

LARISSA MARIA MELO AMBROZIO DE ASSIS

**Corrupção, Governança e Governabilidade: um estudo dos
julgamentos do Collorgate e do Mensalão no Supremo Tribunal
Federal**

Brasília
2017

Universidade de Brasília – UnB
Faculdade de Direito – FD

Corrupção, Governança e Governabilidade: um estudo dos julgamentos do Collorgate e do Mensalão no Supremo Tribunal Federal

Tese apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor, no Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, área de concentração Constituição e Democracia.

Orientador: Menelick de Carvalho Netto
Coorientador: Luiz Eduardo de Lacerda Abreu

Orientanda: Larissa Maria Melo
Ambrozio de Assis

Brasília
2017

A candidata foi considerada pela banca examinadora.

Professor Doutor Menelick de Carvalho Netto
Orientador

Professor Doutor Luiz Eduardo de Lacerda Abreu
Coorientador

Professor Doutor Luís Roberto Cardoso de Oliveira
Membro

Professor Doutor Argemiro Cardoso Moreira Martins
Membro

Professor Doutor Roberto Freitas Filho
Membro Externo

Professor Doutor Frederico Augusto Barbosa da Silva
Membro Externo

Professora Doutora Cláudia Rosane Roesler
Membro Suplente

Brasília, 19 de janeiro de 2017.

À minha mãe, Sandra Regina.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus e, em particular e especialmente a meus orientadores como meus familiares e amigos no processo de construção desta tese. Agradeço, assim, aos professores Luiz Eduardo Abreu, Menelick de Carvalho Netto e Gilmar Mendes e à professora Annelise Riles por terem se dedicado na condução deste processo. Aos meus familiares e amigos, agradeço pela paciência e pelo companheirismo ao longo desses anos. É preciso, todavia, “fazer justiça” aos mais sacrificados: minha mãe, Sandra Regina, e de meu marido, Danilo Ambrozio de Assis. Dentre meus queridos amigos e amigas, reforço, ainda, minha gratidão pelos debates com André Gontijo, Gabriel Haddad Filho e Lara Morais e aos incansáveis cafés na Cornell Law School com Caroline Bezerra de Martin, Diogo Magalhães, Eudes Lopes, Isabela Torres, Mariana Cornibert e Toby Goldbach.

RESUMO

O presente trabalho visa debater o que é considerado uma prática de corrupção pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e quando este órgão considera necessário movimentar o controle judicial em prol da manutenção da governabilidade ou do gerenciamento de uma forma de governança para o país. O objetivo do trabalho, é definir, primeiramente, como os julgamentos do STF refletem razões de decidir externas ao direito, em que pese a não estarem explícitas nas motivações dos votos. Aborda-se, ademais, como a Suprema Corte considera as trocas políticas como legítimas dentro dos casos concretos estudados. Por fim, verificar se as decisões do STF são formadas caso a caso de acordo com a necessidade para governança ou para governabilidade do País ou se a Corte decide de forma casuística. Como material empírico de análise qualitativa, foram considerados dois casos concretos que envolveram uma interferência no funcionamento do Governo Federal, quais sejam o Collorgate e o Mensalão. A metodologia de análise do material acatou a análise crítica sobre a coerência argumentativa e a integridade do direito nas decisões de modo a apontar possíveis casuísmos na decisão. Este trabalho tenta, também, compreender o que seria considerado como relação política legítima ou corrupta. O desenvolvimento do trabalho, para tanto, foi formulado a partir de cinco capítulos. No primeiro capítulo, abordou-se a compressão da argumentação jurídica desenvolvida pelo STF em seus julgados, o que envolveu uma explicação sobre o direito como linguagem, o STF como uma instituição que motiva suas decisões dentro da linguagem jurídica e o discurso jurídico relacionado ao processo penal sustentado nos casos analisados. No segundo capítulo, tratou-se do olhar externo ao direito que influencia na formação de decisões no STF relativas a casos de corrupção. Desse modo, expõe-se o debate envolvendo os conceitos de governança, governabilidade e corrupção, especialmente a partir do conflito entre a visão internacional e a local sobre governança e da troca política brasileira como um sistema de troca de palavras e de coisas. O terceiro e o quarto capítulos foram dedicados à análise dos casos Collorgate e Mensalão, respectivamente, de acordo com a metodologia proposta. Ao final, conclui-se que o STF considera questões relacionadas à manutenção da governança e da governabilidade para definir casos relativos à corrupção. Conclui-se, também, que há casuísmos nas decisões que indicam âmbitos de concessão de privilégios aos acusados. Denotou-se, ainda, que a Corte aparenta compreender a troca política brasileira pelo dom como um espaço de política legítima, enquanto a troca sobre o que não pode ser trocado (sagrado) ou puramente mercantilista implicam práticas de corrupção. O presente estudo concluiu, ainda, que o constante processo de mudança entre os limites impostos na troca política pelo dom e pelo controle judicial está sempre em processo de reconstrução, entretanto isso não constitui um espaço para o surgimento da corrupção. A corrupção estaria nos espaços que tentam escapar dos limites de atuação das múltiplas vozes desse discurso em constante reconstrução.

Palavras-chaves: Corrupção. Governança. Governabilidade. Integridade do direito. Trocas políticas pelo dom.

ABSTRACT

This research seeks to debate what is considered as corruption from the Brazilian Federal Supreme Court (STF) point of view and when this Court considers as necessary to operate the law in favor of the governability and manage the country governance choices. This study purpose, so, aims, first, how the STF judgments are based in outside the law reasons, although they are not explicated. It also discusses how the STF considers political exchanges to be legitimate from the leading cases studied. Finally, this study analyses whether STF's decisions made case-by-case basis, according to the Country governance or governability needs, or if the Brazilian Supreme Court decides on a casuistic basis. As empirical material, it considers, for a qualitative analysis, two specific leading-cases that concerns about interferences in the federal government functioning, called as collorgate and monthly-payment allowance (mensalão). The investigation analysis methodology, therefore, considers the decisions coherence and integrity in its arguments in order to identify possible casuistic decisions and also try to understand what was considered as a regular or a corrupted political relationship. The development of the research, then, is made in five chapters. At the first chapter we explain the legal arguments used by STF in its decisions, which involved an explanation of law as a language, the STF as an institution that motivates its decisions within the legal language, as well as about criminal proceedings' debate that was sustained in the leading cases analyzed. In the second chapter we considered the outside point of view that may influence the STF's decision-making regarding corruption leading cases. In this way, we developed about the concepts of governance, governability and corruption, especially the approaching the conflict between the international and local insight about governance, as well as the Brazilian political exchange as a system of exchange of words and things. From this perspective, the third and fourth chapters are devoted to the collorgate and monthly-payment allowance (mensalão) analysis, respectively, according to the proposed methodology. Finally, In the end, this we concluded that STF considers issues related to the governance and governability maintenance to judge corruption leading cases, as well as that we could find casuistic decisions in both leading cases studied, what suggest "privilege areas" granted to the accused. It was also pointed out that the Court seems to understand the Brazilian political exchange as gift as legitimate way of policy. We also concluded that the constant changing process between the limits of the personal attention (pessoalidade) of the Brazilian politics and the control zones are in permanent reconstruction and it doesn't mean a space for corruption, since they are ways to avoid it. The corruption could be, so, in the limit zones that try to escape from the multiple voices discourse in constant reconstructing.

Keywords: Corruption. Governance. Governability. Integrity of law, Political exchange as a gift.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. DIREITO, LINGUAGEM E INTEGRIDADE: O OFÍCIO DE “FAZER PROCESSOS” DO SUPREMO	24
1.1 DIREITO E LINGUAGEM	24
1.2 DENTRO DO SUPREMO: FABRICANDO ARGUMENTOS	32
1.3 ENTRE VÁRIOS DISCURSOS SOBRE O PROCESSO PENAL BRASILEIRO	37
2. GOVERNANÇA, GOVERNABILIDADE E CORRUPÇÃO	49
2.1. A CONSTRUÇÃO DA NECESSIDADE DE PREVENIR AS PRÁTICAS DE CORRUPÇÃO POLÍTICA: UMA CORRIDA INTERNACIONAL PELA "BOA GOVERNANÇA"	49
2.2 A [IN]DEFINIÇÃO DO CONCEITO DE CORRUPÇÃO POLÍTICA	56
2.3. CORONELISMO, CLIENTELISMO E PATRIMONIALISMO	60
2.4 A TROCA POLÍTICA PELO DOM COMO UM INSTRUMENTO DE CONTROLE DAS PARCIALIDADES: O PROBLEMA DA MERCANTILIZAÇÃO DA POLÍTICA	64
3. COLLOR GATE: O PRIMEIRO GRANDE CASO	76
3.1 O CONTEXTO DE CRISE DE GOVERNABILIDADE: A CASA DA DINDA E A DISTRIBUIÇÃO DE BENEFÍCIOS POR PAULO CÉSAR FARIAS	76
3.1.1 AS ACUSAÇÕES DE PEDRO COLLOR	80
3.1.2 A EXPLÍCITA PRÁTICA DE CORRUPÇÃO	81
3.1.3 A AUSÊNCIA DE ARTICULAÇÃO DA BASE PARLAMENTAR GOVERNISTA	82
3.1.4 A AUSÊNCIA DE UM CONTROLE DA MÍDIA	85
3.1.5 A DEMORA DA RENÚNCIA DO CARGO	86
3.2 A ATUAÇÃO DO SUPREMO NO PROCESSO DE IMPEACHMENT	87
3.2.1 O INÍCIO DO <i>IMPEACHMENT</i> : MS Nº 21.564	88
3.2.2 AO FINAL DO PROCESSO DE <i>IMPEACHMENT</i> : MS Nº 21.263	98
3.2.3 APÓS O JULGAMENTO DO <i>IMPEACHMENT</i> : MS Nº 21.689	104
3.3 O JULGAMENTO CRIMINAL NO SUPREMO: AÇÃO PENAL Nº 307	109
3.3.1 A CONSTITUCIONALIDADE DA PROVA ADVINDA DE INTERCEPTAÇÕES OU GRAVAÇÕES CLANDESTINAS	118
3.3.2 O DEBATE SOBRE A PROVA DO NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE AUTORIA E MATERIALIDADE DA CONDUTA DE CORRUPÇÃO PASSIVA	125
3.4 GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E AS DIFERENÇAS ENTRE A RESPONSABILIDADE POLÍTICA E A CRIMINAL	128
4. MENSALÃO: O SEGUNDO GRANDE CASO	130
4.1 A NARRATIVA DA SAÍDA DE UM PEQUENO CASO DE CORRUPÇÃO NOS CORREIOS PARA O MAIOR CASO DE CORRUPÇÃO DA HISTÓRIA POLÍTICA BRASILEIRA	131
4.2 A NARRATIVA DA EXISTÊNCIA DO MENSALÃO	138
4.2.1 O MENSALÃO E O VALERIODUTO	142
4.3 UMA QUESTÃO DE COMPETÊNCIA EM VÁRIOS ATOS	156
4.4 A CONSTRUÇÃO DAS PROVAS: ENTRE UMA INTERPRETAÇÃO PRO SOCIETATIS OU PRO REO	165
4.4.1 ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, QUADRILHA OU CONCURSO EVENTUAL DE PESSOAS?	165
4.4.2 A PROVA DA ELEMENTAR SUBJETIVA DO TIPO: A CONSTRUÇÃO DO DOLO DA AÇÃO DO ATO FUNCIONAL E DO DESVIO DE VALORES	178

4.5 O JULGAMENTO DOS EMBARGOS INFRINGENTES: O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO EM ÚNICA INSTÂNCIA E O [SUPOSTO] FAVORECIMENTO AOS CONDENADOS	190
5. DOIS CASOS DE CORRUPÇÃO, DOIS FRACASSOS NA RUPTURA DA TROCA POLÍTICA PELO DOM	201
5.1 DIREITO E POLÍTICA: PENSANDO ENTRE OS LIMITES DA INTEGRIDADE DO DIREITO E DA MANUTENÇÃO DA GOVERNABILIDADE DA COISA PÚBLICA	202
5.2 A TROCA POLÍTICA PELO DOM E A MERCANTILIZAÇÃO DA POLÍTICA	208
REFERÊNCIAS	212
ANEXO I	214
ANEXO II	217

INTRODUÇÃO

A corrupção política possui diversas narrativas sobre sua origem e sua construção quanto a um problema social em que pese ao discurso mais elaborado encontrado entre as cadeiras de direito remeter o problema da corrupção no Brasil a um problema de herança portuguesa.¹ Essa abordagem decorre tanto do senso comum quanto da narrativa criada sobre a formação de uma tradição jurídica formalista e uma política administrativa paternalista que permite uma infraestrutura estatal permeada de inocência quanto à aplicação pura da norma e ao mesmo tempo corrupta. Com o desenvolver dos vários pontos de vista, entretanto, será visto que a questão – como usualmente se revela – é sempre um pouco mais complexa do que se permite notar. A construção da ideia de corrupção como algo a ser combatido é um discurso que envolve múltiplas vozes e interesses que não podem ser traduzidos dentro de um discurso binário.

Há várias questões sobre a quem e como responsabilizar², cuja definição varia de acordo com o contexto. Isso ocorre porque o que se considera como mistura entre o público e o privado pode variar de acordo com as práticas locais vivenciadas em determinado tempo. Hedenheimer (1989, 2009b) ressalta justamente como podemos definir o que compreendermos por corrupção política, mas essa definição é feita a partir do olhar de uma localidade. A importância de responsabilizar tais desvios passou de uma relevância jurídica, política e social para uma relevância econômica. Tal fato ocorre visto que – como se verá a partir de Riles (2011) – um dos principais vetores propulsores para regulamentação e controle de práticas corruptas de 1980 em diante foi o impacto no mercado financeiro com as crises econômicas desenvolvidas pela corrupção.

De toda forma, o discurso jurídico do controle no Brasil é, usualmente, justificado pela necessidade de se monitorar as práticas herdadas de um sistema político-social dos portugueses durante o processo de colonização. Bueno (2006),

¹ O discurso dessa herança portuguesa é, inclusive, narrado sobre o sistema coronelista e o sistema paternalista de Getúlio Vargas. Em que pese não ser o enfoque do debate, é possível ver mais sobre o processo de formação de um sistema paternalista no Brasil a partir de Freire (2000).

² Há uma importante distinção entre responsabilizar e criminalizar que consideraremos nessa pesquisa a partir de Kant de Lima (2008). Usualmente, de acordo com o autor, os agentes públicos estariam subjugados ao sistema de responsabilização que se promove pela busca de uma verdade possível construída dentro do processo investigatório de forma consensual. De outra parte, os particulares estariam sujeitos a um sistema de obrigatoriedade dotado de um caráter inquisitivo e criminalizador.

Faoro (2007) e Schwartzman (1988), por exemplo, têm um discurso detalhado sobre as reais conexões que a sociedade brasileira estabeleceu com a estrutura político-social portuguesa decorrente do processo colonizador. Tanto Faoro (2007) quanto Schwartzman (1988) descreveram conexão a partir da estrutura portuguesa de gerenciamento da máquina estatal por meio dos letrados. Esse modelo teria uma estrutura burocrática complexa por envolver a atribuição de poder aos letrados e às categorias de seus filhos – fidalgos.

A concessão de benefícios e de dependência que essas classes da burocracia administrativa tinham da Coroa seria responsável por gerar um ciclo vicioso de necessidade recíproca formada entre o rei e os letrados pela dependência destes das concessões do rei e deste pela dependência dos letrados para se manter poder. O patrimonialismo estaria na mistura entre o público e o privado e seria de duas ordens: primeira - a busca constante de usufruir das concessões ofertadas pelo Estado e segunda - o uso do aparelho estatal para manutenção dos benefícios e privilégios já concedidos.

Por essa “origem” de estrutura patrimonialista, os discursos da estruturação das normas da Administração Pública teriam passado a conformar regras de controle que tentassem adequar as práticas políticas clientelistas desenvolvidas a partir dessa cultura patrimonialista. Oliveira Vianna (2005), por exemplo, descreveu como havia necessidade de centralizar as decisões da administração porque havia se formado uma cultura de “liberdades” em relação à aplicação, ou não, da lei da Coroa portuguesa.

Soares de Souza, por sua vez, tinha preocupação em relação a um “continuado perigo de invasão dos interesses políticos na administração” (SOARES DE SOUZA, 1862, 21). A tentação seria “frequente e frequentemente os governos [sacrificam] considerações e vistas administrativas importantes [às conveniências pessoais e políticas] passageiras” (SOARES DE SOUZA, 1862, 21). Para evitar que a administração se tornasse um “vasto campo de favores”, seria preciso estabelecer responsabilidades pelos atos administrativos e centralizar o poder político em uma pequena gama cujo controle fosse mais viável do que por toda a infraestrutura da máquina pública. A proposta desenvolvida buscava, portanto, centralizar o poder político e descentralizar o administrativo ao mesmo tempo. Assim, desde o Brasil Colônia – de acordo com a narrativa da

herança portuguesa – há uma forte reação dentro do sistema brasileiro que é marcada pela “suspeita” de uma constante desconfiança de toda e qualquer forma de correlação entre interesses público e privado.

A escolha pela temática da corrupção não se deve somente ao fato de ser uma problemática contemporânea, mas por envolver o discurso sobre o controle da administração pública no gerenciamento dos recursos públicos. Dentre as referências constitucionais brasileiras, podemos destacar a base do pensamento de Korand Hesse (1991) sobre a própria força normativa da Constituição exigir a conformação constitucional de governar de acordo com os interesses públicos e de responsabilidade dos governantes sobre seus atos de gerenciamento da máquina pública. É essa necessidade de controle, antes mesmo da conformação da força normativa da Constituição, que teria levado às divisões de poderes e que fundamenta dentro do discurso constitucional brasileiro essa separação.

De fato, primeiro teria ocorrido a proposta de divisão entre as funções de governar e legislar no *Discorsi* de Maquiavel (SKINNER, 1990), em uma ruptura com a filosofia do direito natural moderno, em que a política seria vinculada às regras pré-estabelecidas. Posteriormente à proposta de John Locke, a divisão entre três poderes feita por Montesquieu (2007) procurava o equilíbrio entre as forças de poder para manter um governo voltado aos interesses públicos e que respeitasse as regras pré-estabelecidas. Os poderes de legislar, executar e julgar em um sistema de freios e contrapesos trazia a proposta de um complexo sistema de constante diálogo e de controle entre poderes autônomos entre si que foi adotado por diversos países e inclusive pelo Brasil (CASTRO, 2005).

Essa divisão, entretanto, só assumiu os contornos em que a função de julgar propõe-se a limitar os demais poderes a partir da formação do *judicial review* no caso *Marbury vs. Madison* nos Estados Unidos, em 1803. Naquela ocasião, a Suprema Corte Americana decidiu pela competência do Judiciário para anular leis ou atos que contrariem o texto constitucional (GRABER, 2005). Os textos constitucionais brasileiros, desde a Primeira República – Constituição de 1891 –, já previam um Judiciário capaz de controlar os atos dos demais poderes, porém esses textos vivenciaram poucos períodos democráticos que concedessem autonomia ao Judiciário para exercer tal controle (BONAVIDES, 2000).

A Constituição de 1988 foi um marco de mudança constitucional por ter propiciado um espaço de vivência democrática em que o Judiciário adquiriu autonomia para afirmar sua competência de controlar o cumprimento do texto constitucional e as concepções locais de como separar os poderes e exercer tais funções fossem articuladas a partir desse olhar local³. Dentro da proposta que incorporamos de Korand Hesse (1991)⁴, essa força normativa da constituição não surge meramente por um estabelecer das regras. O cumprimento das regras depende do que chamou de “vontade de constituição”. A força da Constituição poderia ser medida assim, dentro do possível, a partir da vontade de se cumprir essas normativas (COELHO, 1998).

Ao olhar do direito, a responsabilização política e criminal pelos atos que violam as regras constitucionalmente estabelecidas é imperativa na medida em que, a partir da punição, se afirma a validade e a força normativa dessa Constituição. Mas esse olhar assume várias facetas, como veremos a partir de Kant de Lima (2008). Às vezes, o sistema jurídico opera um sistema punitivo conciliatório que permite um amplo exercício de garantias penais e processuais penais e, às vezes se articula de forma inquisitiva e criminalizadora.

Dentro do cenário da corrupção há um espaço de responsabilização, principalmente de agentes públicos que fazem a sobreposição de interesses privados sobre os públicos⁵, essa inversão dos valores que justificaria a movimentação do sistema jurídico em prol da afirmação de seu ordenamento. Isso ocorre dentro do operar da linguagem jurídica ao se promover o controle dos atos ilegais e inconstitucionais e a responsabilização pelos atos em suas várias esferas. A linguagem jurídica, todavia, não consegue traduzir toda complexidade que essa violação da norma gera para outras esferas como a política e a econômica.

³ Dizemos sobre essa formação a partir do olhar local, pois é preciso considerarmos que há várias visões diferentes sobre a separação dos poderes. A interpretação que é criada dentro de diversas tradições sobre o que seria separação dos poderes permite a construção de diversas formas de se estabelecer as competências e de se exercer esses poderes.

⁴ Korand Hesse (1991) destacava justamente uma força normativa da constituição que faria a vinculação da política e de todos os cidadãos ao cumprimento das regras pré-estabelecidas. É a partir da construção dessa vinculação que se busca proteger liberdades e direitos individuais e, posteriormente, os direitos da segunda até a quinta geração (BONAVIDES, 2008).

⁵ Dialogaremos para definição dos espaços de interesses privados e interesses públicos com a proposta de distinção entre éticas privadas e a Ética coletiva proposta por Cardoso de Oliveira (2011).

Como dito inicialmente, a corrupção atualmente afeta mais do que somente a esfera jurídica. É por causa disso que verificamos a necessidade de dialogar sobre o impacto dela no plano econômico e político. O julgador passa a precisar considerar o exercício desse controle da administração e a responsabilização dos governantes sem desconsiderar o impacto sobre a manutenção da governança e da governabilidade do País. A tese proposta – em termos mais claros – relaciona temáticas que parecem muito distantes e ao mesmo tempo próximas: Supremo, corrupção, governabilidade e governança.

A primeira pergunta que surge, então, é - Por que pensar a questão da corrupção, governança e governabilidade a partir de precedentes do Supremo Tribunal Federal (STF)? Essa pergunta está em parte respondida, pois tratávamos justamente da importância para o campo jurídico do exercício do controle sobre o funcionamento da máquina pública e do exercício de um sistema de responsabilização sobre seus agentes no exercício da gestão da coisa pública. O STF, dentro desse âmbito, representa a instância que possui casos os quais representam momentos em que, concretamente, a governança foi colocada em questão em nível nacional e que têm o potencial de trazer ruptura à estabilidade política do País.

Mas, além disso, há um questionamento que se coloca sobre o que é corrupção para o Supremo de fato definir o evento corrupção no Brasil, o que, indiretamente, pode gerar a sensação de que os caminhos elegidos para se trabalhar o objeto de pesquisa não são capazes de propiciar respostas válidas. As decisões da Corte são direcionadas dentro de cada caso e não haveria um entendimento consolidado e fixo sobre o conceito de corrupção. A pergunta, entretanto, nunca foi colocada como objetivando resposta exata. A intenção é justamente trabalharmos com a ausência dela e a relação do Supremo com esse campo de controle sobre a ingerência da coisa pública.

Será trabalhado esse espaço no qual as questões sobre a governança e a governabilidade passaram a ser constantes em relação às decisões do Supremo sobre corrupção. Deveras, o trabalho apresentado não faz *jus* a como essa percepção foi delineada. Na pesquisa inicial, foi feito o levantamento de centenas de precedentes da Corte sobre critérios de pesquisa relacionados ao tema de

corrupção, precisamente 685 acórdãos⁶. Após alguns filtros, a análise passou a ser sobre 13 ações penais em específico que haviam sido julgadas ou se encontravam em andamento perante a Corte. A cada caso concreto, aparecia um movimento sobre os usos da linguagem jurídica com a necessidade de se considerar as consequências da decisão que, por vezes, não estavam explícitas nessa argumentação.

Desse ponto, duas questões ficaram evidenciadas: primeira - o Supremo sempre usa a linguagem jurídica na fundamentação de suas decisões, mas nem sempre as razões da decisão estão na questão jurídica desenvolvida⁷; segunda - era preciso pensar quais seriam as questões não explícitas que movimentariam o Supremo a decidir de certa forma dentro de cada caso concreto.

A pesquisa partiu desses 13 casos e se concentrou em dois – Collorgate e Mensalão –, os maiores. A escolha desses precedentes, em específico, deveu-se às percepções obtidas na análise do material. Ambos os eventos trazem uma relação entre o direito e a política nos quais se pode problematizar a relação entre as práticas de corrupção, a governança, a governabilidade e o direito e indicam movimentos de ruptura com uma forma de fazer política considerada predominante à época.

Como hipótese inicial, consideramos que esses casos explicitam, de forma mais evidente, como os julgamentos sobre corrupção no Supremo

⁶ A pesquisa foi realizada pelo mecanismo de pesquisa interna da Corte. A partir da pesquisa realizada sobre os casos da Anistia no Supremo Tribunal Federal, percebeu-se que a “seção de pesquisa de jurisprudência” da Corte funciona de forma muito semelhante a uma “caixa preta” no sentido proposto por Latour (1997). Os funcionários da Corte e o público podem solicitar uma pesquisa à seção oferecendo critérios de pesquisa. A seção responde com a pesquisa, mas não há qualquer acesso ao modo como a pesquisa é feita. As informações que obtive deveram-se a um programa de pesquisa específico, que seleciona de forma “apurada” os precedentes constantes no sistema em relação ao sistema ofertado no endereço eletrônico da Corte.

A seção considerou mais importantes somente os precedentes recentes, porque a pesquisa foi recebida como uma pesquisa solicitada por um gabinete. A racionalidade da Corte é que sejam mais relevantes os precedentes recentes, pois, quando procurados para serem utilizados como argumento de motivação da Corte, eles precisam refletir o posicionamento “atual” do Tribunal. Não há sentido em buscar um entendimento antigo, uma vez que ele pode já ter sido trocado ou considerado inadequado para o contexto atual. Mormente quando explicitado que se tratava de uma pesquisa solicitada para o público e que a seção respondeu com um *link* de acesso a todos os precedentes. A pesquisa enviada inicialmente aponta 42 decisões. A pesquisa enviada completa indica 684 acórdãos e 11 questões de ordem totalizando, portanto, 685 documentos.

⁷ Cumpre ressaltar que essa percepção decorre de pesquisas anteriores sobre o processo de construção das decisões do Supremo Tribunal Federal. Trataremos de forma mais específica sobre essa questão no primeiro capítulo.

consideram tanto a forma de pensar da política como a economia e diversas outras questões morais e sociais.

Mais que isso, o Supremo é chamado a atuar, politicamente, para a resolução de problemas que não pertencem ao campo do direito. De fato, as influências externas ao campo do direito não são refutadas, mas há uma questão de conflito nessa conformação, pois o Supremo veicula suas decisões dentro do formalismo da linguagem jurídica, o que, de certa forma, limita os seus meios de expressar as razões de decidir que sejam externas ao direito. A relação entre direito e política leva-nos ao desenvolvimento de dois capítulos introdutórios para esclarecer ao leitor essa difícil posição em que o Supremo, como instituição, é colocado.

No primeiro capítulo, assim, trataremos da relação entre direito, linguagem e uma visão da Suprema Corte sobre a “justiça” de suas decisões. A chamada arte de “fazer processos”⁸ envolve uma certa complexidade no uso da linguagem jurídica que conforma, justamente, o ponto de partida para compreensão dos precedentes estudados. A questão seria que o próprio campo do direito encontra limitações na medida em que possui certos limites em sua forma de expressar e veicular discursos de forma coerente⁹. A consideração dessa complexidade abriu espaço para o desenvolvimento de diversas teorias sobre a argumentação jurídica em tentativas de se trazer balizas à forma de interpretar as normas.

Nesta pesquisa, utilizaremos, principalmente, o referencial Ronald Dworkin (2002; 2007), justamente por desenvolver a ideia de buscar uma decisão mais justa para o caso concreto. De forma sucinta, Dworkin expõe um ponto importante para nós. Ele defende que se leve a sério a proposta do direito de resolver os conflitos que lhe são colocados. Essa atividade não se faz dentro de

⁸ Essa expressão foi detectada na pesquisa de campo por Andressa Lewandowski (2014). Consideraremos para compreender o funcionamento do Supremo pesquisa anterior promovida sobre o processo de formação de jurisprudência na Corte (SOUZA, 2012b).

