. 222-A do Código de Processo Penal, ressalvada a possibilidade de concessão de assistência judiciária aos economicamente necessitados⁵⁴.

O Supremo entendeu que a norma que impõe à parte no processo penal a obrigatoriedade de demonstrar a imprescindibilidade da oitiva da testemunha por ela arrolada, e que vive no exterior, guarda perfeita harmonia com o inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal. Nesse sentido:

Questão de ordem resolvida com (1) o deferimento da oitiva das testemunhas residentes no exterior, cuja imprescindibilidade e pertinência foram demonstradas, fixando-se o prazo de seis meses para o cumprimento

⁵⁴ “O ex-Ministro José Dirceu foi o primeiro a responder ao Supremo Tribunal Federal e a manter a decisão de querer que o STF ouça as testemunhas dele que estão no exterior no processo do mensalão. Para isso, ele se disponibilizou a pagar as despesas para que as testemunhas sejam ouvidas em seus países de origem, em vez de virem ao Brasil. Essa opção é mais cara, mas tem sido requerida pelos réus porque atrasa a conclusão do processo.

Para que a Justiça ouça as testemunhas no exterior – Portugal, Bahamas, Argentina e Estados Unidos –, os réus terão de desembolsar, por decisão do Ministro relator do processo, Joaquim Barbosa, R\$ 19,1 milhões, custo da tradução juramentada de todos os 91 volumes do processo. Se pagassem para que as 13 testemunhas viessem ao Brasil, o custo baixaria para R\$ 107 mil, incluindo passagens aéreas de ida e volta e estada de três dias na mais luxuosa suíte de um dos melhores hotéis de Brasília.” **In: Dirceu pagará para STF ouvir testemunhas no exterior.**

Disponível: <http://www.gazetadopovo.com.br/vidapublica/conteudo.phtml?id=858178>

Acesso: 09/12/2012.

das respectivas cartas rogatórias, cujos custos de envio ficam a cargo dos denunciados que as requereram, ressalvada a possibilidade de concessão de assistência judiciária aos economicamente necessitados, devendo os mesmos réus, ainda, no prazo de cinco dias, indicar as peças do processo que julgam necessárias à elaboração das rogatórias; (2) a prejudicialidade dos pedidos de conversão em agravo regimental dos requerimentos de expedição de cartas rogatórias que foram deferidos; (3) o indeferimento da oitiva das demais testemunhas residentes no exterior; e (4) a homologação dos pedidos de desistência formulados. (Acórdão da AP 470, pp. 208-210)

Verifica-se, portanto, que foi grande o empenho dos advogados dos réus em utilizar todos os meios e estratégias em direito admitidos para impedir a admissibilidade da Ação Penal 470 e, não obtendo êxito e já na fase judicial, lançaram mão de várias teses para sustentar a imposição da absolvição dos réus assistidos, algumas com maior robustez e aptidão para convencer favoravelmente aos acusados, outras por demais frágeis diante do acúmulo de provas e evidências a demonstrarem a autoria e a materialidade dos crimes imputados aos réus.

4.4. Os Votos do Relator e do Revisor: um contraponto pragmaticamente positivo⁵⁵

Em 2006 o Ministro Joaquim Barbosa, mediante sorteio, assumiu a relatoria da Ação Penal 470. Ao longo de todo o tempo de tramitação do processo, ficou bastante evidente que o relator diligenciou para que, apesar da complexidade do caso pelo grande número de réus e crimes em julgamento, o tempo não corresse em desfavor de ser alcançada uma decisão final sobre o mérito do caso, com a apreciação de todas as imputações formuladas na Denúncia pelo MPF.

Houve uma espécie de cuidado prudencial do Ministro relator Joaquim Barbosa no relato pormenorizado dos fatos, buscando apresentar uma coesa narrativa reconstitutiva dos acontecimentos e um enredo descritivo-argumentativo coerente com as provas apresentadas. Ademais, a sistematização por ele feita tomando como base o trabalho realizado pelo MPF na estruturação da Denúncia,

⁵⁵ Os ministros Joaquim Barbosa e Ricardo Lewnadowski, respectivamente relator e revisor da Ação Penal 470, nem sempre cultivaram um tratamento amistoso ao longo do julgamento. Com um temperamento mais mercurial que o revisor, não raras vezes o Ministro Joaquim Barbosa expressou certo tom de indignação e inconformismo diante dos posicionamentos mais favoráveis ao acolhimento das teses da Defesa dos réus adotados pelo Ministro Ricardo Lewandowski. Embora o Ministro relator tenha revelado maior receptividade à maioria das imputações formuladas pela Acusação, e na contraposição com o Ministro revisor e outros que divergiam de seu voto exacerbasse no tom, é possível reconhecer que o Ministro Joaquim Barbosa conduziu o processo da Ação Penal 470 em manifesto e pleno respeito às regras do devido processo penal.

facilitou sensivelmente a compreensão global e sistêmica de tão intrincado e amplo caso levado a julgamento.

Dessa forma, a exposição fluida e bem articulada favoreceu a clara percepção das condutas imputadas a cada um dos envolvidos no caso e como as ações de distintos agentes convergiram, possibilitando divisar, nos termos da Denúncia formulada, “essa associação estável – que atuou do final de 2002 e início de 2003 a junho de 2005, quando os fatos vieram à tona – era dividida em núcleos específicos, cada um colaborando com o todo criminoso, os quais foram denominados pela acusação de (1) núcleo político; (2) núcleo operacional, publicitário ou Marcos Valério; e (3) núcleo financeiro ou banco Rural.” (Acórdão da AP 470, p. 5)

Essa sistematização favoreceu uma sustentação mais convincente dos fundamentos de fato e de direito que arrimaram a imputação dos diversos crimes, especialmente daqueles que se imbricavam, como os de lavagem de dinheiro e formação de “Quadrilha ou Bando”. Graças a essa sistematização, ficou mais claramente perceptível a atuação dos agentes em cada um dos núcleos e como eles se articulavam para a prática de distintos crimes.

Interessante observar que o Ministro relator Joaquim Barbosa foi comedido na invocação da Teoria do Domínio do Fato⁵⁶ como suporte teórico-argumentativo do seu voto. Prudentemente, talvez por saber que tal teoria ainda está envolta em polêmica e muitos alertarem que sua invocação distorcida e açodada pode levar, precipitadamente, ao reconhecimento da responsabilidade objetiva em matéria criminal – o que não é admitido no Direito Penal –, o Ministro relator a invocou apenas por ocasião do item referente à imputação de corrupção ativa ao réu José

⁵⁶ A expressão domínio do fato foi usada, pela primeira vez, por Hegler no ano de 1915, mas ainda não possuía a conotação que se lhe empresta atualmente, estando mais atrelada aos fundamentos da culpabilidade.

A primeira formulação da ideia central da teoria do domínio do fato no plano da autoria, em termos assemelhados aos contornos que lhe confere Roxin, deu-se efetivamente em 1933, por Lobe, mas produziu eco apenas quando Welzel a mencionou - sem referir-se, no entanto, ao seu antecessor - em famoso estudo de 1939, referindo-se a um domínio final do fato como critério determinante da autoria.

Em razão dessa sucessão de referências esparsas e pouco lineares à ideia de domínio do fato é que se pode dizer, sem exagero, que apenas em 1963, com um estudo monográfico de Roxin, a ideia teve os seus contornos concretamente desenhados, o que lhe permitiu, paulatinamente, conquistar a adesão de quase toda a dogmática jurídico-penal. (GRECO & LEITE, 2013)

Dirceu. E, é oportuno destacar, fez isso somente ao final do seu voto, como arremate à conclusão de que os depoimentos de diversas testemunhas e os indícios vários levantados, como reuniões e telefonemas trocados evidenciaram estreiteza da relação entre alguns dos corrêus, a exemplo da relação entre Marcos Valério e José Dirceu.

Portanto, o Ministro Joaquim Barbosa buscou apoio em elementos que apontavam o poder exercido por José Dirceu sobre a máquina partidária e o governo petistas, mencionando expressamente diversos indícios e evidências como as várias reuniões do Chefe da Casa Civil com outros corrêus. Mencionou, ainda, viagens ao exterior de Marcos Valério para negociar propinas ou subornos com executivos de multinacionais com negócios no Brasil logo após reuniões na Casa Civil com José Dirceu e até mesmo um jantar marcado por Marcos Valério entre José Dirceu e Kátia Rabelo, ocorrido em Belo Horizonte. Fez, ainda, remissão a dezenas de laudos, relatórios, notas técnicas e outras provas materiais para revelar sua convicção de que na linha de frente de comando do esquema criminoso estava José Dirceu.

Ao contrário da alegação da defesa de muitos dos réus de que eram escassas as provas materiais – quer documentais ou mesmo periciais –, na reconstrução dos acontecimentos para elaboração do repertório argumentativo do seu voto, o Ministro relator se apoiou de forma mais destacada em uma plêiade de provas documentais diversas (como agendas, recibos, notas técnicas, relatórios de auditorias, relatório da CPMI dos Correios, contratos, notas fiscais, etc) e nos laudos periciais realizados por órgãos como o Instituto Nacional de Criminalística.

Coube ao Min. Ricardo Lewandowski atuar como Revisor da Ação Penal 470. Em seu voto, ficou bastante evidenciado que este assumira, em regra e com firmeza, um entendimento que serviu de contraponto ao entendimento geral firmado e exposto pelo Ministro relator sobre o caso em julgamento, este francamente mais receptivo a acolher as teses da Acusação.

Mais sensível e receptivo ao acolhimento das teses de defesa dos réus, o Ministro Ricardo Lewandowski emitiu um extenso voto após a questão de ordem sustentada oralmente pela Defesa de um dos réus antes do início da sessão de

juízo. Acolhendo essa questão de ordem e alterando entendimento anteriormente firmado sobre a matéria, defendeu o desmembramento do feito em relação aos réus que não gozavam do foro por prerrogativa de função.

Após o voto da Ministra Rosa Weber, que abriu uma divergência quando se manifestou pela absolvição dos primeiros réus que estavam sendo julgados por crime de formação de “Quadrilha ou Bando”, o Ministro Ricardo Lewandowski alterou seu voto anterior sobre a matéria, passando a acolher a tese esposada pela Ministra de que estavam ausentes, em relação àquelas imputações, os elementos típicos que definem e conformam o ilícito penal “Quadrilha ou Bando”.

Também não foram raras as vezes em que o Ministro revisor expressou sua preocupação e discordância com o que identificou como um exagerado recurso a ilações e deduções baseadas em frágeis indícios e fluidas evidências a ampararem juízos condenatórios contra a maioria dos réus da Ação Penal 470, configurando, segundo seu sentir e pensar, manifesta violação ao princípio *in dubio pro reo*. Adiante, segue transcrito trecho de uma manifestação do Ministro Ricardo Lewandowski que bem ilustra tal posicionamento:

É dizer, ao juiz criminal não é mais dado fazer conjecturas ou ilações que não encontrem suporte probatório nos autos para chegar a um veredicto condenatório, sendo escusado dizer que não basta para tal valer-se de meros indícios ou, quiçá, da somatória destes, por mais consistentes que sejam, cuja aceitação só é admitida *initio litis*, ou seja, até a fase do recebimento da denúncia, na qual a dúvida milita *pro societate*. O magistrado, hoje, mais do que nunca, tem o dever de fazer valer o princípio constitucional da presunção de inocência ou da não-culpabilidade, como querem alguns, fazendo valer o princípio de que o ônus de provar qualquer imputação cabe exclusivamente à acusação. (Acórdão da AP 470, p. 4874)

Se por um lado o Ministro relator adotou a Teoria do Domínio do Fato como um dos recursos teórico-argumentativos para fundamentar seu voto pela condenação de réus como José Dirceu por crime de corrupção, o Ministro revisor foi enfaticamente refratário à adoção dessa teoria no julgamento do caso, pontuando que sua invocação e emprego sinalizariam uma espécie de “experimentalismo” na delicada área da Dogmática Jurídico-Penal, em que estão em jogo as liberdades fundamentais dos cidadãos. (Acórdão da AP 470, p. 4952)

Outra passagem que serve para ilustrar bem as posições diametralmente opostas que os ministros relator e revisor, por diversas vezes, assumiram ao longo do julgamento, foi aquela envolvendo a valoração das provas relativas à apropriação indevida do recurso “bônus de volume” pelas empresas de Marcos Valério, configurando o crime de peculato. Enquanto o Ministro Joaquim Barbosa escolheu o laudo dos técnicos do TCU para formar seu convencimento, o Ministro Ricardo Lewandowski considerou ser provido de maior dignidade probatória a decisão dos Ministros do TCU para firmar sua convicção.

Assim, diante das leituras distintas dos fatos e valorações das provas mediante critérios nem sempre convergentes, com um intenso embate argumentativo dos ministros relator e revisor foi possível reavivar as diversas teses lançadas pela acusação e pelas defesas dos réus, permitindo que fossem confrontadas e devidamente buriladas.

Enfim, as manifestações dos Ministros Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski, relator e revisor da Ação Penal 470, respectivamente, estabeleceram um quadro em que se confrontavam distintas posições/entendimentos, tudo isso a forjar uma peculiar dialética ao longo de todo o julgamento.

Ao encamparem entendimentos que se apresentaram, no plano geral, contrapostos ou divergentes, eles contribuíram para um salutar contraponto nos debates que se sucederam nos intervalos entre as leituras dos votos dos outros Ministros durante a sessão de julgamento e repercutiram na definição dos votos dos Ministros vogais.

De certo modo, isso acabou favorecendo um certo equilíbrio e até facilitou o alcance de convergências possíveis a apontarem os pontos de consenso que em determinadas matérias, constituíram as teses vencedoras, quer na direção da absolvição de alguns réus, quer no sentido da condenação de outros.

Nos itens seguintes serão abordadas as questões centrais e os fatos mais relevantes que foram objeto desse julgamento, bem como o novo aporte discursivo-argumentativo que o STF elaborou a partir do exame e da análise dessas questões e fatos e provas ligados ao caso. Nesse julgamento foi construída uma consistente e

sofisticada produção de vertentes teórico-metodológicas de nítida feição jurídico-pragmática, inaugurando um novo marco referencial em relação aos crimes funcionais no Brasil.

A seguir, portanto, serão apresentadas as evidências de que nos votos da maioria dos Ministros esteve presente uma acentuada tônica jurídico-pragmática que acabou despontando, em nossa perspectiva, como uma das grandes “novidades” trazidas por esse julgado.

4.5. Evidências de Adesão a uma Perspectiva Teórica e Metodológica Jurídico-pragmática no Acórdão da Ação Penal 470

4.5.1. A Questão das Provas: os Juízos de Inferência, o Método Abduativo e a Verdade Processual no Julgamento da Ação Penal 470

No julgamento da Ação Penal 470, a problematização sobre as provas, o debate sobre sua quantidade, diversidade e qualidade assumiu uma relevância das mais destacadas. Se a defesa alegou que as provas materiais e diretas não eram abundantes, dispondo o juízo de uma quantidade limitada de provas documentais e de que estaria sendo atribuído um sobrepeso desmesurado à prova testemunhal, uma análise mais detida do julgado revela que, ao contrário, foi colhido um conjunto pródigo de provas materiais, permitindo que os fatos fossem razoavelmente demonstrados e provados, numa reconstrução bastante esclarecedora dos elementos fáticos trazidos pela Denúncia apresentada.

Assim, nesse julgamento foi possível constatar que os fatos imputados foram reconstituídos por meio das provas colhidas e estas foram analisadas, interpretadas e valoradas fora dos esquemas convencionais e de deduções simplistas e precipitadas. Foram colhidos mais de 500 depoimentos de testemunhas e produzidos dezenas de laudos e relatórios técnicos. Também foram apreendidas e periciadas milhares de notas fiscais e centenas de recibos e cheques assinados, além de algumas agendas pessoais e equipamentos de mídia, tudo isso a integrar um robusto acervo de provas documentais que fragilizam a tese da Defesa de que eram escassas as provas materiais.

Vale registrar, inclusive, que foi deferida a realização de inúmeras provas periciais sobre dados bancários, cheques, contratos, livros contábeis, documentos fiscais, relatórios e documentos de inspeção e fiscalização, discos rígidos, mídias digitais durante a fase de colheita e produção de provas no caso. Destacou o relator que todas essas provas foram objeto de exames periciais e foram elaborados os laudos respectivos. (Acórdão da AP 470, p. 206)

Releva destacar, ainda, que diante da sofisticação dos esquemas montados para a prática dos crimes como os que estavam sendo apurados e julgados na Ação Penal 470, nem sempre a prova direta é de fácil obtenção, exigindo um maior prestígio dos indícios que levem a inferências e deduções bem articuladas, tudo isso sem descurar de um exame minucioso e bem alinhavado de todas as provas colhidas.

Assim, a colheita, produção e valoração de provas diante da chamada criminalidade do poder político e econômico, demanda uma leitura diferenciada da base probatória disponível, em razão da natureza desses crimes. Como obter testemunhos esclarecedores se muitos dos chamados a depor estão ligados aos esquemas e tentam evitar a todo custo uma confissão de culpa? Como levantar provas documentais diretas, vestígios materiais clarividentes, dados concretos, se os envolvidos recorrem, não raro, a esquemas fraudulentos ou dissimulados?

Ao proceder à análise e valoração das provas trazidas pela Acusação e Defesa e submetidas ao contraditório, muitos Ministros produziram construções argumentativas apoiadas em juízos de inferência e formulações hipotético-dedutivas, em uma atividade intelectual que sinaliza uma estreita aproximação com o método abduativo⁵⁷.

⁵⁷ Para Charles S. Peirce (1958), uma inferência abduativa é sempre uma resposta à perturbação de um hábito, de uma expectativa sobre o desdobramento regular das nossas experiências. Nesse sentido, um argumento abduativo deve produzir uma explicação para uma incompatibilidade entre, no mínimo, duas proposições: uma que expressa algo a respeito de como as coisas deveriam se passar em determinada circunstância e outra na qual se constata que aquela expectativa não se cumpriu naquela mesma circunstância. Um fato anômalo ou inédito funciona, portanto, como um impulso que leva à explicação pela abdução, uma espécie de “gatilho abduativo” que permite formular hipóteses ou respostas provisórias e prováveis, a fim de que prevaleçam aquelas que mais resistem a tentativas de falseamento ou refutação.

Interessante notar que o método abduutivo, além de recorrer a formulações dedutivistas – que certamente influenciaram a criação do método hipotético-dedutivo como uma derivação da abdução *peirceana* –, também se apoia em evidências trazidas por eventos casuais, busca respaldo em explicações teleológicas, prestigia o valor das intuições e até mesmo realça a importância de um senso comum decorrentes de experiências acumuladas no tempo, como referências válidas na reconstrução da verdade de um determinado fato.

Assim, quanto às teses formuladas por seus defensores de que José Dirceu, então todo-poderoso chefe da Casa Civil do governo Lula, não tinha arquitetado e acertado os mecanismos de cooptação de políticos para a composição de uma base aliada, como também a assunção pelo réu Delúbio Soares da integral responsabilidade pelos milionários empréstimos que o Partido dos Trabalhadores obteve junto aos bancos Rural e BMG, muitos dos Ministros consideraram tais versões pouco críveis ou implausíveis. Nesse sentido:

O que não é **crível, aceitável pela experiência**, aliás comprovada em algumas evidências nos autos (*v.g.* prova oral), é a pretensa e absoluta dissociação do ex-Ministro, quando de sua posse no Governo, dos interesses partidários. Entre outros elementos de convicção, destaco assertivas do próprio JOSÉ DIRCEU: *“que em reuniões do Diretório Nacional tomou conhecimento de que o Partido dos Trabalhadores havia obtido empréstimos legais no Banco Rural e BMG, mas não teve acesso aos detalhes de tais empréstimos (...)”*; *“Que como membro do Diretório Nacional do Partido dos Trabalhadores tinha conhecimento das alianças eleitorais formadas em 2004, apesar de não participar diretamente da execução dos acordos, uma vez que não era mais membro da Executiva Nacional”* (Vol. 16, fl. 3.552 e 3.555).

Mais extraordinário ainda é a pretensa superposição atribuída a DELÚBIO SOARES que, em seu depoimento, negou ter tomado decisões sozinho (Vol. 77, fl. 16.607). Declaração que encontra ressonância nas declarações de MARCOS VALÉRIO: *“que os repasses foram tratados pelo interrogando, pessoalmente, com DELÚBIO SOARES e SILVIO PEREIRA, contudo, DELÚBIO, reiteradamente, afirmou ao interrogando que a cúpula do PT tinha ciência de tais empréstimos”* (Vol. 76, fl. 16.356).

A conveniente responsabilização do onipresente DELÚBIO SOARES não é consentânea com as suas declarações e com o que se extrai dos autos. É fato inconteste que DELÚBIO SOARES não era o “todo poderoso” dirigente do Partido dos Trabalhadores.

De mais a mais, **não consigo responder logicamente, razoavelmente,** a partir das diversas declarações constantes nos autos, a algumas simples questões, por exemplo: DELÚBIO SOARES, sozinho, acertou com MARCOS VALÉRIO empréstimos que, à época, ultrapassavam a casa de dezena de milhões de reais? Coube somente a DELÚBIO SOARES distribuir esses recursos ao Partidos? Foi o onipresente DELÚBIO quem definiu os critérios de distribuição, ou seja, o valor e o beneficiário? Mas o fundamento para esses repasses não era o *acordo político*? O Presidente do Partido assinou o contrato e prestou aval apenas porque era estatutariamente obrigado? (Acórdão da AP 470, pp. 5131-5132) (grifos meus)

Expressões como as destacadas acima em uma passagem do voto do Ministro Gilmar Mendes, revelam que aquilo que não é digno de maior credibilidade, o que não está conforme a experiência ou mesmo que foge ao que é ordinário, podem trazer evidências e conduzir a inferências capazes de desmontar determinada tese ou versão.

Adiante, é registrada outra manifestação acerca de uma tese considerada implausível ou mesmo pouco crível, inaceitável pela experiência comum, como defendido pela Min. Rosa Weber. Trata-se da tese de que Marcos Valério havia viajado para se reunir em Portugal com dirigentes do Banco Espírito Santo também acionistas da Portugal Telecom para acertar investimentos no litoral da Bahia ou assegurar a conta de publicidade da Telemig diante da sua possível venda à Portugal Telecom.

Não merece crédito a versão de Marcos Valério e de Rogério Tolentino de que o objetivo da viagem era a realização de negócios da DNA Propaganda com a Portugal Telecom. **Tal versão é inconsistente** com a presença na viagem e inclusive na visita ao Presidente da Portugal Telecom de Emerson Palmieri, Primeiro Secretário do PTB. Para contornar tal dificuldade, foi apresentada por Marcos Valério e Rogério Tolentino a explicação de que Emerson teria ido junto na viagem "por lazer", já que estaria "estressado". Ora, além da justificativa ser negada por Emerson, ela é **manifestamente implausível.** **Não é crível** que Emerson Palmieri, Primeiro Secretário do PTB, tivesse viajado ao exterior, acompanhando

Marcos Valério em viagem de negócios de três dias, "para relaxar" porque "estressado". (Acórdão da AP 470, pp. 1352-1353) (grifos meus)

Como fica evidente, os Ministros Gilmar Mendes e Rosa Weber não são muito receptivos a acolher teses ou versões sobre fatos que não estejam arrimadas em robustas evidências, em conformidade com o que é ordinário, apoiado em provas qualificadas e indícios firmes, capazes de construir um enredo fático coerentemente lógico. Diante desse quadro, o julgador poderia ser orientado a uma percepção exatamente contrária a essas teses ou versões, passando a acolher outra hipótese sobre o que provavelmente aconteceu, apoiado em provas razoavelmente mais convincentes, em maior número, coerentemente concatenadas entre si.

Vale consignar que foi recorrentemente lembrado por diversos Ministros do Supremo em várias passagens do Acórdão um entendimento de longa data ali assentado e que encontra respaldo na dogmática jurídica brasileira Trata-se de formulação no sentido de que, como o extraordinário, o incomum, o excepcional, não é presumível, cabe a quem nele se apoia, cabalmente comprová-lo. (Acórdão da AP 470, pp. 1391, 2158, 2379, 4279, 4379, 5131),

Também em relação ao crime de lavagem de dinheiro levado a cabo por dirigentes do Banco Rural, o Ministro revisor Ricardo Lewandowski refugou a tese da defesa da Presidente dessa instituição financeira, Kátia Rabello, no sentido de que a mesma desconhecia as práticas reiteradas de vultosos e frequentes saques em dinheiro em agências desse banco, efetivadas a partir de cheques emitidos pela empresa SMP&B pertencente a Marcos Valério e sócios. Considerando tal alegação pouco digna de credibilidade, ponderou o Ministro revisor:

A sistemática de saques de enormes valores levada a efeito pelo Banco Rural era tão esdrúxula e destoava tanto dos padrões de mercado que **não é possível crer**, sobretudo tendo em conta a sua sistemática repetição, que tudo tenha se passado sem o conhecimento de sua Presidente **KÁTIA RABELLO**. Volto a dizer, a meu sentir, é **pouco crível** que a dirigente máxima do Banco desconhecesse os procedimentos de rotina adotados pela instituição que comandava, ignorando aqueles que deles destoavam, de forma recorrente, na agência situada na própria cidade que sediava a instituição financeira. (Acórdão da AP 470, p. 3065-3066) (grifos meus)

Ora, temos que toda e qualquer investigação é, antes de tudo, um esforço de reconstrução dos fatos para tornar possível uma aproximação descritiva-analítica

sobre o objeto investigado, buscando identificar as circunstâncias e regularidades no fluxo dos acontecimentos para, a partir da formulação de hipóteses, alcançar uma resposta ou explicação crível, plausível. Isso vale tanto para uma investigação científica, como também para uma investigação de um fato supostamente criminoso.