⁹ De fato, em pesquisas anteriores, desenvolvemos mais sobre essas limitações da linguagem jurídica (SOUZA, 2012b). Neste estudo, todavia, essa questão foi apresentada de forma mais sucinta como um pressuposto, já que o ponto central seria o desenvolvimento sobre a expectativa do direito de estabelecer critérios para a escolha da decisão e do seu desenvolvimento argumentativo. Esse pressuposto foi considerado necessário porque, dentro do senso comum do campo jurídico, permeia, por vezes, uma crença em seu conteúdo como hermético. Essa premissa foi desenvolvida mais com intento de afirmação que a de interpretação da norma jurídica que é complexa e admite diversas interpretações.

qualquer discurso de justificação. É preciso levar em consideração não só a construção de uma argumentação coerente, mas uma argumentação que igualmente atenda aos princípios gerais que regem esse ordenamento jurídico.

. Atender a esses princípios constituiria um parâmetro de integridade importante para o direito. Consideraremos o assunto a partir de Cardoso de Oliveira (2011) e Kant de Lima (1995; 2008), no primeiro capítulo. Dentro do contexto brasileiro, o discurso da integridade possui um conflito de articulação entre duas percepções de espaço cívico: a “Ética” em um sentido amplo que atende aos chamados interesses públicos e as “éticas” particulares, que se voltam mais para as parcialidades dos interesses individuais.

A escolha de Dworkin deve-se à consideração de que sua proposta pondera as questões externas ao ordenamento jurídico para conformação da decisão que seja mais adequada para o caso concreto e a percepção do Supremo procurar a decisão mais adequada. O Supremo, como instituição, consoante trataremos ainda no primeiro capítulo, possui um coletivo que se movimenta por uma crença de busca da melhor solução possível ; solução esta que recordarmos se conformar por questões que não são adstritas ao ordenamento jurídico.

A questão que se suscita ao final desse capítulo, portanto, é se concretamente a Corte procura essa decisão mais adequada ou se, por vezes, a decisão dela é casuística de forma a prejudicar a decisão mais adequada por outros interesses. Esse questionamento será construído a partir de uma breve apresentação sobre o debate argumentativo que foi veiculado nos dois precedentes para definir a responsabilidade dos acusados. Trataremos, assim, sobre o discurso jurídico do processo penal, seus modelos de sistema acusatório e inquisitorial para compreendermos como essas múltiplas possibilidades de discurso favorecem um espaço de articulação para ajustar razões de decidir externas ao direito que atendem, ou não, ao critério da integridade de Dworkin.

O segundo capítulo, então, traz o outro lado. Nele, queremos compreender se o STF movimenta e como ele movimenta uma agenda que considera as questões políticas, econômicas, sociais etc. É mister compreendermos o que esses outros campos de articulação nos trazem de importante para o tema da corrupção.

Quando falamos em corrupção, dentro do campo da política, três questões destacaram-se: governança, governabilidade e troca política. Como já dito, a corrupção atualmente afeta mais do que somente as esferas do político e do jurídico. A partir do impacto no plano econômico, é preciso estabelecer esse controle da administração e a responsabilização dos governantes pela "boa governança" em prol da retomada da chamada "governabilidade", o que remontaria a condições de manter essa "governança".

Há uma complexidade na mudança de percepção sobre o que é governança no curso da formação do Estado moderno. A princípio essa expressão significava a ideia de governar em um processo, ou seja, enquanto formas de organização da população de seus participantes tanto em termos de negociação quanto em ordem ou obediência. Todavia, tal conceito assume uma concepção de modelo de hierarquia de controle sobre os indivíduos subjugados ao Estado enquanto um contingente é administrado objetivamente. Posteriormente, passa a ser visto dentro dessa construção da chamada "boa governança" como formas de administração que sejam antiestatais no sentido de serem não hierarquizadas e permitirem maior participação dos atores individuais (AMOS, 2010).

Essa construção do conceito de governança faz com que ela seja vista, a partir de uma visão macro, como capacidade gerencial dos recursos disponíveis para implementar os projetos de governo. Ter governança seria, assim, essencial para se manter a governabilidade, o que está associado à própria capacidade política de manter o gerenciamento da máquina pública.

Da perspectiva da literatura internacional, "governança" pode assumir conceitos específicos relacionados a uma relação estável entre os níveis nacional (local) e internacional (AMOS, 2010) que passam a ser veiculados com mais frequência a partir da década de 80 com a conformação das economias interdependentes dentro de um mercado financeiro globalizado. Mais adiante, esta questão será trabalhada de forma mais detalhada, mas já se pode explicar que esse discurso da boa governança trouxe um rol de características exigidas pelas agências reguladoras internacionais e pelo Fundo Monetário Internacional (FMI) para concessão de benefícios e para atribuir nota de confiabilidade da economia dos países a partir de conceitos de modelos de governos europeus.

Essas características estão correlacionadas diretamente a práticas de prevenção à corrupção e a um Judiciário independente para exercer o controle sobre o governo, o que representaria um Estado democrático (PAGDEN, 1998).

A primeira parte do capítulo aborda sobre como essas questões foram conectadas dentro de discursos que abrangem uma agenda internacional e diversas propostas locais. A corrida internacional por controle atendia a essa demanda da agenda econômica e o controle das práticas de mercado seria necessário para se evitar perdas maiores. O estudo da literatura internacional, desse modo, foi feito por descrever essa mudança do cenário e explicar a urgência em exigir mudanças das práticas locais. Tais transformações envolviam a imposição de restrições econômicas aos que não seguissem os parâmetros de “boa governança” que, dentre outros critérios, impunham programas de transparência, impessoalidade das relações e regulamentações que usualmente são chamadas de *compliance*.

As regulações, como veremos, foram criadas e possuem um largo espectro de possibilidades de interpretação sobre o que atende aos critérios de “boa governança”. O ponto central dessa corrida – e de como corrupção, governança e governabilidade foram relacionados – é que a Suprema Corte precisa considerar as pressões internacionais e locais sobre o discurso do que seria necessário para manter a governabilidade ou atender aos padrões de uma “boa governança”.

Dentro desse discurso internacional e local, a compreensão sobre o que seria corrupção aparece de forma recorrente, pois a sua presença afeta tanto esses parâmetros impostos quanto uma percepção local sobre “boa governança”. Os conceitos, todavia, são diversos e envolvem, em grande parte, um vasto campo de possibilidades de mistura entre as esferas do público e do privado. O liame dessa confusão é sempre descrito como indefinível fora do caso concreto. O problema da política brasileira seria estar constantemente dentro dessa zona chamada de “cinzenta”.

É dentro dessa perspectiva que tentaremos abordar diferentes formas de visualizar as relações políticas e verificar como elas são categorizadas como sendo regulares ou corruptas a partir de determinados padrões. Destacamos que desenvolveremos uma crítica a essas classificações, seja as desenvolvidas por

Heidenheimer (1989, 2009a) ou pela literatura nacional. É que elas não abarcam por completo a complexidade dessas relações e tentam impor categorias externas ao local.

A proposta de Heidenheimer, como veremos, veicula um discurso imperialista de inferioridade dos países subdesenvolvidos em propagarem práticas corruptas por terem estruturas sociais problemáticas e viciadas. O olhar imperialista, portanto, julga a forma local de se fazer política como inferior e desprovida de parâmetros. É preciso, nesse discurso, aperfeiçoar o sistema para se transformar nesse modelo de sociedade ideal e hipotética.

Do ponto de vista da literatura nacional, veremos, também, o desenvolvimento sobre os conceitos de patrimonialismo, coronelismo, mandonismo e clientelismo no Brasil. Essas concepções são importantes para percebermos como se perpetua uma visão de desconfiança absoluta de todas as relações políticas. Em que pese a tais movimentos fazerem parte da forma de ver a política brasileira, proporemos que tais visões trazem as mesmas formas de recorte e redução que o olhar de Heidenheimer impõe a forma de fazer política local. Esses discursos reduzem a possibilidade de qualquer crença em uma relação política que não seja corrupção. Por isso, a tentativa de compreendermos as relações políticas brasileiras a partir de sua forma mais basilar de operacionalização, segundo Abreu (2005; 2006; 2016), é a troca de palavras e de coisas.

A troca política nos coloca diante do segundo eixo para o nosso problema de pesquisa: os casos de corrupção retratados demonstram tentativas de ruptura com uma forma de fazer política que chamaremos de troca pelo dom, apesar de esse termo representar diversas formas de fazer política. De mesmo modo, essa ruptura não significa uma busca por uma categoria melhor de articulação de fazer política, mas simplesmente tentativas de romper com o controle que é exercido sobre os seus participantes. A troca política pelo dom, como veremos, envolve tanto prestígio como um espaço de submissão pelos laços e pelas obrigações por que são gerados. Dentro desse espaço que a política favoreceria – dentro de suas limitações – há maior controle das parcialidades que prejudicam a manutenção dos interesses públicos.

Nossa proposta é que a troca política pelo dom possui uma centralidade em suas relações que não se traduz em clientelismo, patrimonialismo, mandonismo ou coronelismo. O ponto constante dessas relações políticas, independente de seus vícios, seria tanto a busca pelo prestígio e pela reciprocidade das relações que se veiculam pela expressão de personalidade. Ou seja, a política encontraria na troca pelo dom o espaço de controle ao passo que o discurso jurídico, e instrumentalizado dentro do discurso internacional, opõe-se à personalidade. A impessoalidade seria o primeiro passo para o controle, para se afastar as práticas de corrupção. O Supremo, Corte da qual emanam decisões dentro da linguagem jurídica, relaciona-se com uma complexidade inevitável: considerar a personalidade como regular – posto que faz parte da concepção local de troca política pelo dom – quando sua presença indica uma violação às normas jurídicas.

O afastamento da troca política pelo dom nesses dois casos retrata a perda do controle sobre as práticas de corrupção justamente por representarem casos de troca política realizada sobre algo que não poderia ser trocado ou por mercantilizar a troca. No primeiro caso, registramos o isolamento das trocas políticas para evitar esse controle e, no segundo caso, encontramos uma tentativa de conformar ou expandir a mercantilização das trocas políticas.

Na análise dos precedentes, buscaremos dialogar com os olhares abordados nesses dois capítulos, ao menos – o sobre a coerência jurídica dos argumentos expostos e o sobre os problemas de governança e de governabilidade que poderiam surgir da decisão do que seria uma troca política regular do ponto de vista local. Nesses precedentes, o direito não se colocou como simplesmente maleável e capaz de ser transformado em qualquer forma de discurso pretendido. Pelo contrário, os limites da linguagem jurídica trouxeram certas barreiras e acabaram por forçar a política a traçar novas formas de relacionar-se devido a essas limitações. Por causa disso, o Supremo teve que considerar, também, a estabilidade política, fato que pode gerar uma sensação – ao menos – de incoerência jurídica.

No Collorgate, a punição criminal não foi imputada ao principal acusado, o ex-Presidente Fernando Collor, em razão da “falta de provas”. Porém, do ponto de vista político, a ação de *impeachment* foi mantida pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesse primeiro caso, cuja análise será desenvolvida no terceiro capítulo, a retomada da governança do País já havia sido alcançada quando do julgamento criminal relativo ao principal réu. No Mensalão, o movimento é inverso, pois não se atingiram as figuras envolvidas na acusação de corrupção por meio de uma responsabilidade política. O julgamento criminal foi longo e estendeu-se com diversos desdobramentos que trouxeram um impacto político devido às condenações criminais sentenciadas.

No terceiro capítulo, será promovida a crítica do primeiro caso, usualmente chamado de Collorgate. Nesse capítulo, serão abordadas tanto as decisões da Corte relacionadas ao processamento do *impeachment* do acusado Fernando Collor perante o Congresso Nacional como o julgamento da ação penal nº 307, relativa a uma parte do “Esquema PC Farias”. Nessa ação, vários acusados foram absolvidos criminalmente devido à falta de provas consideradas juridicamente válidas.

No quarto capítulo, será desenvolvido o segundo caso chamado de Mensalão. O julgamento da ação penal nº 470 teve um desdobramento longo dentro da Corte e encontra-se em fase de resolução, devido a alguns recursos ainda não julgados. A análise crítica será direcionada sobre um debate de fundo central que se fez presente ao longo do julgamento sobre o modo de tratar as garantias constitucionais processuais penais. Esse debate foi centrado, principalmente, em relação ao tratamento das provas sobre o caso.

Houve um debate sobre o cabimento dos embargos infringentes relacionado ao direito do duplo grau de jurisdição. Destaca-se esse debate porque representou uma decisão definidora para a própria análise do debate sobre o tratamento das provas no caso concreto.

O julgamento do mensalão foi extenso tanto do ponto de vista do lapso temporal quanto do volume, já que envolvia 40 acusados. Por esse motivo, serão expostos mais exemplos desse debate do que apresentada uma explicação completa e precisa sobre toda a argumentação jurídica desenvolvida ao longo do julgamento. Serão analisados quatro pontos: a definição da competência, a existência do crime de quadrilha, a existência dos crimes de corrupção passiva, ativa e peculato e, por fim, o cabimento ou não dos embargos infringentes.

A análise das decisões em questão sob o prisma da proposta de Dworkin envolve verificar a coerência da argumentação jurídica e se atende à integridade do direito. Essa percepção dentro do caso concreto nos é importante, pois considerar-se-á, como hipótese inicial, que as decisões da Suprema Corte sobre corrupção são feitas caso a caso, em busca da melhor decisão para cada caso concreto, o que atende a uma percepção do direito como integridade. É preciso considerar que a Corte pode decidir por motivos estranhos ao direito desde que atenda à integridade do direito no sentido de coerência argumentativa da decisão para com os princípios gerais que regem o ordenamento jurídico consolidado. É necessário, ainda, levar em conta que a decisão pode se revelar casuística mesmo que atenda a uma coerência argumentativa justamente por não atender à integridade do direito.

O questionamento inicial leva-nos, em primeiro lugar, a pensar como o Supremo interage com os outros campos ao procurar no direito instrumentos que propiciem uma solução para suas demandas; em segundo lugar, a buscar saber quais são os limites do direito para fornecer esses instrumentos e, em terceiro lugar, a constatar se é possível encontrar essa chamada decisão mais adequada que seja capaz de manter a coerência e a integridade do direito que atenda, ao mesmo tempo, as demandas por solução de outras áreas.

No último e quinto capítulo, a análise volta-se para uma visão macro entre esses casos, para debatermos essas questões. Primeiro trataremos sobre a relação entre o direito e a política nesse cenário, pelo fato de que – como se verá – a visão de governança da política brasileira é conflitante com o discurso de integridade do direito, o que exige discutir algumas questões sobre essa conflituosa – e, às vezes, conveniente – relação. Segundo trataremos das tentativas de ruptura do campo política com as práticas de troca política pelo dom, visto que merecem uma conclusão tanto sobre as constantes propostas de mudança quanto pela mercantilização da política. Nosso objetivo é que o fechamento desse tópico nos permita compreender de que forma esses movimentos dialogam com o discurso local e internacional sobre governança e governabilidade.

1.DIREITO, LINGUAGEM E INTEGRIDADE: O OFÍCIO DE “FAZER PROCESSOS” DO SUPREMO

Nosso objetivo, neste capítulo, é compreender nossa premissa da complexidade da atividade interpretativa do Supremo ao criar suas decisões para “fazer processos” bem como definir a melhor decisão para o caso concreto a partir da concepção do campo jurídico. Essas noções são essenciais, pois, como ressaltamos no intróito, o STF veicula suas decisões dentro do formalismo do direito, embora haver razões de decidir que não sejam estritamente jurídicas.

Nosso ponto de partida para a compreensão dessas questões é o fato de que a positivação das normas é somente o começo da complexidade do direito. Tal pressuposto leva ao diálogo com teorias da argumentação jurídica das decisões que exigem do intérprete a busca pela melhor decisão para o caso concreto dentre uma diversidade de possibilidades.

Passaremos, assim, a tratar primeiro da relação entre direito e linguagem; em segundo, da visão prática dessa atividade interpretativa para a escolha da decisão mais adequada a partir do funcionamento da Suprema Corte e, por fim, será dado um breve esclarecimento sobre os argumentos jurídicos processuais penais que foram veiculados nos casos concretos bem como a relação desse discurso construído com a formação da decisão considerada a mais adequada.

1.1 DIREITO E LINGUAGEM

Poderia parecer complicado sob olhar do operador do direito pensar o seu campo como uma linguagem. Usualmente, quem pertence à área jurídica pensa o direito como possuidor de uma linguagem genuinamente própria, mas a argumentação das decisões judiciais possui uma complexidade. A questão é que a hermenêutica jurídica precisa enfrentar certos pressupostos do método de decisão para não se transformar em falácia.

Tal fato ocorre porque há uma visão recorrente no campo jurídico – dita formalista e positivista – que coloca o texto jurídico como hermético, ou seja, fechado a uma única possibilidade de compreensão sobre o seu significado. Essa percepção é notada, por vezes, em discursos relacionados à própria atividade decisória do juiz brasileiro. É preciso ressalvamos duas questões quanto a essa

visão formalista aqui descrita. Primeiro que não presumimos que todo jurista possui essa visão formalista e hermética do direito, mas que, por vezes, há um comportamento cotidiano do campo que reproduz práticas relacionadas a uma visão fechada da norma. Esse tratamento pode ser encontrado tanto como uma concepção naturalizada do meio jurídico como uma instrumentalização do argumento, ou seja, uma proposição intencional.

Regina Fonseca (2012), por exemplo, demonstra como o campo impõe-lhes uma difícil tarefa de restrição pelos dispositivos legais de criar provas, pois caberia às partes trazer “a verdade aos autos”, enquanto, em vários momentos, essa regra é excetuada para permitir a chamada “busca da verdade real”. O juiz, então, tem a sua disposição diversos instrumentos para viabilizar o seu livre convencimento sobre os fatos trazidos aos autos. Nessa pesquisa de campo, todavia, Fonseca demonstra como os juízes encontram nesse espaço do princípio do livre convencimento¹⁰ um âmbito de escolha sobre suas intuições e sentimento pessoais em relação ao caso concreto.

O reducionismo do sistema decisório a meramente aplicar as normas consiste em uma falácia, uma vez que não esgota a complexidade da atividade interpretativa. Nesse sentido, Habermas (1998)¹¹, dentre outros autores, descreve essa percepção positivista como falha ao tentar reduzir a complexidade do direito a uma aplicação mecânica da norma, pois a interpretação de um texto, seja ele jurídico ou não, admite diversas interpretações.

O direito dentro de uma nova retórica, como dizia Warat (1992), precisa estar consciente dos limites dos sentidos empregados às palavras. Dentro do campo do direito, portanto, as teorias da argumentação veem, nesse giro

¹⁰ Código de Processo Penal, art. 156: “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008) I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008) II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.” Na antiga redação: “Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”.

¹¹ Jürgen Habermas fez uma extensa pesquisa sobre a hermenêutica jurídica. O que destacamos aqui é só uma das conclusões do autor que serve de base para o desenvolvimento de uma proposta de teoria da comunicação. Para compreender mais sobre sua literatura, veja Machado (1988).

linguístico,¹² a assunção dos limites dos discursos jurídicos de motivação das decisões. É preciso assumir duas questões: que as palavras sofrem alterações de significados no processo de comunicação e que há um limite aos significados que se pode conceder às palavras dentro de determinado contexto.

Por isso, a partir desse giro linguístico, verifica-se que, a cada momento, as palavras podem assumir significados diversos a depender do que se pretende comunicar. Verifica-se, também, que há um limite de significados que as palavras podem assumir dentro do contexto em que são empregadas. Do ponto de vista do direito, esse pressuposto abre as portas de complexidade da atividade jurídica, uma vez que implica assumir que há variáveis possíveis de interpretação para a norma colocada dentro de cada contexto.

Justamente ao assumir essa complexidade, a atividade interpretativa jurídica adquire sentido, pois somente ao se colocar diante das diversas possibilidades é que o julgador pode procurar definir o que seria mais justo dentro de determinado contexto. A fundamentação das decisões judiciais assume, então, um espaço que precisa atender a determinada coerência. As teorias da argumentação colocam a questão em volta da problemática de trazer parâmetros que orientem a tomada de decisão no sentido de propiciar a escolha correta – ou a melhor escolha possível – para a resolução dos conflitos.

Robert Alexy (2007) buscou trazer uma teoria argumentativa que viabilizasse a aplicação de normas conflitantes a partir de uma distinção entre regras-norma e regras-princípio. Aquelas trariam diretrizes de máxima efetivação nas medidas fáticas e juridicamente viáveis (mandamentos de otimização) e estas trazem diretrizes fáticas e juridicamente exequíveis (mandamentos definitivos). A diferença substancial entre elas é que os princípios possibilitam graus de cumprimento ao passo que a norma é ou não cumprida.

¹² O giro linguístico, cumpre esclarecer, decorreu justamente do reconhecimento de que as palavras não possuem um significado ontológico. A interpretação da norma, por isso, não é certa já que o texto da norma pode assumir diversos significados. Ludwig Wittgenstein foi um dos filósofos que desenvolveu, entre dois momentos distintos de seu pensamento, essa mudança na compressão da linguagem. No primeiro, Wittgenstein (1974) buscava resolver o problema da linguagem, mas acabou por concluir em sua obra *Tractatus* que as palavras eivadas de um sentido próprio seriam inviáveis (MONK, 2005). No segundo, Wittgenstein (2001) assumiu que as palavras só possuem significado a partir do seu uso. A linguagem seria colocada, assim, como um jogo cujo contexto define as regras de significação das palavras. O uso das palavras definiria os significados que elas poderiam assumir em determinado jogo de linguagem. Desta forma, Wittgenstein colocava a linguagem como constitutiva de uma forma de vida na medida em que possibilita uma certeza do significado concedido às palavras (MONK, 2005).

A preocupação de Robert Alexy é afastar a complexidade de pensar essa gradação das regras-princípio, por isso propunha uma ponderação entre regras-norma e regras-princípio que fizesse um sopesamento entre os valores para definir qual possui maior peso dentro do caso concreto. Isso envolveria três princípios: adequação (idoneidade), necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação consistiria na idoneidade do meio utilizado, a necessidade trata da avaliação da real necessidade do uso do meio eleito e a proporcionalidade em sentido estrito se faria pela máxima de que “quando mais intensiva é uma intervenção em um direito fundamental, tanto mais grave devem pensar os fundamentos que a justificam” (ALEXY, 2007, 68).

O problema dessa proposta de Alexy é apontado por Klaus Günther (2004): não se trata de sopesar valores. A escolha da decisão mais adequada faz-se por uma análise deontológica que não coloca uma norma como superior a outra, pois todas elas, sejam normas ou princípios, possuem a mesma força de validade. Mais que isso, Alexy acredita na possibilidade de se afastar a subjetividade do processo decisório a partir da eleição de quais valores eleitos nesses princípios positivados poderiam ser considerados para decidir. A tarefa interpretativa, entretanto, não comporta esse momento de separação que permita eleger uma divisão absoluta e hierarquizada entre normas e princípios.

Uma teoria argumentativa deveria considerar a complexidade da tarefa interpretativa dentro de três perspectivas: primeiro de haver uma obrigação de seguir a regra pré-estabelecida, segundo de como decidir qual regra seguir quando há um conflito de comandos e terceiro se há uma hierarquia de comandos entre regras e princípios.

O exemplo mais sensível para tratar essas questões seria o caso abordado por Kant: um indivíduo que possui uma criança perseguida pela polícia prussiana deve seguir a regra de não mentir à polícia e entregar a criança ou deve mentir e salvar uma vida? A questão colocada por Kant e revisitada por Klaus Günther (2004) e envolve as três questões. Primeiro se o indivíduo deve seguir a qualquer custo a norma estabelecida, tal como proposto pelo positivismo jurídico; segundo se há um conflito entre normas, pois, no caso, há uma norma que determina não mentir e um princípio que determina manter a vida de uma

criança e terceiro se haveria um peso entre regras e princípios para determinar a resolução do caso concreto (MARTINS e OLIVEIRA, 2006).

Günther (2004) argumenta que não existe uma distinção de forças entre normas e princípios. Ele defende a consideração de ambos para a determinação do melhor argumento. Essa opção é importante porque é a partir da escolha entre qual argumento tem a melhor resolução para o caso concreto que a decisão correta seria encontrada.

Seguir a regra de forma estrita, dentro da proposta do positivista que descrevíamos, ignora a própria conformação do ordenamento jurídico como conjunto de várias regras e princípios constituídos dentro do que uma determinada comunidade considera como importante. No caso de Kant, por exemplo, a regra diz para entregar a criança e não mentir, mesmo que isso implique a morte da criança ao passo que um princípio diz que se deve proteger a criança. Assim, o que o princípio faz não é determinar que a criança não seja entregue, mas orienta a própria forma de compreender as normas.

Ademais, não bastaria ser um princípio de determinado indivíduo pertencente à comunidade. É preciso que tal princípio geral seja compartilhado dentro do grupo. É a partir desses princípios gerais em comum que determinadas regras e princípios são formados no coletivo para gerenciarem a decisão dos casos concretos. Nesse sentido, seria preciso considerar, por exemplo, que os princípios constitucionais de probidade e moralidade da administração pública têm seus fundamentos nos princípios gerais dessa comunidade e que, como regras e princípios positivados, eles possuem o mesmo peso que outras regras, tal como o devido processo legal.

Essa proposta de Günther coaduna com a argumentação feita por Ronald Dworkin (2002; 2007) ao indicar que um ordenamento jurídico não pode ser considerado somente como um conjunto de regras, pois há uma razão pela qual as regras foram estabelecidas – uma aplicação íntegra do direito. Os princípios gerais da comunidade, que fundamentaram a criação dessas regras bem como a continuidade da aplicação delas, dependem da interpretação do que se verifica ser mais coerente com a intenção da formulação daqueles preceitos.

Se as pessoas entendessem a legislação formal apenas como uma questão de soluções negociadas para problemas específicos, sem

nenhum compromisso subjacente com nenhuma concepção pública mais fundamental de justiça, elas estabeleceriam uma nítida distinção entre dois tipos de embate com seus concidadãos: os que pertencem à esfera de alguma decisão política do passado e os que lhe são extrínsecos. A integridade, pelo contrário, insiste em que cada cidadão deve aceitar as exigências que lhe são feitas e pode fazer exigências aos outros, que compartilhem e aplicam a dimensão moral de quaisquer decisões políticas explícitas (DWORKIN, 2007, 230).

A integridade do direito envolve buscar uma coerência argumentativa na escolha da decisão mais adequada para o caso concreto em virtude de a interpretação das normas ser condizente com os princípios gerais da comunidade. A integridade consiste em assumir que, para além da coerência argumentativa, o direito precisa corresponder aos princípios pelos quais suas regras foram formuladas, caso contrário, a interpretação formulada não possui sentido. A interpretação das normas de forma a construir a decisão mais correta para o caso concreto exige assumir que a interpretação das normas e a construção das narrativas sobre os fatos são atividades complexas. Esse processo de escolha da decisão envolve juízos de um dever moral – deontológicos – sobre as regras e os princípios estabelecidos, o que exige uma tarefa interpretativa sobre os usos das palavras tanto do texto das regras como das narrativas apresentadas dentro do caso concreto.

A questão do reconhecimento de regras e princípios como dotados de mesma força na definição de resolução do caso concreto implica considerar que a comunidade não pode ser tida meramente como um acidente de fato ou ainda por puramente aceitarem o compromisso contratualista. É preciso que a comunidade seja vista como um ser que compartilha princípios comuns e, justamente por acreditar nesses princípios, busca sua efetividade na resolução dos casos, mesmo que isso implique afastar a aplicação de determinada regra em prol da integridade da decisão.

As regras são criadas a partir de princípios que foram eleitos como importantes para determinada comunidade. Violar a concepção desses princípios a partir da aplicação dessas normas seria, minimamente, incongruente. Mas isso não significa que o intérprete está vinculado à intenção inicial da norma. Poderia se dizer que considerar os motivos de criação de determinada norma é importante para compreensão das razões pelas quais a regra foi criada. A interpretação da norma, todavia, é necessária para se saber em que caso deve ser aplicada de

acordo com os princípios gerais que regem a comunidade na época. A remissão ao passado envolve mais que uma compreensão do que foi decidido anteriormente, envolve a imposição de sempre seguir essa interpretação (DWORKIN, 2000; 2002; 2007).

A interpretação dessas normas, apesar de comportar diversas variações de como devem ser aplicadas, encontraria, dentro do caso concreto, uma determinada limitação de soluções que podem ser apontadas para o caso concreto. Dentro dessa compreensão do direito, não há como sustentar determinadas interpretações que neguem outras normas ou que contrariem os princípios gerais dessa comunidade. Daí a importância da consideração do direito não só como justiça ou equidade a ser concedido a cada caso, mas como integridade. Esse elemento que traz à decisão um patamar que permite limitá-la, torna possível apontar a melhor decisão para o caso, mesmo que isso exija que o intérprete se afaste da aplicação de determinadas normas.

A proposta de integridade do direito de Dworkin é relevante por direcionar a atividade interpretativa de forma complexa e de acordo com os princípios gerais da comunidade que fundamenta a criação e manutenção das regras estabelecidas. Porém, precisamos assumir que o contexto do jogo de linguagem do direito brasileiro é peculiarmente distinto do mundo jurídico baseado no qual Dworkin formulou sua proposta. A própria concepção de equidade está na base da tradição anglo-americana, de modo que há um certo sentido dentro da proposta de Dworkin que dialoga com essas premissas. Os princípios da comunidade formulados por Dworkin correspondem às regras formuladas pela construção jurisprudencial. No sistema civilistas, os próprios princípios encontram-se positivados, de modo que é preciso analisar a regra positivada para dizer se ela seria uma regra ou um princípio. A concepção de que os princípios gerais externos ao ordenamento jurídico devem determinar a decisão não constitui, portanto, a proposta do sistema civilista.

Conquanto as distinções de plano de fundo sejam alarmantes entre os sistemas civilista e *common law*, às vezes, o movimento entre esses sistemas

demonstra uma constante tensão que permite a manutenção de certos princípios ativos em paralelo a inovações que se intercambiam entre esses sistemas¹³.

No nosso caso, consideraremos que a proposta em si sobre a interpretação do direito de Dworkin encontra certo sentido dentro do sistema jurídico civilista. Mesmo que o sistema jurídico brasileiro não seja orientado pelas regras formuladas nos precedentes jurisprudenciais, pode-se perguntar de que maneira as normas jurídicas se relacionam, dialogam e reproduzem os princípios gerais da comunidade. Quanto ao julgador brasileiro, também lhe seria válido considerar as regras e os princípios positivados para balizar a sua interpretação da forma mais coerente e justa possível. A estipulação da aplicação da equidade, somente diante da lacuna da lei, perde o sentido para o sistema civilista, pois o julgador do sistema brasileiro se coloca na atividade de compreender a complexidade da aplicação das regras e dos princípios em busca da decisão mais coerente.

Em suma, caso o julgador brasileiro, assim como um pertencente à cultura *common law*, coloque-se diante da tarefa de decidir de forma íntegra, às vezes terá que afastar a aplicação de normas para encontrar a decisão mais adequada. A questão é que esse julgador usualmente recorre a regras que tragam uma margem de motivação para exceções, tal como o princípio do livre convencimento do juiz que tratámos a partir de Fonseca (2012). A problemática, portanto, estaria não no uso referencial de Dworkin, mas no Supremo veicular no uso do princípio do livre convencimento da mistura entre direitos e privilégios. Isso porque, como desenvolveremos no terceiro tópico deste capítulo, nosso sistema jurídico repercute uma forma de gerir o mundo cívico que comporta essa mistura (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2011).

Trataremos primeiro do Supremo como instituição, pois precisamos esclarecer como a Corte se vincula à linguagem técnica do direito com a formulação de diversos argumentos relacionados a teorias jurídicas. Essa argumentação teria por finalidade, como veremos a seguir, trazer legitimidade ao discurso criado por acreditar que a coerência desse discurso, por si só, já

¹³ Para saber mais sobre essa relação e as possibilidades de estudo comparado entre os sistemas jurídicos do *common law* e civilista, veja Garapon e Papadopoulos (2008). Nessa obra, os autores buscam o tratamento entre esses dois sistemas sobre o acesso à justiça como um direito ou como algo disponível a todos.

demonstraria uma integridade da decisão escolhida dentre as várias possibilidades que aquele conjunto de normas – sejam elas regras ou princípios positivados – e de fatos narrados possibilitavam interpretá-las. Posteriormente, trataremos da problemática dos liames entre o público e o privado.

1.2 DENTRO DO SUPREMO: FABRICANDO ARGUMENTOS

A proposta de analisar a prática da tarefa interpretativa do Supremo possui como finalidade a compreensão de como a Corte realiza essa interpretação. Essa hipótese é que a forma de construir a decisão da Corte sinaliza se há por parte do julgador ao menos uma intenção de buscar a melhor decisão para o caso concreto. Essa perspectiva possibilitaria pelo menos considerar a hipótese inicial de que a Corte promove suas decisões caso a caso tentando atender à integridade do direito. Ou seja, procuraremos constatar se a interpretação é guiada por esses princípios ou se é meramente considerado um sistema de normas sem um sentido interpretativo.

A visão de como o Supremo constrói suas decisões pode ser bastante distinta do que pensaria o operador do direito (SETA, 2015). Para compreender os argumentos utilizados dentro da decisão da Corte, é preciso focar, assim como Latour (2010) fez, um olhar dentro do Tribunal. O corpo coletivo que forma essa decisão não se limita ao colegiado de 11 ministros, pois todo o quadro de funcionários e interlocutores da Corte possuem um papel dentro dessa produção. Esse caráter coletivo das decisões mantém a uniformidade nos procedimentos de tomada de decisão para se manter operante (DOUGLAS, 1998).

A formação desses procedimentos, pelo que se percebeu na pesquisa de campo, é feita a partir de consensos que demonstram um coletivo institucional tendente a formar regras de comportamento padrão para criar uma ação coordenada¹⁴. Por exemplo, dentro do Supremo viu-se que o gerir dos processos exige consenso sobre o controle de sua entrada em cada local do Tribunal bem como de sua saída de cada setor. Inicialmente, havia o consenso de que era preciso controlar por onde o processo passava, para possibilitar o registro do que foi feito no processo e para ele ser localizado com facilidade. Trata-se de uma convenção formada pelo coletivo. O processo não entra em outra seção sem a

¹⁴ A pesquisa em questão consiste na etnografia apresentada em dois trabalhos anteriores sobre o processo de formação da jurisprudência do STF (SOUZA, 2012b; 2013).

certificação do recebimento da seção da qual ele saiu. É necessário fazer os registros no sistema, ver se há dados indicados para serem fornecidos, etc. A norma escrita não prevê a necessidade de se controlar os deslocamentos do processo pelo Tribunal, mas as convenções sociais se formaram em volta dessa necessidade de se saber onde está o processo para possibilitar, por exemplo, o direito de acesso aos autos pelas partes e pelo advogado (art. 5º, XXXIII, CF/88 e art. 7º, XV, Estatuto da Ordem).

Para essa convenção coletiva ser aceita, ela deve envolver a uniformização do comportamento dos indivíduos ao novo padrão. Para tanto, é preciso que haja uma forte orientação do coletivo em seguir a convenção no sentido de ser constante ou resistente a mudanças. Muitas vezes, dentro da visão de Douglas (1998), esse padrão seria atingido por estar fundamentado em um senso de justiça coletivo. A crença coletiva em uma finalidade principiológica dessa convenção traria força à manutenção do procedimento adotado.

O exemplo que se pode trazer da pesquisa sobre o funcionamento do Supremo é em relação ao procedimento de decisão dos diversos recursos extraordinários e agravos de instrumento que chegavam à Corte pela “ausência de cabimento ante o não cumprimento de requisitos processuais”. As estatísticas e a pesquisa de campo registraram um volume crescente de recursos na Corte. Esses processos exigem uma resposta. O procedimento de decisão padrão levou a consolidar as decisões em forma de barreiras jurisprudenciais e legais. Além de constantemente negar os recursos com base nas súmulas, algumas alterações legais foram promovidas para poder selecionar um número menor de recursos para julgamento. A negativa dos recursos pelo uso das súmulas de barreira não trazia um procedimento aceitável do ponto de vista do princípio coletivo de que o Supremo deveria julgar somente as questões mais relevantes porque as barreiras não permitiam detectar o que seria importante para a Corte decidir. Essa visão principiológica foi percebida como um dos fatores que determinou a mudança dos procedimentos para receber esses processos e dividi-los por temas e julgá-los em blocos até que as regras foram alteradas. Desta maneira foi criado o sistema da repercussão geral e da vinculação ao firmado jurisprudencialmente por meio de súmula vinculante.

O processo de criação de consensos sobre como decidir leva à primeira questão que se suscitou: se a Corte teria ou não preocupação com a atividade interpretativa a ser guiada pela busca do melhor argumento. Esse exemplo gera a percepção de que a Corte não assume a tarefa interpretativa como complexa. Isso se dá devido ao fato de as súmulas vinculantes e o sistema da repercussão geral criarem um espaço, dentro da Corte, de crença em um sistema positivista no qual seria possível vincular sentido aos enunciados.

Sobre essa ilusão da redução de complexidade, não se pode deixar de mencionar o trabalho que Paulo H. Blair de Oliveira (2006) desenvolveu sobre o uso dessas súmulas vinculantes. Ele mostra, de maneira muito convincente, que elas não reduzem à complexidade, mas a aumentam. As instâncias que precisam aplicar essas súmulas acabam por ter que enfrentar a complexidade sobre a adequação da súmula ao caso concreto.

É necessário informar que há situações em que a Corte busca estabelecer um *distinguishing*, ou seja, excetuar as decisões de acordo com o caso concreto. O padrão precisa ser quebrado para que uma decisão diferente seja tomada justamente para atender aos critérios de justiça, equidade e integridade. Dos dados de campo, por exemplo, tem-se um retrato sobre a construção coletiva da seleção de argumentos para motivar uma decisão tomada diferente da usual:

O primeiro caso foi entre um analista judiciário e um estagiário; este estava preparando uma minuta de voto de um pedido de habeas corpus para um homem jovem que foi encontrado com uma certa quantidade de maconha (cannabis).

Analista: Qual é o caso?

Estagiário: É sobre tráfico de drogas. Um cara com maconha na 'festinha' da Universidade.

Analista: Então? Você não sabe o que fazer? Nosso ministro nunca libera ninguém envolvido com tráfico de drogas ou estupro.

Estagiário: Eu sei... mas é que não é realmente tráfico, sabe?

Analista: Explica aí.

Estagiário: Ele estava com droga, mas não tem prova de que ele estava vendendo isso. Ele não tinha dinheiro com ele. Eu acho que ele estava dividindo a droga com os amigos para usar mesmo na festa.

Analista: Possível... Mas você sabe que não podemos dizer isso! Isso não é sobre o que ele provavelmente estava fazendo.

Estagiário: Sim, mas a punição por uso de droga é só advertência... E ele já está preso esperando julgamento por dois anos.

Analista: Entendo... Pesado mesmo... Qual é a idade dele?

Estagiário: Ele tinha 18... E eu fiz uma pesquisa na internet e achei que essa quantidade de droga serve para 5 caras em uma noitada... Eles eram seis pelo depoimento.

Analista: E os outros caras? Eles foram presos?

Estagiário: Não, a droga estava na mochila do garoto preso e ninguém dividiu a culpa.

Analista: Bem... Vamos ver! Prepare um voto. Mas você não pode simplesmente dizer que ele só estava usando drogas. A gente não decide isso em habeas corpus. Isso é somente sobre ele esperar o julgamento solto.

Estagiário: Ok! Eu vou ver alguma coisa sobre o tempo dele esperando! Eu acho que vi uns precedentes que dizem que não podemos manter alguém preso tanto tempo esperando julgamento!

Analista: Você está certo... Me mande a proposta de voto, eu vou falar com o Ministro.

Estagiário: Tudo bem!

Depois de duas semanas, o estagiário estava celebrando no intervalo do café da tarde. O ministro havia aceitado soltar o rapaz. Nesse caso, a decisão foi feita porque havia uma convicção de que o preso estava somente usando drogas e sua punição já havia sido demais. Eles não poderiam decidir o caso porque a Corte não tinha competência para apontar a inocência por essa ação, mas poderia soltá-lo. Para motivar o caso, entretanto, foi preciso procurar outros argumentos que fossem aceitos pelo campo. Para o preso – caso soubesse como seu caso foi decidido – isso poderia parecer injusto que ele só iria aguardar em liberdade somente para ser preso novamente no final do processo, mas, para a Corte, essa era a decisão justa, ou ao menos a mais justa que poderia ser concedida.

Essa era a decisão justa para eles, porque eles conhecem o sistema. Quando questionei a analista sobre essa questão, ela parecia espantada com a minha falta de percepção. Ela me explicou que conhecia bem o sistema e que sabia que o rapaz não seria condenado por um tempo muito superior a dois anos por tráfico de drogas sendo réu primário e com aquela quantidade de drogas. Ela sabia que ele não voltaria para a prisão. O ato de conceder, para eles, era mais que uma soltura para aguardar o processo em liberdade. Era a libertação dele da prisão injusta em si. Perguntei a ela sobre o registro que ficaria de tráfico de drogas nos antecedentes penais dele. Perguntei, também, se ela não consideraria aquele registro injusto, pois o rapaz em questão não deveria ter sido acusado por tráfico. Ela disse que “esse vai ser um problema. Certamente, mas fizemos o que podíamos dentro do que nos é ofertado”. O caso não havia sido julgado ainda. Assim, a competência de revisar da Corte não poderia ser articulada. A regra escrita limitava a atuação¹⁵.

Nesse caso levado ao estudo, debatia-se a ideia de que os consensos sociais sobre um senso de justiça – de qual seria a decisão justa – influenciavam diretamente no modo de decidir os conflitos levados à Corte por meio dos processos. A narrativa da “falta de percepção” está no deslocamento de um olhar externo que não tem a sensibilidade de compreender que há uma construção na

¹⁵ Esse texto corresponde a uma nota de campo que foi feita e analisada dentro do estudo realizado sobre o funcionamento do STF (SOUZA, 2012b).

justificativa da decisão. O coletivo da Corte opera com a necessidade de buscar nos argumentos jurídicos que são válidos e que, portanto, são capazes de trazer legitimidade à construção de uma decisão compreendida coletivamente como “justa”. Se o padrão de comportamento fosse negar os pedidos de *habeas corpus*, a identificação do estagiário com o acusado – que também era um universitário – pode tê-lo levado a pensar que se tratava de um caso diferente. A partir desse ponto, o intérprete verificou as possibilidades de distinção do caso concreto e das diferentes narrativas que poderiam ser sustentadas para formar uma decisão.

O jogo de argumentação da decisão precisava ser adaptado para uma nova situação. As inscrições feitas a partir da interpretação das narrativas trazidas ao processo conformam-se para construir esse discurso que veicula a decisão que se caracteriza como “justa”. Compreender esse processo de criação é relevante para aceitar que há um certo sentido, pela prática do funcionamento da Corte, na escolha da decisão.

Esse processo de produção da decisão sugere que o coletivo preocupasse com a procura por uma solução que seja considerada a mais justa possível, mas exteriorizada, de forma vinculada ao formalismo do direito – mesmo que isso implique em criar um argumento completamente desconectado com a real razão de decidir. A construção das decisões dentro desse formalismo, em suma, decorre de uma percepção do Supremo e do coletivo que interage dentro dele, de que suas decisões seriam legitimadas pela aparente sensação de imparcialidade quanto ao resultado do julgamento.

É preciso considerar que as decisões da Corte possuem uma séria problemática, pois esse processo de produção das decisões gera, muitas vezes, discursos incoerentes que não explicam as reais razões de decidir. A Suprema Corte, dentro desse contexto, poderia estar decidindo, na verdade, em razão de uma posição casuística, para atender às questões políticas sem qualquer atenção à integridade.

Mas, mesmo que se considere esse oscilar no tratamento do ordenamento jurídico a ser interpretado, essa análise macro não nos fornece indicativos de que essas decisões seriam feitas de forma casuística para atender questões que contrariem a integridade do sistema jurídico. O que se pode concluir, até aqui, é que há duas ordens de complexidade na tarefa decisória:

primeira a de construir um discurso sobre os fatos narrados ao longo do processo e segunda a de tomar uma decisão para o caso concreto que atenda ao critério do “fazer justiça” desse coletivo que produz as decisões da Corte.

Nosso próximo ponto é compreender o tratamento do discurso principalmente veiculado e debatido dentro dos dois casos em estudo: o tratamento do processo penal brasileiro aos acusados. Compreender o sistema de provas processuais, que foi articulado em ambos os casos, é-nos importante, pois é a partir da quebra da coerência no uso desses argumentos ou da verificação de que havia outras possibilidades interpretativas que atendessem mais ao critério de integridade que podemos perceber as razões de decidir que estavam relacionadas às questões de governança e de governabilidade do País.

Nesse sentido, antes de seguirmos, trataremos um pouco mais sobre as concepções de “fazer justiça” a partir da perspectiva do tratamento do processo penal pelo Supremo Tribunal Federal.

1.3 ENTRE VÁRIOS DISCURSOS SOBRE O PROCESSO PENAL BRASILEIRO

A repercussão penal nos casos Collorgate e Mensalão exigiu que o Supremo dialogasse com regras estabelecidas para o tratamento do processo penal. Nessa seara, a interpretação sobre o sistema processual penal permite uma ampla margem de articulação de argumentos tal como veremos dentro dos casos concretos. A proposta desse tópico envolve o tratamento de duas questões. Primeira sobre quais seriam as aberturas que o sistema jurídico possui para uma movimentação dos argumentos para se formular suas decisões, sejam elas adequadas ou não e, segunda sobre a compreensão da distinção de tratamento pelos sistemas de direito e de privilégios que supramencionamos.

A construção das provas no processo, seja ele penal ou cível, requer um complexo procedimento de textualização por inscrições, pois exige que os funcionários da Corte extraiam significados das petições que consistem em narrativas sobre a verdade – ou uma versão dela – que se demonstram por uma textualidade somada a diversos documentos.

O segundo passo da textualização seria transformar a interpretação feita sobre essas narrativas em argumentos que fazem sentido dentro da linguagem do

direito. Posteriormente, a solução para o conflito colocado pelo caso concreto é sustentada a partir do que se interpreta das normas gerais e abstratas que lhe são preestabelecidas para solucionar os casos. A atividade de textualização do discurso judicial é feita a partir do encontro de duas literaturas, tal como descrito por Latour (2010)¹⁶ em sua pesquisa: a dos fatos e a do direito, de modo que o conflito seja traduzido às categorias jurídicas.

A discussão jurídica, de modo geral, transforma as narrativas dos agentes em outra coisa. Por exemplo, “João” construindo pontes para beneficiar a si mesmo com o dinheiro da prefeitura é traduzido como um crime de “peculato-desvio” que, para haver responsabilidade, precisa ser demonstrado que havia “dolo” por parte do “agente”. Desse ponto em diante, os indivíduos em si não são mais diretamente discutidos. O que se discute são as regras relativas a essas classificações criadas para os “tipos” de conflitos.

O encontro dessas literaturas é percebido dentro da Suprema Corte brasileira (SOUZA, 2012b; 2013; SOUZA e ABREU, 2013; LEWANDOWSKI, 2014; SETA, 2015) na medida em que o coletivo do Supremo considera a criação dos votos dos ministros de forma a dialogar com o que é documentado dentro do processo, pois “o que não se consegue provar nos autos não pode ser considerado verdade”. Essa é a regra, pois há várias exceções que permitem a atuação do ministro na busca de seu convencimento sobre a verdade para solucionar o caso concreto devido ao fato de que são possíveis interpretações diversas dos documentos trazidos aos autos.

No caso de um processo penal, várias figuras trazem informações ao juízo. Especialmente podemos destacar o Ministério Público e a defesa – seja na figura do acusado seja na sua defesa técnica – que podem trazer ao juízo testemunhas ou informantes que podem somar dados pelos seus relatos.

Os vários fragmentos de versões de uma verdade sobre os fatos ocorridos são aglomerados em diversas folhas numeradas e catalogadas dentro do “momento processual” de se colher cada uma dessas possíveis informações.

¹⁶ Bruno Latour possui diversos trabalhos em que propõe a pesquisa de campo baseada no desenvolvimento de uma microssociologia dos fatos. Nesse estudo tratamos diretamente sobre a pesquisa de campo sobre o processo de construção das decisões dentro do Conselho de Estado Francês. A obra é interessante por demonstrar como as mesmas questões de construção das motivações de descobertas em um laboratório (LATOUR e WOOLGAR, 1997), encontram-se igualmente dentro dos gabinetes dos julgadores. Sobre Latour, veja-se Abreu (1994).

Por exemplo, a regra dentro do processo penal é que as sustentações e até mesmo as testemunhas de acusação sejam ouvidas antes que as da defesa, pois isso facilitaria o desenvolvimento da defesa do acusado. Se esta ordem não é respeitada, em regra, todo o colhimento das informações não pode ser mais utilizado e precisa ser feito novamente. No caso Collorgate, porém, veremos que ao aplicar regras do processo penal ao *impeachment* do ex-Presidente Collor, essa regra não foi assegurada. Há uma ampla margem de consideração, portanto, dessas regras positivadas.

Cumprir recordar, também, que essas múltiplas vozes podem estar no mesmo testemunho. Como há repetidos momentos entre a investigação e o julgamento dos casos em que as testemunhas, a acusação e a defesa se manifestam, há vários discursos em paralelo. Às vezes a testemunha afirma algo durante a investigação e, posteriormente, nega a informação em fase judicial. Nem sempre se pode atribuir as mudanças no discurso trazido a uma tentativa dos participantes de manipularem o resultado do julgamento. Na verdade, o maior problema das repetidas sustentações é que a memória do testemunho é fragmentada e, com o tempo, os fatos podem ser esquecidos ou rememorados de outras formas (SOUZA, 2012a).

Esse aglomerado de informações afirma-se, reafirma-se, nega-se e questiona-se entre si, mas segue para análise dos gabinetes do chamado “ministro relator”. Posteriormente ainda segue para o gabinete do “ministro revisor”. É nesses locais que os funcionários dos ministros preparam o enredo sobre o que ocorreu a partir das informações trazidas ao processo. A construção desse enredo envolve a busca por informações que igualmente são requeridas pelo julgador, como solicitar a apresentação de relatórios por parte da perícia e assim por diante.

A narrativa de uma decisão do Supremo possui características de um padrão quanto ao modo de expor as informações. Usualmente se identifica o caso e as acusações feitas em termos de dispositivos legais. Na sequência é exposta a argumentação da acusação e, em seguida, a da defesa. Alguns processos assumem uma dinâmica maior, porque o deslocamento entre várias instâncias de julgamento faz com que haja mais de uma manifestação do órgão de acusação,

mas a maioria dos relatórios contam com transcrições literais de trechos longos das narrativas trazidas ao processo.

Quanto às exposições no processo, não podemos exigir que a Corte considere as exposições feitas pelas partes. A pesquisa de campo no Supremo indica um constante olhar de suspeita sobre os argumentos apresentados, pois é preciso conferir as fontes e realizar uma ampla pesquisa sobre o tema independente do que foi apresentado ao Tribunal (SOUZA, 2012b; 2013). O convencimento sobre a solução para o caso concreto pode estar muito mais ligado às convicções pessoais do julgador sobre as informações que obteve, de modo que a reprodução dos argumentos apresentados pelas partes pode consistir em simples acaso.

O sistema processual penal, como dizíamos anteriormente, permite essa abertura por parte do julgador devido ao princípio do livre convencimento o qual outorga que ele busque a criação de provas contra os acusados ou a favor deles por conta própria (FONSECA, 2012). Essa possibilidade envolve algumas problemáticas do ponto de vista jurídico, pois gera certas inconsistências dentro do sistema penal que preza, em um modelo de Estado Democrático, por instâncias de acusação e julgamento distintas.

Ocorre que, dentro da proposta liberal-democrática, o controle da sociedade pela punição dos desvios, e a imposição das normas possui um contraponto dentro da própria construção do sistema jurídico especialmente o penal, que trata da construção de discursos jurídicos de limitação do poder de punir.

Conforme Ferrajoli (2009), esse discurso está relacionado à secularização do exercício da punição em relação a assumir uma motivação para punir que seja extrínseca à moral. Essas formulações foram acompanhadas por uma necessidade, ante ao afastamento da moral, de certo rigor no controle da resolução dos conflitos. Em busca de maior controle, as regras teriam que ser impostas previamente de forma estrita para reduzir a margem de discricionariedade do julgamento e a possível contaminação da aplicação do direito por critérios pré-estabelecidos por questões subjetivas de cunho moral-individual.

A agenda do Estado liberal-moderno teria, portanto, imposto uma postura neutra de interesses individuais na gestão das questões coletivas, especialmente por esse Estado ser pautado por um utilitarismo desse coletivo. Nas palavras de Ferrajoli (2009, 222):

[...] la separación externa, es un principio político del liberalismo moderno – meta-jurídico y meta-moral – que sirve para fundamentar la autonomía recíproca de las dos esferas. El derecho y el estado – con arreglo a esta opción laica y liberal – no sólo no poseen ni encarnan valores morales desvinculados del interés de las personas y menos aún ser fines en sí mismos, justificándose sólo por el cometido de perseguir fines de utilidad concreta en favor de los ciudadanos y principalmente de garantizar sus derechos y su seguridad. [...].

O direito penal, desta forma, assumiu um dever não de moralmente reprimir condutas, mas de “impedir que danos sejam causados a terceiros”. A fundamentação de ser previsto em lei é que a conduta danosa é reprovável porque se protege determinados bens jurídicos. O processo penal não poderia mais ser regido por questões pessoais sobre a personalidade do réu ou demais questões subjetivas, mas tão-somente por critérios objetivos relacionados ao que se pode ser provado ou refutado pela acusação e pela defesa.

O juiz não poderia, assim, fazer julgamentos morais sobre os atos praticados pelo acusado. Por fim, a punição não poderia ter fins morais quer de reprovação quer de recuperação moral do condenado. A punição deveria ser personalizada e diferenciada para cada acusado com base em fins éticos ou terapêuticos.

Em suma, o argumento é colocado de forma universalizante, mas consiste na percepção de que as garantias penais ou processuais penais consolidariam a impessoalidade no julgamento. O Estado Democrático de Direito assumiria esse papel de se opor ao Estado de Polícia, ou seja, os limites da lei seriam um limite para os que governam não oprimirem as liberdades dos governados.

Esse discurso moderno-liberal para uma defesa dos direitos individuais adquiriu, desta forma, uma feição de limitador do poder de punir. O garantismo, desenvolvido sobre as bases desse discurso limitador do poder de punir, busca assegurar fronteiras a esse poder por meio de métodos e critérios objetivos predefinidos para determinar os meios de solucionar questões consideradas fundamentais: se, por que, quando e como castigar, proibir e julgar?

Essa mudança do discurso traria uma intensificação do uso do poder punitivo por ele ser ritualizado, no sentido de procedimentos legais, para a manutenção da defesa dos indivíduos a partir de diversas garantias, tais como o julgamento isento, a presunção de inocência, a ampla defesa e o contraditório, dentre outros elementos constitutivos do sistema penal contemporâneo. O cumprimento desses direitos é necessário para se cumprir o chamado “devido processo legal”.

A efetivação do devido processo legal foi ainda correlacionada à concepção de juízo autônomo, dentro da divisão dos poderes do Estado, em prol da manutenção da certeza do julgamento impessoal, mais especialmente para evitar que a vontade da maioria se coloque contra um inocente:

[...] Este [princípio da verdade] se funda, a su vez, en la necesidad de preservar de la opresión de la mayoría no desviada precisamente a aquel al que se supone desviado, de tal manera que un juez pueda absorvelo incluso contra la voluntad de todos. Por razones diversas pero convergentes, la verdade del juicio y la jurisdicción penal, requeeren órganos terceros e independientes de cualquier interés o poder: la verdad, por el carácter necesariamente libre y desinteresado de la investigación de llo verdadeiro; las libertades – de las libertades políticas –, porque equivalen a otros tantos derechos de los particulares frente el poder y los intereses de la mayoría. [...] (FERRAJOLI, 2009, 545).

A oposição do indivíduo contra toda sociedade precisaria de uma proteção de imparcialidade de julgamento pelo desequilíbrio da relação. Beccaria (2011) ressalta que um acusado contra toda vontade da sociedade de puni-lo exige uma garantia de que cada indivíduo, quando vier a ser incriminado, tenha a possibilidade de contrapor, ou seja, de contestar toda a verdade sobre os fatos que são colocados contra ele.

Mas, por outro lado, vimos que o processo decisório sempre envolve juízos deontológicos de forma que essa proposta positivada no art. 5º, incisos XXXV¹⁷, LIV e LV, da CF/88, não consegue ser plenamente efetivada. Mais que isso, a legislação infraconstitucional permite e legitima que esses julgamentos morais sejam feitos. A despeito das críticas, o Código de Processo Penal brasileiro

¹⁷ Constituição de 1988, art. 5º, inciso XXXV: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...]”.

determina a regra do livre convencimento do juiz com uma releitura da “ótica constitucional”.

Grinover (1999) contextualiza que a atividade instrutória do juiz não teria correlação com o fato de o sistema penal ser acusatório ou inquisitivo. O primeiro sistema trabalharia com figuras distintas para acusação e julgamento enquanto o segundo reuniria as duas funções na figura do juiz. A característica de desenvolvimento das garantias penais e processuais penais pertenceriam ao sistema acusatório que propicia o espaço para a existência em s, do processo.

O princípio do livre convencimento do juiz, então, passaria a ser compreendido como uma ferramenta para se buscar a veracidade dos fatos, mesmo quando eles são considerados incontroversos. Essa função adviria não do tipo de sistema, mas da compreensão da função social exercida pelo julgador de conceder efetividade ao processo em sua busca de pacificar os conflitos sociais. A motivação ainda explicita a necessidade de se utilizar dessa função para possibilitar a superação das desigualdades entre as partes. A autora ressalta que esse poder não pode ser exercido de forma ilimitada, de maneira que as partes envolvidas – acusação e acusado – tenham a possibilidade de exercer um contraditório sobre as provas produzidas de ofício pelo juiz e que não sejam usadas provas consideradas ilícitas.