O julgador, num esforço metódico, busca realizar um trabalho de apuração em que lança mão de inferências por hipóteses e construções lógico-dedutivas para alcançar uma verdade provável. Assim, confronta provas, apura evidências, estabelece liames lógico-causais, testa hipóteses, ou seja, segue linhas de apuração e formula teses prováveis para o deslinde do caso. Formuladas tais hipóteses, busca examiná-las detidamente e as confronta para verificar qual a mais convincente para justificar uma decisão que seja não apenas legítima pelo respeito às “regras do jogo”, como também persuasiva pela qualidade do aporte probatório-argumentativo em que se apoia.

No julgamento da Ação Penal 470, portanto, o conjunto de provas e indícios permitiu a produção de teses (ou hipóteses) várias, sendo que aquelas que prevaleceram foram as que realmente resultaram de inferências e deduções bem alinhavadas, coerentemente estruturadas. Para tanto, foram prestigiados o valor da experiência, a percepção sobre o que é ordinário, o recurso à lógica, a correlação entre o estudo retrospectivo dos fatos e a visão prospectiva da decisão sobre esses fatos.

Verificou-se que os Ministros tinham uma clara percepção de que nesse julgamento, diante da dificuldade de se alcançar um acervo de provas diretas ou mesmo consideradas irrefutáveis contra alguns dos réus, estavam a enunciar uma verdade provável e digna de credibilidade, a produzir uma decisão apta a ser tomada como convincente, a modular um aporte argumentativo com qualidades persuasivas sobre um dos casos mais emblemáticos submetidos ao Judiciário brasileiro.

Portanto, ao trazer a debate a questão mais específica da busca da verdade num procedimento judicial, fica realçado que ao se analisar (interpretar) ou julgar um caso, a resposta ou solução mais qualificada será a mais crível, a mais convincente, a mais provável, posto que apoiada em consistente base probatória.

A partir de uma tessitura argumentativa bem alinhavada em que o suporte normativo adotado se harmoniza com as deduções e inferências produzidas pelo exame das provas, é alcançada uma verdade provável, uma verdade processual, superando uma construção conceitual ainda cara à dogmática jurídico-penal que é a noção de verdade real ou material.

Porém, que mais uma vez fique claro, não se trata de credibilidade, probabilidade e veracidade aferidas e mensuradas a partir da qualidade do discurso enquanto racionalmente estruturado e da densidade do enredo argumentativo apoiado em esquemas discursivos coerentes, mas, antes e principalmente, alcançadas a partir do cruzamento das variáveis (circunstâncias, fatores, elementos) de natureza fática ligadas ao caso em julgamento, de um tratamento adequado dos suportes fático-probatórios que orbitam em torno do caso ou com ele se relacionam. E, uma vez devidamente tratados, metodicamente (re)constituídos e rigorosamente analisados, possam ser confrontados com a realidade que lhe é subjacente mediante regras de inferência. Tudo isso a possibilitar a formulação de hipóteses ou conjecturas descritivas desses fatos e dentre estas, extrair ou selecionar a mais plausível, após submetê-las a testes de falseabilidade ou refutação.

Tal concepção, portanto, vai frontalmente de encontro à construção conceitual elaborada no bojo da teoria do processo penal clássica que é aquela que consagra a busca de uma verdade real ou material como a razão de ser da atividade instrutória na jurisdição penal. Ou seja, no âmbito do processo penal uma das formulações teóricas mais aceitas e de longa data disseminadas é a de que o fim perseguido por meio da atividade probatória é alcançar uma verdade material, concreta, ou seja, uma verdade resultante de uma correspondência fidedigna entre os fatos e o teor da decisão, trazendo a sentença o esboço fiel dos fatos traçado por meio das provas colhidas e dos indícios levantados ao longo da persecução criminal formal.

Dessa forma, se as noções de verdade material ou substancial e verdade formal ou processual são postas em xeque, também se impõe refutar a ideia de que basta a verdade possível construída pelas partes ou a total dispensa de um compromisso mínimo com a busca de uma aproximação entre o direito invocado e o

suporte fático em que se apoia para legitimar uma decisão judicial. Exige-se a apreensão dos fatos numa estipulação a mais aproximada possível da realidade.

Nesse sentido, para além da velha dicotomia entre verdade formal e verdade material, temos hoje cada vez mais consolidada a ideia de que pela via do processo judicial é possível alcançar tão-somente uma verdade provável. O Ministro Luiz Fux também ressalta que a generalizada aceitação de que a verdade (indevidamente qualificada como ‘absoluta’, ‘material’ ou ‘real’) é algo inatingível pela compreensão humana, e, oportunamente, pondera que o importante para o juízo é “a denominada verdade suficiente constante dos autos”. (Acórdão da AP. 470, p.1498)

Verifica-se, portanto, que nos dias atuais não é mais possível falar em busca da verdade real dos fatos, uma vez que não há meios para que seja assegurado o alcance da mesma, além de tal ideia induzir a um permissivo bastante temerário no âmbito penal, que seria uma instrução probatória absolutizada, amplamente discricionária, posto que na busca dessa suposta verdade real ou substancial, direitos e garantias vinculadas às liberdades individuais estariam permanentemente sob pressão. Nessa perspectiva, tal cenário implicaria “uma verdade absoluta ou onicompreensiva em relação às pessoas investigadas, carente de limites e de confins legais, alcançável por qualquer meio, para além das rígidas regras procedimentais”. (FERRAJOLI, 2002, p. 38)

Espera-se hoje que seja forjada no processo judicial uma verdade relativa como propõe Michelle Taruffo, de acordo com a acurada síntese formulada por Mendonca e Beltrán (2005, pp. 13-14) na versão espanhola do livro *La Prueba de los hechos*. Segundo os autores, Michelle Taruffo expõe nessa obra a questão de ser ou não possível o conhecimento da verdade absoluta dos fatos e se sobre eles é possível alcançar um estado de certeza total e incontestável.

Sobre essa questão, Michelle Taruffo (2005, p.14) afirma que não sendo o processo judicial um empreendimento científico, não resulta necessário buscar estabelecer verdades absolutas, incontestes, sendo suficiente alcançar verdades relativas que permitam oferecer uma base razoavelmente fundamentada à decisão. Ainda segundo o autor, estas observações constituem um ponto de partida adequado para a discussão acerca das questões referentes à prova e à determinação dos fatos e,

neste contexto, “resulta possível falar simplesmente de ‘verdade’, no sentido de ‘verdade relativa’, sem ulteriores confusões. Este é, portanto, segundo Michelle Taruffo, o único sentido sensato que o termo ‘verdade’ pode assumir no processo, assim como em outros campos da experiência”. (tradução livre)

Da leitura do Acórdão da Ação Penal 470 é possível constatar que a maioria dos Ministros tinham uma clara percepção sobre a dificuldade de ser obtida a prova direta, material e imediata dos fatos relativos ao caso em julgamento. Praticamente é impossível colher uma confissão clara de culpa ou alcançar a colheita de documentos que comprovem diretamente a prática de corrupção, por exemplo.

Muitas vezes, somente se tem conhecimento dos fatos muito tempo depois de terem ocorrido, o que gera enormes dificuldades para alcançar sua reconstituição baseada em provas suficientes, acrescidas do fato de que a clandestinidade, a sutileza ou mesmo a dissimulação dos meios empregados pelos envolvidos para o cometimento de crimes dessa natureza, comprometem qualquer pretensão de lograr êxito maior no esclarecimento dos fatos a partir da colheita de provas diretas na investigação.

É possível afirmar que no Acórdão da Ação Penal 470 encontramos uma tessitura muito bem urdida do tratamento das provas, um extremado e cuidadoso trabalho de reconstrução dos fatos relacionados ao caso em julgamento, que resultou em uma decisão amparada no mais almejado cognitivismo jurídico de base empírico-racionalista, conforme proposto e defendido pela Teoria do Garantismo Penal; e não uma decisão como mera expressão do decisionismo voluntarista e idiossincrático de julgadores arbitrários e inconsequentes, desvio judicante este não admitido em autênticos Estados Democráticos de Direito.

4.5.1.1. Na Valoração das Provas Testemunhal e Pericial

No discurso da dogmática processual penal, a prova testemunhal tem sua importância relativizada e, não raro, é colocada, ao lado das outras chamadas “provas subjetivas” como a confissão e as declarações da vítima, em grau de

qualidade inferior às denominadas provas objetivas, a exemplo das provas documentais e periciais.

Aqui teríamos a confirmação de uma das máximas mais caras no senso comum, a de que “na teoria é uma coisa, na prática é outra”. Afinal, um breve exame na *praxis* jurídica de juízes e tribunais ao julgar matéria penal permite constatar o relevo que é conferido à prova testemunhal, a importância que essa prova assume na instrução criminal. Não é raro ser a única prova produzida, a rigor, na fase judicial de produção probatória.

André Rovegno (2011, p. 410) faz o registro de uma distinção já clássica na doutrina processual penal norteamericana relacionada às pessoas que se apresentam para testemunhar sobre os fatos apurados no julgamento de um caso criminal. Elas se enquadram sob a denominação de *lay witnesses* (testemunhas leigas) ou *expert witnesses* (testemunhas peritas).

Dessa forma, mesmo provas como os laudos técnicos elaborados por peritos e comumente denominados provas técnicas, não prescindem de um relato circunstanciado sobre o que foi objeto de exame por parte de especialistas. Não resta dúvida que nesse comparecimento em juízo para responder questionamentos e esclarecer pontos obscuros ou abordagens imprecisas, os peritos atuam como testemunhas qualificadas.

Ainda sobre a natureza e dinâmica do processo penal nos Estados Unidos, André Rovegno (2011, p. 409-411) destaca a primazia do *cross examination* ou exame cruzado em que é francamente valorizada a testemunha presencial e não a “de ouvir dizer”. Busca-se atender dois propósitos convergentes, aferir com maior cuidado os fatos a partir de quem os presenciou, acompanhou seu deslinde de forma direta e imediata, e, ainda, ao vincular essa testemunha aos fatos, buscar obter dela um relato o mais fidedigno possível, comprometendo-a direta e pessoalmente com a elucidação das circunstâncias em que o caso se deu.

No julgamento da Ação Penal 470, é possível registrar que a grande maioria dos depoimentos foi colhida junto a testemunhas diretas e não indiretas, por pessoas que presenciaram os fatos e não apenas ouviram falar sobre como

ocorreram. Também foi possível constatar o empenho dos Ministros em proceder o exame cruzado das provas, confrontando os vários depoimentos prestados com as demais provas produzidas.

O Min. Joaquim Barbosa fez questão de destacar que a qualidade e a credibilidade dos depoimentos de testemunhas dependem de um juízo de apreciação conferido pelo julgador e que é forjado a partir de seu confronto com os outros meios de prova. Nesse sentido:

A defesa, sobretudo a de JOSÉ ROBERTO SALGADO, ressalta, ainda, que a acusação teria ignorado provas, principalmente testemunhais, produzidas a pedido dos réus no curso da instrução processual.

Ocorre que, como se sabe, além de não haver hierarquia entre as provas, não é a simples quantidade de testemunhos (num ou noutro sentido) que deve orientar o julgamento. Na decisão final, como é elementar, após a análise de todo o material probatório, devem ser verificados quais elementos de convicção revelam, de forma harmônica, a verdade acerca dos fatos em discussão.

Além disso, deve-se atentar para o fato de que os réus se baseiam, essencialmente, numa seleção de testemunhas com as quais mantêm vínculo de amizade ou ascendência profissional. Pelo que se extrai dos autos, muitas dessas testemunhas chegaram a incorrer, ao menos em tese, no mesmo crime aqui analisado, além de figurarem como co-réus dos acusados em outros processos nos quais também se apura a prática de crimes financeiros. (Acórdão da AP 470, pp. 2999-3000)

Destaque-se que tanto na absolvição do réu Henrique Pizzolato da imputação de um dos crimes de peculato que foi aquele relacionado à apropriação de recursos denominados “bônus de volume”, bem como do réu João Paulo Cunha da acusação de peculato pelo desvio de recursos públicos para pagar um assessor de comunicação particular, foi conferido destacado valor à prova testemunhal.

Tanto o Ministro Ricardo Lewandowski como o Ministro Dias Toffoli, ao concluírem a leitura de seus votos sobre o item 6 da Denúncia (Corrupção ativa), absolveram o Ministro da Casa Civil e condenaram o tesoureiro do PT, Delúbio Soares, fazendo ilações a partir das provas testemunhais colhidas. Dentre os argumentos apresentados, vale destacar o do Ministro Dias Toffoli, para quem o depoimento de um corrêu inimigo público do ex-Chefe da Casa Civil, como o ex-deputado federal Roberto Jefferson, não serviria para arrimar uma decisão condenatória. E para tanto, faz remissão a trechos de reportagens que revelariam a profunda inimizade que Roberto Jefferson nutria por José Dirceu. Abaixo, trecho do voto do Ministro:

No caso de **ROBERTO JEFFERSON**, há, ainda, mais uma agravante que reforça a imprestabilidade de seu depoimento, qual seja, o fato de ser ele inimigo declarado de **JOSÉ DIRCEU**. Ainda há poucos dias afirmou ele o seguinte, a propósito de seu desafeto, segundo foi amplamente noticiado na imprensa: “*A minha luta era com o José Dirceu. Ele me derrubou, mas eu salvei o Brasil dele*”.

Antes disso, na CPI destinada à apuração da compra de votos, **ROBERTO JEFFERSON**, em debate travado frente a frente com **JOSÉ DIRCEU**, no dia 5/3/2005, como foi largamente divulgado pelos meios de comunicação, disse-lhe: “*Vossa Excelência desperta em mim os instintos mais primitivos!*” (Acórdão da AP 470, p. 4942)

Mas cabe a seguinte observação decorrente de uma certa perplexidade diante do argumento apresentado pelo Ministro Dias Toffoli: se o depoimento de um suposto “autodeclarado” inimigo de José Dirceu é inválido, imprestável; o Ministro não demonstrou estar preocupado em preservar a coerência argumentativa quando, para emitir um juízo de absolvição ao réu, faz menção ao depoimento favorável à defesa de um número considerável de testemunhas com relações bem próximas ao réu, muitas delas companheiros de longa data de José Dirceu no Partido dos Trabalhadores.

Portanto, além de surpreendentes, os argumentos dos Ministros revelam-se, de certa forma, contraditórios, pois ao mesmo tempo em que refugam qualquer juízo condenatório assentado, ainda que parcialmente, em testemunhos de corréus, eles buscaram exatamente apoio nos depoimentos de Marcos Valério, Delúbio Soares e vários outros petistas para acolher a tese de que José Dirceu não era o mentor do esquema criminoso.

Em linha reflexivo-argumentativa próxima ao Ministro Dias Toffoli, o Ministro Ricardo Lewandowski declarou ter sido convencido por um número considerável de testemunhas de que não haveria ninguém acima do então tesoureiro petista, o réu Delúbio Soares, na estrutura montada para a prática de crimes como corrupção ativa e peculato:

Na verdade, segundo inúmeros depoimentos, prestados por pessoas idôneas, sob juramento, perante juízes togados e com as garantias do contraditório, ficou constatado que **JOSÉ DIRCEU** afastou-se da direção do PT ao assumir o cargo de Ministro-Chefe da Casa Civil, não sendo responsável por nenhum dos atos praticados pela administração do Partido. As enfáticas declarações do corréu **DELÚBIO SOARES**, de seu turno, corroboradas por várias testemunhas, comprovam que ele jamais agiu sob as ordens ou a influência de **JOSÉ DIRCEU** ou ainda de qualquer outro membro do Governo. (Acórdão da AP 470, pp. 4882-4883)

O Ministro Ricardo Lewandowski afirmou não descartar totalmente que o ex-Ministro José Dirceu comandasse o esquema de pagamento a parlamentares para votarem conforme interesses do governo. Mas alegou que, no entanto, não conseguiu encontrar provas no processo de que ele o tivesse feito, vendo as acusações contra o réu como muito mais políticas do que propriamente jurídicas.

Assim, entre todos os votos pronunciados pelos Ministros em relação às imputações formuladas contra os acusados na Ação Penal 470, o que de forma frequente apresentava raciocínios erráticos, argumentos truncados e até contraditórios foi o Ministro Ricardo Lewandowski.

Causou espécie entre os Ministros o fato de que o Ministro Revisor, ao julgar o ex-presidente do PT José Genoíno, manifestou-se pela sua absolvição alegando que sua participação nos contratos de empréstimos seria uma mera formalidade adstrita ao cargo que ocupava de direção partidária. Foi transcrito abaixo trecho que bem ilustra tal entendimento:

A circunstância de **JOSÉ GENOÍNO**, como Presidente do PT, ter avalizado dois empréstimos, juntamente com **DELÚBIO SOARES**, que à época exercia as funções de tesoureiro, não é indicativo da prática de nenhum crime, mesmo porque sobre este último é que recaía a responsabilidade pela administração das finanças do partido, cabendo ao primeiro apenas a obrigação estatutária de rubricar os documentos correspondentes aos mútuos, conforme, de resto, logrou ele provar.(...) (Acórdão da AP 470, p. 4808)

O Ministro Ricardo Lewandowski afirmou insistentemente em seus votos favoráveis à absolvição de José Dirceu e José Genoíno que, como magistrado, somente poderia considerar as provas presentes no processo. Ocorre que na mesma sessão, instante depois, passou a citar diversos trechos de entrevista concedida pelo ex-Procurador Geral da República, Antônio Fernando Souza, publicada na imprensa antes de iniciado o julgamento do caso. (Acórdão da AP 470, p. 4941)

O Ministro Ayres Britto ressalta que, mesmo diante de número considerável de provas testemunhais, seu exame não pode prescindir do confronto com as demais referências probatórias e, a partir daí, ao julgador cabe lançar mão de deduções racionais, regras da lógica e princípios da experiência. Nessa linha, destaca o Ministro:

Nesse mesmo sentido, Manuel Jaen Vallejo (*La prueba en el proceso penal*, 2000) conclui que nos casos em que as testemunhas não proporcionam uma prova direta sobre os fatos que embasam a acusação, ou mesmo quando a prova não é uníssona, o magistrado deve formar a sua convicção a partir de uma dedução racional, valendo-se de regras da lógica e dos princípios da experiência. E não quero com isso autorizar a assunção de dados externos aos autos para a formação da convicção do magistrado (até porque a sentença retira a sua validade do caso concreto).

Não é isso: a meu aviso, na medida em que o processo penal oferece às partes a igualdade de tratamento e de oportunidades probatórias, a decisão judicial só pode mesmo decorrer da qualidade do resultado das provas e se estabelece a partir de um processo de comunicação racional, ancorado na sobreposição de fatos e norma jurídica. (Acórdão da AP 470, p. 4557)

No julgamento da Ação Penal 470 foi constatado que a prova pericial foi largamente produzida. Desde a fase inquisitorial, foram produzidos dezenas de laudos e relatórios técnicos. Como já destacado, foram apreendidas e periciadas milhares de notas fiscais e centenas de recibos e cheques. Também foram periciados livros contábeis, agendas pessoais, mensagens eletrônicas, tudo isso a integrar um robusto acervo de provas documentais e periciais que fragilizam a tese da defesa de que eram escassas as provas materiais nesse julgamento.

Ao se manifestar pela condenação de Marcos Valério e seus sócios que também eram réus por crime de peculato na Ação Penal 470, o Ministro Cezar Peluso faz questão se consignar em seu voto a vasta produção de prova pericial presente no julgamento da aludida ação.

A materialidade dos fatos acima narrados encontra-se caracterizada no Laudo de Exame Contábil n. 3058/2005-INC, subscrito pelos Peritos do Instituto Nacional de Criminalística. A detalhada análise da contabilidade das empresas do grupo de Marcos Valério evidenciou a utilização das seguintes práticas ilícitas, desenvolvidas com o auxílio do contador Marco Túlio Prata:

- alteração substancial da contabilidade da DNA Propaganda, mediante manipulação, falsificação e alteração de registros e documentos, de forma a modificar os registros de ativos, de passivos e de resultados; omissão de milhares de transações nos registros contábeis; e registros de transações simuladas, sem comprovação ou com a utilização de práticas contábeis indevidas;
- inserção de elementos inexatos e omissão de operações nos livros contábeis. A título de ilustração dessa prática, observaram os Srs. Peritos que os mútuos realizados entre a DNA e outras empresas do grupo não estavam escriturados na contabilidade original e, conforme destacado no parágrafo 56 do Laudo, por ocasião da retificação contábil, houve simulação na preparação dos documentos de suporte dos referidos contratos de mútuo;
- elaboração, distribuição, fornecimento, emissão e utilização de documentos fiscais falsos ou inexatos: adulteração de autorizações de impressões de documentos fiscais (AIDF), objeto do Laudo de Exame Documentoscópico n. 3042/05- INC/DPF; falsificação de assinaturas de servidores públicos e de carimbos pessoais - Laudo de Exame

Documentoscópico n. 3042-INC/ DPF;- impressão de 80.000 notas fiscais falsas - letra "h", parágrafo 16, seção 74;
- emissão de dezenas de milhares de notas fiscais falsas - letra "i", parágrafos 16 e 22 da seção III do Laudo n. 3058, entre as quais, três notas fiscais da DNA emitidas à CBMP (Visanet), nos valores de R\$ 23.300.000,00, R\$ 35.000.000,00 e R\$ 6.454.331,43 e uma à empresa Eletronorte, no valor de R\$ 12.000.000,00. (Acórdão da AP 470, p. 2185-2186)

Todos os ministros fizeram remissão em seus votos a diversos laudos periciais elaborados, principalmente, por peritos do Instituto de Criminalística da Polícia Federal. A quantidade e a qualidade dos laudos periciais produzidos nesse processo judicial não deixam recair dúvidas sobre a densidade e a consistência da prova pericial que foi disponibilizada para apreciação e valoração dos ministros do STF.

Assim, na costura do suporte probatório, ou seja, da base fática que ao lado da base normativa serviu para embasar suas decisões, muitos dos Ministros promoveram um constante entrecruzamento de provas, confrontando-as e pinçando-as para construir suas teses, quer absolutórias, quer condenatórias. Na busca e construção de uma verdade processual com propriedades persuasivas, nenhuma das provas foi desprestigiada *a priori* e a nenhuma foi conferido um sobrepeso desmesurado.

Uma atividade intelectual rigorosa aliada a um processo de valoração das provas cuidadosamente urdido, foi o que se revelou no julgamento da Ação Penal 470. O fluxo de proposições descritivas dos fatos, impressões valorativas das provas, construções inferenciais baseadas na experiência permitem divisar que o percurso seguido pela maioria dos Ministros na formação do seu convencimento permitiu alcançar uma verdade apta a persuadir e convencer, legitimando o resultado do julgamento.

4.5.1.2. Na Aferição dos Elementos Indiciários, dos Fatos Públicos e Notórios e na Consideração do que é Conforme a Experiência

A questão do valor da prova, da sua aptidão para revelar a verdade dos fatos, foi bastante explorada nesse julgamento. Sobre os indícios, importante

distingui-lo dos outros meios utilizados na formação do convencimento do juízo sobre os fatos:

(...) Indício é todo rastro, vestígio, sinal e, em geral, todo fato conhecido, devidamente provado, suscetível de conduzir ao conhecimento de um fato desconhecido, a ele relacionado, por meio de um raciocínio indutivo-dedutivo.

É imperativo que o factum probans esteja completamente provado, conhecido, indubitoso, para poder revelar o factum probandum. Caso contrário, a inferência não poderá ser estabelecida.

A relação do indício com o fato que se quer provar é outra exigência. Há de existir uma conexão lógica entre os dois fatos e uma relação de causalidade, a permitir o conhecimento do fato ignorado.

O raciocínio faz-se pelas regras da experiência e da lógica, resultando no conhecimento provável acerca da existência de outro fato. (MOURA, 2009, p. 41)

Alguns Ministros como a Min. Rosa Weber pontuaram em seus votos, ser admissível uma “elasticidade na admissão da prova acusatória” nos crimes de corrupção e lavagem de dinheiro, nos moldes do que ocorre com os crimes de intimidade, dada a dificuldade de obtenção da prova testemunhal, do levantamento de vestígios materiais e dos meios clandestinos (no caso, fraudulentos) empregados nos chamados crimes do poder, assim como se verifica também nos crimes de intimidade.