Grinover (1999) reconhece, ainda, que essa atividade do juiz seria compatível e adequada para uma visão do processo que busque a verdade possível. Desse ponto, o debate segue para um antagonismo sobre o tratamento do processo penal como ditado por uma busca da verdade material ou formal.

A busca da verdade formal encontra espaço em teorias usualmente associadas ao processo civil especificamente pela construção de que o juiz estaria adstrito ao que fosse comprovado nos autos. Não poderia o juiz, portanto, buscar espontaneamente promover diligências (BARROS, 2002). Por outro ponto de vista, o processo penal é narrado pelo dever do juiz de busca da verdade real. O juiz, assim, em um poder inquisitivo, procuraria em todos os meios de provas possíveis a relação –nexo de causalidade– entre a autoria e a materialidade da conduta criminosa descrita nos autos. Para isso, ele poderia agir *ex officio* para conformar um livre convencimento sobre os fatos que teriam ocorrido (AVOLIO, 2015).

Tal concepção de busca da verdade material é criticada pelos fundamentos que desenvolvemos sobre essa forma de condução do processo propiciar um grande espaço para abuso de poder, especialmente pela sua conformação ter sido promovida no seio de Estados de Polícia. Volta, então, a questão de que se considere a conformação do Estado Democrático de Direito dotado de certos limites a essa busca justamente para evitar abusos às chamadas liberdades públicas consagradas como direitos fundamentais de primeira geração (AVOLIO, 2015)¹⁸.

Em que pese ao debate entre esses posicionamentos, se bastante associado à ideia de distinção entre a disponibilidade dos direitos na esfera cível e penal, a diferenciação é falha em dois níveis: primeiro porque há direitos indisponíveis tanto na esfera penal quanto na esfera cível, segundo porque não há como se reconstruir a verdade real, pois, como dizíamos inicialmente, há várias percepções que são levadas ao processo as quais têm limitações de tradução. A verdade possível, chamada de processual por Ferrajoli (2009), nunca corresponde à verdade material.

A verdade processual, segundo Ferrajoli (2009), precisa de limitações metodológicas para que se evitem abusos. Afinal, a razão de se formular garantias penais e processuais penais seria justamente essa. Tais restrições seriam importantes, pois a busca irrestrita pela verdade real somente levaria a um discurso que propicia arbitrariedades. Dessa concepção de processo que o debate sobre a verdade possível com a conformação de provas indiciárias permite a conformação do convencimento livre do juiz sobre a existência ou não da autoria e materialidade do crime.

Recordamos, todavia, que pelo discurso de Grinover (1999), a atividade do juiz de buscar o livre convencimento em prol da resolução do conflito seria compatível com a visão da construção da verdade processual, porque permite que o juiz considere sempre as provas como indiciárias para a conformação do seu convencimento sobre qual seria a verdade mais próxima da realidade possível. De fato, a crítica à consideração da verdade processual, nesse contexto, não é focada em sua existência, pois não há como questionarmos que o processo

¹⁸ Sobre as gerações dos direitos fundamentais, leia Bonavides (2008).

penal não possui meios de reconstruir, de forma absoluta, os acontecimentos em julgamento.

Nosso ponto com o desenvolver desses argumentos é que estes propiciam diversas esferas de motivação que possibilitam a seleção do tipo de sistema que deseja impor aos acusados – inquisitório ou acusatório. Isso porque, em que pese ao fato de Grinover afirmar que a atuação livre do juiz não influencia ou não deriva de uma forma de sistema acusatório ou inquisitivo, há severas consequências dessa abertura que permitem a escolha de procedimentos que tragam uma responsabilização ou uma criminalização ou nenhum dos dois. A centralidade dessa questão é o espaço de legitimação do tratamento desigual entre diferentes acusados, o que ocorre pelas confusões que possuímos em nossa tradição sobre o meio cívico que permite que interesses particulares sejam veiculados como regras no espaço público (KANT DE LIMA, 1995; 2008).

Na verdade, há uma desarticulação entre a compreensão do espaço público, pois este compreende o ambiente do coletivo que restringe os interesses individuais. Esse âmbito deveria reverberar a igualdade de direitos, porém inserimos nessa esfera os anseios de tratamento das desigualdades que não são apagadas pela normatização da igualdade (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2011)¹⁹. Isso permite uma confluência entre noções de igualdade de direitos e tratamentos desiguais.

Cardoso de Oliveira (2011) explica que o discurso liberal de igualdade de tratamento reverbera princípios gerais de transparência e do interesse público na gestão da coisa pública. Estes estariam representados por uma “Ética”, com letra maiúscula, que está em confronto no espaço público com diversas “éticas”, com letra minúscula, particularistas que visam atender demandas de grupos específicos na forma de privilégios e benefícios.

É nessa seara que a distinção entre responsabilizar e criminalizar de Kant de Lima (2008) é importante para compreendermos os problemas relacionados à desigualdade de tratamento dentro do sistema processual penal brasileiro. A

¹⁹ Essa compreensão da igualdade efetivada pelo resguardar do tratamento dos desiguais de forma desigual é bem desenvolvida por Abreu (2013). Nesse texto, o autor demonstra como o campo jurídico remonta a Rui Barbosa para afirmar esse direito, todavia, os argumentos de Rui Barbosa foram descontextualizados, visto que compreendia que determinadas classes sociais não deveriam ter os mesmos direitos que as classes mais elevadas. O ponto do autor, portanto, é que Rui Barbosa pretendia, em seu discurso, reforçar as diferenças ao invés de reduzi-las.

abertura do livre convencimento do juiz possibilitaria o funcionamento de dois sistemas em paralelo: um que articula a responsabilização e outro que articula a criminalização. No primeiro, o processo penal respeitaria os direitos – traduzidos nas garantias penais e processuais penais – e concederia uma série de privilégios. O segundo repreende os crimes cometidos sob o fundamento do resguardar dos direitos e do tratamento igualitário, quando muitas vezes suprimidos. Ao primeiro, assim, aplicar-se-ia um tratamento desigual que propicia a incidência somente de consequências disciplinares ou preventivas e, ao segundo, a vigência de um tratamento igualitário de submissão e criminalização.

O discurso jurídico repetiria, dessa forma, uma aceitação da desigualdade entre os indivíduos que justamente seria a máxima da efetivação da igualdade em um sentido material. Isso se daria porque o tratamento dos desiguais é usualmente veiculado como um meio do julgador nivelar as diferenças entre as partes e propiciar uma igualdade mais substantiva.

A problemática dessa visão do sistema jurídico é que esse conceito de igualdade “material” ou “substantiva” propicia tanto um espaço de redução das desigualdades entre as partes como o aumento dessas desigualdades. Essa instrumentalização do direito para reproduzir desigualdades de forma a gerar privilégios a alguns traria uma perda de reconhecimento de legitimidade e de efetividade da prestação jurisdicional (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2011). A ilusão jurídica estaria em acreditar que a publicidade processual por si evitaria os espaços de privilégios dentro do exercício do sistema punitivo (KANT DE LIMA, 2008)²⁰.

O coletivo, nesse seguimento, é submetido ao sistema de direitos pela aplicação da lei. Esse sistema penal, todavia, usualmente submete primeiro os indivíduos ao crivo de um procedimento de investigação administrativo e inquisitorial por parte da polícia judiciária, cuja palavra é dotada de fé pública. Essa presunção é importante, pois, no momento do sistema acusatório no qual se exerce o contraditório, a ampla defesa e as demais garantias constitucionais não possuem mais uma presunção de inocência, mas sim uma obrigação de provar sua inocência ante a narrativa dotada de fé pública.

²⁰ Sobre a questão da igualdade na prestação jurisdicional, veja, também, Abreu (2013).

Kant de Lima (2008) indica que aos agentes públicos não é imputado esse sistema de igualdade formal, pois o sistema de responsabilidade deles é traduzido juridicamente mais em termos de tratamento disciplinar pelo “desvio de conduta” e conforma diversos privilégios e distinções de tratamento. O processo penal, quando existe, acaba sendo direcionado dentro do sistema acusatório sem a intensidade da fé pública da polícia judiciária, uma vez que o acusado, na função de agente público, possui, também, fé pública.

O processo penal, então, segue um curso mais direcionado ao tratamento acusatório que trabalha a construção de uma verdade processual de forma mais consensual entre as partes. Essa distinção é possível, por exemplo, porque em que pese a haver esse mesmo inquérito administrativo-inquisitorial, o julgador reclama a previsão legal de que as provas produzidas em processo administrativo investigativo precisam ser confirmadas em juízo (art. 155, CPP)²¹. Não havendo condições de se confirmar o mesmo depoimento perante o Judiciário, não há provas da conduta delitiva.

Os ministros do Supremo encontram em seus julgamentos de responsabilização desses agentes públicos um sistema acusatório que exige tratamento na forma de construir as provas. É nesse sentido que veremos, no capítulo sobre o Mensalão, uma resistência dos demais ministros em seguir o entendimento do ministro relator de aplicar o princípio do livre convencimento do juiz e condenar os acusados com base nas chamadas “provas indiciárias”.

É a esse ponto que precisamos retomar. Ele é o ponto principal nessa abordagem: esse amplo espaço argumentativo oferta uma ampla margem ao julgador de manter uma coerência argumentativa sem atender à integridade do direito – ao menos no sentido de reproduzir os princípios gerais do que chamamos de “Ética”. Assim, de acordo com o interesse de haver um livre convencimento de que basta uma responsabilidade administrativa pelo “desvio de conduta” ocorrido, o julgador poderia desenvolver um sistema acusatório que garanta amplamente as garantias penais e processuais penais. Esse processo

²¹ “Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008). Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil”. Na antiga redação: “Art. 155. No juízo penal, somente quanto ao estado das pessoas, serão observadas as restrições à prova estabelecidas na lei civil”.

pode chegar à conclusão da culpa e trazer uma criminalização. Há, todavia, um grande espaço para que o juízo desenvolva o argumento de que não existem provas suficientes.

Por outro lado, o momento pode exigir uma movimentação de criminalização de modo que o processo inquisitório-acusatório²² seja movimentado, ou seja, mesmo dentro de um processo acusatório em que se garanta amplamente os direitos do acusado, os julgadores considerem as provas como suficientes para propiciar a punição que se julga necessária naquele momento por outros fatores.

As razões de decidir não-juridicamente podem não estar explícitas na decisão, mas o argumento jurídico propicia diversas articulações para acomodar-se aos seus interesses. Às vezes, as articulações de decidir podem legitimamente repercutir em um princípio geral que fundamente o sistema jurídico, de modo que não haveria qualquer problema do ponto de vista da integridade do direito. Mas, por outro lado, a decisão pode ter ocorrido, de fato, de forma casuística, de forma que mesmo que coerente, ela não atende ao critério da integridade do direito, ao menos a partir da concepção da “Ética” que tratamos nesse tópico.

A partir do Collorgate e do Mensalão, procuraremos verificar a presença de decisões que fujam a esse critério de integridade. Porém, antes de tratar dos casos concretos, precisamos enfrentar esse outro lado das razões de decidir que consideraremos nessa pesquisa. Dessa forma, seguiremos para o segundo capítulo para abordar a multiplicidade de vozes quanto ao tema da corrupção de que foi falado no intróito bem como sobre sua relação com governança, governabilidade e troca política.

²² Dizemos inquisitório-acusatório porque esse processo seria regido de forma acusatória dentro do seu momento judicial, porém ele assume feições inquisitoriais tanto por envolver um ritual inquisitório durante o curso do inquérito policial quanto por assumir procedimentos perante o juízo que neguem o exercício pleno das garantias penais e processuais penais.

2. GOVERNANÇA, GOVERNABILIDADE E CORRUPÇÃO

No capítulo anterior, vimos a perspectiva jurídica a qual o Supremo encontra-se vinculado, já que suas decisões são promovidas com motivações jurídicas – embora haja outras razões de decidir que nem sempre são explícitas. Nosso objetivo, neste capítulo é desenvolver outras questões que se fizeram mais evidentes a partir dos estudos de caso, como destacamos no intróito, ao tratar dos julgamentos de corrupção na Suprema Corte, o debate sobre governança, governabilidade e troca política passaram a ser constantes.

Nossa proposta consiste em abordarmos primeiro o discurso internacional sobre corrupção e sua influência em correlacionar governança, governabilidade e corrupção. Em segundo, desenvolvermos as tentativas de definição do que seria corrupção, justamente por isso influenciar diretamente nos critérios de manutenção da governança dentro da perspectiva internacional e local

Nosso ponto, ao trabalharmos os dois últimos tópicos deste capítulo, é a busca da compreensão das falhas presentes nessas tentativas de definição do que é corrupção, no intento de desenvolvermos o tratamento do que seria uma prática política regular ou corrupta dentro da perspectiva da troca política. Esse debate nos será importante, pois a forma como o Supremo compreenderá uma acusação de corrupção como fundada, depende igualmente da consideração de como esse campo político considera suas ações como regulares ou corruptas

2.1. A CONSTRUÇÃO DA NECESSIDADE DE PREVENIR AS PRÁTICAS DE CORRUPÇÃO POLÍTICA: UMA CORRIDA INTERNACIONAL PELA "BOA GOVERNANÇA"

O discurso internacional sobre práticas corruptas envolve duas questões que precisam ser abordadas: a formulação da necessidade de se prevenir práticas de corrupção e as falhas da proposta de combate à corrupção. Quanto ao primeiro, ponto é preciso considerar a formulação da necessidade de combate à corrupção e a forma como essa compreensão passou a ditar patamares de governança aos países. No que diz respeito ao segundo ponto, é preciso que se aborde as limitações intrínsecas a essa proposta, uma vez que tratar desses tópicos envolve a complexidade da dessincronia dos discursos nos níveis local e

internacional, pois o que se compreende como necessário para manter a governabilidade pode ser diferente entre as propostas internacional e local.

A corrida pela regulamentação de políticas de prevenção e combate às práticas de corrupção deriva de uma confluência de interesses do mercado financeiro e da conseqüente imposição de um modelo de práticas políticas e econômicas que se adequem a esse padrão de regulamentação imposta. A corrupção é prejudicial ao mercado e gera demasiados gastos, como explica Rose-Ackerman (1999).

A chamada corrida por regulamentações e por transparência nas práticas de mercado é narrada pelo *Big Bang* do mercado de Londres²³ promovido por Margaret Thatcher em 1986, em conseqüência dos acordos estabelecidos em 1983 para controlar práticas antitruste que haviam violado as ações comerciais restritas de 1956. As mudanças promovidas para estabelecer patamares de comissões e as regras de intermediação de corretores na bolsa de valores representou a primeira mudança no mercado financeiro internacional, que gerou a necessidade de se adequar às novas regulamentações, pois o mercado econômico inglês passou a ser controlado por um órgão de julgamento, por assim dizer, das práticas de mercado, o *Securities and Investment Board* (SIB) fundado em 1985 (MASULIS e NG, 1995; RILES, 2011).

Nos anos subsequentes, os países passaram por uma intensa agenda de regulamentação que exigia a liberação e diversificação dos produtos, organizações e negócios no mercado financeiro, o preparo de uma infraestrutura e de regras para transações, tudo em prol da manutenção da solidez do mercado financeiro. Mesmo com o intenso cenário de mudanças na década de 90, a desregulação que propiciaria o acesso comum de todos ao mercado financeiro teria levado à quebra de uma série de economias, em virtude do colapso de 1997, com a conseqüente falência de bancos (RILES, 2011).

²³ Essas mudanças envolviam a troca do funcionamento do Mercado financeiro para um sistema eletrônico, novas regulamentações e estruturas de controle. Nas palavras de Masulis e Ng (1995, 365): “*The market restructuring, commonly referred to as "Big Bang," involved the introduction of a new electronic trading system, a new set of exchange trading rules, and a new supervisory and regulatory structure. Given that these changes can alter the way brokers and dealers do their business and can alter the speed at which trades are executed and quotes and transactions are disseminated to the public. The reorganization has the potential to alter stock-market volatility and, more generally, the statistical properties of stock returns*”.

A interferência direta na política desenvolvida pelos países não encontrava um espaço de atuação para essas organizações internacionais já que tal imposição poderia ser interpretada como interferência na soberania dos países. O discurso assumido começou a ser construído em paralelo à própria abertura do mercado internacional, sob o rótulo da chamada "boa governança". Segundo Alcântara (1998), governança em termos gerais, refere-se a um processo político de construção de consenso para estruturação de um programa que pode assumir diferentes interesses. O discurso pela governança construído no âmbito internacional possui forte fundamento na busca de legitimidade e eficiência no gerenciamento dos programas sociais e da burocracia estatal, para fortalecer a sociedade civil e a democracia dos países. Nesse discurso, o conceito de governança envolve a sustentação de toda agenda de reformas dos países

Essas reformas seriam promovidas por organizações financeiras internacionais, tais como o Banco Monetário Internacional e o Banco Mundial ao exigirem determinados programas de "boa governança" para que investimentos ou auxílios às economias dos países fossem fornecidos. Essa imposição dos critérios de governança foi colocada sob essa legenda, apesar de verdadeiramente promoverem uma quebra da autonomia e da independência dos países em suas políticas públicas locais (ALCÁNTARA, 1998).

Tais exigências afetam políticas públicas básicas relacionadas tanto ao ataque às práticas corruptas na Administração Pública quanto à regulação do mercado de trabalho e à reforma dos sistemas de justiça locais, de forma a atenderem aos padrões que promoveriam a democracia e o fortalecimento da sociedade civil. Esse discurso estaria somado, principalmente, a um ideal de mercado livre neoliberal. A ligação entre essas questões, do ponto de vista teórico, estaria associada pelo que Kooiman *et. al.* (2008) ressaltam serem os patamares para uma governança interativa: a estabilidade democrática é alcançada de forma mais rápida e efetiva por uma atuação conjunta. A governança seria, assim, uma rede de interação que favorece o desenvolvimento dos países.

Embora a sustentação da relação entre um mercado livre e a promoção da democracia e do fortalecimento da sociedade civil ser mais visível em discurso do que em um liame concreto de correlação, esse discurso adquiriu força na

medida em que os países emergentes precisavam dos incentivos das organizações financeiras internacionais para se desenvolverem e se incluírem no mercado financeiro. Conseqüentemente, foi com base nesse discurso de parâmetros mínimos de governança que as agências da OCDE (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico) conseguiram impor os programas sob a forma de "políticas condicionais" para concessão e auxílios (ALCÁNTARA, 1998).

Os Estados, ao verem suas economias expostas aos influxos do mercado financeiro aceitaram os parâmetros de boa governança em prol da manutenção do acesso aos recursos de que necessitavam para o gerenciamento de suas economias. Assim, por mais que o discurso de nível global exponha esses patamares de boa governança, ele não coincide em nível local com o necessário para a manutenção da governabilidade.

Quando se diz governabilidade, trata-se da capacidade de auto-gerenciamento de determinado Estado ou Instituição. Ou seja, a compreensão do que é necessário e adequado para o gerenciamento dos países é construída e operada a partir de concepções locais que se somaram ao jogo de suas conformações para atender os patamares internacionais, uma vez que o acesso às verbas internacionais e à estabilidade do mercado financeiro estava em parte condicionado a esses fatores.

Essa capacidade de autogestão está relacionada à governança, pois as condições de governabilidade, dentro dos padrões de interferência da esfera internacional, são significativamente afetadas pelos parâmetros de governança impostos (KOOIMAN *et al.*).

Nesse sentido, os países que se sujeitaram às exigências do mercado financeiro, pouco a pouco passaram a gerar uma agenda em prol do controle da regulação, especialmente pela criação ou reforma de burocracias de fiscalização em uma chamada por novas formas de regulamentação. Essa burocratização e regulação das relações entre indivíduos, instituições financeiras e mercado financeiro trouxe para o centro do debate a questão da corrupção política, pois tais regulações traziam patamares de controle pelo afastamento de relações pessoais entre governo e indústrias em diversos níveis. Com essas limitações, as instituições perderam o controle de suas expectativas quanto aos bancos centrais,

já que os canais de interação para obter informações ou controlar as direções do mercado financeiro passaram a ser tratados como práticas de corrupção.

A produção de regulamentação para o controle desenvolvida no final da década de 90 até o início do século XXI exigiu intensa produção técnica, jurídica, econômica e política sobre normativas e programas de transparência. As organizações internacionais do IFI (International Financial Institutions) e IMF (International Monetary Found), dentre outras, começaram a exigir dos seus membros um programa de prevenção à corrupção (ROSE-ACKERMAN, 1997). A corrupção passou a ser, ao final dos anos de 90, a nova agenda internacional em uma corrida por controle das atividades econômicas e políticas.

Diversos tratados e convenções foram celebrados em busca de um sistema mais eficiente de prestação de contas e de transparência dos procedimentos adotados. Em 1989, a FATF (Action Task Force on money laundering)²⁴ foi criada e, em 1990, o Conselho Europeu criou a Convenção de Strasbourg para tratar de lavagem de dinheiro e confisco. Em 1991, a primeira diretiva europeia foi editada (Nº 91/308/CEE) para obrigar todos a revelar a origem de verbas e, em 1995, a Egmont, uma rede informal de inteligência contra corrupção foi fundada. Em 1996, a Convenção Interamericana contra Corrupção foi assinada e, em 1997, a Convenção Europeia contra corrupção envolvendo oficiais foi assinada. Houve ainda a criação do GRECO (Group of States Against Corruption), em 1998, da Convenção contra Organizações Internacionais, em 2000 (Convenção de Palermo) e a Convenção contra a Corrupção das Nações Unidas (UNODC) em 2003.

Essa corrida internacional por regulamentação pode ser compreendida como resposta aos estudos desenvolvidos nos anos 90, que demonstraram os danos causados pela desregulação do mercado ao desenvolvimento econômico e político dos países, bem como ao setor privado. A corrupção formulada dentro desse contexto de retomada do controle do mercado internacional não afetaria somente um ideal de democracia, mas a própria sustentabilidade do desenvolvimento dos países e o equilíbrio do mercado financeiro (ELLIOT, 2009).

No caso brasileiro, tem-se esse mesmo movimento de regulamentação e criação de uma infraestrutura para a prevenção da corrupção e controle do

²⁴ Também conhecida como GAFI (Groupe d'action financière)

mercado financeiro. De fato, a criminalização de condutas contra a Administração Pública já era prevista no ordenamento jurídico brasileiro mesmo antes do atual Código Penal de 1940, pós reforma de 1984.

Em 1950, foi editada a Lei de Crimes de Responsabilidade (Lei nº 1.079), em 1965 foi editada a Lei de Evasão Fiscal (Lei nº 4.729), em 1967 foi editado o Decreto-Lei de Crimes de Responsabilidade (Decreto-Lei nº 201). Essas regulações foram tópicas e não geravam uma interferência no autogerenciamento do mercado financeiro. Mas, em 1992, essa legislação começa a refletir uma correlação com o controle da circulação do capital dentro das instituições financeiras com a Lei de Enriquecimento Ilícito (Lei nº 8.429) e, em 1998, a Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei nº 9.613).

Na seara cível e administrativa, foram ainda editados o Decreto nº 3591, de 2000 que criou o Departamento de Controle Executivo Federal, o Decreto nº 4.177 de 2002 que integrou esse comitê de controle à Corregedoria-Geral da União criada pela Medida Provisória nº 2.143 de 2001 e sedimentada pela Lei nº 10.683 de 2003²⁵. Surgiram, ainda, leis que propiciaram o gerenciamento das atividades da CGU, tais como a Lei nº 12.527 de 2011, que define o acesso às informações, a Lei 12.813, de 2013, sobre conflito de interesses e impedimentos no exercício de cargo, emprego ou função pública e, por fim, a Lei nº 12.846, de 2013, chamada de Lei anticorrupção, que traz a regulamentação da responsabilidade de pessoas jurídicas.

A imposição de uma regulamentação sobre as práticas de mercado e, especialmente, sobre as práticas políticas leva à problemática descrita por Riles (2011) de esvaziamento dessas regulações por elas não serem capazes de definir um padrão de práticas que seriam adequadas para esse modelo proposto pelo mercado financeiro. Como demonstrou Riles (2011), essa regulamentação implicou uma instrumentalização do direito pelo mercado financeiro e pelos Estados, pois o direito servia ao propósito de trazer regulações e limites para as possibilidades de interação nas relações entre governantes, investidores e instituições financeiras. Dessa forma, o direito foi colocado como instrumento para trazer limites, mas, ao mesmo tempo, é visto como forma de estender seus limites

²⁵ É preciso destacar que a CGU atualmente integra o Ministério da Fiscalização, Transparência e Controle.

de atuação. Assim como a regulação foi criada em uma incessante corrida para o controle, esse mesmo direito é usado para criar discursos que permitam determinadas trocas.

Mas os programas de transparência e as políticas de *compliance* exigidas são descritas por Riles (2011) como institutos vazios. Esse é o ponto a enfatizar nesse argumento. As regras trazidas assumem o discurso da necessidade de compromisso político e atuação em níveis nacionais, mas elas não fornecem procedimentos reais de como o mercado deve operar. Os discursos jurídicos criados para regulamentação e controle das relações no mercado financeiro serviriam para trazer estabilidade e uma sensação de controle das relações. Na verdade, essa regulamentação desencadeou a criação de novos discursos que trouxeram punições e possibilidades de limitação das operações no mercado financeiro. O direito, porém, como visto no primeiro capítulo, é composto de um discurso que pode ser interpretado e reinterpretado de diversas formas; logo, assim como a compreensão do que é necessário para a governabilidade e a boa governança serem construídos a partir de um olhar local, a formação de uma concepção sobre o que atende aos requisitos exigidos pelo mercado financeiro igualmente permite uma ampla margem de consideração.

Ademais, como destacado inicialmente, o discurso da “boa governança” é anti-hierárquico no sentido de reforçar mais canais de atuação direta dos indivíduos e, justamente por isso, estaria relacionado à ideia de democracia. Entretanto, essa visão trata o coletivo de vários países com diferentes percepções sobre governança a partir de uma única visão. De certa forma, essa proposta internacional de boa governança segue os passos do controle pela hierarquia que acusam, pois concede à governança o tratamento moderno de sua gerência, em uma economia da compreensão de diversas formas de ser a partir de um coletivo²⁶. Essa forma de pensar ignora o que Elias (1994) destacava sobre a sociedade ser o resultado de diversas individualidades, que se moldam entre diversos papéis que assumem dentro do coletivo. O individual também é lapidado pelo coletivo dentro desses papéis e formas de ver o mundo, mas o coletivo é igualmente impulsionado pelos indivíduos.

²⁶ Embora não seja o ponto central de nossa análise, essa visão está associada ao pensamento de Foucault (2008) sobre governamentalidade desenvolvida que imporia uma racionalidade administrativa a todas as formas de poder.

De todo modo, essa corrida internacional impôs a temática da prevenção da corrupção e do remodelamento das práticas de governabilidade em prol de uma administração dos recursos públicos mais estrita. Essa mudança e as dificuldades decorrentes do vazio conceitual desses discursos de regulamentação levam à segunda questão desse capítulo que seria a indefinição do conceito de corrupção na medida em que não se encontra um parâmetro de definição global para o que seriam práticas de corrupção política. Ou seja, a construção do que é corrupção política também está sujeita ao problema da formulação vazia que pode assumir diversas percepções dentro da definição local de prática política. Mais que isso, o Supremo, quando chamado a decidir sobre corrupção, é colocado em uma posição de decidir e formular uma argumentação jurídica que atenda a esses critérios e permita trazer estabilidade ao País.

2.2 A [IN]DEFINIÇÃO DO CONCEITO DE CORRUPÇÃO POLÍTICA

O vazio dessas regulamentações narrado por Riles (2011) está diretamente ligado à dificuldade de se encontrar padrões comuns de práticas políticas e de mercado que indicariam a presença de um evento a ser considerado como corrupção devido à falta de percepções comuns sobre quais seriam os limites entre uma prática corrupta e uma relação política regular.

Há uma extensa produção sobre o tema da conceituação da corrupção política a partir de diversos pontos de vista catalogados por Heindheimer (1989; 2009a) como conceitos correlacionados tanto ao serviço público quanto ao interesse público e ao mercado financeiro. O conceito centralizado no serviço público, por exemplo, discute principalmente as regras de prevenção à corrupção e de regulações para os servidores públicos. Enquanto o conceito de interesse público assume a narrativa de dano à sociedade, o discurso do mercado coloca a corrupção como um instrumento de influência na burocracia estatal (LEFF, 2009). O que podemos perceber de constante nessas propostas é que a corrupção política estaria relacionada à mistura do liame entre os interesses e os recursos públicos e privados apesar de esses limites variarem de acordo com a percepção cultural.

O próprio Heindheimer assumiu discursos diferentes entre seu primeiro e segundo momentos sobre a indefinição do conceito de corrupção. Em sua

primeira proposta, Heidenheimer (1989) afirmava que a corrupção política estaria presente nas relações de troca política, especialmente as que são vagas e relacionadas a quantias menos específicas e recursos públicos. A complexidade das relações sociais e políticas obrigacionais de determinada sociedade seria um fator que traria mais ou menos espaço para relações de troca política corruptas. Heidenheimer, então, defendia que sociedades ditas mais desenvolvidas teriam organização social mais integrada que tornariam os espaços de trocas políticas corruptas menor. O autor, então, apesar de reconhecer que as relações obrigacionais políticas e sociais assumem diversas estruturas de acordo com a cultura local, indicou que há quatro tipos de estruturas que usualmente propiciariam relações políticas corruptas.

Os quatro padrões de estruturas de relações obrigacionais políticas seriam os sistemas tradicional familiar, tradicional patrão-cliente, moderna chefe-empregado e cultural-civil. O sistema tradicional familiar – dentro do discurso de Heidenheimer – estaria associado com países subdesenvolvidos, pois neles se encontra uma prática de confiança e fidelidade ao núcleo familiar mais forte do que à coletividade. Todavia, precisamos considerar que tais características não são derivadas de um subdesenvolvimento do país. A lógica desses sistemas seria que os oficiais públicos não teriam uma concepção de dever para com a comunidade ou o seu empregador, mas sim para com o grupo familiar a que pertencem.

O padrão de sistema patrão-cliente é descrito por Heidenheimer como de sociedades em que há uma ausência de respeito pela norma e a segurança e a concessão de benefícios são associadas a uma figura externa à da estrutura familiar. Assim, a figura da segurança é associada ao do empregador. É uma estrutura que desenvolve uma série de obrigações perante esse patrão – especialmente de voto – que lhe concede o que necessita junto ao serviço público.

O modelo patrão-empregado é diferente do padrão anterior, pois a figura do "patrão" é associada ao grupo social detentor das decisões políticas e, portanto, capaz de influenciar a elite burocrática e o sistema de serviços prestados pelo Estado. Nesse sistema, ao contrário da figura presente da relação

patrão-cliente, a figura do "patrão" seria bastante criteriosa em suas conexões que são de trocas sociais e econômicas.

Por fim, quanto ao sistema cultural-civil, Heidenheimer indicou um modelo europeu de sociedade que seria ideal, pois a sociedade teria uma forte concepção de unidade comunitária e, por isso, haveria uma forte associação dessa sociedade com o cumprimento de normas dentro de um comportamento moral

Heidenheimer (1989) dizia ainda que determinadas práticas poderiam ser consideradas para uma sociedade como altamente reprováveis e identificadas como corrupção e outras que seriam consideradas como práticas de troca política regular. Haveria, ainda, a possibilidade da zona de fronteira entre a percepção do caso como uma prática política regular ou corrupta cujo liame de definição seria difícil. Assim, o autor explicava que haveria formas de corrupção pequenas (*petty*), rotineiras (*routine*) e agravadas (*aggravated*).

De acordo com Heidenheimer, a corrupção pequena (*petty*) corresponderia a pequenos favores a amigos e familiares; a corrupção rotineira seria caracterizada por ser um agrupamento que recebe constantemente valores indevidos ou faz práticas indevidas e a agravada estaria relacionada a grandes escândalos que atraem a rotulação da corrupção para a localidade. Essas formas de corrupção seriam percebidas de maneiras diversas dentro das localidades por terem diferentes nuances de repulsa social a sua prática. Esses níveis seriam entre muito recusada (*black corruption*), indefinida (*gray corruption*) e tolerada (*white corruption*).

A proposta desse primeiro Heidenheimer (1989) é interessante justamente no que tange a sua falha, na medida em que a identificação dessas estruturas de relações obrigacionais pode se fazer presente simultaneamente e de diversos modos dentro de cada sociedade. No caso brasileiro, como se verá no tópico a seguir, as relações de trocas políticas ora são descritas como estrutura familiar, ora como patrão-cliente, ora como chefe-empregado. Essa descrição usualmente afirma que a sociedade brasileira seria integrada de indivíduos que seriam mais fiéis a seus grupos familiares e amigos, porque teria "herdado" tais características de relações obrigacionais da tradição portuguesa, durante a colonização, tal como já foi mencionado na introdução deste trabalho. Haveria a imagem de uma sociedade que possui uma marca de relação patrão-cliente – devido ao

clientelismo, o que muitas vezes é confundido com as estruturas igualmente desenvolvidas do coronelismo.²⁷

Outro ponto é que a visão de gradações de reprovação associada às formas de estrutura das relações obrigacionais políticas não são o eixo central para a identificação da prática corruptiva dentro de uma localidade. É que a prática corrupta pode nem mesmo envolver relações de trocas políticas ou qualquer estrutura social obrigacional. Por exemplo, um funcionário público que desvia valores da administração pública para si não estabelece qualquer relação de troca com outrem, entretanto, pratica uma ação considerada corrupta na medida em que há um misturar dos recursos públicos com os privados.

De fato, o autor destacou que essas categorias não são pensadas como fronteiras cerradas, mas sim como relações obrigacionais que se perceberam mais associadas a determinadas características. O ponto principal, todavia, não reside nessa incomensurabilidade, pois o que nos traz ao primeiro plano do debate é o fato de que não há muita correlação entre os dados. Não é o fato do país ser desenvolvido ou subdesenvolvido que determinaria se sua coletividade vai ter um determinado sistema de obrigações relacionais. Na prática, o modo como se compreende e se age depende da tradição de cada sociedade. Logo, a formação de sistemas de obrigações relacionais distintos decorre das próprias diferenças de cada forma de tradição²⁸ e não da condição de desenvolvimento econômico.

Talvez o ponto central dessa primeira proposta de Heidenheimer seja o que ele passou a destacar em um segundo momento: a zona cinzenta de definição entre os liames aceitáveis de mistura entre os interesses públicos e privados. Em seu segundo momento, Heidenheimer (2009a) assumiu que o conceito de corrupção poderia ser sempre contestado em quais seriam os liames considerados aceitos de mistura entre as esferas do público e do privado. A indefinição do conceito de corrupção estaria, portanto, ligado à incomensurabilidade dessas diversas formas de cultura.

²⁷ Como veremos a seguir, a figura dos coronéis surgiu com a criação dos coronéis da Guarda Nacional, em 1831. Posteriormente, coronéis sem cargo começaram a se impor como gerenciadores de determinadas localidades por estabelecerem relações de compadrio que lhe concediam determinado poder.

²⁸ Falamos em tradição no sentido de uma visão de mundo que se forma a partir das concepções em que somos formados. Essa perspectiva pode ser compreendida a partir de Gadamer (1993).

Bernstein (1983) traz essa percepção pela ausência de parâmetros em comum entre diversas formas de cultura para que se possa comparar sociedades. Essa proposta não afirma a ausência de possíveis soluções para a problemática. Ela considera essas barreiras no intento de não se trabalhar a imposição de um olhar sobre o que é corrupção a diversas formas de sociedade. Caso contrário, recair-se-ia na falácia de se considerar determinado caso como corrupto e inadequadamente julgado pelo Supremo – ou vice-versa – por não considerar o contexto em que essas regras são interpretadas e aplicadas ao caso concreto.

Da proposta de Heidenheimer (1989; 2009a) são importantes duas questões: sua explicação sobre a indefinição da corrupção e o tratamento dos eventos de corrupção como percebidos em nível local e global nos níveis de intensidade da prática como reprovada. A delimitação dos limites dessa zona cinzenta dentro das práticas da política brasileira, ou seja, a compreensão dos limites entre uma prática de troca política ser catalogada como corrupta ou regular dentro da perspectiva da tradição política brasileira é o que se busca.

2.3. CORONELISMO, CLIENTELISMO E PATRIMONIALISMO

Um ponto inicial para o tratamento das relações políticas brasileiras é que as divisões clássicas de patrimonialismo, coronelismo e clientelismo não abarcam a complexidade das relações de troca política e reduzem a problemática a padrões que podem gerar as mesmas percepções distorcidas vistas acima a partir de Heidenheimer. Entretanto, é preciso compreender essas categorias e em que medida elas implicam a tentativa de um reducionismo da problemática.

O objetivo aqui é estabelecer uma análise comparativa entre as estruturas do coronelismo e do clientelismo com os parâmetros apresentados por Heidenheimer (1989) quanto às distinções entre um modelo patrão-cliente e chefe-empregado. Mas cumpre ressaltar, desde já, que esses padrões encontram peculiaridades em suas conformações e que, assim como coloca Heidenheimer em seu segundo momento, não constituem uma forma estanque de estruturar as relações políticas.

Como bem colocado por Carvalho (1997a), há uma distinção entre os conceitos de patrimonialismo, coronelismo e clientelismo que precisa ser considerado para abordar a temática.

O movimento do coronelismo teve seu começo marcado pelo crescimento das funções de coronéis da Guarda Nacional do Império na formação de figuras locais detentoras de grandes latifúndios. Dentro de relações de compadrio, eles teriam desenvolvido um poder de controle sobre a localidade. O encerramento do coronelismo ocorreu entre 1930 com a prisão dos grandes coronéis baianos e 1937 com a derrubada de Flores da Cunha na formação do Estado Novo.

Carvalho (1997a) explica que Leal (1997) – o principal autor a descrever a estrutura do coronelismo – demonstrou a conformação da estrutura do coronelismo como uma complexa rede de relações políticas, sociais e econômicas, pois a figura do coronel envolvia uma tentativa de manter o controle econômico por meio do poder político concedido aos coronéis pelos governadores dos Estados. Aos coronéis, cabia agremiar votos para essas oligarquias locais. Para manter o poder, eles recebiam dos governadores a condição de direcionar cargos públicos em suas mais diversas funções, no intento de manter o poder sobre a localidade.

De certa forma, essa estrutura demonstrada por Leal (1997) possui em si uma base de mandonismo – que seria caracterizada pela personificação do poder em uma figura que possui um ponto de domínio estratégico. No caso dos coronéis, isso envolvia o domínio, pelo menos sobre a propriedade das terras e da política. Todavia, a figura dos coronéis, como ressalta Leal, não carregaria em si uma ideia de senhor absoluto do poder. É nesse sentido que o enquadramento da estrutura do coronelismo não se amolda perfeitamente no modelo de Heidenheimer (1989) de patrão-cliente, pois este estaria atrelado mais a uma concepção pura de mandonismo.

O sistema coronelista, portanto, em nada se confunde com a estrutura clientelista, pois esta não contém somente uma prática de clientelismo consistente na concessão de benefícios públicos, especialmente no que tange aos votos. O coronelismo, entretanto, é mais que um sistema clientelista, pois o controle desses benefícios não é associado a uma concepção de “empreguismo”. Seu ponto forte é o domínio político que se perpetua. O controle do coronel sobre os cargos de delegados, juízes, professores municipais, entre outros se fazia importante porque instrumentalizava a manutenção do controle em sua localidade. O coronelismo entrou em declive com o crescimento do clientelismo,

no sentido do valor econômico que se passou a atrelar ao exercício dessas funções (CARVALHO, 1997b). O clientelismo poderia ser assimilado à proposta de Heidenheimer (1989) de sistema chefe-empregado, pois se trata de uma estrutura em que a concessão dos benefícios é feita em uma lógica capitalista de obtenção de vantagens de ordem monetária.

A visão do chefe-empregado não corresponderia com a prática clientelista brasileira, pois essa passagem do coronelismo para um clientelismo é acompanhada do crescimento de uma forte cultura burocrática em que a figura do chefe é buscada para que a igualdade de tratamento não seja suscitada para negar um direito, como descreveu da Matta (1997).

Da Matta explica que a sociedade brasileira seria permeada por uma dupla ética. Enquanto, na teoria, os brasileiros parecem ser governados por regras gerais e abstratas de direito, na prática, eles são regulados pelas regras não escritas da sociedade. Tais regras promoveriam e protegeriam a ética do privilégio dos que agem sobre os outros.

Essas normas derivam de uma série de fatores, mas seriam, geralmente, relacionadas com as condições extralegais de riqueza, *status* social e laços de família e de amizade. Os brasileiros são baseados em precedentes históricos e culturais que levaram a práticas sociais pelas quais algumas pessoas se consideram como sendo acima da lei. E, assim, chegou à conclusão máxima e muito recorrente sobre a sociedade brasileira: *para os amigos tudo, para os indiferentes, nada e, para os inimigos, a lei*²⁹. Há uma crença dentro desse discurso que existe uma cultura articulada entre regras não escritas que se opõe – independente das circunstâncias – às regras escritas.

O ponto é que seria conflitante um modelo chefe-empregado no qual se desconsidera o valor das normas enquanto a norma possui um papel marcante

²⁹ Há interpretação de da Matta nesse sentido, conforme relacionamos com Zimmerman (2014, 332-340): “[...] profoundly regulated by *contra-legem* (anti-legal) rules. These are not the formal rules taught in the law schools but rather socially defined rules that may vary quite remarkably from state codes and statutes, as well as the rulings of the courts. [...] Da Matta explains that Brazilian society is pervaded by a double ethic. Whereas, in theory, Brazilians seem ruled by general and abstract rules of law, in practice they are far more regulated by the unwritten rules of society, which “promulgate and protect the ethic of privilege and those who act on it”. Such rules derive from a range of factors but are generally related to extra-legal conditions of wealth, social status, and ties of family and friendship. They are based on historical and cultural precedents which have led to social practices by which some people regard themselves as being above the law. As Rodrigues observed, in Brazil, “personal liking is above the law”. And so, the familiar Brazilian maxim: *Para os amigos tudo, para os indiferentes nada, e para os inimigos a lei*”.

dentro dessa burocracia enraizada. A necessidade de burocracia dentro do sistema brasileiro estaria associada a uma constante desconfiança sobre as relações por se acreditar que há sempre uma parte da relação que não está revelada ao público. Além disso, dentro da estrutura atual da burocracia da prestação de serviços públicos, as elites políticas locais não possuem mais o mesmo nível de influência que lhes permitam escolher todos os seus mediadores. Não há, portanto, tanto poder de escolha em suas conexões para estabelecer as relações obrigacionais.

A questão é que a estrutura brasileira de clientelismo pela concessão de benefícios públicos também é descrita junto a um discurso do patrimonialismo segundo Faoro (2007) como uma estrutura de origem portuguesa, que traria à figura do governante o papel de um provedor por meio da distribuição de cargos. Carvalho (1997a) bem ressalta que, a princípio, os cargos não detinham uma associação de fonte de renda. A ideia do clientelismo ganhou força e assumiu a conotação do empreguismo em um sistema paralelo ao do patrimonialismo.

Essas descrições sobre os usuais retratos das estruturas de relação política brasileira ressaltam uma estrutura que seria patrimonialista e clientelista em determinadas formas e contextos que, como já foi destacado, escapam aos padrões de estruturas relacionais descritas por Heidenheimer (1989).

A razão da falha quanto às possibilidades de enquadramentos dos modelos de Heidenheimer igualmente se aplica às descrições feitas sobre a tradição política brasileira e sobre os rótulos do clientelismo e do patrimonialismo, visto que esses modelos reduzem as relações estabelecidas a um comparativo com um modelo de sociedade que seria hipoteticamente livre de estruturas de relações políticas “viciadas”.

Pode-se considerar, assim, que as relações políticas brasileiras, como já foi apontado, não se enquadram perfeitamente em nenhum desses padrões. O que podemos destacar para além das falhas já apontadas sobre essas divisões é que esses sistemas de relações políticas obrigacionais seriam corruptos na medida em que há uma personalidade ou uma relação direta entre os integrantes da troca que traz uma preponderância dessa relação de personalidade sobre o interesse público, o patrimônio público e as regras estabelecidas em geral dentro dos parâmetros que se viu serem desenvolvidos pelo discurso de controle

estabelecido pelos critérios de governança interativa. Isso ocorre porque as relações de troca da política brasileira são orientadas pela pessoalidade, o que torna os liames da zona cinzenta da mistura entre o público e o privado complexas. A pessoalidade nas relações políticas é apontada como um fator de risco dentro do discurso sustentado pelos padrões do mercado financeiro para uma governança dita "boa" ou "interativa", enquanto o eixo local – pelo menos o brasileiro – estabelece na pessoalidade um fator de legitimidade para as relações políticas.

Para a compreensão dessas relações políticas a partir dos laços de pessoalidade, propõe-se compreender de que forma essas trocas são reconhecidas pelo campo político brasileiro como relações regulares ou corruptas.

2.4 A TROCA POLÍTICA PELO DOM COMO UM INSTRUMENTO DE CONTROLE DAS PARCIALIDADES: O PROBLEMA DA MERCANTILIZAÇÃO DA POLÍTICA

Talvez Heidenheimer (1989) tenha colocado a troca como base das relações políticas, pois seria a troca uma das bases de todas as formas de relação dentro de uma sociedade. A troca assume um papel central dentro da política brasileira e, para compreender isso, é preciso evitar o enquadramento dessas relações como sendo pertencentes a uma estrutura coronelista, clientelista ou patrimonialista. Pensar essas relações a partir do eixo da troca ajuda a compreender tais casos em estudo.

A política brasileira não pode ser traduzida em um único modo de se estabelecer trocas. É preciso, de início, considerar que há uma vasta gama de formas de ela ser estabelecida. Formas consideradas como regulares ou corruptas.

Dentro da perspectiva da troca corrupta, os estudos de Misse (1997a) indicam que a troca política brasileira dita corrupta possui um modo de operar próprio – em suas diversas variantes – que afasta do cenário os danos causados ao Estado e à coletividade para negociar interesses privados tanto do particular quanto do agente do Estado. Essa perspectiva possui um certo sentido quando recordamos que há discursos veiculados ao espaço público que visam a atender “éticas” particulares (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2011).

As negociações de pagamento de propina para evitar a criminalização, por exemplo, demonstram que essas relações podem expressar variadas formas, mas todas elas buscam categorizar moralmente como menos reprovável a conduta por meio de artifícios de justificação. O argumento do “desvio” ao invés do crime, nesse aspecto, torna-se uma válvula recorrente para naturalizar as práticas irregulares. Outro ponto interessante sobre o cenário da troca política desenvolvido por Misse é que esses mecanismos de afastar o Estado e estabelecer a troca sobre interesses privados estão relacionados ao tratamento da política como uma mercadoria que permite o fluir de um mercado considerado ilegal, seja de tráfico de drogas, de infrações de trânsito ou de fraudes em contratos com a Administração Pública.

Por outro lado, o fulcro da troca política regular não estaria dentro do que foi narrado por Misse ou ainda em outras práticas como o patrimonialismo ou o coronelismo. Propomos, assim, que a base da troca regular estaria na busca de prestígio e poder pelo capital simbólico adquirido na troca. Quando dizemos prestígio, usamos o sentido expressado por Bourdieu (1989; 2000), ou seja, os envolvidos na troca procurariam reconhecimento por deter um capital simbólico do campo. Quanto mais prestígio, mais poder de influência e reconhecimento pelos demais agentes desse campo. A aquisição de prestígio, entretanto, pode ser feita de diversas formas que tragam, dentro da lógica de determinado campo, uma forma de capital simbólico³⁰.

Dentro das trocas políticas brasileiras, a linguagem é veiculada por gestos e palavras de pessoalidade sinceros ou não. A referência a termos de amizade, de companheirismo, compaixão, dentre outros, podem não ser reais para os participantes da troca, mas a propositura e a manutenção do ciclo de trocas envolvem usar a linguagem da pessoalidade. Mesmo que o outro não seja um amigo, é preciso abordá-lo como tal. De toda forma, os laços estabelecidos nessa relação possibilitam não só a aquisição de prestígio pelo demonstrar do domínio de capital simbólico, mas também um âmago de submissão ao outro que se forma

³⁰ Dentro do campo da política brasileira, como veremos neste tópico, o domínio sobre a linguagem da pessoalidade, a capacidade de manter diversas trocas ou, pelo menos as possibilidades de trocas, são formas de adquirir capital simbólico em decorrência da capacidade de manter essas trocas e gerenciar o jogo político. O prestígio trazido por essa capacidade traduzir-se-ia nesse reconhecimento pelos demais integrantes do grupo sobre a detenção desse capital simbólico.

nas trocas. É nesse sentido que tentaremos compreender como esses âmbitos do prestígio e da submissão formam-se e são importantes para a troca política brasileira.

O tema da troca é colocado no centro do debate a partir da modernidade por ser um espaço de mudança estruturante dentro das sociedades ditas ocidentais que passaram a adotar uma lógica de mercado estabelecido por uma forma de pensar capitalista. O impulso capitalista estaria assentado dentro da própria conformação do que se passou a chamar de espírito capitalista dentro dessa sociedade ocidental, mas foi a partir dele que foi possível pensar a economia sobre todas as formas de relações sociais.

Dentro da perspectiva de Weber (2004), esse espírito do capitalismo estaria somado a diversos fatores para assumir dentro da sociedade ocidental mais do que uma proposta econômica, mas uma mudança no eixo de todas as formas de relações sociais. O pensamento de maximizar os ganhos e gerenciar a máxima produção não seria próprio da cultura europeia. O rompimento da forma de vida consolidada durante a Idade Média não se transformou de imediato com o advento do movimento iluminista. A progressiva transformação contou com a soma de diversos fatores, especialmente com a formação religiosa do calvinismo e do protestantismo que inspiravam a consolidação do modo de pensar da economia capitalista em todas as formas de relações sociais.

Essa transição não seria tão fácil, pois as formas de troca da tradição europeia, naquele momento, espelhavam ideais cristãos que rejeitavam o acúmulo de recursos e o trabalho desnecessário. A ganância de acumular riquezas representava condutas contrárias ao do bom cristão que repartiria seus ganhos e aproveitaria o tempo livre para as verdadeiras relações que importavam, a família, os amigos e a comunidade que o indivíduo integrava (WEBER, 2004).

Dessa forma, a introjeção da visão da profissão não como um dever, mas como vocação foi formada pouco a pouco pela soma de alguns fatores: por um lado a formação educacional religiosa arraigada na sociedade asceticista e, por outro lado a concepção de que a capacidade de acumular capital econômico seria um sinal da predestinação ao estado da graça.³¹ O rompimento gerado entre a

³¹ A doutrina da predestinação é explicada por Weber como um traço principal do calvinismo. Por essa concepção, somente alguns seriam escolhidos pelo Senhor Deus para a salvação e a vida

visão do indivíduo e da ética traria uma forma de vida utilitarista que somava força à ideia de vocação profissional como um espaço a demonstrar ser um dos eleitos, que geraria uma cultura de “produzir sem descanso” (WEBER, 2004).

A importância dessa mudança está no fato de que foi a partir dessa cultura capitalista que as trocas de todas as formas de relações sociais passaram por um processo de releitura econômica de funcionamento.

O tradicionalismo da troca ritualizada perdeu espaço para a visão chamada de “moderna” das trocas – ou pelo menos entrou em um forte conflito com essa mudança. Dentro de uma perspectiva tradicionalista, explica Bourdieu (1996; 2001)³², a troca consiste em um dom concedido que gera – necessariamente – um dever de contradom da parte de quem recebe e que deve ser prestado dentro de seu devido tempo.

O dom, entretanto, não pode ser dado de forma calculada. Deve ser de forma desprendida, pelos laços de amizade, pelo discurso da confiança o que gera a sensação de pessoalidade de que falávamos. Por isso indica que mesmo que o coletivo não manifeste de forma explícita o interesse, todo ele sabe da necessidade de prestar o contradom dentro do devido tempo, pois o não prestar significa desprezar e não reconhecer prestígio do outro, ao passo que retribuir rapidamente também gera o soar de ingratidão. É que a pressa em retribuir significa não prestigiar o outro e ter pressa em desobrigar-se e libertar-se de uma condição de submissão ao outro (GARCIA-PARPET, 2013).

Em suas pesquisas sobre a formação dessa economia das trocas na Argélia, Bourdieu confrontou com a formação do *habitus* daquele coletivo que era impulsionado à mudança capitalista de pensar o cálculo de suas relações sociais cotidianas. A procura pelo racionalizar das condutas dentro do espaço da

no estado de graça. A fartura na vida terrena indicaria que o indivíduo seria um escolhido. Todavia, como os indivíduos não poderiam fazer nada para atrair a eles essa graça, pois o destino da salvação ou da danação já estaria traçado desde o princípio pelo Senhor, essa doutrina gerou uma forte onda de desencantamento em relação aos conceitos “mágicos” da salvação, como os rituais do perdão divino. Essa mudança, como ressaltou o autor, foi fundamental para a construção de um coletivo que não se importava em construir um comportamento de vida que não se preocupa com a crença na vida futura após a morte. Acreditando ou não na existência dela, o destino já estaria traçado e os comportamentos de escrúpulo quanto à forma de prover recursos aos seus não seria mais necessário.

³² O Bourdieu que abordamos, neste ponto, dialoga com Mauss (2001) sobre a troca como dádiva. Para compreender seu posicionamento mais centrado sobre o interesse nas relações de troca é preciso considerar outras obras do autor que demonstram seu pensamento sistêmico entre os campos do saber bem como de busca por capital simbólico de poder, que supramencionamos.

economia doméstica exigia um constante cálculo de previsão para atender às urgências cotidianas de subsistência em detrimento de uma visão tradicional da forma de gerenciar a vida. A mudança do uso da troca de coisas pelo uso racional da moeda faz com que a certeza do uso futuro da coisa trocada seja perdido em nome de um uso futuro sem previsão e completamente abstrato. A forma como o uso da moeda se consolida, não deixa rastro e é longínqua e indeterminada (GARCIA-PARPET, 2013).

O espaço para o gerenciamento da economia das trocas estava, assim, formado. Bourdieu (1996; 2001) chamou-o de economia do “toma-lá-dá-cá”, devido à crítica que se formulava a essa pretensão de anular a necessidade de contrapartida do dom e especialmente de tentar romper com o espaço de dominação estabelecido pela troca. O pensamento da troca calculada ao invés de formulada de forma desprendida do contradom quebra o ciclo, pois gera um espaço de cinismo em relação à retribuição pretendida de forma explícita ao invés de ritualizada.

Outro ponto relacionado a essa percepção das relações mercantilistas ocidentais consiste na explicação de Godelier (2001) sobre essa troca de mercado, pois ela depende da esfera do sagrado, ou seja, do que é inalienável a partir do pensamento de Mauss (2001)³³.

³³ Cumpre esclarecer que Mauss (2001) compreende a troca dentro de três formas de obrigações: dar, receber e retribuir. Essas formas de obrigação colocariam-se de forma distintas entre sistemas de prestações totais, de prestações não-agonísticas e mercantilistas.

Dentro das relações de troca de prestações totais, encontramos a máxima da troca-dáviva que, em seu ato de dar e receber, gera uma obrigação de reciprocidade que não se anula mesmo com o recebimento de algo equivalente. A ideia é que se cumula essa dívida perpetuando o ciclo de trocas. Por outro lado, as trocas não-agonísticas geram um compromisso de retribuição de uma forma diferente.

A troca não-agonística envolve tanto uma questão da dádiva ao gerar um dever de retribuição pelo dar e receber quanto gera um elemento distinto que não se faz presente nas relações de prestações totais na medida em que há uma equivalência de valor esperada entre as trocas. Nessa forma de troca, há a necessidade de se conceder uma dádiva sempre melhor que a recebida, caso contrário não se pode mais pertencer ao circuito de troca. Há também a questão de que não são todos que podem entrar nesse círculo de trocas, pois não são todos que possuem riquezas, como no potlatch, para sacrificá-la. Essa forma de troca não-agonística não perde o caráter da dádiva em sua troca. Elas são orientadas pela mesma lógica da relação de dar, receber e retribuir, entretanto, surge ainda uma forma de adquirir prestígio pela demonstração de poder. Quando mais se oferece, mais se deve retribuir; logo, maior a dívida a ser reconstituída. Em sentido contrário, as relações mercantilizadas seguiriam a lógica da sociedade ocidental. As relações de mercado desse modelo trariam um modelo que busca a segurança nas relações pela ausência de um dever de retribuir. Tal relação não seria mais de dar, receber e retribuir; mas de pagar e receber sem qualquer obrigação de contrapartida. Marcel Mauss é referência central dentro do debate sobre as trocas, mas, apesar de sua importância, optamos por apoiar o estudo

A base do pensamento de Bourdieu (1996) está em Mauss, que tratou a troca como uma dádiva conformada pelo dar, receber e retribuir. Mais do que isso, Mauss considera o que pode e o que não pode ser trocado: de um lado está o que é passível de ser colocado em circulação e de outro, o que é sagrado. A questão não é posta de forma clara na obra de Mauss, mas Abreu (1997) e Godelier (2001) explicam que haveria uma distinção dentro dos ciclos de troca entre o que se chama de sagrado e de profano, pois o que tem o dever de se guardar não pode ser trocado e o que é profano poderia entrar no circuito de trocas. Assim, Mauss colocaria o sagrado como objetos que seriam pertencentes a determinado grupo em razão de uma relação com o divino e que, por isso, não poderia ser colocado em circulação entre os homens. Para as coisas que são feitas ou dadas pelo homem, haveria um canal aberto de circulação.