Nessa perspectiva, a Ministra Rosa Weber fez consignar em seu voto:

No processo criminal, tem prevalecido certa elasticidade na admissão da prova acusatória, com a valorização, por exemplo, do depoimento da vítima nos delitos contra os costumes⁵⁸ (sic, crimes contra a dignidade sexual), especialmente o estupro. São os crimes da intimidade. A lógica autorizada pelo senso comum faz concluir que, em tal espécie de criminalidade, a consumação sempre se dá longe do sistema de vigilância. No estupro, em regra, é quase impossível uma prova testemunhal. Isso determina que se atenua a rigidez da valoração, possibilitando-se a condenação do acusado com base na versão da vítima sobre os fatos confrontada com os indícios e circunstâncias que venham a confortá-la. (Acórdão da AP 470, p. 1094)

A questão do devido lugar e valor dos indícios nesse julgamento era de uma centralidade tão destacada que levou o Ministro Cezar Peluso a iniciar seu voto destacando sua importância e, como reforço desse entendimento, ele toma como referência uma das circunstâncias mais recorrentes verificadas no caso: o procedimento utilizado por Marcos Valério na distribuição dos recursos desviados

⁵⁸ O Título VI do Código Penal, com a nova redação dada pela Lei no 12.015, de 7 de agosto de 2009, passou a prever os chamados crimes contra a dignidade sexual, modificando, assim, a redação anterior constante do referido Título, que definia os chamados crimes contra os costumes.

aos beneficiários indicados pelo tesoureiro do PT na época dos fatos, Delúbio Soares.

O Ministro Cezar Peluso pontua que se alguém que não consta nos documentos oficiais como credor e vai receber essa importância em dinheiro vivo clandestinamente, nos fundos de uma agência bancária, no qual o sacador e o tomador são a mesma pessoa, fazendo o registro contábil dessa operação como pagamento a fornecedores, evidentemente aponta para um fato provado que conduz, pela observação, por regra de experiência, à conclusão de que esse comportamento é ilícito. E, na esteira desse raciocínio, conclui que um credor regular recebe pelas vias normais, porque é jurídica e reconhecidamente credor, afirmando não conhecer nenhuma pessoa que, sendo credor, receba o crédito dessa forma. E infere: “Nunca ouvi dizer que credor costume ir a banco para receber, por si ou interposta pessoa, alta importância que, sacada num procedimento inusitado mas regular - porque o emitente do cheque pode endossá-lo tornando-se, ao mesmo tempo, sacador e tomador -, é paga a alguém que esteja à margem dos registros do crédito. Nunca vi coisa semelhante”. (Acórdão da AP 470, p. 2158-2159)

Ao julgar o acusado João Paulo Cunha na imputação de crime de corrupção passiva, o Min. Cezar Peluso, além de destacar a importância dos indícios para a apreensão dos fatos e compreensão do caso em julgamento, também ressalta a importância dos fatos incontroversos, públicos e notórios. Assim, os presentes caros oferecidos por Marcos Valério ao Deputado Federal mencionado e a sua secretária, a maneira como foi composta e a ascendência do presidente da Câmara dos Deputados sobre a comissão de licitação para contratação de agência de publicidade que atenderia a conta dessa casa legislativa, a forma de recebimento do valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) pela esposa do Deputado, a alegação de que esse recurso se destinava a pagar pesquisas pré-eleitorais para um pleito que somente ocorreria dali a dois anos, a apresentação de notas fiscais datadas bem *a posteriori* da data em que o serviço teria sido prestado e todas na mesma sequência, dentre outros fatos, fizeram assomar diante do Ministro Cezar Peluso o que identificamos como uma “certeza suficiente”, diante de um vasto e caudaloso conjunto de indícios a apontarem maior conformidade às teses acusatórias do que as de defesa. (Acórdão da AP 470, pp. 2162-2166)

Dessa forma, havia diversas provas, de natureza, qualidade e consistência distintas. Por outro lado, é bem verdade que meras suposições, inferências precipitadas, frágeis indícios ou correlações descabidas perturbam e vulneram a qualidade da base probatória que serviu para a formação do convencimento do julgador. Assim, na esteira da melhor formulação *habermasiana*, para que uma construção argumentativa alcance uma pretensão de validade, é preciso chegar a uma verdade cooperativamente construída:

O que importa ao mundo da vida é o papel pragmático de uma verdade bifronte, que serve de intermediária entre a certeza da ação e a assertibilidade discursivamente justificada. Na tessitura das práticas habitualizadas, as pretensões de verdade implicitamente erguidas, que são aceitas contra um vasto pano de fundo de convicções intersubjetivamente partilhadas, constituem por assim dizer os trilhos para as certezas que guiam a ação. Mas, tão logo perdem seu suporte no corselete dessas evidências, as certezas afugentadas se transformam em igual quantidade de incertezas, que com isso se tornam temas. Na transição do agir para o discurso, o ter-por-verdadeiro inicialmente ingênuo se liberta do modo da certeza da ação e toma a forma de um enunciado hipotético, cuja validade fica suspensa durante o discurso. A argumentação tem a forma de um concurso que visa aos melhores argumentos a favor de ou contra pretensões de validade controversas e serve à busca cooperativa da verdade. (HABERMAS, 2004, pp. 249-250)

Tanto o Ministro Luiz Fux como a Ministra Cármen Lúcia, em várias passagens dos seus respectivos votos, formularam argumentos ou recorreram a citações de autores e julgados vários para sustentar que, na análise das provas, importa estabelecer deduções por meio de relação de causalidade, engendrar raciocínios a partir de experiências empíricas, respeitar a lógica da experiência e da vida e formular razoáveis juízos de inferência (Acórdão da AP 470, p. 1500-1502/1941-1946)

Recorrendo ao direito comparado, o Ministro Luiz Fux cita importante julgado oriundo da mais alta Corte portuguesa que situa e esclarece o devido lugar e valor da prova indiciária a embasar uma sentença penal condenatória:

IV - A prova nem sempre é directa, de percepção imediata, muitas vezes é baseada em indícios.

V - Indícios são as circunstâncias conhecidas e provadas a partir das quais, mediante um raciocínio lógico, pelo método indutivo, se obtém a conclusão, firme, segura e sólida de outro facto; a indução parte do particular para o geral e, apesar de ser prova indirecta, tem a mesma força que a testemunhal, a documental ou outra.

VI - A prova indiciária é suficiente para determinar a participação no facto punível se da sentença constarem os factos-base (requisito de ordem formal) e se os indícios estiverem completamente demonstrados por prova directa (requisito de ordem material), os quais devem ser de natureza inequivocamente acusatória, plurais, contemporâneos do facto a provar e, sendo vários, estar interrelacionados de modo a que reforcem o juízo de inferência.

VII - O juízo de inferência deve ser razoável, não arbitrário, absurdo ou infundado, e respeitar a lógica da experiência e da vida; dos factos-base há-de derivar o elemento que se pretende provar existindo entre ambos umnexo preciso, directo, segundo as regras da experiência.” (Portugal, Supremo Tribunal de Justiça, Processo nº 07P1416, nº convencional JST000, nº do documento SJ200707110014163, relator Armindo Monteiro, data do acórdão 11/07/2007) (Acórdão da AP 470, pp. 1502-1503)

Em trecho de seu voto, a Ministra Cármen Lúcia transcreve uma longa passagem de obra de direito processual penal de Guilherme de Souza Nucci, em que o autor discorre sobre a importância e valor dos indícios e como o método indutivo orienta a formação de juízos sobre os fatos em análise. Chama a atenção o fato de que nessa citação reproduzida pela Ministra, o autor destaca, amparado em autores clássicos da matéria, a importância da intuição e da experiência no processo de alcance do que a ministra chama de “certeza necessária”. (Acórdão da AP 470, p. 1801-1803)

O Ministro Ricardo Lewandowski compartilha a preocupação externada por outros Ministros sobre a dificuldade na produção de provas diretas e imediatas em crimes como os que estavam sendo objeto de julgamento na Ação Penal 470, afirmando que “nos delitos societários e, em especial, nos chamados ‘crimes de colarinho branco’, nem sempre se pode exigir a obtenção de prova direta para a condenação, sob pena de estimular-se a impunidade nesse campo”. (Acórdão da AP 470, p. 2596)

A Ministra Rosa Weber esclareceu sua posição sobre maior elasticidade na admissão da prova em casos de delitos de poder, chegando a dizer que os indícios ‘gritam nos autos’. Ela destacou em seu voto, com propriedade e pertinência que:

Nos delitos de poder não pode ser diferente. Quanto maior o poder ostentado pelo criminoso, maior a facilidade de esconder o ilícito, pela elaboração de esquemas velados, destruição de documentos, aliciamento

de testemunhas etc. Também aqui a clareza que inspira o senso comum autoriza a conclusão (presunções, indícios e lógica na interpretação dos fatos). Daí a maior elasticidade na admissão da prova de acusação, o que em absoluto se confunde com flexibilização das garantias legais, dos cânones processuais e dos meios probatórios e sua avaliação. É o que impõe a técnica mais adequada para interpretação da verdade diante dos dados fornecidos pela instrução do processo. A potencialidade do acusado de crime para falsear a verdade implica o maior valor das presunções contra ele erigidas. Delitos no âmbito reduzido do poder são, por sua natureza, em vista da posição dos autores, de difícil comprovação pelas chamadas provas diretas. Daí a visão particular do nível de convencimento da prova no processo, bem sopesados e considerados todos os meios probatórios, diretos e indiretos, em Direito admitidos. (Acórdão da AP 470 , pp. 1094-1095)

Para o Ministro Ayres Britto somente se alcança o conjunto da obra delituosa pela reconstrução dos fatos, gradativamente analisados. Só depois de obtido o visual do disperso, do fragmentado é que é possível se chegar ao conjunto, ao “infragmentado”, permitindo que o juiz faça o caminho de volta para tornar possível aferir se seus juízos de inferência estão bem estruturados, aptos a enunciar uma verdade provável, crível. Em trechos do seu voto que seguem abaixo transcritos, encontramos interessante ponderação que nada mais é do que expressão de uma postura ou procedimento bastante próximo à abdução *peirceana*:

(...) Operando o órgão do Ministério Público, tanto quanto o Ministro-relator Joaquim Barbosa, pelo mais rigoroso método de indução, que não é outro senão o itinerário mental que, em busca da verdade material e científica, vai do particular para o geral. Ou do fragmentado para o infragmentado, que somente assim é que se pode chegar ao visual do que tenho chamado de “conjunto da obra”. Afinal, é direito mesmo de cada réu o de ser julgado pelo que fez, e não pelo que é ou pelo que foi. Direito de não ter as suas ações aprioristicamente valoradas, pois o raciocínio dedutivo do julgador somente é de ser utilizado depois que o raciocínio indutivo desemboca, efetivamente, em uma racional contextualização da trama delitiva. Semelhantemente à interpretação dos próprios dispositivos jurídicos, focados inicialmente em sua textualidade cognitiva para somente depois se conectar a outros para a necessária visão de contextualidade. O textual e o contextual a se suceder metodicamente, para, e só então, possibilitar ao intérprete e aplicador do Direito Positivo saber até que ponto as deduções confirmam as induções e vice-versa. Insista-se na proposição: somente se chega ao conjunto da obra delituosa pela autópsia ou reconstrução dos fatos atomizadamente considerados e paulatinamente analisados. Só depois de obtido o visual do infragmentado é que o Juiz faz o caminho de volta; isto é, passa a usar o método dedutivo de análise para confirmar, ou não, o acerto do raciocínio indutivo. Mais que isso, esse vai-e-vem analítico é que permite a conclusão de que uma determinada ação humana (ou omissão) apenas faz sentido dentro de um contexto, um cenário, uma paisagem, um panorama, enfim. Parafraseando Eugenio Florian (“*De las pruebas penales*”, 2002), é dentro de um quadro geral de investigação que o resultado particular de um meio de prova pode, junto com outros, ganhar um significado distinto daquele que lhe seria dado por efeito de um caso isoladamente examinado. (...) (Acórdão da AP 470, p. 1502)

A Ministra Cármen Lúcia, geralmente comedida e objetiva em suas manifestações, mal consegue disfarçar um misto de perplexidade e indignação em uma passagem do seu voto ao tomar conhecimento de que até mesmo um carro-forte foi utilizado no esquema. Tal fato foi confirmado por vários depoimentos e até mesmo pela própria diretora financeira de uma das empresas de Marcos Valério, a SMP&B, e ré na Ação Penal 470, Simone Vasconcelos, que requisitou o veículo para transportar parte do dinheiro distribuído por meio do esquema do Mensalão.

A Ministra considerou que, ao contrário do asseverado pela defesa, “não se cuida de situação *‘normal’* requerer e fazer uso de carro forte para transporte de valores de uma empresa de publicidade para repasse a políticos e pessoas que não guardavam qualquer relação profissional direta com a agência”. Categoricamente, afirmou que “o que se tinha era desenvoltura acintosa de esquema de tráfico de recursos indevidamente conferidos a pessoas com o fim de obter vantagens ilícitas para os pagantes”. (Acórdão da AP 470, p. 1929)

Vários indícios graves, precisos e concordantes, analisados em conjunto, podem levar à certeza processual do fato indicado, quando se unirem e se consolidarem sob forte nexó lógico.

Para tanto, faz-se indispensável que a conclusão se apresente precisa e segura, vale dizer, que apareça como resultado lógico imediato, e não como o final de dispendiosa cadeia de argumentos, cuja complicação estará indicando, precisamente o contrário.

(...)

Assim, se o juízo lógico conclusivo aparece como síntese completa e harmônica de todos os elementos indiciários, e apresenta-se como a lógica e natural consequência das premissas enunciadas, porque se eliminaram todos os contra-indícios e os motivos informantes, e se tenha uma reconstrução nítida e completa e convincente dos fatos, poderá chegar à certeza moral sobre o fato indicado. (MOURA, 2009, pp. 103-104)

Verifica-se, portanto, que a autora menciona uma verdade processual que, buscada de forma criteriosa, prudente e rigorosa pode levar a uma certeza intelectual-moral sobre a materialidade do delito e a respectiva autoria. Nos Estados Democráticos de Direito contemporâneos, as noções de verdade e certeza absolutas são relativizadas, perdendo toda a carga absolutizante e o pendor de definitividade que marcaram o primado da lógica-formal no campo da ciência jurídica e que se expandiram para o campo da dogmática jurídico-penal.

Observa-se que houve uma complexa e bem urdida rede de conexões de sentido sobre os fatos conhecidos em que se entrecruzam fatos e circunstâncias, como encontros realizados, personagens envolvidos, locais e datas em que ocorreram, atos subsequentes, tudo isso a permitir divisar um enredo ou trama razoavelmente coerente. Nesse sentido:

Dentre as provas e indícios que, em conjunto, conduziram ao juízo condenatório, destacam-se as várias reuniões mantidas entre os corrêus no período dos fatos criminosos, associadas a datas de tomadas de empréstimos fraudulentos junto a instituições financeiras cujos dirigentes, a seu turno, reuniram-se com o organizador do esquema; a participação, nessas reuniões, do então Ministro-Chefe da Casa Civil, do publicitário encarregado de proceder à distribuição dos recursos e do tesoureiro do partido político executor das ordens de pagamento aos parlamentares corrompidos; os concomitantes repasses de dinheiro em espécie para esses parlamentares corrompidos, mediante atuação direta do ex-tesoureiro do Partido dos Trabalhadores e dos publicitários que, à época, foram contratados por órgãos e entidades públicas federais, dali desviando recursos que permitiram o abastecimento do esquema; existência de dezenas de “recibos”, meramente informais e destinados ao uso interno da quadrilha, por meio dos quais se logrou verificar a verdadeira destinação (pagamento de propina a parlamentares) do dinheiro sacado em espécie das contas bancárias das agências de publicidade envolvidas; declarações e depoimentos de corrêus e de outras pessoas ouvidas no curso da ação penal, do inquérito e da chamada “CPMI dos Correios”; tudo isso, ao formar um sólido contexto fático-probatório, descrito no voto condutor, compõe o acervo de provas e indícios que, somados, revelaram, além de qualquer dúvida razoável, a procedência da acusação quanto aos crimes de corrupção ativa e passiva. Ficaram, ainda, devidamente evidenciadas e individualizadas as funções desempenhadas por cada corrêu na divisão de tarefas estabelecida pelo esquema criminoso, o que permitiu que se apontasse a responsabilidade de cada um.” (Acórdão da AP 470, pp. 12-13)

O Ministro Cezar Peluso também valoriza a consideração dos indícios e afirma que não se trata de mera demonstração de amizade o então presidente da Câmara dos Deputados, João Paulo Cunha, receber na residência oficial um publicitário licitante para discutir “o cenário político” e, logo depois dele receber cinquenta mil reais. Também expressa não acreditar que alguém, ainda que um rico empresário, presenteie secretárias de políticos com viagens por pura generosidade.

(...) se alguém que não aparece nos documentos oficiais como credor de certa importância, vai recebê-la clandestinamente, nos fundos de uma agência bancária, em dinheiro vivo, provindo de outra agência, onde foi descontado cheque do qual o sacador e o tomador foram a mesma pessoa, para se justificar, perante os registros contábeis oficiais, como forma de pagamento a fornecedores, evidentemente temos um fato provado que nos leva, pela observação, por regra de experiência, à conclusão de que esse comportamento é ilícito. Por quê? Porque pelo menos eu não conheço nenhuma pessoa que, sendo credor, receba o crédito dessa forma. Nunca ouvi dizer que credor costume ir a banco para receber, por si ou interposta pessoa, alta importância que, sacada num procedimento inusitado mas regular - porque o emitente do cheque pode endossá-lo tornando-se, ao

mesmo tempo, sacador e tomador -, é paga a alguém que esteja à margem dos registros do crédito. Nunca vi coisa semelhante. O credor recebe pelas vias normais, porque é jurídica e reconhecidamente credor. (Acórdão da AP 470, pp. 2158-2159)

Sobre a dignidade do “senso comum” ou daquilo que é conforme a experiência como referência válida para, ao lado de outros elementos e meios de aferição, auxiliar na formação do convencimento do juízo, alguns dos Ministros transcreveram em seus votos interessante passagem do interrogatório do acusado Henrique Pizzolato quando indagado sobre as circunstâncias em que chegou as suas mãos um envelope com o montante de R\$ 326.660,67, quantia remetida por Marcos Valério por meio da agência do Banco Rural no Rio de Janeiro.

JUIZ: O senhor abriu o envelope?

ACUSADO SR. HENRIQUE PIZZOLATO: Em hipótese alguma. Os envelopes estavam fechados. Eram envelopes de papel pardo, não eram para mim, eu não tinha por que violar um...

JUIZ: Sinceramente, o senhor não acha estranho?

ACUSADO SR. HENRIQUE PIZZOLATO: Não acho estranho. Uma agência de publicidade poderia estar mandando, na minha interpretação, fitas de vídeo, DVD, folders, o que seria totalmente normal.

JUIZ: O que estou estranhando nessa história é que em nenhum momento o senhor fala de contato direto com o Senhor Marcos Valério e nem da certeza absoluta de que era a própria agência. Apenas o prefixo 31.

ACUSADO SR. HENRIQUE PIZZOLATO: Exato.

JUIZ: se ligarem amanhã para o senhor do prefixo 21, dizendo que é este Juiz que está falando agora, o senhor acredita? Pedindo para o senhor fazer uma coisa desse tipo? ‘Foi o Dr. MARCELLO GRANADO que pediu que o senhor pegasse um envelope’. Entende? Estou dando um exemplo esdrúxulo apenas para demonstrar...

ACUSADO SR. HENRIQUE PIZZOLATO: Doutor, hoje, se Deus me pedir, eu não me movo mais, não faço mais nada. Eu fiz uma gentileza, ninguém me informou o que era.

JUIZ: Neste estado em que vivemos, uma pessoa chegar no dia seguinte na sua casa, subir para pegar e entrar, com a violência que nós vemos todo dia...

ACUSADO SR. HENRIQUE PIZZOLATO: A pessoa se apresentou. O que me foi dito era que viria uma pessoa do PT. A pessoa se apresentou como uma pessoa do PT, eu entreguei documentos.

JUIZ: Se fosse um sequestro, o senhor estaria sequestrado.

ACUSADO SR. HENRIQUE PIZZOLATO: Se formos trabalhar sobre hipóteses. Não quero trabalhar sobre hipóteses...

JUIZ: *Não é questão de trabalhar sobre hipóteses, senhor. É questão do senso comum. Somos brasileiros, como eu lhe disse no início, vivemos num país violento, em cidades violentas, como as grandes cidades do mundo. O mínimo de cuidado, presumo, devemos ter. Creio que o senhor também tenha...*

ACUSADO SR. HENRIQUE PIZZOLATO: *Sim, senhor. Por isso o porteiro disse: ‘A pessoa é do PT’. O que me havia sido dito é que viria uma pessoa do PT. Eu entreguei para a pessoa do PT” (fls. 15.980-15.986, vol. 74).(p. 869-870)*

Sobre essa versão do réu Henrique Pizzolato de que recebera o envelope sem saber o que nele constava para repassá-lo a uma pessoa desconhecida que seria representante do Partido dos Trabalhadores, muitos dos julgadores, como a Ministra Rosa Weber e o Ministro Cezar Peluso, afirmaram que tal explicação se apresenta como absolutamente inacreditável e inverossímil, reveladora da fragilidade do álibi apresentado. (Acórdão da AP 470, pp. 1156-1157/2271-2275)

Nessa toada, o Ministro Dias Toffoli considerou que “essa versão soa totalmente inverossímil e meramente exculpatória”. (Acórdão da AP 470, p. 1742). O Ministro Marco Aurélio, sobre a versão apresentada pelo réu sobre o episódio em comento, pontua: “...o que sustentado em defesa, não técnica, mas em defesa direta pelo acusado, contraria a ordem natural das coisas, contraria uma noção mínima sobre a vida econômica e financeira”. (Acórdão da AP 470, p. 2422) Já o Ministro Gilmar Mendes apresenta relevante ponderação diante da falta de plausibilidade da tese invocada pelo réu Henrique Pizzolato sobre o episódio: “Não se está exigir prova de inocência, mas prova sustentável da versão contraposta à tese e, mais importante, à **prova** da acusação”. (Acórdão da AP 470, p. 2410)

Uma interessante e surpreendente remissão da Ministra Cármen Lúcia diz respeito à personagem Pangloss do romance *Candide* de Voltaire, de 1759 quando aborda exatamente a versão do réu Henrique Pizzolato sobre o recebimento de um envelope com grande soma de dinheiro. Ao contrário de Pangloss, a Min. Cármen Lúcia alertou que existe uma verdade básica nos fatos, que nem mesmo o mais otimista dos juízes pode desconhecer. Para Marco Aurélio, argumentos não podem contrariar a lei natural das coisas nem escapar do caminho mínimo da vida. (Acórdão AP 470, p. 1782)

Para a Ministra Cármen Lúcia, refutando o entendimento dos Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli sobre o recebimento por João Paulo Cunha de dinheiro do esquema de desvios de recursos públicos operado por Marcos Valério, constatou que “com esse quadro probatório, qualquer outro raciocínio a que se chegasse que não o pagamento indevido de vantagem em razão da função seria contrário ao que nos autos se contém”. (Acórdão da AP 470, pp. 1800-1801) Já o Ministro Gilmar Mendes registra que “não se trata de exigir da defesa a prova da inocência, mas o mínimo de coerência e plausibilidade à sua versão”. (Acórdão da AP 470, p. 2304)

A Ministra Rosa Weber pondera que não se pode negar que, observado o ônus que recai sobre a Acusação de provar os fatos por ela alegados e o pleno direito da Defesa de contraditá-los, “o conjunto de múltiplos e sólidos indícios concordantes têm o condão de constituir prova adequada e necessária do ponto de vista da racionalidade empírica, e, nessa medida, convincente justificativa para um decreto condenatório”. E, nessa toada, arremata que “o convencimento que, proveniente da prova, se mostra racionalmente seguro, para além da dúvida razoável, ostenta toda a certeza necessária à legitimação da sentença de condenação”. (Acórdão da AP 470, p. 1094)

Os defensores do pragmatismo jurídico, portanto, reservam um lugar devido e de considerável realce no processo de construção da verdade processual aos indícios, à experiência e ao senso comum, aos fatos públicos e notórios com uma assertividade jamais vista entre dogmáticos e teóricos do Direito em países da tradição romano-germânica, como é o caso do Brasil. Reconhecendo e ratificando o elevado valor das provas diretas, factuais e imediatas, é possível admitir que onde estas se revelem insuficientes em qualidade e quantidade, buscar apoio naqueles outros elementos quando consistentes em número e na força persuasiva, reforça a função relevante que o processo penal assume nos Estados Democráticos de Direito.

4.5.1.3. Na Definição da Autoria a partir da “Teoria do Domínio do Fato” e a Adoção do Método Abduativo

Amplamente alardeada nos meios de comunicação de massa como uma “novidade” introduzida por alguns dos Ministros do STF quando a adotaram no julgamento da Ação Penal 470, a chamada “Teoria do Domínio do Fato” já era amplamente conhecida entre penalistas brasileiros, encontrando-se referenciada já há algum tempo em diversas manuais e tratados de Direito Penal quando abordada a matéria “concurso de agentes” e de menção frequente em julgados diversos das cortes de justiça brasileiras.