Em sua narrativa, Godelier (2001) explica que, dentro do contexto da sociedade ocidental capitalista, a moeda é colocada em circulação porque há um correspondente que a representa. Em termos mais simples, a moeda circula no mercado porque se tem uma garantia pelos papéis de que aquele valor existe nas instituições financeiras. A moeda é o que circula e é o ponto fixo de referência para medir o valor do que circula. Dessa forma, evita-se a circulação do sagrado pelo circular da moeda, o que facilita pelas noções de confiança ou de crédito criadas por esses instrumentos de gerar um cálculo econômico racional sobre as relações de troca. Esse ponto é forçado tanto pela questão da indeterminação do tempo a ser usado ou da destinação a ser dada pela moeda. Ela gera, assim, um espaço de perda do controle exercido pelo outro. Isso acontece porque se perder qualquer expectativa de contradom, bem como se gera um espaço onde não se pode definir se a troca seguirá sobre um sagrado.

Dentro desse cenário de tentativa de ruptura do tradicionalismo para a modernidade nas trocas políticas brasileiras, estaria relacionada a essa tentativa de impor uma lógica de mercado própria do capitalismo as trocas da política brasileira.

Ocorre que, dentro de sua formação tradicional, por assim dizer, as trocas políticas brasileiras seriam, segundo Abreu (1996; 2005; 2006; 2016), de palavras

nos referenciais de Bourdieu por trabalhar as categorias da troca entre o dom e o contradom de forma mais próxima do desenvolvimento da troca política brasileira.

e de coisas. As palavras são colocadas na forma de apoio, de discursos, de promessas e as coisas na forma do que é entregue, tanto como votos, obras, cargos, etc.. Pensar a política a partir de trocas de elementos como estes pode encontrar diversas formas e níveis de aceitação em cada sociedade.

No caso brasileiro, conta-se com a complexidade do próprio contexto. Desta forma, vivencia-se um antagonismo gerado pela troca, a qual mistura questões que parecem inconciliáveis, pois sintetiza “a pessoalidade e a instituição, o individual e o coletivo, o interesse e o desinteresse, a gratuidade e a obrigação” (ABREU, 2016, 156). Enquanto a política opera a troca por meios dos gestos de pessoalidade, do prestígio e do interesse, as regras institucionais exigem a regência da impessoalidade e do desinteresse institucional. A construção do senso comum indica que a ação política e a troca política deveriam ser orientadas pelo interesse coletivo, e não pelo interesse individual. A expectativa, por fim, é que a troca seja guiada pelo pleno desinteresse, porém ela é movimentada pelos interesses.

A questão, de fato, não perde complexidade. Pelo contrário, aumenta. A relação constante entre direito e política acirra essas características, pois, se a política segue no discurso oficial as regras institucionais, no circuito fechado ela opera o segredo e as trocas que se colocam pela lógica do interesse. Nesse ponto, a política busca a instrumentalização do direito, já que recorre ao discurso jurídico para a construção aberta do desinteresse. Segue, porém, operando movida pelo interesse que se faz e se consolida pela pessoalidade dessas relações de troca (ABREU, 1996; 2005; 2006; ABREU, 2016).

A troca política brasileira seria orientada, então, por uma ambiguidade fundante apontada por Bourdieu (1996), do dom e do contradom. Por exemplo, se um parlamentar precisa aprovar um projeto de lei, ele busca apoio de líderes de partido. O pedido de favor pode se formular de diversas formas, assim como a resposta a ele. O que se tem por certo é que, concedido o apoio, a palavra foi dada e cumprida e o que se espera na reciprocidade dessa relação constituída é que um contradom seja ofertado dentro de determinado tempo e oportunidade. Não é algo que precisa ser dito, é simplesmente a expectativa de retribuição do dom.

Há, igualmente, uma expectativa de maior generosidade em se prover auxílio, pois quanto maior apoio as palavras e promessas oferecidas adquirem, maior o poder que esse político adquire dentro do círculo de trocas. Um aliado que pode oferecer maior apoio, é colocado em prioridade no momento de se retribuir o apoio oferecido. Enquanto não prestado o apoio de volta, há um espaço de submissão ao outro pela dívida constituída. Tal dívida, se paga rapidamente, gera a suspeita da ingratidão e, se demorada, gera a desconfiança do desprezo.

Um ciclo de trocas se forma pelo gerar de reciprocidades, já que é preciso retribuir. O momento indefinido da restituição exige relações que se baseiem na confiança, o que mantém o ciclo de trocas de forma longa com o inserir sempre de novas palavras e coisas em circulação a partir do fator central da relação política brasileira, que é a pessoalidade no tratamento dessas relações. A palavra é concedida não pelo parlamentar como representante de um partido político, mas pela pessoa, pelo indivíduo que se compromete e se subjugua à posição de dar, receber e retribuir. Abreu (1996; 1999; 2005) explica que é justamente essa pessoalidade que permite que o ciclo de trocas continue. A pessoalidade forma, então, o laço de conexão entre as partes.

Essa forma de construção das relações de troca, nesse sentido, aproxima esse ciclo de trocas a um sistema de dom e contradom. A formulação de Abreu sobre o controle exercido pela pessoalidade possui um preciso sentido, pois é a partir das trocas que se estabelecem as amarras do jogo político. O controle surge das obrigações que se estabelecem a partir do momento em que pedem favores e trocam palavras. Aqui é preciso prestar contas e responder o contradom. O nascedouro da corrupção política, poderia se considerar estaria na busca dessa troca baseada no espaço de interesse e pessoalidade, pois a troca representa um controle no espaço de submissão entre o dom e o contradom (BOURDIEU, 1996).

Essa percepção exige a compreensão da economia das trocas, ou seja, a tentativa de se reduzir os riscos dentro da troca política a partir da supressão da necessidade de pessoalidade e da ritualização entre o momento de dar, receber e retribuir. De forma sistemática, poderia se pensar as relações de troca política brasileira da seguinte forma:

	Ciclo	Relação	Pessoalidade
Troca política pelo dom	Longo	Aberto	Importa
Troca política corrupta	Curto	Fechado	Não importa

O quadro acima³⁴ esboça diferenças entre trocas políticas pelo dom e corruptas. Em uma relação política pelo dom, a troca é baseada tanto no prestígio almejado, no interesse como na personalidade e, por isso, o ciclo de trocas segue um sistema de dom e contradom. Por outro lado, as trocas corruptas buscam um ciclo curto de relações relacionado aos interesses em comum conformados naquele momento que atendem a demandas das “éticas” particulares. Esse ciclo curto não gera prestígio ou submissão pela reciprocidade, mesmo que a personalidade pode ser fazer presente. Em outras palavras, a personalidade nos gestos e ações pode até existir, mas ela não conforma um elemento necessário para essa troca acontecer. O que rege as trocas corruptas é, principalmente, os interesses pessoais que atingem um sagrado que não pode ser trocado.

Dentro da constituição da troca política, a confiança gerada pelo prestígio adquirido nas trocas e os laços de personalidade das relações estabelecidas conforma um âmbito de dependência e de controle tanto pela submissão quanto pelo compromisso com o dever de retribuir. As relações corruptas do segundo modelo de troca, por outro lado, trariam uma falsa sensação de estabilidade nas relações pela ausência do dever de retribuir. A relação, nesse caso, não seria mais de dar, receber e retribuir em um ou vários dons e contradons, mas de pagar e receber sem qualquer obrigação de contrapartida.

Poderia se questionar, da soma do que se desenvolveu, como poderia – dentro de um eixo das relações internacionais e nacionais e o arraigar de uma cultura capitalista na sociedade brasileira – comportar a manutenção de uma forma política que manteria uma concepção pré-capitalista de preservar um capital simbólico no gerenciamento de trocas. A grande questão em relação a isso

³⁴ Este esboço foi feito a partir do esquema feito pelo professor Luiz Eduardo de L. Abreu durante os debates de discussão do tema em sua classe de Antropologia Jurídica, em 2012, no Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). De toda forma, o quadro apresenta tipos ideais.

é que a construção dessa economia das trocas já nasce com seu espaço de exceção, porquanto as sociedades ditas ocidentais e guiadas pela lógica de mercado capitalista encontrariam tanto dentro das relações econômicas em seu sentido estrito, como em outros vários espaços, um meio para as trocas baseadas no dom e no contradom. Bourdieu, sobre esse ponto, destaca que é a partir da análise de diversos campos, como o gerenciamento do ganho de capital simbólico³⁵, que a troca se mantém na sociedade ocidental. Por exemplo, dentro da relação de mercado estrita, a boa reputação de quem vende pode constituir um capital simbólico definidor da troca que sobreponha a lógica do melhor preço ou da melhor qualidade. Partindo dessas questões, Bourdieu demonstra como a troca como um dom que gera um poder simbólico pela troca integra as sociedades modernas ocidentais.

As trocas políticas brasileiras não representariam, dentro desse desenho, necessariamente um atraso dentro das formas sociais de relação, mas a construção de uma forma de troca que encontra seu espaço de manter a lógica do prestígio dentro do âmago das sociedades modernas capitalistas. O movimento da busca da mudança das relações políticas brasileiras, desse modo, assume um contexto que tenta reduzir esse âmbito de submissão na aquisição de prestígio dentro das trocas estabelecidas pelo desconforto do controle estabelecido por esse meio. Mas também poderia ser lido como uma tentativa de otimizar essas formas de controle dentro das trocas políticas a serem estabelecidas, de modo que não se busque uma quebra da troca que gera o prestígio e a reciprocidade pelo dom, mas que seja uma forma de expandir o controle por ela propiciado (GARCIA-PARPET, 2013).

A troca política tida como corrupta estaria, nesse sentido, associada à quebra dessa forma de troca pelo dom. Essa quebra não se opera somente pelo fato de ser uma relação descrita em uma lógica de mercado, mas também por estabelecer a relação de mercado sobre o que não poderia ser alienado dentro da lógica de mercado, ou seja, coloca-se o elemento do sagrado em circulação de alienação de forma a ferir o círculo de trocas pelo dom e pela formação do prestígio.

³⁵ Dizemos, aqui, capital simbólico no sentido do prestígio pelo fato de dar, receber e retribuir.

Podemos concluir que a relação política corrupta não gera confiança ou continuidade nas trocas, pois se tem a quitação do que foi trocado e, mesmo que ela ocorra de forma continuada, não se constrói mais do que o interesse comum de manter o sigilo por se tratar de uma troca que recai sobre o que não poderia ser trocado. A questão de trabalhar a zona cinzenta entre os liames de uma troca política regular e uma troca corrupta estaria relacionada, nesse sentido, ao definir o que é considerado sagrado – coisas e palavras que não podem ser colocadas em circulação.

O Collorgate e o Mensalão, como material empírico de estudo, somam dois cenários distintos de busca de uma mudança das trocas políticas. Em ambos os casos, há uma corrupção que leva ao tardio ou rápido, mas inevitável, momento do fracasso dessas proposituras. Essa falha das formulações de modificação do sistema das trocas está justamente na ausência da reciprocidade e da pessoalidade nas trocas, uma vez que acaba por quebrar o ciclo de confiança. A falta da confiança nas relações torna o sistema político mais instável, pois gera a ausência da reciprocidade, o que torna a palavra ou a coisa colocada incerta (ABREU, 2006).

É nesse momento que o desencaixe da primeira proposta de Heidenheimer (1989) de reduzir as relações políticas a estruturas do clientelismo e do patrimonialismo são marcantes. É possível encontrar descrições – como fez Bezerra (1995) – o qual afirma que a pessoalidade é fator indicador de uma relação de corrupção. Todavia, os ciclos de troca pelo dom nos indicam, como dito, que a ausência da pessoalidade pode ser um indício, na verdade, de uma prática de corrupção, pois é quando ela não se faz necessária. A tradição política brasileira não poderia ser compreendida dentro dessa divisão de uma relação política regular pela impessoalidade nas relações, porque a política brasileira possui uma tradição de formação de obrigações relacionais essencialmente externalizadas pela pessoalidade no tratamento dessas relações.

A problemática dessa trama para o Supremo Tribunal Federal é que essa prática de trocas políticas baseadas na pessoalidade das relações é – como já foi ressaltado – completamente antagônica ao discurso do direito. A norma compreende a troca baseada na pessoalidade como a contaminação do sistema e a quebra do tratamento institucional e impessoal. Por outro lado, a troca como

dom envolve a pessoalidade e é vista pela política como o instrumento de conter parcialidades. Nesse desencontro, um ponto é certo: a troca política pelo dom e o direito dialogam na busca de se conter excessos (ABREU, 2016).

O entrave colocado diante da Corte, então, é o dissabor de orquestrar esse diálogo entre discursos previstos em regras que determinam a impessoalidade das relações fundadas na busca por controle dos atos da administração pública com a troca dom que possui a pessoalidade como um de seus alicerces. As regras e os princípios balizadores da interpretação íntegra do direito indicariam a impessoalidade das relações políticas dentro do discurso da “boa governança” conformado pelas pressões internacionais apesar de a leitura local de governança enxergar na pessoalidade, tão rejeitada, o caminho para o controle de práticas corruptas.

A opção, nesse cenário de apontar a troca política pelo dom como corrupção, compromete a própria coerência do direito na medida em que coloca essa norma a ser seguida como um dogma, independente do contexto em que é aplicada. Logo, a manutenção da governabilidade assume, por um lado, o discurso da “Ética”, pois repercute em patamares de imparcialidade e impessoalidade na gestão pública, conforme regras e princípios que estão constitucionalmente normatizados – tais como moralidade e probidade administrativas (art. 37, CF/88) e, por outro lado, a certeza das palavras, das promessas e das coisas colocadas em circuito de troca.

O delinear da resolução dos casos em estudo tratam a consideração de levar essa forma de fazer política pela troca como legítima e necessária, além de retratar dois momentos marcantes da política brasileira em que projetos de mudança dessa forma de fazer política fracassaram, pelo menos os meios eleitos para tanto. A questão que se coloca, por conseguinte, é se as decisões registradas nos casos em estudo indicam uma solução que busca atender meramente a uma retomada da “boa governança” em prol da retomada da chamada governabilidade dentro de uma concepção global ou local, ou se haveria, ainda, outros fatores dentro da decisão tomada pela Corte que não atenderiam ao que tratamos sobre integridade no primeiro capítulo.

3. COLLORGATE: O PRIMEIRO GRANDE CASO

O Collorgate é usualmente referenciado como o primeiro grande caso de corrupção no País. Esse caso concreto envolve o julgamento político e criminal do então Presidente da República, Fernando Collor, que havia assumido o Governo Federal a partir de uma campanha eleitoral de rompimento com o coronelismo e o clientelismo. A proposta de abertura e modernização do País carregava seu discurso. Pela centralidade do papel da Presidência da República, o escândalo de corrupção ganhou grande repercussão, especialmente porque a narrativa da acusação indicava ações de desvio de verbas da Administração Pública Federal que ficou conhecido como "Esquema PC".

Por se tratar de um caso de grande repercussão e com múltiplas vozes sobre os impactos e as razões do resultado dos julgamentos político e criminal do acusado, faremos um recorte dessa análise. Primeiro, trataremos o contexto político e social em que o caso foi julgado, já que trazia uma repercussão intensa que causou uma profunda crise de governabilidade. Em segundo, analisaremos a atuação do Supremo Tribunal Federal no julgamento do processo de *impeachment* – veículo de responsabilidade política do Presidente da República.

Dentro dessa análise, ainda será verificado o julgamento criminal, em suas razões de decidir. A intenção é verificar tanto o posicionamento do Supremo sobre as trocas políticas narradas no caso, como sobre a coerência e integridade dos argumentos motivadores das decisões. Essa análise, conforme delineamos nos dois primeiros capítulos, considera se a Corte busca assegurar a governabilidade do País ou se haveria indícios de uma escolha casuística para punir ou não punir.

3.1 O CONTEXTO DE CRISE DE GOVERNABILIDADE: A CASA DA DINDA E A DISTRIBUIÇÃO DE BENESSES POR PAULO CÉSAR FARIAS

O Collorgate envolve uma narrativa muito mais associada a uma crise política do que ao julgamento criminal das práticas de corrupção, o que se coaduna com o que vimos no segundo capítulo sobre a visualização de responsabilizar ao invés de criminalizar os “desvios” dos agentes públicos. O discurso construído talvez também tenha sido desenhado dessa forma por estar

relacionado à perda da governabilidade do principal acusado, que ocupava o cargo de Presidente da República, Fernando Collor de Mello. Essa perda precisa ser considerada especialmente pela forma das relações políticas brasileiras possuírem um sistema de bases eleitorais que torna o sistema presidencialista bastante sensível aos influxos da composição do Congresso Nacional.

Como explica Bezerra (1999), o sistema partidário plural é uma proposta de presidencialismo que coloca a governabilidade do sistema em constante instabilidade, pois é preciso ceder aos partidos políticos, que possuem maior representatividade no Congresso Nacional, um espaço de atuação dentro do governo. A articulação deficitária entre Executivo e Legislativo leva, recorrentemente, a uma ingovernabilidade justamente pela falta de abertura do representante do Executivo para negociar a composição do governo entre as várias frentes partidárias que encontram representatividade no Legislativo.

Essa instabilidade governamental é um dos pontos que levaria à concreta acusação de práticas corruptas, pois a perda dessa estabilidade do sistema gera a queda da popularidade dos representantes de governo e, conseqüentemente, à abertura para que múltiplas vozes do sistema parlamentar fragmentado acionem meios de recuperar um espaço de poder dentro do governo. Em volta da figura do Presidente da República, o principal instrumento para a retomada da governabilidade é a ação de *impeachment*, que permite o afastamento durante o curso do processo perante o Senado Federal do acusado e uma possível condenação à perda do cargo, além da inelegibilidade para função pública pelo curso de 8 anos (art. 52, parágrafo único da Constituição de 1988).³⁶

³⁶ Redação da Constituição de 1988, art. 52, *caput*, incisos I, III, IV, XI, e parágrafo único vigente à época do julgamento: “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade e os Ministros de Estado nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles; [...] IIII - aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de: a) Magistrados, nos casos estabelecidos nesta Constituição; b) Ministros do Tribunal de Contas da União indicados pelo Presidente da República; c) Governador de Território; d) Presidente e diretores do banco central; e) Procurador-Geral da República; f) titulares de outros cargos que a lei determinar; IV - aprovar previamente, por voto secreto, após arguição em sessão secreta, a escolha dos chefes de missão diplomática de caráter permanente; [...] XI - aprovar, por maioria absoluta e por voto secreto, a exoneração, de ofício, do Procurador-Geral da República antes do término de seu mandato; Parágrafo único. Nos casos previstos nos incisos I e II, funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis”.

O *impeachment* consiste em um processo complexo de julgamento quanto aos chamados “crimes de responsabilidade”. A questão é que o fundamento da acusação de crime de responsabilidade está relacionado à ingerência na coisa pública, o que pode decorrer de uma prática criminosa ou não. A autonomia dessa forma de responsabilidade foi delineada no texto constitucional de 1988 ao firmar que a responsabilidade penal segue independente. No caso da figura do Presidente da República, a competência para julgar o crime de responsabilidade pertence ao Senado Federal, conforme o art. 52, inciso I, ao passo que a responsabilidade penal é de competência do Supremo Tribunal Federal, pelo disposto no art. 102, inciso I, alínea “b”.³⁷

A legislação vigente à época do julgamento do ex-Presidente Fernando Collor era a Lei nº 1.079, de 1950 – uma legislação que foi considerada recepcionada pela Constituição de 1988 – que descreve diversas condutas que poderiam ser consideradas como crime de responsabilidade. O ex-Presidente teria atentado contra o art. 85, incisos IV e V da Constituição Federal³⁸ e arts. 8º, inciso VII e 9º, inciso VII, da referida Lei de 1950³⁹. A questão é que as descrições

³⁷ Constituição de 1988, art. 102, inciso I, alínea “b”: “ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: [...] b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; [...]”

³⁸ Constituição de 1988, art. 85: “Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: I - a existência da União; II - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação; III - o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais; IV - a segurança interna do País; V - a probidade na administração; VI - a lei orçamentária; VII - o cumprimento das leis e das decisões judiciais. Parágrafo único. Esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento”.

³⁹ Lei n.º 1.079, arts. 8º e 9º: “Art. 8º São crimes contra a segurança interna do país: 1 - tentar mudar por violência a forma de governo da República; 2 - tentar mudar por violência a Constituição Federal ou de algum dos Estados, ou lei da União, de Estado ou Município; 3 - decretar o estado de sítio, estando reunido o Congresso Nacional, ou no recesso deste, não havendo comoção interna grave nem fatos que evidenciem estar a mesma a irromper ou não ocorrendo guerra externa; 4 - praticar ou concorrer para que se perpetre qualquer dos crimes contra a segurança interna, definidos na legislação penal; 5 - não dar as providências de sua competência para impedir ou frustrar a execução desses crimes; 6 - ausentar-se do país sem autorização do Congresso Nacional; 7 - permitir, de forma expressa ou tácita, a infração de lei federal de ordem pública; 8 - deixar de tomar, nos prazos fixados, as providências determinadas por lei ou tratado federal e necessário a sua execução e cumprimento”.

“Art. 9º São crimes de responsabilidade contra a probidade na administração: 1 - omitir ou retardar dolosamente a publicação das leis e resoluções do Poder Legislativo ou dos atos do Poder Executivo; 2 - não prestar ao Congresso Nacional dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas relativas ao exercício anterior; 3 - não tornar efetiva a responsabilidade dos seus subordinados, quando manifesta em delitos funcionais ou na prática de atos contrários à Constituição; 4 - expedir ordens ou fazer requisição de forma contrária às

para a conduta de crime de responsabilidade admitem uma interpretação ampla, razão pela qual são enfaticamente criticadas por gerar instabilidade política. Ou seja, em situações de instabilidade entre as relações do Presidente da República com os partidos políticos representados no Congresso Nacional, o *impeachment* poderia servir de instrumento de retomada de poder.

No caso do ex-Presidente Fernando Collor, há um intenso debate acadêmico sobre a instrumentalização do *impeachment* para se alcançar a retomada do poder. Isso porque a sequência dos fatos foi rápida e todo o processo de construção das razões da cassação do acusado e sua retirada do poder teria ocorrido – supostamente – dentro do mesmo ano de 1992. A movimentação teria começado – pelo menos publicamente – em maio de 1992 quando seu irmão, Pedro Collor, afirmou, na revista *Veja*, que seu tesoureiro das eleições, Paulo César Cavalcante Farias, conhecido como PC Farias, era “testa de ferro” de Collor.

Mesmo com o cenário central da acusação do *impeachment* fundamentado dentro de um julgamento social e político de práticas de corrupção, é preciso considerar que a condenação no processo de *impeachment* só foi possível por causa da soma de diversos fatores. Brasília Sallum Junior e Guilherme Casarões (2011) destacam um debate sobre o início da queda de Fernando Collor ter ocorrido no início de seu governo em 1990. Na época, havia diversos movimentos distintos que culminaram na consideração do *impeachment* como uma solução para a retomada da governabilidade do País.

Dentre eles, estaria de fato a acusação feita por Pedro Collor, porém este é somente um dos fatores que teriam levado à queda do governo de Collor. Souza (2000) indica que é preciso considerar que existiam, ainda, outros fatores, quais sejam: a personalidade do ex-Presidente Fernando Collor, a falta de cautela nas práticas de corrupção denunciadas, o fraco apoio da base parlamentar governista, a ausência de um controle do assédio midiático e a insistência em se manter no poder quando a renúncia ao cargo já se colocava como uma melhor opção. Para além dessas questões, somam-se ainda os fatores de definição do processo de

disposições expressas da Constituição; 5 - infringir no provimento dos cargos públicos, as normas legais; 6 - Usar de violência ou ameaça contra funcionário público para coagi-lo a proceder ilegalmente, bem como utilizar-se de suborno ou de qualquer outra forma de corrupção para o mesmo fim; 7 - proceder de modo incompatível com a dignidade, a honra e o decoro do cargo”.

impeachment pelo Supremo Tribunal Federal nos Mandados de Segurança nº 21.564, nº 21.623 e nº 21.689. Para melhor compreensão, será abordado de que forma cada um desses fatores pode ter influenciado na aprovação do *impeachment* de Fernando Collor.

3.1.1 AS ACUSAÇÕES DE PEDRO COLLOR

A acusação de Pedro Collor é, usualmente, apontada como a razão central do *impeachment* de Fernando Collor especialmente porque, a partir dela, a CPI foi criada e durante suas atividades, no mês seguinte, o motorista do ex-Presidente, Eriberto França, afirmou que Farias depositava valores para a secretaria de Collor, Ana Acioli. Declarou a revista Isto É que Farias pagava as contas da casa da Dinda. Em um processo rápido, em 6 de agosto de 1992 a Comissão Parlamentar aprovou o relatório apontando que Fernando Collor havia cometido crime de responsabilidade e concluiu que a acusação do motorista era verdadeira, pois Farias teria pago, por meio da empresa Brasil Jet, as reformas da Casa da Dinda (SKIDMORE, 2000).

Em meio a várias manifestações públicas, em 1º de setembro de 1992, o pedido de *impeachment* de Fernando Collor foi protocolado. Ao final do mesmo mês, em 29 de setembro, a Câmara dos Deputados aprovou o processo de *impeachment* por 441 votos a favor e 33 contra. O processo foi, então, instaurado em 1º de outubro do mesmo ano, no Senado Federal. Fernando Collor foi afastado da Presidência para que o processo fosse concluído e o vice-presidente, Itamar Franco, tornou-se o Presidente interino.

O julgamento de Collor no Senado só veio a acontecer em 29 de dezembro de 1992, momento em que ele renunciou ao mandato por meio de uma carta lida por seu advogado. O Senado considerou tratar-se de uma manobra para evitar a cassação e as sanções decorrentes da condenação no processo de *impeachment*, assim, já no adentrar do dia 30 de dezembro, por 76 votos a favor e 3 contra, Fernando Collor foi condenado à perda do mandato e à inelegibilidade por oito anos.

As primeiras acusações contra ele tiveram, de fato, um forte impacto porque vieram de seu próprio irmão, Pedro Collor. Souza (2000) narra que em 27 de maio de 1992 a revista Veja publicou a matéria em que afirmou que PC Farias

era um sócio oculto de Fernando Collor, responsável por fazer por ele negócios escusos envolvendo verbas do Governo Federal. Em que pese a Pedro Collor ter se retratado publicamente poucos dias após as declarações e afirmar que não tinha provas do envolvimento pessoal do então Presidente, as acusações causaram muito impacto.

Elas apontavam, precisamente, que Farias influenciava o governo de Fernando Collor diretamente e que havia criado uma estrutura para desvio de valores da Administração Federal. A iniciativa de Pedro Collor de acusar o irmão e Farias teria ocorrido porque Fernando Collor não fez com que Farias abandonasse a ideia de criar um novo jornal que competiria com o jornal “Gazeta Alagoas”, fundado pelo pai deles e presidido por Pedro Collor (SKIDMORE, 2000).

A reação de Collor, após as declarações e a retratação do irmão, foi abrir um processo por calúnia contra o irmão e anunciar que promoveria uma investigação no Governo Federal para averiguar possíveis práticas de corrupção. Mas o resultado das declarações já havia movimentado a população de modo que o Congresso Nacional reagiu com a abertura de uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) para averiguar as denúncias. A partir dessas declarações, em 1º de junho de 1992 o Congresso Nacional instalou a CPI para apurar as acusações sobre os negócios de Farias com o Governo Collor. Souza (2000) aponta que a principal intenção da CPI era alcançar PC Farias, visto que Fernando Collor já ter reunido vários políticos que viam no escândalo uma oportunidade de enfraquecê-lo.

3.1.2 A EXPLÍCITA PRÁTICA DE CORRUPÇÃO

O segundo fator destacado por Souza (2000) foi a falta de descrição de Farias para ocultar as práticas de corrupção. Fernando Collor teria encontrado grande dificuldade para controlar os constantes escândalos promovidos pela mídia pelas práticas de corrupção denunciadas por seu irmão, porque as práticas promovidas por PC Farias haviam deixado muitos rastros. Pelos poderes concedidos pela Constituição de 1988, as CPIs detinham autorização para investigação judicial, o que possibilitava a quebra do sigilo fiscal e bancário dos investigados.

Sikdmore (2000) explicou que Fernando Collor foi o responsável pela edição das alterações legais em 1990 que retirou a portabilidade do título do cheque, mas foi justamente por essa alteração que quando a CPI determinou a quebra do sigilo bancário dos investigados, descobriu as relações de PC Farias com os empresários que contratavam com o setor público federal e inclusive cheques que eram nominalmente direcionados para a compra de bens e reformas na “Casa da Dinda”, moradia de Fernando Collor.

A defesa, perante a CPI, apontou que o financiamento de campanhas eleitorais dos membros do Congresso Nacional não cumpria as leis eleitorais. Esse argumento foi outro exemplo de descautela para esconder as práticas de corrupção, afirmada como uma prática comum. Por essas e outras condutas que deixaram rastros, o grupo foi descrito como nada discreto por Lamounier (1991).

3.1.3 A AUSÊNCIA DE ARTICULAÇÃO DA BASE PARLAMENTAR GOVERNISTA

Souza (2000) ainda apontou que Fernando Collor teria recuperado certa estabilidade no meio do ano de 1992. Ele teria firmado que se manteria no cargo até o final de seu mandato e, usualmente, as CPIs não chegavam a nenhuma conclusão. Esse era pelo menos o histórico. O governo de Sarney, por exemplo, havia passado por acusações semelhantes e as investigações promovidas não alcançaram resultados impactantes para derrubar o governo. A própria descrença popular registrava que a maioria da população não acreditava que a CPI fosse chegar a qualquer conclusão, apesar de acreditar que o ex-Presidente estava envolvido no esquema de corrupção de PC Farias.

A questão é que a bancada governista no Congresso Nacional foi extremamente ineficiente ao obstruir as investigações da CPI. Isso pode ter ocorrido devido à difícil relação que Collor mantinha com o Congresso Nacional. Ao invés de aceitar as acusações, Fernando Collor recorreu à mídia para tentar sustentar sua inocência e passou a oferecer benesses no Congresso Nacional em troca de apoio. Essa questão está intimamente ligada com a personalidade do ex-Presidente.

A princípio, o leitor pode ter a impressão de que uma única peça do jogo não teria tanta importância para o seu resultado. De fato, não se trata de uma

única peça, pois se consideram diversas questões que definiram o desenvolvimento do *impeachment* contra Collor. Mas também não se pode ignorar que, como abordado anteriormente, o Presidente da República exerce uma função central dentro do sistema político brasileiro, de modo que a personalidade de quem assume o cargo pode ser decisiva para o governo. Skidmore (2000) apontou, por exemplo, que um dos principais fatores desencadeadores do *impeachment* de Fernando Collor foi a própria personalidade do ex-Presidente.

Skidmore (2000) considerou que Collor teria uma formação antagônica entre dois modos distintos de se fazer política. Ele teria vivenciado, em sua formação, uma transição entre uma política coronelista que gerenciava os votos a partir de relações paternalistas com o eleitorado para uma política moderna que defendia uma política econômica neoliberal. Essa formação seria delineada pela quebra de sua formação nos anos 60, quando ele teria deixado o estado de Alagoas e sua formação tradicional familiar para estudar no Rio de Janeiro e, posteriormente, em Brasília. Consta, ainda, da bibliografia dele, que o ex-Presidente iniciou sua carreira política em seu Estado de origem, Alagoas, e que teve uma formação com contato intenso com os meios de comunicação, pois sua família era a proprietária de uma rede de televisão repetidora da Rede Globo.

A figura de Fernando Collor para a candidatura à Presidência da República representaria uma esperança após grave recessão econômica vivida durante o governo Sarney no final dos anos 80. Sua campanha eleitoral era centrada na construção de sua imagem como um líder pautado pela moralidade e dedicado ao rompimento de práticas de corrupção dos movimentos coronelistas, paternalistas e clientelistas. O ex-Presidente prometia o que parte das lideranças acreditavam ser a solução para a crise vivenciada: modernizar o país. Para isso, seria necessário adotar medidas neoliberais e fomentar a iniciativa privada para auxiliar a recuperação e o crescimento da economia do País.

Elém de tais promessas, Fernando Collor teria uma conduta por vezes arrogante, em um traço da política coronelista. Ao falar sobre o governo de transição dele, Lamounier afirmou que “uma dificuldade, sem dúvida, era a imagem de truculência e autoritarismo associada a Collor desde a campanha eleitoral” (LAMOUNIER, 1991, 31). É que o ex-Presidente havia adotado uma posição de imposição de suas decisões sem base de diálogo com outros políticos

ou com a opinião pública. Essa forma de tratamento para estabelecer relações com os demais políticos seria extremamente problemática. A ausência de distribuição das decisões do governo que, como se viu, possuía pouca base governista dentro do Congresso Nacional, implicava perder – pouco a pouco – o apoio do Poder Legislativo e, conseqüentemente, a governabilidade do País.

Além disso, não seria suficiente obter a aprovação popular nos votos, pois o cargo de Presidente da República exige mais que isso. A estratégia de isolamento para evitar a submissão e o controle das relações de troca enfrentou forte resistência. O apoio em uma propaganda midiática sobre a imagem do ex-Presidente já consistia em uma base frágil para o gerenciamento diário do Governo. Dessa forma, mais do que em outros cenários, manter essa aprovação popular era essencial para sustentar a governabilidade, pois sua perda constitui em forte fator para a falta de apoio no Congresso Nacional.

Fernando Collor adotou, entretanto, uma política econômica neoliberal que, já no primeiro momento do seu governo, para controlar a superinflação de 80% ao mês, determinou a privatização de boa parte das empresas estatais e a abertura externa da economia. O ponto mais crucial, talvez, seja que ele teria, nesse primeiro momento de governo, reduzido 80% da liquidez da economia por meio do congelamento das aplicações financeiras, depósitos bancários e das poupanças pelo período de 1 ano e meio que seriam devolvidos com juros à população em 12 parcelas mensais. As medidas adotadas por Collor controlavam a inflação, todavia, indiretamente, iniciavam a perda de governabilidade, pois essas medidas tomadas de forma unilateral, por meio de 22 medidas provisórias – mesmo que posteriormente convertidas em Lei pelo Congresso Nacional – teriam reduzido drasticamente seus índices de aprovação popular. O prestígio do Presidente da República, de acordo com a pesquisa da DataFolha, teria caído de 71% para 36% em apenas três meses de governo (LAMOUNIER, 1991).

Apesar de o prestígio popular ser um fator importante para a manutenção do equilíbrio do sistema presidencialista brasileiro, a perda da popularidade em si não seria um fator decisivo para a busca por um processo de *impeachment* do Presidente. Como bem destacam Brasílio Sallum Junior e Guilherme Casarões (2011), o governo Sarney teria enfrentado uma impopularidade alta por todo o seu governo e, mesmo assim, o *impeachment* não foi suscitado.

A questão é que o Presidente anterior, Sarney, em que pese ao fato de ter uma popularidade baixa, manteve as relações políticas de diálogo com os demais partidos políticos. Fernando Collor, por sua vez, manteve uma política inicialmente impositiva. A agenda conciliatória só veio a ser promovida a partir de 1992 com as reformas ministeriais. Essas reformas tinham o intento de controlar o escândalo de corrupção que havia surgido desde a acusação de Pedro Collor, pois retirava dos ministérios nomes envolvidos nas investigações.

A questão é que, por meio dessa reforma, a expectativa era de que o governo recuperasse o equilíbrio e os escândalos fossem contidos. A queda de Fernando Collor por um *impeachment* não teria sido sustentada somente pelas características de sua personalidade. O que se pode dizer é que, talvez, se ele tivesse adotado uma política consensual, desde o começo de seu governo, não teria chegado ao *impeachment*. Entretanto, não há como afirmar qual seria o resultado dos movimentos políticos caso as condutas do ex-Presidente para com as demais frentes políticas da época tivessem sido diferentes.

3.1.4 A AUSÊNCIA DE UM CONTROLE DA MÍDIA

Outro ponto decisivo para Souza (2000) teria sido a perda do controle da mídia. Skidmore (2000) ressaltou que a imprensa relatou os fatos com muita intensidade. Pouco a pouco soltavam-se novas informações, o que fazia com que a última declaração do ex-Presidente fosse desmentida constantemente. Isso fez com que ele fosse comparado a Nixon no caso *Watergate*. Muitos jornais exploraram o caso sob o nome Collorgate, criado pelo Jornal Folha de São Paulo.

A cobertura foi, de fato, muito intensa. Primeiro, talvez, porque os jornalistas saíam de um período longo de repressão à imprensa. Sem liberdade de expressão, o espaço para explorar casos de grande repercussão foi suprimido. Outro fator que pode ser considerado é que os escândalos revelados durante o governo Sarney não encontraram repercussão e resposta social. Como houve uma resposta intensa de interesse pelo público para o caso de corrupção envolvendo Fernando Collor. Mesmo com a demora em cobrir o caso pela principal rede de TV, a Rede Globo, o caso ganhou intenso acompanhamento, pois as outras redes televisivas estavam cobrindo. Ao fim, a Rede Globo teria

iniciado a cobertura mais intensa do caso devido à competição pelos índices de audiência (SKIDMORE, 2000).

A intensa atuação da imprensa sem qualquer censura permitiu que a população acompanhasse o caso com detalhes e formasse uma forte opinião negativa sobre Fernando Collor, razão pela qual se registrou a queda de popularidade do ex-Presidente visto que, de abril a agosto de 1992, a pesquisa DataFolha indicou que a população que acreditava que Fernando Collor estava envolvido com o caso de corrupção passou de 31% para 84%. Sem dúvida, a falta de apoio popular foi um fator importante para seu fracasso no Congresso Nacional que foi sensível às manifestações públicas ao abrir a CPI e acelerar o processo de julgamento do *impeachment* contra o ex-Presidente (SOUZA, 2000).

3.1.5 A DEMORA DA RENÚNCIA DO CARGO

O último argumento de Souza (2000) foi a insistência de Collor em não renunciar. Como o ex-Presidente manteve-se até o último momento possível no governo, o público teria alcançado tempo de formar um julgamento mais sedimentado sobre seu governo. Isso acabou por estimular a CPI a preparar um relatório detalhado sobre a corrupção praticada pelo Esquema PC Farias. Com a insistência em não ceder às alternativas de renunciar e reduzir o impacto do escândalo sobre o governo, Collor fez com que o *impeachment* se tornasse uma opção necessária para a retomada da governabilidade do País. A crise econômica seguia sem controle devido aos escândalos e os canais de comunicação entre o Presidente da República e o Poder Legislativo aparentavam estar fechados. A votação do *impeachment* indica isso, já que o processo foi aprovado por 441 votos a favor e 38 contra, em 29 de setembro de 1992 e o *impeachment* foi aprovado por 76 dos 81 senadores já ao final de dezembro de 1992.

Mas como ressaltado inicialmente, ainda se considera a influência da atuação do STF no curso do processo de *impeachment*. No tópico a seguir serão trabalhadas as interferências feitas pelo Supremo no processo de *impeachment* e os argumentos centrais que fundamentaram a atuação da Corte. Esses argumentos estão principalmente relacionados à recepção da Lei nº 1.079/50, da Constituição de 1988, da legalidade e constitucionalidade do julgamento perante o

Senado Federal e da manutenção da punição ao se julgar válida a decisão do Senado Federal mesmo após a renúncia do acusado.

3.2 A ATUAÇÃO DO SUPREMO NO PROCESSO DE *IMPEACHMENT*

O papel do Supremo Tribunal Federal para o processamento do *impeachment* é pouco considerado dentro da literatura sobre o julgamento de Fernando Collor, especialmente pela Corte tê-lo, posteriormente, inocentado das práticas criminosas por ausência de provas. Esse posicionamento era justamente o oposto de todo o julgamento moral e social que já havia sido construído sobre o acusado e sua associação com as práticas de PC Farias.

A atuação do Supremo, entretanto, iniciou muito antes do julgamento dos crimes cometidos dentro do “Esquema PC”. A principal interferência do STF dentro do caso talvez tenha sido durante o curso do processo de julgamento do *impeachment*, já que a Corte foi chamada a definir o rito de julgamento de acordo com a Constituição de 1988.

O modelo de *impeachment* adotado pela Constituição de 1988 teria o mesmo modelo republicado desde a 1ª República – uma responsabilidade política. Ao contrário do modelo monárquico inglês, que a responsabilidade criminal pode vir a ocorrer a partir da constatação de um crime em julgamento que é feito perante o Judiciário (PINTO, 1965). A Constituição de 1988 elegeu o STF como competente para a gerência de duas facetas de responsabilidade. Isso porque, apesar de ser competente somente para o julgamento dos crimes comuns praticados pelo Presidente da República, também é o responsável por interpretar a Constituição e sanar vícios no processo de *impeachment* perante o Congresso Nacional por meio de mandado de segurança. O ex-Presidente da República Fernando Collor de Mello impetrou 3 Mandados de Segurança para tentar alterar o curso do processo de *impeachment*.

Quanto ao primeiro Mandado de Segurança (nº 21.564), o STF definiu em liminar a extensão do prazo de resposta do ex-Presidente perante a Câmara dos Deputados. Posteriormente, em decisão de mérito, decidiu sobre a validade e a recepção da Lei nº 1.079/50 que regulamenta o processamento do *impeachment* contra o Presidente da República. Esse julgamento foi substancial para a

definição do papel de controle da Suprema Corte de controle sobre o devido processo legal.

O segundo decisivo momento de atuação do Supremo Tribunal Federal foi no julgamento do MS nº 21.623 que teve como relator o Ministro Carlos Velloso. Nele, a Corte decidiu que não estaria violado o princípio do devido processo legal em razão de a oitiva de uma testemunha ter ocorrido após o momento das alegações finais. Outra questão importante sobre esse julgado foi o fato de que os senadores foram considerados juízes sem um dever de imparcialidade exigido constitucionalmente dos integrantes do Judiciário. A argumentação jurídica para tanto é algo que trataremos no tópico a seguir, mas cumpre ressaltar que, caso o Supremo houvesse anulado os atos para permitir uma nova alegação final pelo acusado ou ainda tivesse declarado parciais a maior parte da composição do Senado, o *impeachment* teria sido inviabilizado por falta de quórum. Havia, portanto, por esse julgamento uma grande possibilidade de interferência do resultado do processo de *impeachment*.

O terceiro e último momento foi o julgamento do MS nº 21.689 que também como relator o Ministro relator Carlos Velloso. O relator manteve a decisão de cassação do mandato de Fernando Collor. Nesse momento, a Corte firmou a decisão de crime de responsabilidade contra o ex-Presidente. Houve um debate sobre a renúncia feita pelo ex-Presidente momentos antes do julgamento no Senado Federal. A Casa, ao decidir sobre o *impeachment*, entendeu que não caberia mais a renúncia pelo avançar do julgamento. Aceitar a carta de renúncia do ex-Presidente implicaria aceitar o uso do direito para se esquivar da responsabilidade instituída pelo crime de responsabilidade. O Supremo, ao julgar esse mandado de segurança como improcedente e manter a perda do mandato de Presidente e a suspensão dos direitos políticos de Fernando Collor por 8 anos, constituiu um marco histórico ao manter uma punição pelo gerenciamento irresponsável da máquina pública. Isso posto, trataremos, a seguir, da argumentação apresentada para cada um desses julgamentos.

3.2.1 O INÍCIO DO IMPEACHMENT: MS Nº 21.564

O acusado Fernando Collor questionou, no primeiro mandado de segurança, a decisão do Presidente da Câmara dos Deputados de que: (a) cabia

à Câmara dos Deputados decidir sobre a acusação feita contra o Presidente da República para que o conhecimento do processo de *impeachment* fosse feito perante o Senado Federal; (b) a Lei nº 1.079 de 1950 estaria recepcionada pela Constituição de 1988 dentro do que coubesse; (c) proferido o parecer pela comissão especial de *impeachment* na Câmara dos Deputados no prazo de 7 sessões, a matéria seria votada pelo Plenário em única votação aberta e seria aprovada a acusação somente por 2/3 dos membros da Casa conforme o art. 85, parágrafo único, da Constituição de 1988; e (d) não seria aplicado o art. 18 do Regimento Interno da Casa, porque este seria incompatível com diversas previsões do próprio Regimento Interno e da Lei nº 1.079/50.

O impetrante alegava que várias regras estipuladas para o processamento da admissibilidade do processo de *impeachment* estariam inadequadas. O processo de *impeachment* foi protocolado em 1º de setembro de 1992 e, naquele momento, o ex-Presidente já se encontrava sem apoio dentro do Congresso Nacional. O prazo de resposta foi estipulado dentro do menor prazo encontrado dentro do Regimento Interno da Casa, que seria de 5 sessões. Fernando Collor teria que se manifestar nesse curto prazo que seria exatamente até às 19 horas do dia 15 do mês de setembro de 1992.

Collor sustentou que a votação deveria ser secreta pela previsão do art. 188, II, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, bem como o direito de ampla defesa e contraditório deveria ser concedido conforme previsto no art. 22 da Lei nº 1079/50⁴⁰, que garantiria o prazo de 20 dias, caso ela fosse considerada recepcionada pela Constituição de 1988. Pediu a aplicação do art. 217 do

⁴⁰ Lei nº 1079/50, art. 22: “Art. 22. Encerrada a discussão do parecer, e submetido o mesmo a votação nominal, será a denúncia, com os documentos que a instruem, arquivada, se não for considerada objeto de deliberação. No caso contrário, será remetida por cópia autêntica ao denunciado, que terá o prazo de vinte dias para contestá-la e indicar os meios de prova com que pretenda demonstrar a verdade do alegado. § 1º Findo esse prazo e com ou sem a contestação, a comissão especial determinará as diligências requeridas, ou que julgar convenientes, e realizará as sessões necessárias para a tomada do depoimento das testemunhas de ambas as partes, podendo ouvir o denunciante e o denunciado, que poderá assistir pessoalmente, ou por seu procurador, a todas as audiências e diligências realizadas pela comissão, interrogando e contestando as testemunhas e requerendo a reinquirição ou acareação das mesmas. § 2º Findas essas diligências, a comissão especial proferirá, no prazo de dez dias, parecer sobre a procedência ou improcedência da denúncia. § 3º Publicado e distribuído esse parecer na forma do § 1º do art. 20, será o mesmo, incluído na ordem do dia da sessão imediata para ser submetido a duas discussões, com o interregno de 48 horas entre uma e outra. § 4º Nas discussões do parecer sobre a procedência ou improcedência da denúncia, cada representante de partido poderá falar uma só vez e durante uma hora, ficando as questões de ordem subordinadas ao disposto no § 2º do art. 20”.

Regimento Interno⁴¹ e alegou que a Lei nº 1.079/50 teria sido revogada pelo art. 5º da Emenda Constitucional nº 4, de 1961⁴².

O plenário do STF conheceu do mandado de segurança e apontou que estaria presente o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, pois haveria uma fundamentação jurídica relevante e que havia um risco na demora em relação ao prazo para defesa do impetrante (cinco sessões). Mas, já no começo do julgamento liminar do mandado de segurança, o ministro Paulo Brossard suscitou uma questão de ordem, pois acreditava que seria necessário analisar se a Corte teria competência para decidir questões relacionadas ao processo de *impeachment*. Essa seria uma questão que afetaria o pedido central do mandado de segurança. O Ministro mantinha seu entendimento de que a Corte poderia decidir sobre questões processuais relativas ao rito constitucional e acreditava que haveria um ponto mais complexo dentro da análise do rito do processo de *impeachment* que não permitiria essa atuação da Corte.

No curso da decisão sobre a questão de ordem, o Ministro Carlos Velloso afirmou que a vontade constitucional seria de uma avaliação jurisdicional ampla pelo Judiciário, posto que havia determinado em seu art. 5º, inciso XXXV⁴³ o dever de apreciação pelo Poder Judiciário ante qualquer ameaça ou lesão a

⁴¹ Regimento Interno da Câmara dos Deputados, art. 217: “*art. 217. A solicitação do Presidente do Supremo Tribunal Federal para instauração de processo, nas infrações penais comuns, contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado será recebida pelo Presidente da Câmara dos Deputados, que notificará o acusado e despachará o expediente à Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, observadas as seguintes normas: I - perante a Comissão, o acusado ou seu advogado terá o prazo de dez sessões para, querendo, manifestar-se; II - a Comissão proferirá parecer dentro de cinco sessões contadas do oferecimento da manifestação do acusado ou do término do prazo previsto no inciso anterior, concluindo pelo deferimento ou indeferimento do pedido de autorização; III - o parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Redação será lido no expediente, publicado no Diário Do Congresso Nacional, distribuído em avulsos e incluído na Ordem do Dia da sessão seguinte à de seu recebimento pela Mesa; IV - encerrada a discussão será o parecer submetido a votação nominal, pelo processo de chamada dos Deputados. § 1º Se, da aprovação do parecer por dois terços dos membros da Casa, resultar admitida a acusação, considerar-se-á autorizada a instauração do processo. § 2º A decisão será comunicada pelo Presidente ao Supremo Tribunal Federal dentro do prazo de duas sessões”.*

⁴² Emenda Constitucional nº 4 de 1961, art. 5º: “*Art. 5º São crimes funcionais os atos do Presidente da República que atentarem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: I - a existência da União; II - o livre exercício de qualquer dos poderes constitucionais da União ou dos Estados; III - o exercício dos poderes políticos, individuais e sociais; IV - a segurança interna do país”.*

⁴³ Constituição de 1988, art. 5º, inciso XXXV: “*Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...]”.*

direito. O Ministro Sepúlveda Pertence recordou que, no julgamento do MS nº 20.941, havia seguido a divergência do Ministro Paulo Brossard juntamente com o Ministro Célio Borja. O Ministro Paulo Brossard (1965) havia escrito um livro - “*O impeachment*” - no qual defendia a autonomia desse processo da apreciação do Judiciário. Em sua tese, defendia que não caberiam quaisquer formas de revisão do controle sobre esse processo, pois ele teria um caráter político-disciplinador. As decisões, no correr do processo sobre crimes de responsabilidade, seriam relativas a atos políticos; logo, não poderiam sofrer controle do Judiciário.

O ministro Sepúlveda Pertence havia acompanhado a divergência, que restou vencida, quando do julgamento do mandado de segurança impetrado por Sarney, entretanto, nesse julgamento sobre o caso de Collor, afirmou ter mudando seu entendimento sobre o tema. O ministro disse que diante da previsão do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição de 1988, ao Judiciário, não caberia revisar a decisão de mérito do *impeachment*, porém ainda teria competência sobre as questões relativas ao seu processamento. O Ministro Paulo Brossard, ainda assim, apresentou extenso voto defendendo a autonomia do processo de *impeachment*. Na sequência, os ministros Neri da Silveira, Moreira Alves, Sydney Sanches e Ilmar Galvão seguiram o Ministro relator.

A decisão pela maioria dos ministros teria sido pela extensão do prazo para 10 sessões pela aplicação do art. 217 do RICD por analogia. Na ausência de uma regra específica, essa seria a previsão mais próxima para indicar um prazo de resposta para o Presidente da República, ao invés da previsão de cinco sessões direcionadas às comissões. Nessa parte, ficou vencido o Ministro Paulo Brossard.

Na sequência dos atos, o parecer do Procurador-Geral da República foi apresentado o qual indicava sua concordância com o pleito de extensão do prazo do impetrante, já concedida pela decisão liminar da Corte. Todavia, indicava o indeferimento dos demais pleitos, visto que o trâmite do *impeachment*, perante a Câmara dos Deputados, estaria de acordo com as previsões constitucionais e legais consideradas vigentes. O parecer, então, acompanhou o impetrado no que tange à forma de votação perante a Câmara dos Deputados. No dia 23 de setembro de 1992, a Corte decidiu o mérito do mandado de segurança. A *ratio decidendi* foi centrada sobre três pontos: a recepção pela Constituição de 1988 da

Lei nº 1079/50, a confirmação da validade do art. 217, §1º e a declaração de inconstitucionalidade do art. 188, II do RICD.⁴⁴

No momento do julgamento do mérito da ação, os ministros divergiram em diversos pontos sobre como decidir. Primeiro, ficou vencido o Ministro relator e o Ministro Ilmar Galvão na parte em que sustentavam que o art. 217 do RICD deveria ser integralmente seguido. Esse dispositivo regulamenta o processamento da autorização de processo contra o Presidente da República por crime comum. A maioria dos ministros, todavia, entendeu que não poderia ser aplicado esse dispositivo para todo o processo de *impeachment*, pois não seria necessária a aplicação dele por analogia. As regras específicas recepcionadas pela Constituição de 1988 estariam previstas na Lei nº 1.079/50.

A questão sobre a recepção ou não da Lei em questão teria precedente na Corte justamente pela relatoria do Ministro Paulo Brossard, na ADI nº 2 julgada em 6 de fevereiro de 1992 (BRASIL, 1992a). Nessa ação, o Supremo teria decidido, por maioria, sobre o fenômeno da recepção das leis. As leis anteriores que contrariassem a nova constituição estariam revogadas, caso não fossem contrárias ao texto constitucional seriam recepcionadas. A jurisprudência da Corte estaria fundada em uma concepção de ordenamento jurídico descrita por Bobbio (1995): as fontes primárias e as fontes secundárias.

A Constituição de 1988 seria uma fonte primária da qual as fontes secundárias deveriam derivar. As regras secundárias poderiam ser, desse modo, integradas ao novo sistema seja por recepção ou por delegação. A recepção seria das regras pertencentes a ordenamentos jurídicos anteriores que não confiassem na nova fonte primária enquanto a delegação seria o poder que essa constituição nova concede aos poderes e órgãos para criarem normas que atendam aos objetivos constitucionais. A constituição de 1988 revogaria toda legislação que fosse contrária as suas previsões, pois estas não estariam recepcionadas.

A maioria dos ministros sustentou, no julgamento, discurso que remontava ao momento em que foi editada a Lei nº 1.079/50. Isso porque, haveria uma proximidade entre as previsões relativas ao *impeachment* e as Constituições de

⁴⁴ Regimento Interno da Câmara dos Deputados, art. 188, inciso II: “Art. 188. A votação por escrutínio secreto far-se-á pelo sistema eletrônico, nos termos do artigo precedente, apurando-se apenas os nomes dos votantes e o resultado final, nos seguintes casos: [...] II - por decisão do Plenário, a requerimento de um décimo dos membros da Casa ou de Líderes que representem esse número, formulado antes de iniciada a Ordem do Dia”.

1946 e de 1988, pois ambas delegavam o poder de regulamentar o *impeachment* por meio de lei especial. A Constituição de 1946 teria instituído um regime presidencialista, que logo teria sido alterado para um sistema parlamentarista pela Emenda Constitucional nº 4 de 1961. Em meio a essa alteração, a Lei nº 1.079/50 teria sido editada para regulamentar a previsão constitucional do *impeachment*. Posteriormente, porém, a Emenda Constitucional nº 6, de 1963, teria reprimado, ou seja, devolvido a vigência da referida Lei, pois determinava o retorno do sistema presidencialista. A Lei, então, não estaria revogada durante todo esse período. A questão deveria recair sobre a recepção da Lei pela Constituição de 1988, especialmente porque o texto constitucional novo havia alterado o procedimento ao retirar o ato de pronúncia da Câmara dos Deputados (CERQUEIRA, 1995).

O texto dessa Lei só não estaria vigente, portanto, na parte relativa ao procedimento de pronúncia perante a Câmara dos Deputados. A Constituição de 1988 teria alterado essa parte do processo de *impeachment* porque instituiu que a Câmara dos Deputados faria somente um exame de procedibilidade. A mudança estaria no art. 51, inciso I, da Constituição de 1988⁴⁵ ao dizer “autorizar” ao invés de “processar”. Por essa mudança no texto, a Câmara dos Deputados passava a ser responsável somente pela admissão do processo de *impeachment* (CERQUEIRA, 1995).

A Corte, então, julgou que a Lei seria constitucional na parte em que estabelece o rol de crimes de responsabilidade e os demais procedimentos nela previstos. Dentre eles, estaria o art. 23⁴⁶ cuja redação seria importante para definição sobre a forma de votação na Câmara dos Deputados. A votação por

⁴⁵ Constituição de 1988, art. 51, inciso I: “Art. 51. Compete privativamente à Câmara dos Deputados: I - autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado; [...]”

⁴⁶ Lei nº 1079/50, art. 23: “Art. 23. Encerrada a discussão do parecer, será o mesmo submetido a votação nominal, não sendo permitidas, então, questões de ordem, nem encaminhamento de votação. § 1º Se da aprovação do parecer resultar a procedência da denúncia, considerar-se-á decretada a acusação pela Câmara dos Deputados. § 2º Decretada a acusação, será o denunciado intimado imediatamente pela Mesa da Câmara dos Deputados, por intermédio do 1º Secretário. § 3º Se o denunciado estiver ausente do Distrito Federal, a sua intimação será solicitada pela Mesa da Câmara dos Deputados, ao Presidente do Tribunal de Justiça do Estado em que ele se encontrar. § 4º A Câmara dos Deputados elegerá uma comissão de três membros para acompanhar o julgamento do acusado. § 5º São efeitos imediatos ao decreto da acusação do Presidente da República, ou de Ministro de Estado, a suspensão do exercício das funções do acusado e da metade do subsídio ou do vencimento, até sentença final. § 6º Conforme se trate da acusação de crime comum ou de responsabilidade, o processo será enviado ao Supremo Tribunal Federal ou ao Senado Federal”.

esse dispositivo seria ostensiva e nominal, o que significa dizer que o voto é público e feito por meio do chamamento individual dos deputados federais.