Para afastar quaisquer dúvidas sobre o amplo conhecimento e a adoção frequente dessa teoria pelos juízos e tribunais brasileiros, o decano do STF, Ministro Celso de Melo, fez questão de consignar que:

O fato relevante, Senhor Presidente, **é que a utilização** da teoria do domínio do fato **já vem sendo examinada**, pela doutrina penal brasileira, *há algum tempo* (NILO BATISTA, “**Concurso de Agentes**”, 1979, Liber Juris; DAMÁSIO E. DE JESUS, “**Teoria do Domínio do Fato no Concurso de Pessoas**”, 1999, Saraiva, v.g.), **sendo certo**, *ainda*, **que a própria jurisprudência** dos Tribunais – **a desta Suprema Corte, inclusive – não tem sido indiferente** a essa construção teórica, **mas, ao contrário, vem dela se utilizando** em diversos julgados, **considerando-a** sob diversas perspectivas: **(a) a do domínio de ação, (b) a do domínio de vontade, (c) a do domínio funcional e (d) a do domínio das organizações (ou dos aparatos organizados, tanto os aparatos governamentais quanto os aparatos empresariais).**

Trata-se, *em suma*, de formulação doutrinária **compatível** com a organização política de Estados, *como o Brasil*, **revestidos de perfil democrático** e cuja aplicabilidade **não supõe** a ocorrência de *situações anômalas ou de exceção*, **para lembrar**, *quanto a esse aspecto*, **observação** feita pelo próprio Claus Roxin em sua conhecida monografia, **cabendo enfatizar**, *ainda*, **por necessário**, que essa concepção doutrinária **não se coloca** em relação de antagonismo *com o direito penal da culpabilidade nem elide, porque inadmissível, a presunção constitucional de inocência*, **inerente** ao nosso modelo constitucional. (Acórdão da AP 470, p. 4971-4972)

Portanto, na linha do que defende o Ministro Celso de Melo, ao tratar da responsabilidade de supostos agentes de um crime (autores e partícipes), não é

incomum encontrar em nossa dogmática jurídico-penal a remissão a essa teoria, principalmente quando os penalistas buscam ponderar e aferir a qualidade da participação e o grau de envolvimento de agentes não visíveis em uma empreitada criminosa, de modo especial quando a atuação clandestina e encoberta de alguns agentes em determinados crimes dificulta a clara determinação da efetiva participação de alguns desses “agentes ocultos” envolvidos no caso.

Ainda que o emprego da expressão “domínio do fato” já fosse utilizado desde o início do século XX, seu reconhecimento maior ocorreu apenas em 1965 com a publicação, por Claus Roxin, do artigo “*Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate*” (que quer dizer “*Crimes como parte das estruturas de poder organizadas*”) na Revista *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*. (STRECK, 2013)

Lenio Streck (2013), em substancioso artigo sobre o tema, destaca que a tese tem, no seu nascedouro, uma acentuada especificidade “política”, uma vez que estaria destinada – ainda que não exclusivamente – a acusar os mandantes de crimes políticos ou de violadores de direitos humanos. Embora sua formulação estivesse, desde a origem, voltada a apurar e viabilizar a responsabilização penal de agentes que nem sempre tem uma participação mais evidente e direta em determinados crimes gravosos, porém com uma indubitável atuação efetiva, não se destina tal teoria a assumir no Direito Penal a condição de uma cláusula aberta, em clara vulneração ao princípio da responsabilidade subjetiva no campo penal.

Veja-se, por exemplo, a aplicação da tese pelo Supremo Tribunal Federal (*Bundesgerichtshof*) alemão em 1994, tratando de crimes relacionados à ex-República Democrática Alemã (foram condenados os autores mediatos — por exemplo, o Ministro do Interior — e os soldados atiradores). Trata-se de entender, nesse contexto, a importância da determinação da autoria dos mandantes (autoridades políticas) que, por exemplo, determinavam, embora não diretamente, que se atirassem nas pessoas que tentassem fugir da DDR, no famoso caso *Der Mauerschützen-Prozesse* — o processo dos atiradores do muro (sobre esse assunto, orientei uma dissertação de mestrado na Unisinos, de autoria de Roberta Magalhães Guber). O ex-ditador Alberto Fujimori também foi condenado com a utilização da tese do Domínio do Fato. Também o julgamento da Junta Militar Argentina albergou a tese. (STRECK, 2013)

Com efeito, a Teoria do Domínio do Fato serve para definir quem é o autor de um crime, e não simplesmente busca estender, artificial e arbitrariamente, a um suposto partícipe ou mero expectador do fato criminoso a condição ou status de

autor de determinado crime. A responsabilidade do autor deve ser eminentemente originária, determinante para o deslinde da conduta ilícita, ainda que essa autoria não seja imediata ou notória. Já o partícipe concorre em fato alheio, possuindo responsabilidade claramente derivada ou acessória.

Em artigo publicado no jornal Folha de São Paulo, Luiz Greco e Alaor Leite se debruçam sobre a polêmica em torno da invocação de tal teoria no voto de alguns dos Ministros do STF no julgamento da Ação Penal 470. Nesse julgado, os autores teriam detectado uma certa ligeireza na análise e apreciação da referida teoria, o que, na visão dos estudiosos, teria sido determinante para uma consideração distorcida sobre a mesma no julgamento da Ação Penal 470.

Parece, contudo, que, em alguns dos votos de Ministros do STF, o termo "domínio do fato" foi usado no sentido de uma responsabilidade pela posição. Isso é errôneo: o chefe deve ser punido, não pela posição de chefe, mas pela ação de comandar ou pela omissão de impedir; e essa punição pode ocorrer tanto por fato próprio, isto é, como autor, quanto por contribuição em fato alheio, como partícipe.

A teoria do domínio do fato não é teoria processual: ela nem dispensa a prova da culpa, nem autoriza que se condene com base em presunção -- ao contrário do que se lê no voto da ministra Rosa Weber, que fala em uma "presunção relativa de autoria dos dirigentes", (...). (

Entretanto, especificamente em relação ao voto da min. Rosa Weber como consta no Acórdão, é possível constatar um acentuado cuidado na análise das provas a revelar que, partindo delas, a Ministra buscou apresentar coerentemente os fundamentos de fato e de direito que a levaram a definir e precisar a imputação dos réus, aí incluídos aqueles que ocupavam posição estrategicamente mais elevada. Nessa condição, portanto, havia uma custosa dificuldade na produção de provas sobre a participação desses réus nos crimes sob julgamento. Ainda assim, foram amealhadas provas testemunhais e levantados indícios deduzidos de provas documentais que revelavam a existência de agentes que atuavam na retaguarda e como fiadores do esquema criminoso.

Para a Ministra Rosa Weber, os crimes imputados a réus como José Dirceu, Ramon Hollerbach e José Genoíno, não poderiam ser mero fruto do acaso, de falhas operacionais e, nessa perspectiva, registra: "Repetindo precedente desta Suprema Corte, "não se trata de pura e simples presunção, mas de compreender os fatos

consoante a realidade das coisas". (HC n.º 77.444-1, Rel. Min. Néri da Silveira, 2.ª Turma, un., DJ de 23.4.99, p. 2.) (Acórdão da AP. 470, p. 1376).

Apesar de ter sido mais intensa e constante a crítica em relação ao que seria uma precipitada e até mesmo equivocada adoção da Teoria do Domínio do Fato, os Ministros também invocaram outras sofisticadas e até certo ponto inovadoras formulações teóricas, como a Teoria da Coautoria Funcional, como uma derivação da própria Teoria do Domínio do Fato, para refutar a tese da defesa do réu Cristiano Paz, sócio de Marcos Valério, de que houve imputação genérica, sem individualização das condutas de alguns dos réus. Nesse sentido, o Ministro Luiz Fux fez constar:

À luz da teoria da coautoria funcional, pode-se considerar como autor do crime mesmo aquele que não realizou diretamente qualquer dos elementos objetivos do tipo. Revela-se suficiente, para fins de imputação, que a conduta atribuída ao agente na divisão prévia de tarefas contribua de forma determinante para o sucesso da empreitada criminosa. Assim, não se exige do coautor funcional a prática da conduta descrita no núcleo do tipo penal, mas tão somente que a fração do ato executório por ele praticada seja indispensável, diante das singularidades do tipo penal e do caso concreto, para a consecução do resultado delituoso. (Acórdão da AP. 470, p. 1492)

(...)

Nos termos expostos alhures, a defesa desconsidera a moderna teoria da coautoria funcional, sem a qual seria impossível a responsabilização penal dos agentes nos chamados crimes societários. Ante a divisão de tarefas observada no plano fático, a conduta de um dos sujeitos ativos do delito pode ser orientada a uma atividade que não configura diretamente a conduta descrita no tipo penal. A consumação do crime, no entanto, resulta da conjugação de esforços, praticando, cada um dos coautores, uma conduta relevante para o atingimento do objetivo criminoso. (Acórdão da AP 470, p. 1560)

Especificamente no caso de José Dirceu, convém esclarecer que os Ministros que invocaram a Teoria do Domínio do Fato ou a Teoria da Coautoria Funcional não prescindiram de apresentar provas concretas e evidências consistentes da sua participação no crime. Assim, as considerações e ponderações baseadas nas respectivas teorias apenas atuaram como reforço argumentativo dos Ministros, diante de toda uma construção reconstitutiva dos fatos por eles produzida após minuciosa e coerente concatenação lógico-empírica das provas e indícios analisados. Dessa forma, os ministros que enveredaram por tal constatação afirmaram que seria certo que José Dirceu, por conta da força política e de comando administrativo que exercia, foi o principal articulador e garante dessa engrenagem que ficou conhecido como “Esquema do Mensalão”.

Ao analisar e se manifestar sobre a imputação do crime de lavagem de dinheiro a réus do núcleo financeiro, o Ministro Luiz Fux recorre a diversos autores para situar a Teoria do Domínio do Fato no contexto do julgamento em curso. De Claus Roxin e Johannes Wessels, passando por penalistas como Nilo Batista e Eugenio Zaffaroni, o Ministro busca apoio em qualificada produção dogmática jurídico-penal para acolher a tese da coautoria funcional dos réus acusados nesse item da Denúncia e, para tanto, destaca que “é preciso perquirir por meio de um juízo de abstração mental e diante das peculiaridades do caso concreto, se uma vez frustrada a conduta do agente previamente estabelecida, ela inviabilizaria o êxito de todo ilícito penal”. Argumenta o Ministro que, se o agente desempenha uma função *concreta e essencial* para a realização da empreitada criminosa, sendo sua atuação determinante para o aperfeiçoamento do ilícito, “revela-se inobjetable a sua condição de coautor, devendo responder pela prática do ilícito, afastando por completo as alegações de mero partícipe”. (Acórdão da AP 470, pp. 2696-2697)

Recorrendo a categorias amplamente conhecidas e empregadas nos domínios da linguagem jurídica – os termos “fungibilidade/infungibilidade” –, o Ministro Ayres Britto defende que a Teoria do Domínio do Fato pode ser compreendida remetendo a essa noção. E considera ser isso possível no plano da noção acerca da substituição do agente (fungibilidade) e da impossibilidade de o agente ser substituído (infungibilidade). Nesse sentido, pondera o Ministro: “Então, quem não podia ser substituído nesse esquema, sob pena de fazer o esquema ruir? Quem era o regente da orquestra? O mais insubstituível ou infungível de todos. A Teoria do Domínio do Fato conduz, também, a esse raciocínio”. (Acórdão da AP 470, p. 5226)

Por outro lado, o Ministro Revisor Ricardo Lewandowski apresentou um entendimento divergente daquele defendido pelo Ministro Relator e pela maioria dos outros Ministros do STF. Relativizando o valor dos indícios, o Ministro foi refratário à tese acusatória de que os empréstimos fraudulentos e a formação de uma base parlamentar cooptada por meio da distribuição de recursos públicos desviados, contaram com a participação direta, efetiva e determinante de réus como José Genoíno e José Dirceu.

O Ministro Revisor construiu sua linha de argumentação favorável à absolvição de ambos superdimensionando o papel do então secretário de finanças do PT, Delúbio Soares, em quem vislumbrou toda a responsabilidade na realização dos empréstimos fraudulentos e na distribuição de montantes dos recursos públicos entre parlamentares e dirigentes de partidos aliados ao governo.

Entretanto, soa aparentemente contraditório esse entendimento quando confrontado com sua posição em relação à imputação do crime de lavagem de dinheiro contra dirigentes do Banco Rural, bem como contra Marcos Valério e seus sócios. No voto desse item, o Ministro Ricardo Lewandowski realça exatamente a importância dos indícios para aferição do dolo dos agentes, dos indicadores⁵⁹ que revelam a prática do delito imputado.

Com efeito, se a prova do elemento subjetivo nem sempre é fácil em qualquer espécie de crime, mais difícil ainda ela se mostra nos delitos de lavagem de dinheiro, dada a sua clandestinidade e sofisticação.

Por esse motivo, em tais hipóteses, como visto, a prova do elemento subjetivo pode ser inferida das circunstâncias fáticas efetivamente demonstradas nos autos, desde que, repito, cuidadosamente sopesadas e, ainda, sob a condição de encontrarem respaldo nas provas colhidas em juízo.

Penso que as práticas adotadas pelo Banco Rural e a dos coadjuvantes das operações ilícitas podem ser perfeitamente inferidas a partir do rol de “indicadores” que integram o mencionado estudo. (Acórdão da AP 470, p. 3062)

Portanto, da trinca petista composta por José Dirceu, José Genoíno e Delúbio Soares, o Min. Relator afirmou que as provas diretas e os indícios mais consistentes permitiam emitir um juízo de condenação apenas em relação ao último. Na visão do Ministro revisor, José Genoíno, presidente do PT na época dos fatos, seria uma mera personagem figurativa no partido, que não se inteirava das finanças

⁵⁹ Segundo o Ministro Ricardo Lewandowski, dentre os indicadores da prática de lavagem de dinheiro podem ser citados alguns que estariam presentes na situação sob exame: “(i) grande volume de transações em espécie; (ii) comportamento empresarial surpreendente ou atípico, ou seja, destoante daquele praticado no mercado; (iii) alto e injustificável risco para a segurança dos envolvidos, como, *verbi gratia*, o transporte pessoal de grandes valores ou de bens muito valiosos; (iv) métodos inusitados para a realização de operações financeiras; (v) desconhecimento ou desconsideração de práticas que as pessoas deveriam conhecer; (vi) tentativa de evitar a identificação dos beneficiários finais dos bens ou valores; (vii) explicações não críveis para justificar a realização de negócios; (viii) ocultação de informações exigidas por lei sobre a propriedade de bens, direitos ou valores; (ix) informações de última hora para movimentações financeiras a serem realizadas; (x) empréstimos múltiplos em curto espaço de tempo; (xi) utilização de inúmeros ‘testas-de-ferro’ ou intermediários; (xii) múltiplas, sucessivas e idênticas transações financeiras; (xiii) dispersão de recursos entre inúmeros beneficiários, sem justificativa plausível; (xiv) transferência grande e rápida de recursos; e (xv) explicações insuficientes para a origem dos recursos”. (Acórdão da AP 470, p. 3058)

da agremiação e que, acolhendo o Ministro a tese da Defesa, teria assinado os empréstimos fraudulentos que abasteceram os bolsos de diversos petistas e aliados apenas para dar uma espécie de “aval moral” aos documentos do mútuo firmado. (Acórdão da AP 470, p. 2776)

Nessa direção, registra o Ministro Ricardo Lewandowski interessante argumento para reconhecer a inocência de José Genoíno. Pondera o Ministro revisor que a simplicidade do réu e seu estilo de vida modesto militam em favor de uma presunção amplamente favorável ao acusado. Na esteira desse entendimento, registra o seguinte:

Sublinho que não se pode potencializar o cargo ocupado por sufragar a responsabilidade penal objetiva, o que é absolutamente impensável em nosso ordenamento jurídico, balizado que é pelo escrupuloso respeito aos princípios e garantias que regem o processo criminal entre nós. Ressalto, por fim, um fato que impressiona, favoravelmente, no tocante ao réu, qual seja, a modesta situação econômica que ostenta, não obstante os diversos cargos públicos e partidários que ocupou, e sem embargo das graves acusações que lhe foram assacadas pelo Ministério Público, sobretudo com relação às vultosas importâncias que teriam sido supostamente desviadas, com a sua colaboração, para fins ilícitos. (Acórdão da AP 470, pp. 4809-4810)

Já em relação ao ex-Ministro da Casa Civil, petista histórico e que se vangloriava de que, mesmo depois de deixar o governo, “um telefonema seu para qualquer órgão federal não seria um simples telefonema”⁶⁰, o Ministro Ricardo Lewandowski teria visto suas funções e seu poder serem excessivamente potencializados pela Acusação. Afirmou o Ministro que as provas contra esse réu seriam vagas e marcadas por um viés mais político do que baseadas em evidências jurídicas.

Repito o que já havia dito por ocasião do recebimento da denúncia, e mantenho agora, mesmo após vasta instrução probatória: o Ministério Público limitou-se a potencializar o fato de **JOSÉ DIRCEU** exercer determinadas funções públicas para imputar-lhe a prática de diversos

⁶⁰ No blog do jornalista Reinaldo Azevedo, consta o seguinte trecho da entrevista:

Entrevistador: Ter passado pelo governo que continua no poder não ajuda [na sua atividade de “consultor”]?

José Dirceu: O Fernando Henrique pode cobrar R\$ 85 mil por palestra, e eu não posso fazer consultoria? No fundo, o que eu faço é isso: analiso a situação, aconselho. Se eu fizesse lobby, o presidente saberia no outro dia. Porque, no governo, quando eu dou um telefonema, modéstia à parte, é um telefonema! As empresas que trabalham comigo estão satisfeitas. E eu procuro trabalhar mais com empresas privadas do que com empresas que têm relações com o governo. (Disponível em: <http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/na-playboy-iris-stephanelli-quem-fica-pelado-jose-dirceu/> Acesso: 22/12/2014.

crimes, sem dar-se ao trabalho de descrever, ainda que minimamente, as condutas delituosas que teriam sido praticadas por ele. Restringiu-se a fazer meras suposições, desenhando um figurino genérico, no qual poderia encaixar-se qualquer personagem que ocupasse um alto cargo no Governo Federal. (Acórdão da AP 470, p. 4881)

Portanto, para o Ministro revisor, o réu Delúbio Soares teria agido com total liberdade e autonomia em relação ao caixa do PT e se esmerou sozinho na articulação do concerto para a realização dos milionários empréstimos intermediados por Marcos Valério e na distribuição dos recursos a um sem número de beneficiários. Somente em relação a esses dois réus citados existiriam provas suficientes de que partiu deles a iniciativa de providenciar os recursos ilícitos que abasteceriam o esquema.

O Ministro Marco Aurélio considerou tal tese tão implausível e pouco crível, que se manifestou nos seguintes termos:

Presidente, tivesse Delúbio Soares de Castro a desenvoltura intelectual e material a ele atribuída, certamente não seria apenas tesoureiro do Partido. Quem sabe tivesse chegado a cargo muito maior? Apontar Delúbio Soares – e parece que ele próprio aceita posar como tal – como bode expiatório, como se tivesse, como disse, autonomia suficiente para levantar milhões – cerca de cinquenta, sessenta, setenta milhões, já não sei mais a quantia exata – e distribuir, ele próprio, esses milhões, definindo os destinatários, sem conhecimento da cúpula do PT? A conclusão subestima a inteligência mediana. (Acórdão da AP 470, p. 5159)

O Ministro Luiz Fux chega a indagar: “Como Marcos Valério desempenharia o seu papel de providenciar os recursos financeiros exigidos para quitar dívidas do partido, da base aliada, e para satisfazer interesses pessoais, sem o consentimento do 1º réu (José Dirceu) que era peça chave na engrenagem?” (Acórdão da AP 470, p. 5992)

O então presidente da Corte, o Ministro Ayres Britto, ao se manifestar favoravelmente à condenação de José Dirceu, assim se manifestou quando considerou os fatos imputados ao réu pelo Procurador-Geral da República em confronto com o suporte probatório apresentado pela Acusação, apoiando-se especialmente no teor das declarações do próprio José Dirceu em interrogatório prestado em juízo:

A contribuição que eu pretendo dar é a seguinte: como nós, por maioria expressiva, já dissemos que os acordos foram celebrados argentemente - o advérbio é meu, mas, na verdade, acho que a maioria votou assim -,

quem desempenhou o papel de articulador maior, de coordenador, de mentor desses acordos? Aí eu vou ler declarações de José Dirceu às páginas 16.639 dos autos:

(...)

“E eu fui pinçando, dos depoimentos, esse papel de Primeiro Ministro, extremamente concentrador de poder político”.

(...)

Eu tenho, aqui, um texto de Wellington César Lima e Silva, que é um jovem penalista e Procurador-Geral de Justiça da Bahia, sobre o Domínio do Fato ou Domínio Funcional do Fato, que deixa bem claro que é impossível, na investigação criminal, nesse tipo de criminalidade macro, completamente emparceirada, deixar de perguntar: Quem era o inspirador? Quem era o garante? Quem era o fiador desse verdadeiro esquema? E quem, se sáísse do esquema, levaria ao desmoronamento dele? Porque, no fundo, estamos procurando qualificar protagonizações e papéis de protagonista e papéis de coadjuvante.

Quem exercia papel de centralidade? Quem exercia papel de lateralidade? E me parece que os autos dão a devida resposta. A prova é robusta nesse sentido da condenação. (Acórdão da AP 470, pp. 5227-5229)

Se não houve a prova factual direta e expressa de que José Dirceu tinha o controle absoluto sobre os termos em que foi construída e como se sustentava essa base de apoio parlamentar cooptada, de que este acusado exercia poder real sobre os atos dos principais operadores do esquema e de que sua vontade foi fundamental para o cometimento dos crimes, certamente era consistente e coerente o acervo probatório que se logrou levantar sustentando o reconhecimento de que a concreta e efetiva atuação desse réu foi crucial para que vicejasse essa empreitada criminosa.

Dessa forma, o entendimento de que encontros frequentes e com certa regularidade ocorridos na Casa Civil entre Marcos Valério e José Dirceu, a viagem a Portugal de lideranças partidárias acompanhadas de Marcos Valério para negociar “doações” aos partidos governistas com a empresa de telefonia TELECOM, a reconhecida proeminência de José Dirceu na máquina partidária petista e sua condição de principal articulador político do governo, são algumas das evidências com densidade suficiente para sustentar a hipótese de que o réu atuava como fiador central de todo o esquema, principal garante das contrapartidas assumidas que favoreceriam os parlamentares que se comprometessem com as pautas oriundas do governo central.

Verifica-se que no debate sobre a autoria de réus que não tiveram uma participação mais explícita na empreitada criminosa demonstrada por provas objetivas factuais, o recurso à argumentação baseada em juízos de inferência, o esforço de reconstrução dos fatos por meio de esquemas hipotéticos e a submissão

de teses opostas da Acusação e Defesa a um confronto orientado por tentativas de refutação e falseabilidade, estiveram presentes ao longo do julgamento, com os ministros adotando percursos ou procedimentos metodológicos nos termos bastante alinhados aos princípios e diretrizes do método abduutivo.

O método abduutivo consagra a busca de uma(s) verdade(s) por juízos de inferência, onde tais verdades são adensadas pela propriedade das mesmas, enquanto hipóteses, de resistirem a testes de falseabilidade ou refutação. A abdução promove uma aproximação entre a observação metódica, a adequação empírica e a intuição prudente. Essa junção é processada mediante amplo recurso à experiência sensível e ao discernimento racional, este último compreendido como nossa capacidade de divisar objetivamente fatos e enquadrá-los conforme raciocínios lógicos e inferências hipotético-dedutivas.

Como visto, o Ministro Ricardo Lewandowski considerou esses elementos (evidências e indícios reveladores do poder real de José Dirceu no esquema) por demais frágeis e inconsistentes, ou seja, o Ministro Revisor não considerou essas tramas coincidentes mediante a convergência de atos e a relação bastante próxima entre esses atores como suficientemente aptas a visualizar um enredo criminoso, a desvelar uma verdade crível do envolvimento certo de José Dirceu e José Genoíno em práticas de corrupção ativa. Ele chega a afirmar, inclusive, que a viagem a Portugal não seria prova suficiente do envolvimento do secretário de finanças do PTB Emerson Palmieri no esquema.

Em acurada observação, Joaquim Falcão (2013, p. 188) aponta uma aparente contradição na construção das hipóteses formuladas pelo relator Ricardo Lewandowski sobre esses fatos, pois se por um lado desvaloriza a viagem, por outro valoriza o fato de Emerson Palmieri ter ficado na sala de espera, sem entrar no gabinete do executivo da Portugal Telecom. Defendendo o Ministro revisor, portanto, que não se pode afirmar que o tesoureiro do PTB sabia da trama. Destaca, ainda, que segundo Ricardo Lewandowski, Emerson Palmieri teria viajado a Lisboa em típico oba-oba comum no mundo político e isso não seria nada grave.

Verifica-se que os mesmos fatos, foram percebidos e valorados por alguns dos Ministros de forma distinta de como procedeu o Ministro Ricardo Lewandowski. Dessa

forma, ao serem os fatos trazidos ao conhecimento dos ministros e devidamente apreendidos e interpretados, conduziram esses ministros a formulações diametralmente opostas àquelas apresentadas pelo Ministro revisor.

Ao selecionar, valorar e eleger diferentes elementos de prova para a formação do seu convencimento, o julgador deve assumir uma postura desconfiada ou cética em relação a cada uma das distintas versões sobre os fatos em análise, testando as possibilidades analítico-descritivas, formulando hipóteses diante da(s) dúvida(s) enfrentadas, desnudando e superando as contradições aparentes, buscando as convergências possíveis e escolhendo aquela hipótese que se revela a mais provável, a mais densamente plausível e, portanto, apta a sustentar uma tese que se revela dotada de maior carga de convencimento.

E, diante do que foi demonstrado até aqui, no julgamento da Ação Penal 470 não teria sido outro o caminho escolhido e seguido pela maioria dos ministros, alinhando-se inequivocamente aos postulados centrais do método abduutivo.

4.5.2. Na Definição do Tipo Penal “Quadrilha ou Bando” e na Questão do Bem Jurídico Tutelado “Paz Pública”

No recebimento da Denúncia, assim ficou consignada a ementa do julgamento do Plenário sobre a imputação do crime de “Quadrilha ou Bando” aos réus do núcleo publicitário:

CAPÍTULO II DA DENÚNCIA. IMPUTAÇÃO DO CRIME DE FORMAÇÃO DE “QUADRILHA OU BANDO” (ARTIGO 288 DO CP). CIRCUNSTÂNCIAS DE TEMPO, MODO E LUGAR DO CRIME ADEQUADAMENTE DESCRITAS. ELEMENTO SUBJETIVO ESPECIAL DO CRIME DEVIDAMENTE INDICADO. ESTABILIDADE DA SUPOSTA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA CONSTATADA. COMUNHÃO DE DESÍGNIOS DEMONSTRADA NA INICIAL. TIPICIDADE, EM TESE, DAS CONDUTAS NARRADAS. INDIVIDUALIZAÇÃO DAS CONDUTAS. EXISTENTES SUFICIENTES INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE. DENÚNCIA RECEBIDA.

Também em relação aos réus ligados ao então Partido Progressista (PP) como Waldemar Costa Neto, Pedro Henry, Pedro Corrêa e outros, foi recebida a

Denúncia referente à imputação do crime de “Quadrilha ou Bando”. Abaixo, consta a ementa da decisão com o seguinte teor:

CAPÍTULO VI DA DENÚNCIA. FORMAÇÃO DE “QUADRILHAS AUTÔNOMAS”. EXISTÊNCIA DE MERO CONCURSO DE AGENTES. TESE INSUBSISTENTE. CONFORMAÇÃO TÍPICA DOS FATOS NARRADOS AO ARTIGO 288 DO CÓDIGO PENAL. ASSOCIAÇÃO ESTÁVEL FORMADA, EM TESE, PARA O FIM DE COMETER VÁRIOS CRIMES DE LAVAGEM DE DINHEIRO E CORRUPÇÃO PASSIVA, AO LONGO DO TEMPO. DELAÇÃO PREMIADA. AUSÊNCIA DE DENÚNCIA CONTRA DOIS ENVOLVIDOS. PRINCÍPIO DA INDIVISIBILIDADE. AÇÃO PENAL PÚBLICA. INAPLICABILIDADE. MÍNIMO DE QUATRO AGENTES. NARRATIVA FÁTICA. TIPICIDADE EM TESE CONFIGURADA. EXISTENTES INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE. DENÚNCIA RECEBIDA. (Acórdão da AP 470, p. 195)

Percebe-se que uma das teses centrais da Acusação e que, em última análise, conferia à própria narrativa do caso levado a julgamento pela Ação Penal 470 a caracterização de que ali estava sendo conhecido e julgado um arrojado esquema criminoso, foi a imputação do crime de “Quadrilha ou Bando”.

Reconhecer que os agentes em seus diversos núcleos de atuação agiram de forma articulada, com propósitos criminosos a longo prazo e dispostos à prática de delitos diversos, especialmente corrupção, peculato e lavagem de dinheiro, conferia uma maior coerência à própria descrição fática feita pelo Ministério Público Federal na peça acusatória inicial.

Os fatos, como narrados pelo Procurador-Geral da República, demonstrariam a existência de uma associação prévia dos acusados, consolidada ao longo do tempo, reunindo os requisitos “estabilidade” e “finalidade voltada para a prática de crimes”, além da “união de desígnios” entre os envolvidos, configuradores do crime de “Quadrilha ou Bando”.

Vale destacar que um dos argumentos da Defesa ao pedir o trancamento da Ação Penal foi o de que, diante do suposto crime de “Quadrilha ou Bando”, não teria sido afetada uma pluralidade de vítimas, mas apenas a Administração Pública.

Em linhas gerais, os advogados dos réus acusados desse delito também afirmaram que, mesmo reconhecendo a prática de crimes como corrupção ativa/passiva e peculato tão somente como simples exercício hipotético-argumentativo, o que estaria configurado na ação articulada de diversos réus seria o mero concurso de agentes, ou seja, a associação eventual e oportunisticamente urdida para a prática desses crimes, e não a constituição de uma quadrilha ou bando.

O Ministro relator Joaquim Barbosa apresentou seu voto acolhendo a tese acusatória de que, assim como em toda organização criminosa, verificou-se que nos três núcleos atuantes no “Esquema do Mensalão” havia uma clara divisão de tarefas, e o sucesso desse empreendimento criminoso dependia da ação articulada de todos. Afirmou, ainda, que os réus do chamado núcleo financeiro (Banco Rural) não se limitaram a formar uma associação estável com os outros dois núcleos, pois eles teriam ido além e, efetivamente, praticaram crimes específicos contra o sistema financeiro nacional, como gestão fraudulenta de instituição financeira.

Ao receber a Denúncia, o Plenário assim se manifestou:

Não procede a alegação da defesa no sentido de que teria havido mero concurso de agentes para a prática, em tese, dos demais crimes narrados na denúncia (lavagem de dinheiro e, em alguns casos, corrupção passiva). Os fatos, como narrados pelo Procurador-Geral da República, demonstram a existência de uma associação prévia, consolidada ao longo tempo, reunindo os requisitos estabilidade e finalidade voltada para a prática de crimes, além da união de desígnios entre os acusados. (Acórdão da AP 470, p. 196)

Ao julgarem as condutas dos réus acusados de “Quadrilha ou Bando”, os Ministros foram pródigos na utilização de adjetivos e qualificativos vários. O Ministro Marco Aurélio dizia que estávamos diante de uma “uma quadrilha das mais complexas” (Acórdão da AP 470, p.6184); Ayres Britto ressaltou o que seria uma “congregação visceral” (Acórdão da AP 470, p.6225); Celso de Mello a denominou de “sofisticada estruturação” (Acórdão da AP 470, p.6225).

Um dos Ministros que mais enfatizou a gravidade do ocorrido, foi o Ministro Celso de Mello, destacando que havia se instaurado no coração do poder uma delinquência que degradava a atividade política, instrumentalizando-a para servir a

propósitos criminosos. E o Decano da nossa Corte Maior fez, ainda, constar em seu voto que:

Mais do que práticas criminosas, *por si profundamente reprováveis, identífico*, no comportamento desses réus, **notadamente** dos que exerceram (ou ainda exercem) parcela de autoridade do Estado, **grave atentado** às instituições do Estado de Direito, à ordem democrática que lhe dá suporte legitimador e aos princípios estruturantes da República.

Este processo **revela** um dos episódios **mais vergonhosos** da história política de nosso País, **pois** os elementos probatórios que foram produzidos pelo Ministério Público **expõem** aos olhos de uma Nação *estarecida, perplexa e envergonhada um grupo de delinquentes que degradou a atividade política, transformando-a* em plataforma de ações criminosas. (Acórdão da AP 470, p. 6191)

O jurista Joaquim Falcão (2013, p. 148) ponderou que, relevando as manifestações do Ministro Celso de Mello assumirem uma manifesta conotação de juízo moral, o mesmo não deixou de destacar, técnica e objetivamente, que houve uma “estrutura, organização e divisão funcional de tarefas entre os núcleos que operavam o esquema no chamado núcleo financeiro. Cada qual teria tido papel específico para tornar possíveis os repasses irregulares de dinheiro a Valério. Os três teriam fraudado juntos a gestão da instituição”.

O então Presidente do STF à época, Ministro Ayres Britto expôs em seu voto, ao se manifestar sobre a imputação de “Quadrilha ou Bando”, que a organização de pessoas para a prática de crimes, mormente quando formada por agentes públicos, concorre diretamente para a desorganização do Estado e frustra as expectativas sociais. E, avançando nessa linha de ponderação argumentativa com forte acento consequencialista, emenda:

Mais do que isso: o enquadrilhamento em si aumenta o potencial ofensivo do criminoso e reduz o potencial defensivo dos órgãos de persecução criminal. Vulnerando a paz pública por forma assim reforçadamente perigosa, entendendo-se por paz pública o próprio conjunto das expectativas sociais em torno do poder do Estado para controlar eficazmente o mais sofisticado que seja o enquadrilhamento ou bando de malfeitores. Paz pública, então, cuja proteção é a própria razão de ser da criminalização **autônoma da associação com fins delitivos**. (Acórdão da AP 470, p. 6196)

O Ministro relator votou pela condenação de onze dos acusados pelo crime de formação de quadrilha, absolvendo a dirigente do Banco Rural Ayanna Tenório e a funcionária da agência de publicidade SMP&B Geiza Dias. Também entenderam

que estava configurado o crime de formação de quadrilha, os Ministros Luiz Fux, Gilmar Mendes, Marco Aurélio Mello, Celso de Mello e Ayres Britto.

Entretanto, nem todos os ministros foram receptivos à tese de formação de “Quadrilha ou Bando” formulada na Denúncia contra um número considerável de réus. Acompanharam a divergência da Ministra Rosa Weber, a Ministra Carmén Lúcia, o Ministro Dias Toffoli e até mesmo o Ministro Revisor Ricardo Lewandowski, este último alterando o voto anteriormente exarado sobre essa matéria.

Com a mudança de entendimento antes exposto, o Ministro Ricardo Lewandowski decidiu modificar seu voto em relação a cinco réus sobre os quais antes havia se manifestado pela condenação. Absolveu os deputados Valdemar Costa Neto e Pedro Corrêa, o tesoureiro do PL Jacinto Lamas, o assessor parlamentar João Cláudio Genú e o empresário Enivaldo Quadrado. A alteração, no entanto, só influenciou na situação de dois réus. A votação ficou empatada em relação a Costa Neto e Jacinto Lamas, que tinham sido condenados por 6 a 4.

O Ministro revisor disse ter mudado sua visão sobre a imputação de “Quadrilha ou Bando” a esses réus específicos, após os votos das ministras Rosa Weber e Cármen Lúcia. As duas ministras haviam defendido a necessidade de existência de uma associação estável e permanente entre os agentes, com a finalidade de delinquir com uma certa regularidade e constância e com uma atuação prolongada no tempo, para que restasse configurado o crime de “Quadrilha ou Bando”.

Refutando a tese do Ministro relator Joaquim Barbosa e de outros Ministros de que houve a formação de “Quadrilha ou Bando”, a Ministra Cármen Lúcia asseverou que:

O que nós tivemos, neste caso, comprovado? Que pessoas que chegaram a cargos de poder ou até faziam parte de empresas de maneira legítima nos cargos; presidente de um partido legitimamente estava no cargo; e ali, naquele cargo, praticou um ato contrário à lei penal e, por isso, está respondendo no outro item da denúncia, no outro item do julgamento, e não, portanto, acumulando-se esta como se tivesse chegado ao poder para esse cometimento de crimes. A mesma coisa se tem quanto à própria empresa de que faz parte Marcos Valério, Cristiano Paz, Ramon Hollerbach, Simone de Vasconcelos; ela existia, praticava atividades lícitas. Ao lado delas, usando-se daquele aparato empresarial, se praticaram crimes. (Acórdão da AP 470, p. 5897)

A Ministra parece considerar que desde os réus já tenham sido investidos em seus cargos ou constituído uma empresa em sociedade, estes não mais poderiam, portanto, constituir uma quadrilha ou bando, posto que a finalidade primeira exerceria uma espécie de depuração de qualquer eventual *animus* para constituir uma *societas sceleris*. Mas, é evidente que se trata de intencionalidades diversas e não absolutamente inconciliáveis entre si. Ou seja, uma associação de pessoas que em sua origem foi formada para praticar atividades lícitas não está impedida de degenerar seus propósitos e suas práticas e, ao lado de eventuais atividades lícitas, pode enveredar por práticas ilícitas, valendo-se, inclusive da estrutura disponível já previamente montada.

Mas o que chama a atenção é que há exatos dois anos atrás a ministra Carmén Lúcia foi relatora na Ação Penal 396 que acusava o então Deputado Federal Natan Donadon de prática de peculato e de formação de quadrilha quando este era presidente da Assembléia Legislativa de Rondônia.

A Ministra Cármen Lúcia, ao relatar aquela Ação Penal, considerou que estava comprovado o envolvimento de pelo menos quatro pessoas no esquema criminoso que contava com a liderança do deputado Natan Donadon, restando demonstrado também o caráter estável e permanente da associação criminosa. A Ministra destacou no seu voto que foram efetuados pelo menos 22 pagamentos indevidos em um período de quase um ano em um desvio de pelo menos R\$ 1 milhão, 647 mil e 500 reais em valores não atualizados. Ela pontuou que se tratava, portanto, de uma atuação duradoura e organizada do grupo criminoso sem se deter de forma mais acentuada na questão do bem jurídico tutelado, a paz pública, como correu no seu voto na Ação Penal 470.

Registrou a então relatora: “Quanto ao réu Natan Donadon, o delito de formação de quadrilha tem prova autônoma e independente, de modo que nada impede a condenação do acusado por este crime, independentemente de se apurarem nesses autos a responsabilidade dos demais envolvidos”. Verifica-se que ela se manteve adstrita à questão da existência de prova suficiente a demonstrar o envolvimento do deputado na formação de quadrilha e não parece ter despertado maior interesse seu a questão da ofensa ou não à tranquilidade da coletividade ou à paz pública como critério de aferição da ocorrência ou não do delito de “Quadrilha ou

Bando”, ou seja, como critério determinante para a materialidade desse delito. (Ementa do Acórdão da AP 396)

Outra ministra que também refugou enfaticamente a imputação de formação de “Quadrilha ou Bando” aos réus e que abriu a divergência, foi a Min. Rosa Weber. Ela afirmou que a acusação de formação de “Quadrilha ou Bando” no sentido de formação de uma entidade autônoma dedicada à prática de crimes não teria havido no caso em julgamento, posto que a associação dos agentes ou mesmo a formação de núcleos como fora descrito na Denúncia que deu início à Ação Penal 470 não se caracterizou por um prévio concerto entre os agentes para que incorressem numa empreitada criminosa de forma prolongada e estável, com intenção de viver às expensas do produto desse projeto. (Acórdão da AP 470, pp. 1277-1279)

Nessa mesma linha conceitual e argumentativa, também se manifestou o Ministro Dias Tofoli:

Em relação do crime de **formação de quadrilha**, em breve síntese, destaco que subscrevo o voto da eminente Ministra **Rosa Weber** quanto ao delito de quadrilha imputado aos réus.

Neste caso, igualmente, não vislumbro ter havido a associação dos acusados para a prática, por período indeterminado, de crimes. No caso, o crime de “Quadrilha ou Bando” reúne, a meu ver, dois elementos indispensáveis à sua configuração, quais sejam, a reunião de mais de três agentes e a associação estável ou permanente para a prática de crimes. (Acórdão da AP 470, pp. 4294-4295)

Mas, é possível questionar: o que o grupo que presidia o PT, tendo José Dirceu à frente como grande artífice dessa empreitada de tomada e perpetuação no poder, objetivava não era organizar um agrupamento para desviar recursos públicos, corromper agentes políticos, cometer ilícitos eleitorais e outras estratégias ligados ao seu projeto de poder? Será que um esquema tão complexo e intricado não abrangia um plexo de ações coordenadas e que todas as condutas fossem praticadas de maneira coordenada e não de forma isolada e desarticulada? É provável que o intento desse agrupamento criminoso fosse praticar delitos indeterminados por meio de pessoas organizadas de forma estável, a fim de que um mesmo grupo se perpetuasse no poder ou mesmo para obter vantagens do esquema criminoso?

No debate sobre a imputação de formação de “Quadrilha ou Bando, também houve um destacado impasse entre os Ministros quanto ao sentido e alcance do bem jurídico tutelado no crime de “Quadrilha ou Bando”, que é a paz social ou pública. Enquanto para as ministras Carmem Lúcia e Rosa Weber o termo “paz pública” estaria diretamente relacionado ao sentimento geral de tranquilidade e sossego, ao que tudo indica ainda influenciadas pela tradicional noção de segurança pessoal, da integridade individual física ou patrimonial de grupos de pessoas ou de uma coletividade maior; para outros Ministros, essa noção passa a ser percebida e, portanto, redimensionada. como o sentimento geral de tranquilidade, estabilidade e até mesmo confiança nas instituições públicas.

Ao aderir à divergência, a Ministra Cármen Lúcia afirmou que aquilo que mais caracteriza o crime de quadrilha é a vontade convergente de pessoas para a prática de crimes em geral. Segundo ela, a acusação do Ministério Público de que o esquema contemplava pequenas quadrilhas com outras quadrilhas não convenceria, e o que restou configurado foi a reunião de pessoas para práticas criminosas, mas para atender a vantagens específicas de alguns réus, e não para atingir a paz social. (Acórdão da AP 470, pp. 4251-4253)

Apresentando, a nosso sentir, um argumento frágil e equivocado, a Ministra Cármen Lucia recorre à lição de Nelson Hungria para delimitar conceitualmente o tipo penal “Quadrilha ou Bando” e, para tanto, cita o exemplo do bando de Lampião que barbarizou o Nordeste no início do século XX, mencionado pelo grande penalista brasileiro. Trata-se de exemplo impertinente e deslocado, posto que historicamente datado e que deve ser visto com cautela como referência válida na análise desse tipo penal nos dias de hoje. E, assim, faz a Ministra o seguinte registro, sem maior preocupação em adotar uma abordagem atual e contextualizada da noção de paz pública:

Então, o que me parece aqui? É que o bem jurídico tutelado - que o Ministro Joaquim tão bem enfatiza -, quer dizer, não pode ter um corte, de que serviria apenas para um determinado tipo de crime, e assim não é. O exemplo dado pelo Nelson Hungria e o exemplo normalmente citado é exatamente o do bando de Lampião: praticam-se crimes. E a só constituição da quadrilha, a chegada de um bando numa determinada localidade é suficiente para trazer o desassossego. E, portanto, para que se considere como crime autônomo o crime de quadrilha, a meu ver, seria necessário realmente que se firmasse uma associação de maneira estável e

permanente para a prática de crimes em geral. (Acórdão da AP 470, p. 5896)

Portanto, na aferição do crime de “Quadrilha ou Bando”, o trabalho de análise e interpretação dos fatos baseados em provas feito pelos Ministros foi marcado por uma das mais equilibradas divisões verificadas no Julgamento da Ação Penal 470. Essa divisão decorreu muito mais de distintas concepções teórico-ideológicas sobre o que viria a ser uma empreitada criminosa, a presença ou não dos elementos do tipo penal “Quadrilha ou Bando” e, ainda, o conteúdo e alcance da noção da objetividade jurídica “paz pública”.

Enfim, os ministros que votaram seguindo a divergência da Ministra Rosa Weber na matéria, entenderam que as pessoas que perpetraram ilícitos penais no bojo do esquema denunciado na Ação Penal 470 não teriam ocupado seus cargos com o fim de cometer uma pluralidade de crimes e, ademais, os diversos ilícitos por eles praticados não teriam chegado a colocar em perigo a paz social.

Ainda que as teses do revisor e das Ministras Cármen Lucia e Rosa Weber estejam em plena sintonia com o entendimento presente na dogmática jurídico-penal clássica encontrada nos manuais e tratados de Direito Penal da atualidade, o que se tem como questão de relevo a ser ponderada é que determinadas categorias conceituais ficaram defasadas, demandando ser redefinidas, como é exatamente o caso da objetividade jurídico-penal “paz pública”. Importa diligenciar para que os fenômenos judicializados não sejam emoldurados por rígidas e estanques formulações teórico-conceituais, sem guardar qualquer conexão maior com a realidade social que lhe é subjacente.

Ora, ainda que esteja consagrado de longa data o entendimento doutrinário e jurisprudencial de que a noção da denominada “paz pública” está intimamente ligada ao sentimento generalizado na população de tranquilidade social, de paz coletiva, soa um tanto desconectado da realidade e pouco razoável, o entendimento de alguns Ministros de que o crime de “Quadrilha ou Bando” estaria associado mais diretamente à prática de crimes violentos como roubo, sequestro ou extorsão.

Refutando esse entendimento, consta abaixo trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes sobre essa questão, em que é realçada uma indisfarçável tônica

contextualista e consequencialista na definição do que vem a ser “paz pública”, nos termos por ele proposto:

O conceito de *paz pública*, como anteriormente mencionado, não se reduz aos crimes violentos. Há muito já se abandonou a ideia de que os únicos bens a serem tutelados devem ser a *vida* e a *propriedade*. Esse reducionismo, com cariz ideológico, contrasta com os bens e valores protegidos constitucionalmente.

Se a aceitação pela Corte de que os fatos representaram um atentado à democracia não é o suficiente, é conveniente rememorar que foram reconhecidos, nestes autos, crimes contra a Administração Pública (corrupção ativa, corrupção passiva, peculato), contra o Sistema Financeiro Nacional (gestão fraudulenta) e de lavagem de dinheiro.

Não bastasse, é importante consignar que os autos revelam muito mais do que o ora analisado. Não se pode olvidar o pedido inicial de desmembramento e os inúmeros procedimentos instaurados pela Procuradoria-Geral da República. Assim, sem a pretensão de exaurir o contexto fático, há notícias de crimes da lei de licitação, de tráfico de influência, de prevaricação, de advocacia administrativa, de crimes contra a ordem tributária, de outros desvios de recursos públicos, de improbidades etc. (Acórdão da Ação Penal 470, p. 6172)

O Ministro Celso de Melo foi categórico ao asseverar que no julgamento da Ação Penal 470 estavam presentes os elementos caracterizadores do crime de “Quadrilha ou Bando”. Enfatizando a nitidez com que esses elementos se apresentavam, o Ministro Decano da nossa Corte Suprema fez questão de expressar um sentimento do tempo presente e real, ponderando que paz pública representa, em sua dimensão concreta, a mais autêntica expressão da tranquilidade da ordem e da segurança geral e coletiva. Nesse sentido:

Em mais de 44 anos de atuação na área jurídica, **primeiramente** como membro do Ministério Público paulista e, **depois**, como Juiz do Supremo Tribunal Federal, **nunca presenciei** caso em que o delito de quadrilha se apresentasse *tão nitidamente caracterizado em todos* os seus elementos constitutivos, **como sucede** no processo ora em julgamento.

Na realidade, Senhor Presidente, **e na linha** do voto do eminente Relator, **tenho por inteiramente comprovada** a acusação penal **fundada** na imputação, aos réus, **do crime** de quadrilha, **por entender** configurados **todos** os elementos e requisitos que lhe compõem a estrutura típica.

Formou-se, *na cúpula do poder*, **à margem** da lei e do Direito **e ao arrepio** dos bons costumes administrativos, *um estranho e pernicioso sodalício* constituído de altos dirigentes governamentais e partidários,

unidos por um perverso e comum desígnio, por um vínculo associativo estável **que buscava** conferir operacionalidade, exequibilidade e eficácia **ao objetivo espúrio** por eles estabelecido: **cometer** crimes, *qualquer crime*, **agindo**, *nos subterrâneos do poder*, **como conspiradores** à sombra do Estado, **para**, *em assim procedendo*, **vulnerar, transgredir e lesionar** a paz pública, **que representa**, em sua dimensão concreta, **enquanto expressão** da tranquilidade da ordem e da segurança geral e coletiva, o bem jurídico posto sob a égide e a proteção das leis e da autoridade do Estado. (Acórdão da Ação Penal 470, p. 6187)

Hoje, portanto, está cada vez mais assentado o entendimento de que as coordenadas da teoria do bem jurídico estão orientadas para um Direito Penal socialmente integrado que, nas palavras de Roland Hefendehl (2010, p. 111), é “um direito penal que leva em conta a sociedade e, logicamente, cada um de seus membros, sem privilegiar uma parte deles”. Na visão do autor, é absolutamente anacrônica a dicotomia formulada pela teoria pessoal do bem jurídico entre o que seriam bens jurídicos individuais *bons* e bens jurídicos coletivos *ruins* e, assim, partindo da danosidade social como indício de autorização para a intervenção do direito penal, a teoria pessoal cederia lugar a uma teoria justamente oposta, a uma teoria social do bem jurídico.

Ora, a premência de redefinições conceituais diante de novos fenômenos e arranjos sociais que emergem em determinadas sociedades, deve ser captada pelos dogmáticos do Direito Penal e pelos magistrados que atuam na jurisdição penal. Uma certa invisibilidade social que caracteriza determinados crimes, sua ingente complexidade e uma percepção difusa sobre os bens ou interesses que atingem, podem dificultar a compreensão mais precisa pelo conjunto da população sobre suas formas de manifestação e os efeitos que produz, como é o caso dos crimes financeiros e contra a administração pública.

Ocorre que isso não pode induzir ao entendimento de que tais crimes não causam maior dano ou perturbação à paz, à estabilidade e à tranquilidade pública, especialmente quando praticado por um agrupamento de pessoas dotadas de elevado poder político e econômico, como ficou demonstrado no caso em exame. Muitos dos Ministros assumiram o desafio de inaugurar um novo marco teórico-conceitual sobre essa matéria no julgamento em análise, concebendo a noção de “paz pública” a partir de uma nova contextualidade, menos propensa a reducionismos artificialmente forjados e mais aberta e sintonizada com as novas exigências, demandas e expectativas sociais.

4.5.3. Na Condenação por Crime de Corrupção e na Questão da Elementar “Ato de Ofício”

Uma das imputações cujo suporte probatório foi dos mais consistentes no julgamento da Ação Penal 470 foi o de corrupção passiva. Além dos vários depoimentos de diversas testemunhas factuais e da confissão de alguns dos réus, houve farta colheita de prova documental como cheques e recibos que atestaram a prática do referido crime, em que agentes públicos ou interpostas pessoas receberam vultosas quantias em dinheiro oriundas do esquema de desvios de recursos públicos a reboque do “Esquema do Mensalão”.

Em uma breve e oportuna passagem do voto da Ministra Cármen Lúcia, a mesma registra que, quanto ao crime de corrupção passiva, “a prática forense demonstra que, nesta espécie delitiva, normalmente não ocorre a confissão pelo autor da prática”. (Acórdão da AP 470, p. 1941)

Assim, nem sempre é de fácil obtenção a confissão de quem foi beneficiado pelo esquema, ou seja, comumente não são alcançados os esclarecimentos devidos para conhecer quem é o corruptor e como este angariou, mediante vantagem concedida ou promessa de vantagem, a adesão do agente público na perspectiva de que este violasse algum dos seus deveres de ofício. Convém lembrar, inclusive, que confessar o ocorrido nesse caso, implicaria verdadeira confissão de culpa por parte do agente público corrompido.

Já em relação à prática do crime de corrupção ativa, coube ao Ministro Ayres Britto sintetizar a percepção compartilhada pela maioria dos Ministros sobre as razões fundantes e a dinâmica própria que impulsionaram o cometimento desse crime pelos principais agentes do núcleo político, a exemplo de José Dirceu e José Genoíno. Assim se manifestou o Ministro:

Estou a dizer: os autos dão facilitada conta de que José Dirceu e José Genoíno, com auxílio de Delúbio Soares, promoveram atos de corrupção para garantir um ambicioso projeto de poder, consubstanciado num continuísmo governamental. Continuísmo governamental, esse, de inspiração patrimonialista, portanto, e de nítida feição antirrepublicana, traduzido no objetivo de perpetuação de uma única agremiação política no Poder. Equivale a falar: a instrução criminal revelou que parlamentares foram propinados não só para votar de acordo com as proposições do Governo recém instalado, como também para sistematicamente renunciarem à atividade fiscalizadora (delinquência por omissão radical) que é própria do ofício parlamentar (Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos).

Nessa contextura, não se pode dizer que a corrupção foi um fim em si mesma. Ao contrário, foi o meio encontrado pela cúpula do Partido dos Trabalhadores para mesclar Estado, Governo e Partidos. Isto para aproveitar os espaços públicos para colocá-los à disposição de interesses privados (uma ação entre amigos e parentes a partir do espaço público). Sob essa inspiração malsã, concebeu-se um verdadeiro projeto de poder para facilitar a governabilidade e a perpetuação do Poder. Pelo que enxergo mais que uma governabilidade quadrienal e sim sucessional sem limite no tempo; tão partidariamente sucessional quanto temporalmente ilimitadas. (Acórdão da AP 470, pp.4557-4558)

Portanto, a prática da corrupção ativa era apenas o meio mais comumente empregado e sempre ocultado de levar a termo um ambicioso projeto de manutenção do poder por uma agremiação partidária durante considerável período de tempo. Para além de ambições mesquinhas individuais que, eventualmente, pudessem estar presentes, a oferta ou promessa de vantagem a agentes públicos buscava subjugar não apenas a vontade ou liberdade de um grupo de deputados federais em particular, mas sim minar a própria autonomia do Legislativo, afetando, em última instância, o equilíbrio e harmonia entre os poderes, numa completa vulneração dos valores republicanos.

Já quanto à questão do ato de ofício, houve convergência rara no entendimento do relator e do revisor no julgamento da Ação Penal 470. Ambos concordaram que no exame das provas exigidas para comprovação do crime de corrupção passiva, o foco deveria estar na análise do núcleo principal do crime, ou seja, no recebimento, aceitação da promessa ou na solicitação da vantagem indevida.

Os Ministros relator e revisor assentiram com a alegação constante na Denúncia de que a prova do ato de ofício, ou seja, a prática efetiva do ato que é da competência exclusiva do funcionário público (o voto do Deputado, a assinatura de um termo de convênio ou contrato, por exemplo) deve ser considerada apenas por ocasião da dosimetria da pena, como causa que justifica o aumento da sanção do crime e não para que a pessoa seja condenada. Para a condenação é suficiente que exista uma expectativa da prática desse ato de ofício, e que o mesmo esteja no âmbito das atribuições, no feixe de funções atribuídas ao agente público, como o parlamentar, o diretor de empresa pública, etc.

Quanto às acusações de corrupção ativa e passiva, lavagem de dinheiro e formação de quadrilha narradas no Capítulo VI da denúncia, o Procurador-Geral da República afirmou que “estes autos contêm provas contundentes de que houve a entrega de dinheiro a alguns acusados em datas próximas a algumas votações importantes para o Governo” (fls. 45.379). (Acórdão da AP 470, p. 227). Assim, em relação aos parlamentares que se corromperam no exercício da função pública, o ato de ofício em expectativa visado pelos agentes corruptores residiria exatamente nos votos favoráveis que estes dariam aos projetos de lei e outras iniciativas de interesse do governo Lula.

Em trecho da ementa do Acórdão de recebimento da Denúncia, ficou consignado o seguinte:

“CAPÍTULO VI DA DENÚNCIA. CORRUPÇÃO PASSIVA. PROPINA EM TROCA DE APOIO POLÍTICO. ENQUADRAMENTO TÍPICO DA CONDUTA. DESTINAÇÃO ALEGADAMENTE LÍCITA DOS RECURSOS RECEBIDOS. IRRELEVÂNCIA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. INEXISTÊNCIA. CONDUTAS DEVIDAMENTE INDIVIDUALIZADAS. EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE. DENÚNCIA RECEBIDA.

1. A denúncia é pródiga em demonstrar que a expressão "apoio político" refere-se direta e concretamente à atuação dos denunciados na qualidade de parlamentares, assessores e colaboradores, remetendo-se às votações em plenário. Este, portanto, é o ato de ofício da alçada dos acusados, que os teriam praticado em troca de vantagem financeira indevida.

2. Basta, para a caracterização que os Deputados tenham recebido a vantagem financeira em razão de seu cargo, nos termos do art. 317 do Código Penal. É irrelevante a destinação lícita eventualmente dada pelos acusados ao numerário recebido, pois tal conduta consistiria em mero exaurimento do crime anterior. (Acórdão da AP. 470, p. 3479)

O Ministro relator Joaquim Barbosa considerou que parlamentares que ao mesmo tempo exerciam a função de dirigentes de suas agremiações partidárias, como Roberto Jefferson e Valdemar Costa Neto, consumaram o crime no momento em que receberam o pagamento ou aceitaram a promessa de recebimento dos vultosos valores disponibilizados pelos operadores do esquema, diante do manifesto poder que detinham para influenciar suas bancadas e direcionar os votos dos

deputados federais que a integravam, possibilitando, sem dúvida, a prática corrupta configurada na degeneração dos votos desses parlamentares.

O Ministro Celso de Melo, após o então presidente da Corte ter expressado sua preocupação ou inquietação com o fato de que alguns jornais e outros órgãos credenciados da imprensa brasileira, estariam a insinuar de forma um tanto velada que o Supremo estava decidindo nesta causa de modo a se colocar quase que em rota de colisão com sua melhor tradição garantista, fez questão de refutar essa ilação tão precipitada quanto equivocada, ressaltando que, no caso da questão do ato de ofício no crime de corrupção:

Desejo enfatizar, Senhor Presidente, que o Supremo Tribunal Federal, **neste** julgamento, **não está rompendo nem contrariando** os seus próprios critérios jurisprudenciais estabelecidos, *dentre outros precedentes*, **no julgamento** da AP 307/DF.

Cabe esclarecer, *neste ponto*, **até mesmo para afastar dúvidas infundadas** a respeito da matéria, que a orientação jurisprudencial que o Supremo Tribunal Federal **firmou** a propósito do denominado “*ato de ofício*”, **no julgamento da Ação Penal 307/DF**, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, **permanece íntegra**, não tendo sofrido *qualquer* modificação.

Uma **simples** análise comparativa **entre** a decisão plenária **proferida na AP 307/DF** e o presente julgamento **revela** que o Ministério Público, **neste** caso (AP 470/MG), **ao contrário** do que sucedeu no “*Caso Collor*”, **formulou** acusação **na qual corretamente descreveu** a existência de um vínculo **entre** a prática de ato de ofício **e** a percepção de indevida vantagem.

Cumpre rememorar que, **no já mencionado “Caso Collor”**, o **ex-Presidente da República foi absolvido** com fundamento no art. 386, III, do CPP (“*não constituir o fato infração penal*”) **em razão de falha** na denúncia, “*por não haver sido apontado ato de ofício configurador de transação ou comércio com o cargo então por ele exercido*”.

No **presente** caso, *ora em julgamento*, o Ministério Público **não** incidiu nessa mesma falha, **pois descreveu**, *de modo claro*, **a existência** desse necessário liame **entre** o ato de ofício **e** o comércio da função pública por parte dos réus, **tal como resulta claro** da peça acusatória em questão.

Vê-se, *portanto*, que esta Corte **mantém-se fiel** à diretriz jurisprudencial que estabeleceu, **em torno** do “*ato de ofício*”, **no precedente** fundado **no julgamento** da AP 307/DF. (Acórdão da AP 470, pp. 2912-2913)

Outra questão interessante trazida a debate nesse julgamento, diz respeito ao papel do tesoureiro do PT. As provas contra o mesmo eram em maior número e mais diversificadas do que em relação aos outros réus acusados de corrupção ativa. A convicção entre os Ministros de que ele movimentara altos valores e era um dos principais operadores do esquema estava praticamente consolidada. Mas, afinal, quem estava acima dele, quem ditava as ordens? Quem eram os coautores mediatos e nem sempre visíveis dos atos configuradores do crime de corrupção ativa?

Portanto, sem buscar um apoio mais amplo e recorrente na polêmica Teoria do Domínio do Fato⁶¹ para definir a responsabilidade dos réus cuja participação no enredo criminoso era de feição um tanto mais difusa e, portanto, menos perceptível e explícita, o Ministro Joaquim Barbosa apresentou provas do envolvimento de réus como José Dirceu e José Genoíno recorrendo a indícios e provas indiretas que permitiram deduzir que os fatos descritos por inúmeras testemunhas do processo e as informações e dados constantes nas agendas pessoais de Marcos Valério e José Dirceu, as reuniões e encontros ocorridos entre ambos até mesmo no gabinete da Casa Civil no Palácio do Planalto, revelavam que a desenvoltura com que Marcos Valério operava os desvios e manejava os recursos milionários do esquema contavam com o integral apoio de José Dirceu.

Michel Foucault (2003) elabora interessante construção analítica sobre o inquérito que repercute na própria concepção do sistema inquisitório. Ele defende que as formas jurídicas que se expressam no inquérito - aqui compreendido em sentido amplo como qualquer procedimento de apuração de responsabilidade criminal - atribuem uma configuração do processo e até da própria estrutura de poder político que se disseminou por quase todo o ocidente a partir da Idade Média, ainda que enquanto método já fosse conhecido desde a Antiguidade grega.

⁶¹ Depois do Relator, quem primeiro mencionou expressamente em seu voto a chamada “teoria do domínio do fato” foi a ministra Rosa Weber. Associando a noção de domínio do fato à autoria mediata quando passou a analisar a imputação do crime de gestão fraudulenta, ela registrou que é necessário verificar, no caso concreto, quem detém o poder de controle da organização para o efeito de decidir pela consumação do delito. “Em verdade, a teoria do domínio do fato constitui uma decorrência da teoria finalista de Hans Welzel. O propósito da conduta criminosa é de quem exerce o controle, de quem tem poder sobre o resultado. Desse modo, no crime com utilização da empresa, autor é o dirigente ou dirigentes que podem evitar que o resultado ocorra. Domina o fato quem detém o poder de desistir e mudar a rota da ação criminosa. Uma ordem do responsável seria o suficiente para não existir o comportamento típico. Nisso está a ação final” (Acórdão da AP 470, p. 1.161)

Para o filósofo francês, o inquérito (e por extensão, o método inquisitorial) não é absoluta ou eminentemente um mero conteúdo, mas uma forma de saber-poder. Defende que “o inquérito é precisamente uma forma política, uma forma de gestão, de exercício do poder que, por meio da instituição judiciária, veio a ser uma maneira, na cultura ocidental, de autenticar a verdade, de adquirir coisas que vão ser consideradas como verdadeiras e de as transmitir. É a análise dessas formas que nos deve conduzir à análise mais estrita das relações entre os conflitos de conhecimento e as determinações econômico-políticas”. (FOUCAULT, 2003, p. 78)

Assim, o controle da gestão das provas e a condição de quem está autorizado a enunciar a verdade perseguida no processo são reveladores das tramas que moldam as estruturas de poder em uma dada sociedade. Esse quadro permite aferir que os agentes alinhados às forças econômicas, sociais e políticas dominantes levam vantagens na persecução criminal, pois os métodos empregados e a dinâmica do funcionamento desse procedimento tendem a favorecer quem está em uma zona de maior privilégio e proteção decorrente do fato de deter o poder social e/ou econômico prevaemente em dada sociedade. Condição esta que indelevelmente se projeta no processo judicial.

Nessa perspectiva, manejar as provas disponíveis num caso envolvendo crimes de custosa apuração, como ocorre com a corrupção, nos mesmos moldes convencionais de apuração e demonstração de crimes como o roubo e a extorsão, apenas reforça a ideia de que o sistema de controle penal persevera numa ingente disfuncionalidade a favorecer os criminosos do poder político e econômico.

Assim, diante do déficit de legitimidade que as instituições passam a sofrer na contemporaneidade, prover o sistema penal de um maior grau de efetividade, sem escancarar tão flagrantemente as assimetrias da sociedade brasileira e que tendencialmente é favorável àqueles “do andar de cima”, é uma forma de resgatar a crença na sua indispensabilidade e no seu caráter republicano, ainda que esse sistema padeça de eventuais equívocos e pontuais distorções.

A decisão da Ação Penal 470 revelou uma franca disposição da maioria dos Ministros do STF em redefinir a gestão das provas em casos de crimes de corrupção. Sem prescindir de um compromisso constantemente reafirmado de que

um suporte probatório robusto e coerente é indispensável para a formulação de um juízo condenatório, o STF não se furtou a reconstruir uma perspectiva analítico-valorativa das provas sob parâmetros de nítido viés jurídico-pragmático, distanciando-se daquela concepção sobre a matéria que o convencionalismo dogmático penal assentou de longa data no Brasil.

4.5.4. Na Condenação de Lavagem de Dinheiro

Na prática do crime de lavagem de dinheiro, é comum o uso de interpostas pessoas (os chamados “laranjas”); a circulação de valores em diversas contas e por distintas agências, inclusive em paraísos fiscais *offshores* e casas de câmbio; a simulação de negócios envolvendo gado, jóias, antiguidades, obras de arte e outros bens de difícil aferição e controle quanto a seus reais valores venais (alguns destes até mesmo quanto a sua existência); cruzamento de negócios reais ou fictícios na bolsa de valores, mercado mobiliário, companhias seguradoras, de capitalização e previdência, dentre outros. Todas essas ações ilustram as diversas manobras que são frequentemente utilizadas pelos criminosos financeiros quando o interesse maior é a ocultação da origem ilícita de determinados bens e valores.

Na decisão sobre o recebimento da Denúncia em relação ao crime de Lavagem de dinheiro, a ementa assim resumiu as considerações feitas pelo Plenário do STF:

CAPÍTULO V DA DENÚNCIA. GESTÃO FRAUDULENTA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. OPERAÇÕES DE CRÉDITO DE NÍVEL DE RISCO ELEVADO, COM CLASSIFICAÇÃO COMPLETAMENTE INCOMPATÍVEL COM A DETERMINADA PELO BANCO CENTRAL. GARANTIAS OFERECIDAS PELOS TOMADORES DO EMPRÉSTIMO EVIDENTEMENTE INSUFICIENTES. RENOVAÇÕES SUCESSIVAS SEM AMORTIZAÇÃO E SEM A NECESSÁRIA ELEVAÇÃO DO NÍVEL DE RISCO. BURLA À FISCALIZAÇÃO. INDÍCIOS DE FRAUDE.(ACÓRDÃO, p. 191)

Limitando-se ao que consta na Denúncia, foram identificadas e comprovadas quarenta e seis operações de lavagem de dinheiro realizadas através de mecanismos ilícitos disponibilizados pelo Banco Rural. Os delitos foram cometidos por réus integrantes do chamado “núcleo publicitário” e do “núcleo financeiro”, com unidade de desígnios e divisão de tarefas, ficando cada agente incumbido de determinadas funções, de cujo desempenho dependia o sucesso da associação criminosa. (Acórdão da AP 470, pp. 9-10)

Segundo o Procurador-Geral da República, os réus do Partido Progressista teriam se utilizado, para receber os recursos supostamente ilícitos, de duas sistemáticas de lavagem de dinheiro: 1) recebimento, em espécie, de recursos disponibilizados diretamente em agências do Banco Rural, com atuação direta dos réus Simone Vasconcelos e João Cláudio Genu; 2) recebimento de recursos através da estrutura empresarial fornecida pela empresa Bônus Banval, dos réus Enivaldo Quadrado e Breno Fischberg, e pela empresa Natimar, do réu Carlos Alberto Quaglia, que, segundo o Procurador-Geral da República, atuavam como intermediários dos recursos fornecidos pelos réus acusados de corrupção ativa.

A análise do Ministério Público Federal foi orientada no sentido de que “pela dinâmica da quadrilha, José Janene e João Cláudio Genu (incumbidos de receber os recursos) eram os responsáveis pelo contato com a Bônus Banval, assim como Carlos Alberto Quaglia, arregimentado por Breno Fischberg e Enivaldo Quadrado, interagiu apenas com a Corretora”. (Acórdão da AP 470, p. 227)

O item V da Denúncia imputava o ilícito de “Gestão fraudulenta de instituição financeira”, conforme descrito no Art. 4º da Lei 7.492/1986. Segundo a peça acusatória, procedeu-se a simulação de empréstimos bancários e a utilização de diversos mecanismos fraudulentos para encobrir o caráter simulado dessas operações de crédito e nessa empreitada, os agentes agiam com unidade de desígnios e divisão de tarefas.⁶²

⁶² Esse crime se configurou com a simulação de empréstimos bancários e a utilização de diversos mecanismos fraudulentos para encobrir o caráter simulado dessas operações de crédito, tais como: (1) rolagem da suposta dívida mediante, por exemplo, sucessivas renovações desses empréstimos fictícios, com incorporação de encargos e realização de estornos de valores relativos aos encargos financeiros devidos, de modo a impedir que essas operações apresentassem atrasos; (2) incorreta classificação do risco dessas operações; (3) desconsideração da manifesta insuficiência financeira

A Denúncia registrou que, em relação à sistemática e freqüência dos saques de valores em espécie, principalmente na agência do Banco Rural em Brasília, foram determinantes para a elucidação da prática de lavagem de dinheiro as informações prestadas pelo então Tesoureiro dessa agência, José Francisco de Almeida Rego, ao informar que a partir de 2003 os saques em espécie das contas das empresas de Marcos Valério e seus sócios tornaram-se mais frequentes e vultosos.

A liberação dos recursos eram autorizadas por fax, telefonemas ou correios eletrônicos encaminhados pela agência do Banco Rural de Belo Horizonte, indicando o valor e a qualificação do sacador do dinheiro em espécie no banco. Também era comum que ocorressem saques em espécie efetuados pela Diretora Financeira da SMP&B, Simone Vasconcelos, feitos, sobretudo, por meio de cheques ao portador, impedindo a identificação do efetivo beneficiário, mormente nas vezes em que a própria Simone comparecia à agência para efetivar o saque e, assinando o recibo, repassava de imediato ao real beneficiário.

O depoimento desse tesoureiro e a verificação de que prevaleciam os saques em espécie por meio de cheques ao portador, eram evidências fortes de que os beneficiários do esquema desejavam ver ocultados a percepção dos valores correspondentes.

A Denúncia faz menção, ainda, ao depoimento do Superintendente do Banco Rural em Brasília, Sr. Lucas da Silva Roque, o qual afirmou que toda essa movimentação de vultosas quantias em espécie facilitada por altos dirigentes do Banco Rural era denominada "Política de Relacionamento". Entretanto, essa "Política de Relacionamento" aplicada de forma sistemática e rotineira em Brasília, foi operada, segundo o então Superintendente, apenas em relação aos saques nas contas de Marcos Valério para distribuição a parlamentares e outros beneficiários, pois esse tipo de entrega de numerário que foi feito diversas vezes na agência Brasília para a empresa SMPB não foi adotado para nenhuma outra empresa cliente

dos mutuários e das garantias por ele ofertadas e aceitas pelo banco; e (4) não observância tanto de normas aplicáveis à espécie, quanto de análises da área técnica e jurídica do próprio Banco Rural S/A. Ilícitos esses que também foram identificados por perícias do Instituto Nacional de Criminalística e pelo Banco Central do Brasil. (Acórdão da AP 470, p. 11)

do Banco Rural, com a mesma intensidade e frequência verificadas em relação às contas das empresas do esquema do “Mensalão”..

Um dado interessante verificado no julgamento da Ação Penal 470 foi aquele em que, mesmo alguns dos Ministros se manifestando pela condenação dos réus por crime de corrupção passiva, defenderam a tese de que alguns desses réus não teriam incorrido na prática de lavagem de dinheiro. Ao buscarem esses réus corruptos ocultar o recebimento de dinheiro, comumente utilizando interpostas pessoas, não poderia ser caracterizada a ocorrência de lavagem de dinheiro. Afinal, na linha de raciocínio de alguns desses Ministros, como muitos eram pessoas públicas, buscar ocultar essa prática, recebendo os recursos às ocultas, seria um mero desdobramento da prática do crime de corrupção passiva.

Por outro lado, a Ministra Cármen Lucia, ao constatar até mesmo um certo desleixo ou incúria dos réus na indicação das pessoas que iriam buscar “suas encomendas” no Banco Rural como assessores, esposa, motoristas, etc, especula: “pareceu-me que isso se deve a uma singeleza - como eu dizia – extremamente melancólica para nós, brasileiros, que é de uma certa certeza de impunidade, de que se pode comparecer, de que não vai acontecer nada e que, portanto, mande-se lá alguém, um parente e que nada se terá descoberto.” (Acórdão da AP 470, p. 1778)

Em síntese, essa divergência refletiu o que seria uma dúvida razoável sobre a definição do crime de lavagem de dinheiro, ou seja, a presença de uma indeterminação fático-probatória sobre a ocorrência ou não do emprego de mecanismos para ocultar a origem ilícita desses recursos, em que a questão do emprego de meio fraudulento ou ardiloso empregado para “lavar” os bens e valores oriundos das práticas criminosas constatadas no caso em julgamento não teria sido devidamente esclarecida.

Registre, ainda, que muitos Ministros aventaram a tese de que a dissimulação da origem, localização e movimentação de valores sacados em espécie, com ocultação dos verdadeiros proprietários ou beneficiários dessas quantias, não caracterizaria o delito previsto no art. 1º, V e VI, da Lei 9.613/1998 (na redação anterior à Lei 12.683/2012), se não há prova suficiente, como no caso, de

que os acusados tinham conhecimento dos crimes antecedentes à lavagem do dinheiro. (Acórdão da AP 470, p. 16)

Portanto, a absolvição por crime de lavagem de dinheiro da maioria dos réus que haviam sido condenados por crime de corrupção passiva, revela que no julgamento da Ação Penal 470 foi feita clara concessão à dúvida razoável. Uma tese acusatória que não resistiu ao confronto com uma leitura crítico-analítica da base normativa e sem maior respaldo na base probatória disponível, não foi acolhida.

Isso revela que o cuidado prudencial no manejo das provas e o tratamento/valoração das mesmas por meio da formulação de juízos de inferência foi a tônica prevalecente nesse julgamento, provendo-o de qualidades teórico-procedimentais que o colocam como um dos mais importantes precedentes oriundos do STF nos últimos tempos.

5. O ACÓRDÃO DA AÇÃO PENAL 470 COMO PRECEDENTE JUDICIAL: POR UMA JURISPRUDÊNCIA BALIZADORA DO DISCURSO PUNITIVO DOS CRIMES DE CORRUPÇÃO

Os Ministros do Supremo Tribunal Federal certamente estavam ciosos de que a decisão resultante do julgamento da Ação Penal 47 iria modificar substancialmente a percepção e o padrão de raciocínio e argumentação dos juízos e tribunais inferiores sobre corrupção e crimes correlatos no Brasil. O julgamento da Ação Penal 470 está impregnado de características e elementos discursivo-argumentativos e procedimentais que o qualificam como um *leading-case*, enquanto julgado paradigmático sobre a matéria.

Em interessante passagem do seu voto, a Ministra Cármen Lúcia reconheceu o papel de relevo que esse julgamento passou a assumir no Brasil:

A presente ação penal dota-se de características que a erigiram a patamar distinto daquelas julgadas por este Tribunal. Mas como todo cidadão, cada qual dos réus tem o direito de ser julgado segundo o que dos autos consta. E todo juiz tem o dever de ser imparcial em sua decisão e fundamentado nos dados comprovados para concluir o seu juízo de convencimento quanto à absolvição ou à condenação dos acusados. (Acórdão da AP 470, p. 1789)

A natureza de qualquer decisão plenária da mais alta corte de Justiça de um país assume, como bem destaca Rodolfo Luis Vigo (2010, p. 14), uma manifesta característica intermediária entre lei e sentença, pois de se um lado sinaliza uma escolha de regulação geral e para o futuro, por outro não se desvencilha do exame minucioso do caso concreto e específico em julgamento com todas as suas particularidades e nuances.

O relevo do resultado do julgamento da Ação Penal 470 sempre esteve em perspectiva no meio jurídico brasileiro. Não é razoável acreditar que os Ministros do STF buscariam orientar seus votos pautados basicamente pelas expectativas da opinião pública ou por obscuras simpatias político-partidárias, mas ficou evidente que eles reconheciam uma intensa atenção sobre o caso a exigir de cada um e de todos votos substancialmente bem fundamentados e um procedimento sem maiores atropelos, surpresas e polêmicas.

Preocupado em afastar dúvidas e suspeitas de que o STF atuaria no julgamento sob forte carga de pressão da opinião pública e relativizando sua já consagrada tradição garantista, o Ministro Gilmar Mendes fez registrar:

E este Tribunal, a partir do voto de cada um dos Ministros, tem reiterado princípios caros aos cidadãos, como, por exemplo, da presunção de inocência, da legalidade, da responsabilidade penal subjetiva, da culpabilidade, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Afigura-se patente nos votos que *“ninguém pode ser punido simplesmente por ser merecedor da pena de acordo com as nossas convicções morais ou mesmo segundo a ‘sã consciência do povo’, porque praticou uma ‘ordinarice’ ou um ‘facto repugnante’, porque é um ‘canalha’, ou um ‘patife’ — mas só o pode ser quando tenha preenchido os requisitos daquela punição descritos no ‘tipo (hipótese) legal’ de uma lei penal”* (Karl Engisch). O conteúdo argumentativo, fático e jurídico, até onde externado, denota o exame responsável e criterioso da Corte na análise dos fatos e da imputação. Evidencia o valor constitucional que devotamos à proscrição do Direito Penal do Inimigo e da responsabilidade penal objetiva. (Acórdão da AP 470, p. 2835)

Também imbuído da mesma preocupação de eliminar qualquer alegação sobre o fato de que o Supremo não estaria julgando sob balizas conceituais e parâmetros jurisprudenciais já consagrados, o Decano da mais elevada corte brasileira, Ministro Celso de Mello, fez questão de consignar que:

O Supremo Tribunal Federal, neste julgamento, **não** procedeu a reformulações conceituais **nem** alterou a sua própria jurisprudência. Ao contrário, as diretrizes jurisprudenciais firmadas em diversos precedentes

têm pautado, no presente caso, a atuação do Supremo Tribunal Federal. **Não há** revisão de jurisprudência, **não há** reformulação de conceitos, **não há** novas abordagens que permitam afirmar-se que o Tribunal **mudou** os seus critérios. Na realidade, a impessoalidade e o distanciamento crítico em relação às partes, revelados pelo Supremo Tribunal Federal neste julgamento, têm sido a nota dominante **neste** processo. (Acórdão da AP 470, p. 3985)

Ocorre que ao afirmar que "não há reformulação de conceitos, não há novas abordagens que permitam afirmar-se que o Tribunal mudou os seus critérios", o Ministro busca realçar que os critérios (princípios orientadores, os parâmetros teórico-conceituais e as abordagens analíticas) de longa data assentados no STF estavam preservados no julgamento do STF. O que não implica afastar a ideia de que no reforço desses "critérios preservados", novas referências teóricas não pudessem ser buriladas, visitadas ou consideradas. Assim, entendemos que em muitas passagens de seus votos os Ministros agregam elementos e ideias do pragmatismo jurídico para o reforço desses "critérios", sem romper em definitivo com o acúmulo teórico-conceitual expresso em julgados anteriores sobre as matérias relacionadas ao caso em julgamento.

Vale assinalar, ainda, que toda essa preocupação de muitos dos Ministros em enfatizar que o Supremo não estava julgando na expectativa de ir ao encontro da opinião pública, é reveladora exatamente do quanto os Ministros estavam ciosos da pressão da opinião pública, do quanto estavam sensíveis aos debates que seus votos vicejavam nos mais diversos meios de comunicação social e nas redes sociais.

Max Möller (2011, p. 91) lembra que a concepção de lei como única fonte do direito e de que todos os problemas jurídicos poderiam encontrar solução na decisão do legislador, não pode mais ser sustentada no direito atual. Para o autor, isso exige uma revisão da atividade judicial, a qual deve ser concebida como fonte do direito, muito mais que um modo de aplicação autômata da lei. "Nesse contexto, o intérprete exerce um papel fundamental não apenas na aplicação, mas na criação do direito. Se o direito é fato social, a prática jurídica é fonte importante do direito. A jurisprudência, mais que nunca, assume essa condição de fonte".

A adoção da perspectiva jurídico-pragmática pode ser concebida como o meio mais adequado para equacionar e processar os problemas e questões que afetam a

experiência social. Para além de uma doutrina do ativismo judicial, o pragmatismo traz à discussão o relevante papel do magistrado na concretização de um direito real, vivo, efetivo.

Talvez estejamos a testemunhar uma mudança naquilo que foi constatado por Michel Foucault e tantos outros estudiosos sobre o funcionamento do controle social. De uma ingente impunidade a beneficiar os criminosos do “andar de cima”, o sistema de controle penal passa a recair sobre uma “delinquência própria à riqueza”.

Mas essa criminalidade de necessidade ou de repressão mascara com o brilho que lhe é dado e a desconsideração de que é cercada, outra criminalidade que é às vezes causa dela, e sempre a amplifica. É a delinquência de cima, exemplo escandaloso, fonte de miséria e princípio de revolta para os pobres.

(...)

Ora, essa delinquência própria à riqueza é tolerada pelas leis, e quando lhe acontece cair em seus domínios, ela está segura da indulgência dos tribunais e da discrição da imprensa. Daí a idéia de que os processos criminais podem se tornar ocasião para um debate político, que é preciso aproveitar os processos de opinião ou ações intentadas contra os operários para denunciar o funcionamento geral da justiça penal. (FOUCAULT, 1987, pp. 252-253) (grifo nosso)

Em manifestação ao final do seu voto sobre a imputação de gestão fraudulenta, o Ministro Dias Toffoli vaticina: “Esse julgamento é importante para os marcos teóricos e, inclusive, para os jurisdicionados, aqueles que hoje - nas dezenas de instituições financeiras, são milhares de pessoas que são gestores financeiros -, evidentemente, estão acompanhando esse julgamento, a fim de verificarem as balizas”. (Acórdão da AP 470, p. 2814)

Não há dúvida de que uma convergência de fatores múltiplos e variados vem favorecendo esse processo de mudança, e o tempo indicará se vai ou não ser consolidada na operacionalização do sistema penal. O maior protagonismo de uma cidadania ativa, o fortalecimento das instituições, a emergência de um sentimento ético-cívico, o acesso maior à informação e uma imprensa livre, dentre outros fatores, vem criando as condições favoráveis para que as decisões judiciais sejam percebidas como mais próximas aos anseios e expectativas sociais, em que são conjugadas as exigências de respeito a um marco normativo válido de nítida inclinação garantista e o compromisso com o reforço de uma institucionalidade republicano-democrática, sem concessões de benesses e privilégios a grupos determinados no campo jurídico-penal.

Assim, se os novos paradigmas do sistema processual penal estão orientados para a garantia de justiça dos procedimentos, a promoção de processos mais céleres e eficientes e a obtenção de resultados justos e consequentes do ponto de vista social, realçam o fato de que tanto as partes como o juiz passam a assumir uma responsabilidade compartilhada para que tais fins sejam alcançados.

A mudança nesse quadro demanda, como resta evidenciado, transformações estruturais mais amplas e profundas. Para tanto, é necessária a confluência de elementos diversos que se articulem e atuem em múltiplas frentes: na dimensão cultural e educacional, no plano institucional e político, no marco discursivo-dogmático e operacional dos órgãos jurídicos, etc.

Não aderimos a concepções funcionalistas radicais, especialmente aquelas próximas ao utilitarismo efficientista. Ainda que sejam intensas e dramáticas as pressões e demandas que o Direito Penal e Processual Penal vem sofrendo nesse início de milênio, é necessário preservar um núcleo duro em que se resguardem princípios de garantia e regras de imputação. Acreditamos que o direito é um constructo social produzido e medrado para atender, tanto quanto possível, aos anseios e valores de uma determinada sociedade, possuindo uma dúplici dimensão normativo-axiológica e pragmático-realista.

Quem tiver tido a generosa paciência de ler algumas coisas que tenho escrito, recorrentemente vê a contrapor o sentido do direito como validade a quaisquer reguladores sociais que, porventura ou se pretenda, com aquele concorressem no último objectivo prático-social, o objectivo do contróle — como comumente se diz numa cedência sociológica — da prática e da dinâmica sociais. Sem querer saber de momento se essa prática e dinâmica sociais são vistas, ou se reduzem, como integração, como conflito, como dialéctica das diferenças, etc. Só que naquela alternativa capital há que se decidir pela opção em que o direito postule uma ordem justa (ainda que sobre a “justiça” haja muito que dizer e pensar) que não tão-só uma organização socialmente eficaz, numa estratégia finalisticamente programada, pois que o direito tem a ver com o universo espiritual do sentido, com o dever-ser de uma validade normativa de correlativos e constitutivos fundamentos axiológicos, não apenas com o mundo do prescriptivo regulatório que nas suas positivas estruturas abstractas e na sua “performance” e pragmática se afirmasse e subsistisse, assim como também se não reduz unicamente ao mundo empírico-social da factuality, da eficácia e bem assim da consequencialidade dos efeitos, — onde, ou em tudo isso, o posterius do cálculo e da fungibilidade se substituísse ao a priori normativo e da validade. O direito é, concluíamos enfaticamente, uma categoria ética (melhor, axiológico-normativa) não uma programação político-socialmente estratégica e regulatório-tecnicamente eficaz. (NEVES, 2013, pp. 41-42)

É cabível trazer à colação pertinente observação feita por Caio Paiva (2013, p. 8) no sentido de que “a doutrina penal ainda não acordou para a importância da jurisprudência na atualidade, estando órfã, aliás, de uma teoria que estude a aplicação dos precedentes penais: estabilização, superação, vinculação, eficácia temporal, etc. Não há prática inteligente sem teoria”.

Muito se afirmou que passa a recair sobre o Supremo uma pressão crescente que pode acabar resvalando em um temerário populismo judicante, questão reavivada na esteira do julgamento da Ação Penal 470. Trata-se de uma preocupação legítima diante do risco de o STF, ao aceitar uma espécie de desvio populista, desnaturar a função garantidora da Corte Maior voltada ao resguardo e proteção de interesses, direitos e garantias de minorias e de sua elevada condição de garante de uma ordem jurídica assentada sob balizas menos propensas a pressões decorrentes do impacto de comoções públicas ou difusos oportunismos.

No entanto, é contraproducente conceber que essa influência é uma via de mão única, pois se a opinião pública exerce algum poder de influência sobre os tribunais, estes também, mormente aquele que se apresenta como a Corte mais importante do país, também pauta o debate político e impulsiona mudanças no campo político, cultural, econômico, etc. Nesse sentido, interessante registro de Joaquim Falcão (2013, pp. 23-24)

Visão simplista diria que a moralidade é o valor da acusação. O devido processo legal, o da defesa. Mas o importante é que ambos são iguais valores constitucionais. Visão simplista diz que Ministro independente faz o voto técnico. Ministro populista faz voto político. Falsa dicotomia. Cortina de fumaça. Todo voto é técnico e tem conseqüências políticas. A responsabilidade moral do Ministro está na conseqüência política de seu voto técnico.

Benjamin Nathan Cardozo tem uma visão crítica e ao mesmo tempo prudente em relação à tensão entre a prevalência do direito legislado e o direito jurisprudencial. Afirma que “sem dúvida, o sistema ideal, se pudesse ser alcançado, seria um código ao mesmo tempo tão flexível e tão minucioso a ponto de fornecer antecipadamente a regra justa e apropriada para toda situação concebível.” (CARDOZO, 2002, 538). Ocorre que isso não é possível e, diante dessa situação inafastável, sempre restará franqueada uma considerável margem de discricionariedade ao julgador.

Celso Campilongo (2011, p. 27) destaca que no interior do sistema jurídico forjado pelo liberalismo, a legislação tradicionalmente ocupou um papel central. Lembra o autor que, baseado em uma distinção aparentemente bem delimitada entre legislação e jurisdição, o Poder Judiciário consagrou para si mesmo a imagem de um poder neutro e imune às influências políticas, econômicas ou de qualquer outra natureza, capazes de corromper sua fidelidade interior aos sistemas normativos (nos países de tradição romano-germânica) ou aos precedentes jurisprudenciais (nos países de *common law*). “Por outras palavras: o Judiciário foi identificado como uma organização burocrática e fechada a pressões de seu ambiente externo. Ainda que essa não fosse uma descrição realista da atuação da magistratura, era o modelo concebido pelo liberalismo político”.

Ocorre que tal percepção já não encontra esteio na atualidade. Na esteira do proposto por Benjamin Nathan Cardozo, os juízes devem estar atentos ao *zeitgeist* (espírito do tempo), assumindo, ao mesmo tempo, uma postura progressista, mas sem descurar do legado generoso que o passado eventualmente possa deixar. O jurista e juiz da Suprema Corte norte-americana propunha: “Podemos conceber a tarefa de um juiz, se quisermos, como a tarefa de um tradutor, a leitura de sinais e símbolos dados de fora”. (CARDOZO, 2002, p. 542)

Benjamin Nathan Cardozo defende a importância dos precedentes judiciais afirmando que via, nos dias que corriam a sua volta, muita discussão para saber se a regra de adesão ao precedente devia ser mantida ou abandonada por completo. Chega a propor que a adesão ao precedente deveria ser a regra e não a exceção, ainda que este não devesse se constituir em uma espécie de camisa de força a inviabilizar qualquer consideração maior e pertinente sobre a sua adequação para os novos casos que surgirem. Ele até afirma estar disposto a reconhecer que a regra de adesão ao precedente deve ser relaxada em algum grau, chegando a afirmar: “Penso que, quando se descobre que uma regra, após ser devidamente testada pela experiência, é incompatível com o senso de justiça ou com o bem-estar social, haveria menos hesitação na franca confissão e no (seu) completo abandono.” (CARDOZO, 2002, p. 539)

O jurista norte-americano é contra os excessos do decisionismo de juízes e tribunais e valoriza um controle externo recíproco entre o legislativo e judiciário. O

autor tem uma clara percepção acerca do caráter inexorável das mudanças que ocorrem e de outras que virão, principalmente no campo do processo. Reconhece que, comumente, cabe à legislação libertar-nos dos velhos grilhões, destacando, inclusive, que “às vezes, o conservadorismo dos juízes tem ameaçado, durante algum tempo, privar a legislação de sua eficácia”. (CARDOZO, 2002, p. 534)

Os tribunais, então são livres ao marcar os limites das imunidades individuais para formar seus julgamentos de acordo com a razão e a justiça. Isso não significa que, ao julgar a validade das leis sejam livres para substituir suas próprias ideias de razão e justiça por aquelas dos homens e mulheres aos quais servem. Seu padrão deve ser objetivo. Nessas questões, o que conta não é aquilo que eu acredito ser certo. É aquilo que eu posso acreditar razoavelmente que algum outro homem ou consciência e intelecto normal pudesse, de maneira razoável, considerar como certo, (...) (CARDOZO, 2002, p. 233)

É perceptível no Brasil dos dias atuais a menção recorrente aos precedentes judiciais, passando a ser amplamente destacada sua condição de destacada fonte do direito. Se historicamente a juridicidade brasileira foi forjada na tradição romano-germânica que disseminou a ideia de que a normatividade assentada nos textos legais constitui a fonte principal de produção do direito, vê-se nos dias atuais que no bojo do reformismo da Ciência do Direito – com o neopositivismo e o neoconstitucionalismo (também chamados de pós-positivismo, constitucionalismo contemporâneo, etc.)⁶³ – e do amplo reconhecimento acerca da emergência da força vinculante da jurisprudência⁶⁴ (quer sumulada, quer dominante), o saber produzido e

⁶³ Chama a atenção o emprego cada vez mais frequente desses termos em produções recentes no meio jurídico e até a publicação de obras específicas a abordar tais fenômenos, sem que nessas produções seja encontrada uma definição mais clara e precisa sobre o que eles vêm a ser. Em regra, estudiosos e pesquisadores desses fenômenos que, na verdade, estão imbricados, convergem no sentido de apontar quais os objetivos ou propósitos que buscam alcançar. O pós-positivismo tentaria restabelecer uma relação mais estreita entre direito e ética, perseguindo uma maior concretude na relação entre valores, princípios, regras. Prestigia a teoria dos direitos fundamentais que valoriza e confere uma maior centralidade dos princípios na ordem jurídica a partir de sua inserção nos diversos textos constitucionais. Empregando o termo neopositivismo, Eduardo Cambi (2011, p. 145) afirma que este buscaria “a legitimação do exercício do poder, pois aposta no caráter crítico e transformador da realidade. Compreende que o direito é capaz de interferir na sociedade para possibilitar que a soberania popular integre o processo racional de conformação jurídica, a fim de promover as conquistas éticas, políticas e sociais que integram o patrimônio da humanidade”.

⁶⁴ A jurisprudência consolidada ou o conjunto de precedentes judiciais convergentes sobre determinada matéria, na perspectiva clássica do juspositivo não constituiria, a rigor, uma fonte formal do direito, pois sua finalidade não seria criar leis, e sim, auxiliar e orientar na interpretação do direito; ou seja, a jurisprudência seria apenas um recurso ancilar na produção de normas jurídicas, uma vez que não seria dotada de obrigatoriedade, nem mesmo quando fixada pelo STF (à exceção das súmulas vinculantes), pois ainda assim os juízes não são obrigados a julgar conforme a jurisprudência, embora dela se utilizem como forma de orientação.

externalizado nos julgados vem assumindo um papel de destaque com o retorno do prestígio da atividade judicial.

Na realidade, a dissensão entre o juspositivismo e os seus adversários começa propriamente quando se trata de precisar a natureza cognoscitiva da jurisprudência. Para o primeiro, esta consiste numa atividade puramente declarativa ou reprodutiva de um direito preexistente, isto é, no conhecimento puramente passivo e contemplativo de um objeto já dado; para os segundos, a natureza cognoscitiva consiste numa atividade que é também criativa ou produtiva de um novo direito, ou seja, no conhecimento ativo de um objeto que o próprio sujeito cognoscente contribui para produzir. (BOBBIO, 1995, 211)

Avança a passos largos um arcabouço argumentativo enunciado por magistrados que carrega adesões ou refutações várias, e mesmo quando estes decidem casos concretos e não matérias em abstrato – como é o caso trazido a julgamento pela Ação Penal 470 – a *ratio decidendi* assume uma função cognitivo-argumentativa de considerável relevo, com potencialidade para repercutir na interpretação de casos futuros similares.

O Acórdão da Ação Penal 470 enquanto Precedente Judicial⁶⁵ servirá de principal referência de julgado em casos de crimes de corrupção ativa e passiva, lavagem de dinheiro e peculato no Brasil. Sua *ratio essendi* constituirá o norte fundamentante que daqui em diante orientará juízes e tribunais sobre a matéria.

Uma questão relevante que se coloca na reflexão e no debate sobre esse tema é o fato de que a Ação Penal 470 é uma ação originária, em que o Supremo julga em primeira e última instância, não havendo uma decisão precedente e toda a sua correspondente carga de fundamentos de fato e de direito submetida a um reexame por órgão superior. Ou seja, não há decisão pretérita sob exame, não se disponibiliza aos magistrados a quem se recorre um agregado de razões e argumentos que permitam ser burilados, examinados e avaliados na decisão em sede de 2º ou 3º grau de julgamento.

⁶⁵ Na doutrina do *stare decisis* (precedentes obrigatórios), os juízes e tribunais devem seguir os precedentes existentes, estando vinculados aos mesmos. Ocorre que, na realidade, os magistrados devem seguir a *ratio decidendi* (razão de decidir) desses julgados e por essa razão, é necessário identificá-la, pois o efeito vinculante dela decorre, exigindo que os juízes a considerem e respeitem em julgamentos futuros.

Na verdade, muito se fala que o precedente assume nítida função hermenêutica, auxiliando o intérprete-aplicador a dispor de elementos discursivo-argumentativos para buscar no julgamento de um caso concreto o que seria algo próximo de uma solução tecnicamente correta, racionalmente orientada e socialmente adequada. Ocorre que, segundo Eduardo Cambi (2011, p. 171) não se deve proceder a uma aplicação mecânica dos precedentes, que apenas contribuiria para petrificação do ordenamento jurídico e poderia provocar repudiáveis injustiças nas resolução dos casos concretos.

Modificar os precedentes, não estendê-los a casos sucessivos e criar novos paradigmas judiciais são fatores que compõem a dinâmica da jurisprudência como fonte do direito. O problema reside nas variações jurisprudenciais arbitrárias, constantes, instáveis e privadas de justificação.

A função da jurisprudência não deve se limitar à uniformização da aplicação do direito, mas deve explicitar regras de julgamento, razões de decidir e cânones de interpretação que possam servir para a resolução dos casos sucessivos. (CAMBI, 2011, p. 171)

Ressaltando a importância dos parâmetros da previsibilidade e estabilidade no Estado de Direito, Eduardo Cambi (2011, p. 163) defende que a jurisprudência consolidada serve como antídoto à variação desmesurada dos critérios de interpretação nos julgados, estabilizando a atividade jurisdicional e dotando-a de um mínimo de previsibilidade, na medida em que o respeito aos precedentes exige uma justificação mínima e razoável.

Respeitar a jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores não é retirar do juiz ou dos Tribunais o livre convencimento nem a sua independência. Sabendo-se que cabe aos Tribunais Superiores dar a última palavra, a decisão que contraria a jurisprudência consolidada revela desprezo pelo Poder Judiciário e, especialmente, total desconsideração pelos usuários do serviço jurisdicional, que, pela vaidade pessoal do magistrado, são compelidos a recorrer para, só então, terem seus direitos tutelados.

Caso se pretenda que as normas jurídicas governem a conduta dos seres humanos, deve-se dotá-las de significado estável, e as decisões judiciais que venham a aplicá-la devem ser razoavelmente previsíveis. O monismo normativo, pregado pela Revolução Francesa e pelo positivismo jurídico, não pode ser substituído pela proliferação de decisões judiciais pessoais. A generalidade e a abstração das leis não podem dar lugar ao singularismo e ao casuismo presente a cada julgamento dos litígios pelo Poder Judiciário. (CAMBI, 2011, p 163)

Muitos autores destacam o caráter persuasivo dos precedentes judiciais, principalmente quando a dogmática jurídica se ressentir de permanecer encastelada em suas construções teórico-idealistas ou lógico-abstratas. Cada vez mais na

atualidade as decisões judiciais em matéria controvertida ou sobre a qual a sociedade guarda grande expectativa assume grande vulto.

Hilary Putnam (1999, p. 108) chama a atenção para a necessidade de um conhecimento convalidado intersubjetivamente, a necessidade de tolerância e a exigência de formas de vida baseadas sobre a responsabilidade existencial que nem todos podem ou deveriam sentir. Estas seriam todas necessidades reais, concretas, a demandarem uma postura mais cooperativa entre os diversos atores sociais.

Quem tiver tido a generosa paciência de ler algumas coisas que tenho escrito, recorrentemente vê a contrapor o sentido do direito como validade a quaisquer reguladores sociais que, porventura ou se pretenda, com aquele concorressem no último objectivo prático-social, o objectivo do controle — como comumente se diz numa cedência sociológica — da prática e da dinâmica sociais. Sem querer saber de momento se essa prática e dinâmica sociais são vistas, ou se reduzem, como integração, como conflito, como dialéctica das diferenças, etc. Só que naquela alternativa capital há que se decidir pela opção em que o direito postule uma ordem justa (ainda que sobre a “justiça” haja muito que dizer e pensar) que não tão-só uma organização socialmente eficaz, numa estratégia finalisticamente programada, pois que o direito tem a ver com o universo espiritual do sentido, com o dever-ser de uma validade normativa de correlativos e constitutivos fundamentos axiológicos, não apenas com o mundo do prescritivo regulatório que nas suas positivas estruturas abstractas e na sua “performance” e pragmática se afirmasse e subsistisse, assim como também se não reduz unicamente ao mundo empírico-social da facticidade, da eficácia e bem assim da consequencialidade dos efeitos, — onde, ou em tudo isso, o posterior do cálculo e da fungibilidade se substituísse ao a priori normativo e da validade. O direito é, concluíamos enfaticamente, uma categoria ética (melhor, axiológico-normativa) não uma programação político-socialmente estratégica e regulatório-tecnicamente eficaz. (NEVES, 2013, pp. 41-42)

José Rogério Tucci (2004, p. 295) ressalta que, “além dos escopos teórico e político, a função prática do discurso judicial deve ser apta a oferecer subsídios úteis para o desempenho da tarefa de arrazoar, produzir, interpretar e aplicar o direito”. Com a assunção de tão destacada função pelos juízes, “os precedentes judiciais ingressam na complexa seara do raciocínio jurídico como elemento paradigmático visando, sobretudo, a persuadir e a convencer”.

No entanto, há diversas matérias que são, na realidade, verdadeiros campos de batalha onde não há meios para aferir que as decisões serão boas para sempre, elas nada mais poderão fazer do que dar corpo à preferência a certo assunto em um dado tempo e lugar. Não percebemos o quanto é ampla parte de nossa normatividade ficando aberta a reconsiderações a partir de uma leve

mudança no hábito da coletividade. Nenhuma proposição concreta é auto-evidente, arremata Oliver W. Holmes (S/D).

O Ministro Ayres Britto sintetiza bem um sentimento e uma percepção provavelmente cara aos Ministros por ocasião desse julgamento:

Essa breve síntese do que se contém na denúncia sinaliza que este nosso Supremo Tribunal Federal foi chamado a examinar, destrinchar, depurar práticas que, há muito, percorrem os bastidores da política nacional (e que nem por isso podem ser interpretadas como lícitas). Política embasada, não raras vezes, na troca de favores de campanha por cargos e benefícios diretos e indiretos da máquina pública. É importante, portanto, este nosso julgamento por desnudar uma das vertentes do nosso patrimonialismo. (Acórdão da AP 470, p. 2472)

Reconhecendo que o controle penal é a forma mais drástica de manifestação do poder, é sintomático que em nosso país poderosos de escol tenham sido colhidos pelas teias do sistema de controle penal. A importância desse julgamento avulta ainda mais na medida em que os condenados mais expoentes no plano político são lideranças petistas – inclusive, figuras históricas dentro do partido, como é o caso de José Dirceu e José Genoíno – como também banqueiros, empresários e executivos.

O julgamento da Ação Penal 470 não apenas expôs a face vistosa do partido que detinha o comando do governo na ocasião do julgamento, como também e trincou a imagem de uma agremiação que propalava seu compromisso com a defesa da moral pública e o repúdio ao “modo de fazer política” no Brasil. Bem como sinaliza talvez o começo do fim do selo de impunidade que marcava indelevelmente aqueles do “andar de cima” do edifício social

6. CONCLUSÕES

A questão do enfrentamento da criminalidade do poder ganhou destaque nas últimas décadas, na esteira da expansão da sociedade da informação, da globalização econômica, do processo de consolidação democrática e do reforço das instituições republicanas no Brasil.

Esse período recente também foi marcado por impactantes fenômenos como a crise da noção de Estado soberanos, o ceticismo na política, o descrédito na democracia representativa e o fenecimento das ideologias, trazendo a reboque seus efeitos que se fizeram sentir no país. Assim, o esfacelamento de doutrinas, a amplificação das leis do mercado, a inquietação social difusa e a emergência de novos problemas decorrentes do desenvolvimento tecnológico são fontes pródigas de instabilidade e tensionamentos sociais diversos.

Na contemporaneidade, há um nítido esforço para que a uma racionalidade técnico-científica sejam agregados parâmetros éticos e referências sociais. É necessário equacionar demandas e tensões sociais crescentes e as exigências de estabilidade e equilíbrio social. Acredita-se, assim como Del Vecchio, afirmou que o direito tem por fim maior realizar o ideal ético na vida social, tudo indica que cada vez mais a sociedade brasileira está sendo despertada para a necessidade de

aproximar o direito da vida social, das exigências éticas e da dinâmica política e econômica.

Reconhecendo o Direito como tecnologia social para gerir, processar e resolver, ainda que em caráter precário, os conflitos sociais, convém despertar um olhar mais atento e interessado dos pesquisadores e estudiosos dos fenômenos jurídicos para as perturbações e tensões que interferem nessa custosa interrelação: normatividade e efetividade.

Comumente, as estruturas de poder constituem campo fértil para articulações e acordos nem sempre pautados por uma moral consensualmente compartilhada e em perfeita harmonia com um ideal de bem-comum. Entretanto, reafirmamos a percepção de que são perturbadores os níveis de degeneração de um padrão ético mínimo nos pactos e negociações estabelecidas na arena político-governamental brasileiro, tudo isso a exigir um redimensionamento dessas relações.

Abordar e problematizar a questão da corrupção assume não apenas uma conotação política, como também abrange uma concepção geral da sociedade. Quando nos voltamos para a normatividade incidente sobre as práticas de corrupção, fica revelado que, antes do julgamento da Ação Penal 470 (Caso Mensalão), havia um completo descompasso entre o que previam os textos normativo-penais e o que de fato acontecia, em regra, quando tais práticas chegavam ao conhecimento das agências de controle penal. Em regra, tais casos ficam flagrantemente a descoberto de um efetivo controle jurídico-penal e iniciativas no plano normativo nesse campo – no sentido de promover o endurecimento das sanções – constituem, em regra, meras estratégias diversionistas.

A pesquisa desenvolvida neste trabalho que tomou como objeto o Acórdão da Ação Penal 470, possibilitou verificar que tanto nos votos do Ministro relator e revisor bem como dos Ministros vogais, foi esboçada uma concepção teórica e metodológica que aponta para a construção de um novo marco no campo da **interpretação, argumentação e decisão** afetas aos chamados crimes funcionais no Brasil.

Nesse julgamento, os votos dos Ministros encamparam abordagens teóricas e adotaram métodos bastante próximos ao que propõe o pragmatismo jurídico. As complexidades envolvidas no discurso adotado no Acórdão permitiram examinar em que limite e sob quais condições existe um liame entre as construções retórico-argumentativas e eventuais inclinações sociais e ético-políticas dos Ministros do Supremo. Ali, sem dúvida, foi desvelada uma nova arquitetura teórico-argumentativa forjada pelo STF sobre a corrupção e outras formas de expressão da criminalidade do poder político e econômico.

O propósito maior do nosso estudo foi instilar a percepção dos operadores e teóricos do direito para a questão da necessidade de viabilizar a decidibilidade dos conflitos em casos de grave desvio funcional. Acredita-se que este é um campo que ainda está à espera da construção de um (novo) saber e, nessa perspectiva, certamente os pensadores jurídico-pragmáticos podem contribuir para a sua construção ao iluminar o campo de análise e discussão sobre esse objeto.

Enquanto é claramente perceptível que uma nova Ciência do Direito alicerçada em uma repaginada técnica hermenêutica emerge e se manifesta no discurso de autoridade produzido por juristas e dogmáticos no campo do Direito Constitucional, do Direito Civil, do Direito Processual, por exemplo, dispomos de uma dogmática penal ainda vinculada a métodos interpretativos de custosa operacionalidade e aprisionada em concepções e vertentes teóricas que se revelam débeis e erráticas quando confrontadas com a questão da criminalidade do poder.

Sair do campo da mera especulação teórica e dos arroubos retóricos desconectados da realidade é um imperativo que se coloca para o enfrentamento do problema da impunidade em crimes de corrupção no Brasil e, nesse diapasão, recorrer à contribuição de uma leitura de concepção jurídico-pragmática que refuta clivagens e reducionismos sobre esse fenômeno, certamente é uma estratégia que pode auxiliar o sistema jurídico-penal a atuar provido de uma instrumentalidade mais adequada, conseqüente e eficaz nesse campo.

O pragmatismo jurídico vem oferecer à Ciência do Direito referências teóricas e procedimentais que permitem estreitar a relação entre a juridicidade e a realidade a ela subjacente, impedindo que o saber jurídico continue desgarrado de

uma base empírica. Uma decisão orientada por uma concepção jurídico-pragmática permite a resolubilidade dos conflitos de forma contextualizada e consequencialista, estabelecendo parâmetros qualificados a orientar casos semelhantes ou aproximados no futuro.

Houve uma intensa especulação sobre o que seria uma certa desenvoltura heterodoxa com que atuou o Supremo Tribunal Federal no processo decisório da Ação Penal 470. Essa heterodoxia teria se projetado tanto na perspectiva teórico-argumentativa apresentada como na forma com que foi tratado o acervo probatório produzido nesse caso.

Aventou-se que nesse julgamento os Ministros estariam a vulnerar as exigências vinculadas ao devido processo penal e seus axiomas de previsibilidade e estrita legalidade. Vozes alertavam que, temerariamente, o Supremo estava a alterar sua jurisprudência, a estabelecer um “ponto fora da curva”, revelado por um rigor punitivista sem precedentes nessa matéria ao se afastar de sua tradição garantista. Alegou-se, frequentemente, que isso geraria grave quadro de insegurança jurídica, mitigando as garantias vinculadas às liberdades individuais.

Mas, seguindo uma das principais proposições do pragmatismo jurídico que é a superação de falsas dicotomias ou dualismos estéreis, alguns dos Ministros fizeram questão de refutar qualquer tentativa de insinuação de que no julgamento da Ação Penal 470 estava projetado um embate entre principialistas e consequencialistas, ou ente garantistas e “eficientistas”.

Os votos da maioria dos Ministros expressaram uma densa e consistente textura argumentativa e, no tratamento e valoração das provas, não prescindiram de recorrer a construções inferenciais em que, ao lado das provas materiais, atribuíram destacada “dignidade probatória” aos indícios e às evidências, para chegar a uma verdade provável, crível e persuasiva enunciada no julgado.

É possível cogitar que o julgamento da Ação Penal 470 irá se apresentar como um marco não apenas na atividade jurisdicional do Brasil, como também é certo que irá repercutir no campo dogmático jurídico-penal, em razão do portfólio teórico-argumentativo que findou por formular. O aludido acórdão servirá de

referência para sinalizar a extensão, orientar os limites e apontar as possibilidades interpretativas do instrumental normativo destinado ao enfrentamento de graves desvios funcionais, ajudando a guarnecer essa dogmática de um respeitado acervo argumentativo fundamentante invocável diante de novos casos de crimes funcionais.

Como arremate, é possível vislumbrar que no julgamento da Ação Penal 470 muitos dos Ministros do STF, ainda que de forma assistemática ou mesmo intuitivamente, foram buscar no pragmatismo jurídico as iluminuras que permitiram qualificar a análise do problema, uma vez que os pensadores jurídico-pragmáticos concebem a atividade de interpretação e aplicação do Direito como um empreendimento profundamente social e voltam-se mais para uma normatividade criada no “caldeirão dos tribunais”.

O julgamento da Ação Penal 470 constitui, portanto, uma alentada tentativa de fundação, sobre a base de uma ética discursiva, de um saber mais comprometido com a consolidação de um Estado Constitucional de Direito. Trata-se, sem maior concessão a dúvidas, de um trabalho árduo e promissor no sentido de abrir ou desvendar novas veredas na teoria do discurso do Direito. Houve ali a afirmação da importância de uma reaproximação entre o direito, a ética e a política.

Esse julgamento assume também **um impactante significado político-jurídico. Ao curso de um ano, sete meses e onze dias a pauta do STF foi dominada pelo processamento dessa ação penal e, assim como o debate político no Brasil nos últimos anos foi galvanizado por esse caso, também foi grande sua repercussão entre juristas e operadores do sistema de justiça criminal e, certamente, os desdobramentos mais efetivos de sua influência somente serão sentidos e percebidos com mais clareza daqui por diante.**

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACOSTA, Fernando. La corruption politique dans le cadre du nouvel ordre mondial. Problèmes théoriques et empiriques. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, Revista dos Tribunais, IBCCRIM, ano 15, n. 65, mar./abr, 2007. p. 251-316.

ANASTASIA, Fátima; SANTANA, Luciana. Sistema Político. *In* **Corrupção: ensaios e críticas**. Leonardo Avritzer, Fernando Filgueiras (Orgs.) Belo Horizonte, Editora UFMG, 2008. Pp. 363-372.

ASSIER-ANDRIEU, Louis. **O Direito nas sociedades humanas**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo, Martins Fontes, 2000.

BADARÓ, Gustavo. A Ação Penal 470/DF e a garantia do juiz natural. **Boletim IBCCrim, 2013, Nº 242, janeiro/2013**.

BARRETO, Tobias. **Crítica Política e social**. Edição comemorativa. Rio de Janeiro, Record / Brasília, INL, 1990.

BINS, Milton. **Introdução à Sociologia Geral**. Porto Alegre, Mundo Jovem, 1999.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia: Uma Defesa das Regras do Jogo**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1986.

_____. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. Compilação de Nello Morra. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini & Carlos E. Rodrigues. São Paulo, Ícone, 1995.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Trad. Fernando Tomaz. 16. Ed. Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 2012.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2. ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **“Brançosos” e Interconstitucionalidade**. 2. ed. Coimbra, Almedina, 2008.

CAPARRÓS, Eduardo A. Fabián (org.). **La corrupción: aspectos jurídicos y económicos**. Ratio Legis, 2000. (Introdução)

CARDOZO, Benjamin Nathan. Da Natureza do Processo Judicial. *In Os Grandes Filósofos do Direito*. Clarence Morris (Org.). Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo, Martins Fontes, 2002. Pp. 521-549.

CARVALHO, José Murilo de. Quem transgride o quê? *In Cultura das Transgressões no Brasil – Lições da História*. Fernando Henrique Cardoso e Marcílio Marques Moreira (Coord.). 2. ed. São Paulo, Saraiva, 2008. Pp. 69-94.

_____. Passado, presente e futuro da corrupção brasileira. *In Corrupção: ensaios e críticas*. Leonardo Avritzer *et. al.* (Org.). Belo Horizonte, Editora UFMG, 2008. Pp. 237-242.

CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción al Derecho Penal**. 2. Ed. Colección Maestros del Derecho Penal, N° 3, Montevideo – Buenos Aires, Edit. Julio César Faire/ B de F Ltda., 2001.

DA MATTA, Roberto A. **Carnavais, Malandros e Heróis**. Rio de Janeiro, Ed. Rocco, 1997.

DEWEY, John. **The essential Dewey** – Pragmatism, Education, Democracy. Edited by Larry A. Hickman and Thomas M. Alexander. Bloomington and Indianapolis, Indiana University Press, 1998. Vol. 1.

_____. **The public and its problems**. New York, Swallow Press – Ohio University Press – Athens. 1991.

_____. Natureza e Conduta Humana. *In Os Grandes Filósofos do Direito*. Clarence Morris (Org.). Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo, Martins Fontes, 2002. pp. 505-515.

DINIZ, Eduardo Saad. Estudos sobre os Delitos contra a Administração Pública. *In CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas (Coord.) Crimes contra a Administração Pública – Aspectos Polêmicos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, pp. 50-60.

FALCÃO, Joaquim. Transgressões coletivizadas e Justiça por amostragem. *In Cultura das Transgressões no Brasil – Lições da História*. Fernando Henrique Cardoso e Marcílio Marques Moreira (Coord.). 2. ed. São Paulo, Saraiva, 2008. Pp. 41-68.

FALCÃO, Joaquim (Org.). **Mensalão: diário de um julgamento**. Rio de Janeiro, Elsevier, 2013.

FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder** - Formação do Patronato Político Brasileiro. 4. Ed., São Paulo:, Globo, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão** – Teoria do Garantismo Penal. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Criminalità e Globalizzazione. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 42, pp. 79-89, jan/mar, 2003.

_____. **Il fondamenti dei diritti fondamentali**. In Diritti fondamentali. Un dibattito teorico. Ermano Vitale (Coord.). 2. ed. Roma-Bari, Ed. Laterza, 2002.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito** – Técnica, decisão e dominação. 4 ed. Rio de Janeiro: Editora Atlas, 2003.

_____. O Judiciário frente à divisão dos Poderes: um princípio em decadência? **Revista USP**, n. 21, março-maio, 1994. Pp. 13-21.

FOUCAULT, Michel. **A Verdade e as Formas Jurídicas**. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau editora, 2003.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir** – História da Violência nas prisões. Trad. Lígia M. Pondé Vassalo. Petrópolis, Editora Vozes, 1997.

GARAPON, Antoine. **O Guardador de Promessas** – justiça e democracia. Trad. Francisco Aragão. Lisboa, Instituto Piaget, 1996.

GARCÍA, Julio Fernández. Algunas Reflexiones sobre la Corrupción Política. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**. São Paulo, Revista dos Tribunais, IBCCRIM, ano 19, Nº 88, 2011.

GRANOVETTER, Mark. **The social construction of corruption**. Disponível:[http://iisdb.stanford.edu/evnts/4117/The Social Construction of Corruption on Oct04.pdf](http://iisdb.stanford.edu/evnts/4117/The_Social_Construction_of_Corruption_Oct04.pdf) . Acesso: 26/09/2013.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 5. ed., São Paulo, Malheiros, 2009.

GRECO, Luis; LEITE, Alaor. O que é e o que não é teoria do domínio do fato sobre a distinção entre o autor e partícipe no direito penal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 102, n. 933, p. 61-92, jul. 2013.

GUTTING, Gary. **Pragmatic Liberalism and the Critique of Modernity**. New York, Cambridge University Press, 1999.

HABERMAS, Jurgen. **Verdade e justificação**: Ensaio filosóficos. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo, Loyola, 2004.

HEFENDEHL, Roland. Uma Teoria Social do Bem Jurídico. In **Revista Brasileira de Ciências Criminas**. São Paulo, Revista dos Tribunais, IBCCRIM, ano 18, nº 87, nov-dez., 2010. Pp. 103-120.

HESPANHA, António Manuel. **O caleidoscópio do Direito** – O Direito e a Justiça nos dias e no mundo de hoje. 2. ed. Coimbra, Almedina, 2009.

HOLANDA, Sergio Buarque de. Raízes do Brasil. 3. ed. São Paulo, Companhia das Letras, 1997.

HOLMES JR., Oliver Wendell. **The Path of the Law**. Collected Legal Papers. (pp. 167-202). SD

_____. **The Common Law**. New York, Dover Publications, 1991.

HORKHEIMER, Max. **O Eclipse da Razão**. Trad. Sebastião Uchoa Leite. São Paulo, Centauro, 2002.

HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1958. Vol. 9.

JAMES, William. **Pragmatismo. Un nuevo nombre para antiguos modos de pensar**. Madrid: Sarpe, 1984.

KLITGAARD, Robert. A corrupção sob controle. Trad. Octavio Alves Velho. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Ed., 1994.

LIPOVETSKY, Gilles. **O Crepúsculo do Dever** – A ética indolor dos novos tempos democráticos. Lisboa, Dom Quixote, 1994.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2011, Vol. I.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial**: fundamentos de direito. Tradução de Claudia Lima Marques. 2. ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais. 2010.

MACHIAVELLI, Niccolò. Discorsi sopra la Prima Deca di Tito Livio (1513 - 1519). Disponível em: <http://www.latinamericanhistory.net/discorsi1.html>. Acesso em: 13/05/2013.

MARMOR, Andrei. **Direito e Interpretação**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo, Martins Fontes, 2004.

MENAND, Louis. **The Metaphysical Club** – A Story of Ideas in America. Farrar, Strauss and Giroux. New York, 2001.

MOISÉS, José Álvaro. Corrupção Política e Democracia no Brasil Contemporâneo. *In A Desconfiança Política e seus Impactos na Qualidade da Democracia*. José Álvaro Moisés e Rachem Meneguello (orgs.). São Paulo, EDUSP, 2013. Pp. 201-335.

MÖLLER, Max. Teoria Geral do **Neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado, 2011.

MOURA, Maria Teixeira Rocha de Assis. **A Prova por Indícios no Processo Penal**. Rio de Janeiro, Editora Lumen Iuris, 2009.

NEDER, Gizlene. **Iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro: obediência e submissão**. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 2000.

NEVES, António Castanheira. O Direito como validade: a validade como categoria jurisprudencialista. **Revista da Faculdade de Direito**. Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, v. 34, n. 2, p. 39-76, jul./dez. 2013.

ORDEIG, Enrique Gimbernat. **Conceito e método da Ciência do Direito Penal**. Trad. José Carlos Gobbis Pagliuca. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais. 2002.

PAIVA, Caio Cezar de Figueiredo. **Por uma teoria dos precedentes penais: jurisprudência a serviço da contenção do poder punitivo**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 19, n.º 88, 2011.

PEIRCE. Charles Sanders. **Selected Writings**. New York. Dover Publications, 1958.

POSNER, Richard A. **Para além do direito**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo, Martins Fontes, 2009.

PRADO JR., Caio. **Formação do Brasil contemporâneo: colônia**. São Paulo, Companhia das Letras, 2011.

PUTNAM, Hilary. **El pragmatismo: Un debate abierto**. Trad. Roberto Rosaspini Reynolds . Barcelona, Gedisa editorial, 1999.

REGO, George Browne. **O pragmatismo de Charles Sanders Peirce: conceitos e distinções**. In Anuário do , No 13, 2003, p. 237

REGO, George Browne; NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. O Pragmatismo e a análise lógica das consequências na decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da exibibilidade (sic) do Exame de Ordem. **In Príncipes e Pretores – Política e Direito sob a ótica dos Pedidos de suspensão**. José Mario Wandereley Gomes Neto e Ernani Rodrigues de Carvalho Neto (Orgs.). Editora UFPE, Recife, 2012.

RICHARDSON, Roberto Jarry. **Pesquisa Social – Métodos e técnicas**. São Paulo, Editora Atlas, 1985.

RORTY, Richard. **Pragmatismo e política**. Trad e introd. Paulo Ghiraldelli Jr. São Paulo, Martins, 2005.

ROSE-ACKERMAN, Susan. **Corruption and Government – causes, consequences and reform**. New York, Cambridge University Press, 1999.

ROVEGNO, André. O sistema de provas no processo penal estadunidense. **In Provas no Processo Penal – Estudo Comparado**. Antônio Scarance, Gavião Almeida e Maurício Zanoide (Coordenadores). São Paulo, Saraiva, 2011, pp. 395-436.

ROXIN, Claus. **A Proteção de Bens Jurídicos como Função do Direito Penal** Organização e Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. Ed. Porto Alegre, Edit. Livraria do Advogado, 2009.

RUSSEL, Bertrand. **História do pensamento ocidental: a aventura dos pré-socráticos a Wittgstein**. Tradução Laura Alves e Aurélio Rebello. Rio de Janeiro, Editora Ediouro, 2001.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal**. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. Barueri SP: Editora Manole, 2004.

_____. **Eficiência e direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SHOOK, John R. Os pioneiros do pragmatismo americano. Trad. Fabio M Said. Rio de Janeiro: DP&A editora, 2002.

SOUZA, Mériti de. **A experiência da lei e a lei da experiência**: ensaios sobre práticas sociais e subjetividades no Brasil. Rio de Janeiro: Revan / São Paulo: FAPESP, 1999.

STRECK, Lenio L. **Hermenêutica Jurídica em Crise**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *O mensalão e o domínio do fato – tipo ponderação*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-ago-06/lenio-streck-mensalao-dominio-fato-algo-tipo-ponderacao>. Acesso em 20/12/2013.

TARUFFO, Michelle. **La prueba de los hechos**. Trad. Jordi Ferrer Beldrán. 2. Ed. Madri: Editorial Trotta, 2005.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

VERAS, Ryanna Pala. **Nova Criminologia e os Crimes do Colarinho Branco**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretação Jurídica**: Do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas. Trad. Susana Elena Dalle Mura. 2. Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

WAAL, Cornelis de. **Sobre Pragmatismo**. Trad. Cassiano Terra Rodrigues. São Paulo: Edições Loyola, 2007.

WARAT, Luís Alberto.. **Saber crítico e senso comum teórico dos juristas**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25156-25158-1-PB.pdf>. Acesso: 11/12/2011.

WEBER. Max. **Ensaio de Sociologia e Sociedade**. Org. e Introd. H. H. Gerth e C. Wright. Trad. Waltensir Dutra. 5. Ed. Rio de Janeiro: LTC editora, 1982, pp. 97-153.

_____. Ação Social e Relação Social. In FORACCHI, Marialice Mencarini e MARTINS, José de Souza. **Sociologia e Sociedade**: leituras de introdução à Sociologia. 22. ed. Rio de Janeiro: LTC editora, 2002, pp. 117-121.

_____. **Economia e sociedade**: Fundamentos da sociologia compreensiva. Brasília: Editora da UnB, Vol. II, 1999.

YIN, Robert K. **Estudo de Caso**: Planejamento e Métodos. 2. ed. Porto Alegre: Editora Bookman, 2001.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro & SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: teoria geral do direito penal. Rio de Janeiro, Revan, 2003. Vol. 1.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal**. 2. ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2007. Vol. 2.

_____. En torno de la cuestión penal. *In Maestros del Derecho Penal*. Gutavo E. Aboso (Coord.) Vol. XVIII, Julio César Faira editor, B de F., Montevideu-Buenos Aires, 2005.

Sites Consultados:

ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf

<http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/na-playboy-iris-stephanelli-quem-fica-pelado-jose-dirceu/>

<http://www1.folha.uol.com.br/opinia0/2013/10/1358310-luis-greco-e-alaor-leite-fatos-e-mitos-sobre-a-teoria-do-dominio-do-fato.shtml>