A regra do art. 23 de publicidade da votação atenderia ao princípio democrático, mas iria de encontro com a previsão regimental do art. 188, II, que trazia a votação secreta. O impetrante tinha interesse na votação secreta para conseguir mais apoio dentro do Congresso Nacional, entretanto, a regra constitucional democrática tanto pela antiga constituição de 1946 quanto pela constituição de 1988 seria a do voto aberto. A constituição de 1946 tinha um rol de situações em que a votação seria secreta.

Da mesma forma, a Constituição de 1988 possui tais previsões, pois determina quando o Senado Federal pode votar em secreto (art. 52, incisos III e IV, CF/88). A escolha do constituinte de não conceder o voto secreto ao processo de *impeachment* constante no art. 52, incisos I e II seria clara. A votação na Câmara dos Deputados para a admissibilidade do processo estaria tanto inquestionável como aberta e ostensiva, pois não haveria qualquer remissão no texto do art. 51 a uma votação secreta. Ressaltaram, ainda, que o art. 85 da Constituição de 1988 que determina o quórum de 2/3 para votação não fala em votação secreta.

Os ministros entenderam, então, que o art. 23 da Lei nº 1079/50 estaria recepcionado porque estaria de acordo com a regra constitucional de publicidade dos votos dos eleitos. A previsão do art. 188, II, de votação secreta seria, portanto, inconstitucional e ilegal, visto que o texto constitucional não teria instituído a exceção à regra para o processo de *impeachment* e a Lei nº 1.079/50 que se encontra vigente dispõe de modo diverso pela votação ostensiva e nominal.

Os argumentos jurídicos que definiram esse posicionamento são relevantes, pois, a partir deles, podemos compreender que havia uma questão de competência do STF em debate. Estava havendo uma questão em primeiro plano relativa a um embate político importante, pois se tratava do processamento do *impeachment* e em segundo plano ainda havia um conflito dos limites entre a separação dos poderes e a efetivação de direitos individuais.

Caso tivesse a Corte decidido conforme o posicionamento do Ministro Paulo Brossard, o STF perderia o espaço de interferência nos demais poderes

para impedir que atos próprios desses poderes fossem declarados inconstitucionais por não seguirem os ritos constitucionais. O direito individual dos eleitores de acesso aos votos dos parlamentares estaria em confronto direto com a autonomia da Câmara dos Deputados de determinar o voto secreto. Da mesma forma, o direito individual ao devido processo legal e da legalidade estariam em confronto com essa autonomia, pois poderia o regimento determinar procedimentos contra a própria previsão legal e constitucional e não serem passíveis de revisão pelo Judiciário.

O confronto de segundo plano, portanto, estava entre a própria possibilidade de controle dos atos emanados pelos demais poderes pelo Judiciário – chamado de *judicial review* – com a autonomia do Poder Legislativo. A própria função do Judiciário, desse modo, estaria em questionamento. O voto do Ministro Celso de Mello explicitou a questão estar entre a separação dos poderes e o *judicial review* ao dizer que:

A cláusula do judicial review, cuja gênese reside no texto da própria Constituição da República, rompe – ao viabilizar a invocação da tutela jurisdicional do Estado – qualquer círculo de imunidade que vise a afastar, numa comunidade estatal concreta, o predomínio da lei e do direito sobre a arbitrariedade do Poder Público (BRASIL, 1992b, 231).

Essa preocupação do Ministro Celso de Mello aparece de forma constante entre os votos dos ministros na medida em que sempre ressaltam que seria preciso, para um Estado Democrático de Direito, que o Judiciário seja autônomo para exercer o controle de legalidade e constitucionalidade dos atos dos demais poderes. Para o Ministro Celso de Mello, o *impeachment* seria um princípio fundamental para a separação dos poderes porque a inobservância do dever político instituído pela Constituição seria reclamada pelo *impeachment*; o controle sobre o rito constitucional e legal do *impeachment* seria, assim, indiretamente, essencial para a própria manutenção da separação dos poderes.

Desde o princípio deste trabalho, ressaltou-se a importância para o direito do sistema de controle da administração pública exercido pelo Judiciário, especialmente por sua correlação com a própria formação da força normativa da Constituição. A concepção da gerência dos recursos públicos ser controlada e os atos do governante serem responsabilizáveis constitui uma mudança no sistema de governança que é marcado pela própria construção do *judicial review*. O

primeiro registro seria da metade do século XVII, quando Edward Cooke defendia que os estatutos poderiam ser criados pela vontade do soberano, mas não poderiam ser violados por ele. Cooke defendia que a imposição do cumprimento das leis pelo soberano deveria ser feita pela autoridade do juiz como um árbitro entre o rei e a nação. Posto que seu pensamento não tenha sido consolidado na Inglaterra, gerou reflexos para a revolução americana de 1688. Grant teria sido o responsável por propagar esse posicionamento nas colônias ao defender que os tribunais considerassem os atos de governo ilegais como nulos e os regulamentos que contrariassem as cartas magnas como inválidos (Cooke Apud CERQUEIRA, 1995).

Desse movimento se formou uma tradição de revisão judicial dos atos e das leis de acordo com o texto constitucional bem como a responsabilização dos governantes sobre seus atos da gerência da coisa pública. Esta tradição embasou a decisão que ficou conhecida por criar o *judicial review* como um sistema de controle de constitucionalidade em 1803.

Em 1800, com a perda eminente da presidência para Thomas Jefferson, o presidente federalista Adams editou a “lei do judiciário” criando os tribunais federais e começou a nomear, em cargos vitalícios, os políticos de seu partido. A posse de Jefferson foi em 1801. Antes da posse de Jefferson, o então Secretário de Estado, Marshall, determinou a nomeação de Marbury como juiz de um desses Tribunais Federais, entretanto, os papéis não chegaram a ser enviados. Quando Thomas Jefferson assumiu a presidência, nomeou Madison como Secretário de Estado e Marshall foi nomeado como juiz da Suprema Corte Americana. Madison não empossou Marbury em seu cargo, de modo que ele entrou com um *writ* na Suprema Corte Americana solicitando proteção ao seu direito de ser empossado de acordo com uma competência para Corte firmada em lei ordinária (TRIBE, 1986).

Como presidente da corte, Marshall decidiu a questão e criou, de certa forma, o *judicial review*. Em sua decisão, disse que não caberia à Suprema Corte Americana decidir sobre a questão, pois a competência alegada teria sido editada por lei ordinária em dissonância com o texto constitucional. Assim, em nome da “supremacia da constituição”, decidiu afastar a aplicação da norma incompatível com o texto constitucional. Nesse ato, determinou que os juízes afastassem a

aplicação da norma que entendesse inconstitucional do caso concreto. Esse precedente da Suprema Corte seguiu com a revogação da lei dos juízes e a destituição dos cargos dos tribunais federais e, na sequência, na Guerra de Secessão (TRIBE, 1986).

Essa concepção de constituição rígida influenciou os textos constitucionais brasileiros, pela primeira vez, em 1891, quando da formação da Primeira República. Em 1934, teria inserido a primeira forma de controle de constitucionalidade da lei em tese, ou seja, fora do sistema do *judicial review*. O controle concentrado de constitucionalidade foi também somado pela garantia constitucional do mandado de segurança que constituía um forte veículo de controle da legalidade e da constitucionalidade. Esse sistema, entretanto, logo sofreu retrocessos no período do Estado Novo, pois, neste período, não cabia mandado de segurança contra os atos do Presidente da República, ministros de Estado, governadores ou interventores nos Estados (CERQUEIRA, 1995).

O controle de constitucionalidade foi retomado em 1946 com o retorno da democracia, mas logo sofreu novas restrições durante o período militar. A Constituição de 1988, portanto, retomava esse sistema de controle em um momento que ainda era instável pelo fim da ditadura (BONAVIDES, 2000).

Nesse sentido, mesmo que o momento se colocasse politicamente como conflitante por envolver o *impeachment* do Presidente da República e ainda mais por esse movimento estar relacionado à esfera das relações políticas entre Executivo e Legislativo, não seria coerente decidir contra a nova Constituição que se sedimentava. Sem estabelecer um controle de legalidade e constitucionalidade efetivo contra atos dos chefes dos poderes, poder-se-ia recair em períodos de cessar da democracia, vivenciados durante os períodos ditatoriais.

Assim, de certa forma, o conhecimento do mandado de segurança para exercer o controle de constitucionalidade era coerente e atendia a integridade do direito, dentro da proposta do ordenamento jurídico que se constituía a partir de 1988.

Negar a competência da Corte significaria negar o próprio *judicial review*, o que atentaria contra o pilar básico que o Ministro Paulo Brossard buscava proteger. Mas, além disso, a Corte poderia estar buscando reduzir os riscos de retorno ao período ditatorial ainda recente. Esse receio causava instabilidade na

governabilidade, o que não ajudava o País a se recuperar das instabilidades geradas pela crise do escândalo de corrupção.

Dentro desse cenário, atendia ao critério de integridade uma interpretação das normas que, sem perder a coerência, atendesse aos anseios de retomada da governabilidade do País. Em outras palavras, não havia motivos para se buscar conformar uma argumentação de apoio a Fernando Collor por parte da Suprema Corte.

3.2.2 AO FINAL DO PROCESSO DE *IMPEACHMENT*: MS Nº 21.263

Já ao final do processo do *impeachment*, no dia 17 de dezembro de 1992, o Supremo foi chamado a interferir no curso do processo perante o Senado Federal. Dessa vez, Fernando Collor questionava a Corte quanto ao cerceamento de defesa por uma testemunha ter sido ouvida depois das alegações finais – o que violaria o devido processo legal – e sobre a suspeição da maior parte dos senadores para julgá-lo. Alegou, também, que diversos senadores estavam impedidos de votar por serem parciais. As decisões de negativa do pleito do acusado teriam sido tomadas pelo Presidente do Senado Federal, no curso do mês de novembro de 1992. A autoridade coautora do mandado de segurança em questão era o próprio Presidente do STF, já que era o responsável, no curso do processo de *impeachment*, pela Presidência do Senado Federal.

Quanto ao primeiro ponto, a testemunha seria o ex-Ministro da Economia que estava em viagem para o exterior. Marcílio Marques Moreira não foi ouvido como testemunha da defesa, mas foi ouvido como testemunha do juízo quando retornou ao País. A colheita de seu depoimento foi posterior ao momento das alegações finais. Outra questão relacionada ao cerceamento de defesa seria a juntada de um volume alto de contas telefônicas como documentos de prova contra o acusado Fernando Collor. A grande quantidade de provas na véspera do prazo das alegações finais teria inviabilizado o estudo de todos os documentos. As garantias constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório teriam sido infringidas (art. 5º, incisos LIV, LV, CF/88⁴⁷).

⁴⁷ Constituição de 1988, art. 5º, incisos LIV e LV: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em

Quanto ao segundo ponto, a ideia de imparcialidade dos juízes prevista na Constituição de 1988 foi reclamada a ser aplicada aos senadores como julgadores do processo de *impeachment*. Os senadores seriam suspeitos para o julgamento, pois a maior parte deles já havia feito manifestações públicas pela condenação de Collor no processo de *impeachment*. A Corte teria que decidir sobre a necessidade desses julgadores serem imparciais e sobre a abertura de novo prazo para as alegações finais.

Os questionamentos feitos pelo impetrante são de ordem procedimental, mas os impactos da decisão não. A abertura de novo prazo ao final do ano poderia adiar o julgamento de Collor para o ano seguinte. Julgar suspeita a maior parte dos senadores inviabilizaria o julgamento, pois não haveria quórum mínimo para condenar o impetrante. A decisão, pela maioria dos votos, foi pelo indeferimento de ambos os pedidos, vencidos os Ministros Moreira Alves e Ilmar Galvão. Os fundamentos dessa decisão estariam relacionados a um debate sobre o devido processo legal e a aplicação subsidiária do código de processo penal ao processo de *impeachment*. Mas tais questões foram debatidas dentro de um ponto central que seria a natureza jurídica do processo de *impeachment* ser política ou criminal. Precisamos considerar, nesse diapasão, várias questões que expomos no primeiro capítulo sobre o processo penal brasileiro.

O Ministro relator Carlos Velloso iniciou sua sustentação ressaltando que o instituto do *impeachment* brasileiro teria sido inspirado na previsão americana já na Primeira República. Dentro desse modelo republicado, o *impeachment* se afastava do modelo monárquico inglês e se centrava em uma responsabilidade política. Paulo Brossard, em sua obra, chegou a explicar que a punição não era sobre o indivíduo, mas sobre a autoridade que era despojada do cargo.

Em que pese ao instituto ter uma previsão de punição política desde a Constituição de 1891, o debate promovido pelo ministro relator era sobre a possibilidade do julgamento do *impeachment* ser considerado um processo de natureza mista, ou seja, político-criminal ou se seria somente política. Por um lado, defendia-se a natureza mista em razão dos crimes de responsabilidade atraírem o caráter de que tais condutas teriam uma natureza necessariamente

geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; [...]”.

penal. A natureza mista, por exemplo, já teria encontrado defesa na Corte em 1916, no HC nº 4.091, pelo Ministro Pedro Lessa. No julgamento do MS nº 4.928, em 1957, contra o Governador de Alagoas, foi defendida a natureza político-criminal do *impeachment* brasileiro. No MS nº 20.941, debateu-se a natureza do processo de *impeachment*. Apesar de a discussão já estar instaurada dentro da jurisprudência e não no entendimento construído sobre a natureza de o processo ser político-criminal, o sentido seria de que se tratava de uma prestação jurisdicional que deveria respeitar regras constitucionais mínimas.

A inafastabilidade da prestação jurisdicional e o direito ao devido processo legal são ressaltados como direitos fundamentais previstos no art. 5º, incisos XXXV⁴⁸, LIV e LV, da CF/88. Dentro dessa concepção, estaria incluso o direito ao juiz natural que seria imparcial e independente para o julgamento, o direito ao contraditório, que possibilitaria a resposta equitativa entre as partes e o regular curso dos procedimentos de acordo com regras pré-estabelecidas.

Assim, mesmo que o processo seja considerado somente em parte de natureza criminal ou ainda que fosse totalmente político, ainda se trataria de uma prestação jurisdicional que deveria respeitar as regras impostas pelo devido processo legal.

Os ministros consideraram, portanto, um sistema que trabalhava a responsabilização pelos “desvios” que aproveitaria os princípios consagrados ao sistema acusatório. De certa forma, essa conformação não constitui uma inovação ao campo, visto que, como vimos no primeiro capítulo, a partir de Kant de Lima (2008), os agentes públicos usualmente recebem o tratamento de responsabilidade por seus desvios dentro desses parâmetros – embora devemos ressaltar que essa parte ainda não constituía o julgamento criminal.

A distinção da argumentação nesse julgamento ocorreu, por conseguinte, após a confirmação da aplicação desses princípios penais e processuais penais. A Corte ainda possuía outros argumentos para negar a retomada do momento das alegações finais no processo de *impeachment*. O Supremo considerou, primeiro, que a testemunha foi ouvida em plenário na presença da defesa. Os

⁴⁸ Constituição de 1988, art. 5º, inciso XXXV: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...]”.

votos vencedores alegaram que não houve prejuízo demonstrado por não ter sido suscitado anteriormente que havia necessidade de se apresentar contra-argumentos sobre a sustentação da testemunha. Em segundo, ainda desenvolveram um debate sobre o art. 38 da Lei nº 1.079/50⁴⁹, pois permitiria a aplicação subsidiária do Código de Processo Penal e o art. 563 do CPP⁵⁰ determinava o aproveitamento dos atos desde que não causasse dano à defesa.

Por outro lado, os votos vencidos indicavam a regra do art. 406 do CPP⁵¹, que determinava que as alegações finais só fossem iniciadas posteriormente à inquirição de todas as testemunhas, de modo que não poderia o testemunho ter sido colhido posteriormente à apresentação das alegações finais. O que se pedia não era a nulidade dos atos, mas que se fosse ofertado novo período para se manifestar sobre o testemunho do ex-Ministro da Economia. Esse seria o mínimo a se conceder em respeito ao direito de ampla defesa.

No que se concerne ao segundo argumento de cerceamento de defesa, não houve dissensos. Todos os ministros entenderam que não merecia prosperar o argumento devido à juntada dos documentos aos autos ao final do processo. O impetrante não teria demonstrado que os documentos das contas de telefone seriam complexos para análise, o que justificaria o estender do prazo processual para preparo das alegações finais. Desta forma, o mandado de segurança não poderia averiguar matéria de fato ou de prova sobre a complexidade dos documentos; logo, não poderia deferir o *writ* nesse ponto (BANDEIRA DE MELLO, 2007).

No que tange à suspeição e impedimento dos senadores para o julgamento, o impetrante alegou que 28 dos senadores teriam impedimentos ou suspeição para o julgamento. Ou seja, caso todos fossem declarados impedidos

⁴⁹ Lei nº 1.079/50, art. 38: “Art. 38. No processo e julgamento do Presidente da República e dos Ministros de Estado, serão subsidiários desta lei, naquilo em que lhes forem aplicáveis, assim os regimentos internos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, como o Código de Processo Penal”.

⁵⁰ Código de Processo Penal, art. 563: “Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”.

⁵¹ Código de Processo Penal, art. 406, com texto vigente à época do julgamento: “Art. 406. Terminada a inquirição das testemunhas, mandará o juiz dar vista dos autos, para alegações, ao Ministério Público, pelo prazo de cinco dias, e, em seguida, por igual prazo, e em cartório, ao defensor do réu. § 1º Se houver querelante, terá este vista do processo, antes do Ministério Público, por igual prazo, e, havendo assistente, o prazo lhe correrá conjuntamente com o do Ministério Público. § 2º Nenhum documento se juntará aos autos nesta fase do processo.”

ou suspeitos, o julgamento seria inviabilizado, pois não seria possível alcançar os 2/3 do Senado Federal para a condenação de Fernando Collor.

O relator indicou que não haveria condições de suspeição para o processo do *impeachment* e que as condições de impedimento estariam arroladas no art. 36 da Lei n.º 1079/50.⁵² De fato, o impetrante reclamava a aplicação do código de processo penal para suscitar a suspeição pela parcialidade de diversos senadores. Mas a aplicação do art. 252 do CPP⁵³ seria feita somente de forma subsidiária pela previsão do art. 38 da Lei n.º 1079/50. Não seria, portanto, necessário reclamar a aplicação subsidiária do CPP, pois não haveria lacuna da lei quanto a este ponto. O Ministro considerou que seria inadequada a aplicação subsidiária do CPP para reclamar a suspeição por parcialidade política dos julgadores porque a decisão seria incoerente ao desconsiderar a própria natureza do julgamento que é política e feita por um juízo composto de políticos.

Interpretar o sistema jurídico dessa forma anularia a previsão do *impeachment*, pois nunca se alcançaria quórum para realizar os julgamentos. Além disso, não poderiam os suplentes serem chamados a compor o julgamento já que a Constituição de 1988 taxou as situações de convocação do suplente em seu art. 56, §1º.⁵⁴

Assim, apontou que a atividade de julgamento do *impeachment* não seria uma função atípica dos senadores, mas uma função típica arrolada na

⁵² Lei n.º 1079/50, art. 36: “Art. 36. Não pode interferir, em nenhuma fase do processo de responsabilidade do Presidente da República ou dos Ministros de Estado, o deputado ou senador; a) que tiver parentesco consanguíneo ou afim, com o acusado, em linha reta; em linha colateral, os irmãos cunhados, enquanto durar o cunhado, e os primos coirmãos; b) que, como testemunha do processo tiver deposto de ciência própria”.

⁵³ Código de Processo Penal, art. 252: “Art. 252. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que: I - tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito; II - ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha; III - tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão; IV - ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito”.

⁵⁴ Constituição de 1988, art. 56: “Art. 56. Não perderá o mandato o Deputado ou Senador: I - investido no cargo de Ministro de Estado, Governador de Território, Secretário de Estado, do Distrito Federal, de Território, de Prefeitura de Capital ou chefe de missão diplomática temporária; II - licenciado pela respectiva Casa por motivo de doença, ou para tratar, sem remuneração, de interesse particular, desde que, neste caso, o afastamento não ultrapasse cento e vinte dias por sessão legislativa. § 1º O suplente será convocado nos casos de vaga, de investidura em funções previstas neste artigo ou de licença superior a cento e vinte dias. § 2º Ocorrendo vaga e não havendo suplente, far-se-á eleição para preenchê-la se faltarem mais de quinze meses para o término do mandato. § 3º Na hipótese do inciso I, o Deputado ou Senador poderá optar pela remuneração do mandato”.

Constituição que afirma só poderem votar se investidos do mandato. O processo considerado como político ou político-criminal já implicaria atender-se, minimamente, à natureza política do julgamento. Por outro lado, os votos vencidos apontavam as próprias garantias relacionadas ao devido processo legal para dizer que deveriam ser respeitadas as regras de suspeição tanto da Lei nº 1079/50 quanto do CPP. O rol da referida Lei não implicaria excluir outras previsões.

Pela teoria de Noberto Bobbio (1995), a aplicação de outra legislação deve ser feita no intento de suprir lacunas, pois o juiz precisa apresentar uma solução para o caso concreto que encontre respaldo dentro do sistema jurídico. As lacunas seriam, assim, reais quando há uma falta de regras específicas para serem aplicadas e ideológicas quando há uma ausência de norma justa para resolução do caso.

No julgamento desse segundo mandado de segurança, a questão não se fazia sobre a ausência de normas, já que havia a regra de impedimento traçada no texto da Lei nº 1.079/50. Desse ponto de vista, não haveria razões para aplicar subsidiariamente o CPP. Mas por outro lado, a Lei nº 1.079/50 trata somente dos critérios de impedimento, não há um rol de situações de suspeição. Poderia se alegar que haveria uma lacuna quanto às suspeições e que, portanto, deveria o CPP ser aplicado.

Nesse caso, a norma do CPP viria a complementar a legislação específica de modo a assegurar uma resolução mais adequada ao caso concreto. A lacuna, seria, na terminologia de Bobbio (1995), voluntária, pois o legislador deixou a cargo do juiz a resolução para sua omissão. A consideração do Ministro relator e dos demais ministros que o acompanham assume um discurso provido de certa coerência, pois não seria possível aplicar a regra de suspeição sem contrariar outras previsões legais relativas ao processo político do *impeachment* à reserva de possibilidades de suplentes atuarem, bem como da própria inviabilização do exercício da previsão do *impeachment*, uma vez que não haveria julgadores suficientes.

A compreensão do ordenamento jurídico de forma una, como propõe Bobbio (1995), implicaria, nesse caso, a consideração íntegra do direito de que falávamos a partir de Dworkin (2000; 2002; 2007), pois é preciso considerar o

conjunto das normas para a tomada de decisão. Dessa forma, o afastar das regras de suspeição e impedimento previstas no CPP atendia à integridade do direito, já que dessa forma se atendia à coerência de se considerar as demais previsões constitucionais e legais.

De certo modo, porém, a coerência jurídica restou fragilizada ante a decisão de não se renovar a possibilidade de apresentar novas alegações finais após o novo testemunho. Mas o contexto indicava que o abrir desse novo prazo ao final do ano protelaria o julgamento para o próximo ano. Poder-se-ia alegar, assim, que a Corte buscava evitar o prolongar da crise política pela demora do julgamento do processo de *impeachment*.

O atraso no *impeachment* e a repercussão sobre a governabilidade do País podem, portanto, ter feito com que os ministros considerassem o afastamento da coerência em razão da finalidade da existência daquelas regras previstas pelo sistema jurídico. A formulação de um discurso que atendesse aos interesses de Collor não trariam quaisquer resultados positivos para a governabilidade do País.

De fato, o acusado Fernando Collor já estava afastado de suas funções o que reduzia a crise, mas o Senado Federal tinha um prazo de 180 dias para concluir os trabalhos, caso contrário, Collor retornaria ao governo. Os trabalhos foram iniciados em 1º de outubro, assim, o retorno das atividades no mês de fevereiro já deixaria o prazo para conclusão do processo próximo de seu término. O retorno de Fernando Collor ao governo ou a mera especulação sobre essa possibilidade poderia gerar novas instabilidades. A Corte, então, procurava uma decisão que reduzisse os danos já causados e não os aumentar.

3.2.3 APÓS O JULGAMENTO DO *IMPEACHMENT*: MS Nº 21.689

O terceiro momento decisivo de atuação do STF foi o julgamento do MS nº 21.689, sob relatoria do Ministro Carlos Velloso, em 16 de dezembro de 1993. Nesse momento, Collor já havia sido cassado, mas o ex-Presidente, no dia da votação, havia enviado seu advogado com uma carta declarando sua renúncia. Em calorosa sessão, o Senado Federal desconsiderou o ato de renúncia, pois já havia passado o momento de renunciar ao cargo. Renunciar ao cargo naquele momento era um ato descrito como "desesperado" de tentar evitar a condenação

que já era certa. A votação pelo *impeachment* foi quase unânime. Fernando Collor, então, já destituído do cargo, procurou por meio de mandado de segurança anular a decisão do *impeachment* para não sofrer a punição que seria de perda do cargo e inabilitação para se eleger por 8 anos.

As alegações de Collor foram resumidas em volta da ilegalidade e inconstitucionalidade da resolução que determinava sua inabilitação por 8 anos para exercer função pública. Os argumentos do impetrante foram que a inabilitação não poderia ser aplicada, pois fora estabelecida entre os dias 30 e 31 de dezembro de 1992 após o impetrante ter renunciado ao cargo. Não haveria como cassar o mandato presidencial ou impor punições sem que o processado estivesse no exercício do cargo. Isso seria ressaltado também pelo Senado Federal ter julgado extinto o processo em relação à perda do cargo devido à renúncia.

A manutenção da punição de inabilitação para o exercício de função pública por 8 anos seria arbitrária. A inabilitação seria considerada como uma consequência da punição principal de perda do cargo. Haveria uma série de registros históricos, tais como a Lei nº 27 de 1892, e as explicações de Rui Barbosa sobre a Constituição de 1891 que indicariam essa dependência da inabilitação da punição principal de perda do cargo. A Lei nº 1.079/50, julgada e recepcionada pela Constituição de 1988, trazia em seu art. 33⁵⁵ a punição como acessória nos mesmos termos do art. 52, parágrafo único, da Constituição de 1988. Essa redação seria a mesma prevista na Constituição de 1946 e na Lei nº 27, de 1892. Ademais, as pesquisas do Ministro Paulo Brossard e uma vasta doutrina indicariam que não poderia haver a procedência do *impeachment* após a renúncia ao cargo. O impetrante apontou, ainda, que a jurisprudência do STF, em relação aos prefeitos, indicava que, após a renúncia, responderiam os acusados somente por crime comum, restando afastado, portanto, a incidência do estatuto legal específico do Decreto-Lei nº 201/1967.

⁵⁵ Constituição de 1981, art. 33: “Art. 33 - Compete, privativamente ao Senado julgar o Presidente da República e os demais funcionários federais designados pela Constituição, nos termos e pela forma que ela prescreve. § 1º - O Senado, quando deliberar como Tribunal de Justiça, será presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal. § 2º - Não proferirá sentença condenatória senão por dois terços dos membros presentes. § 3º - Não poderá impor outras penas mais que a perda do cargo e a incapacidade de exercer qualquer outro sem prejuízo da ação da Justiça ordinária contra o condenado”.

Em julgamento apertado, a Corte acabou por decidir pelo indeferimento do *writ*, pois seria válida a aplicação da punição de inabilitação mesmo que não aplicada à punição de perda do cargo. A decisão foi apertada, porque o Tribunal estava com quórum reduzido, os ministros empataram e ministros do STJ foram convocados a compor o colegiado para que o julgamento fosse concluído. Além disso, decidiu-se que não poderia mais, naquela fase, ser feita a renúncia, pois o momento processual adequado já teria passado.

Aceitar a renúncia ao final do processo implicaria torná-lo inócuo, pois sempre se poderia evitar a punição com o simples ato de renúncia. Esta deveria ser feita antes do recebimento da denúncia pelo Senado Federal. Haveria, assim, dois pontos centrais que compuseram a *ratio decidendi*: a distinção entre a Lei nº 27 de 1892, e a Lei nº 1079/50 no que tange à possibilidade de se pedir renúncia a qualquer tempo e a existência de duas formas de punição autônomas dentro do processo de *impeachment* de acordo com o art. 52, parágrafo único da CF/88 e os arts. 2º, 31, 33 e 34 da Lei nº 1.079/50.

A lei especial a regulamentar o processo de *impeachment* teria sido a Lei nº 27 de 1892. Dela se poderia extrair que o modelo de *impeachment* brasileiro, em que pese a ser inspirado no modelo americano, teria feições próprias. Nessa legislação estaria estabelecido que cessado o cargo, cessaria o processo de *impeachment*.

Nessa concepção, a Lei nº 30 de 1892, ainda complementava que a inabilitação para o cargo seria uma pena acessória à pena principal de perda do cargo. Entretanto, tratava-se de um contexto completamente distinto do vivenciado pela Lei nº 1.079 de 1950, bem como quanto a sua aplicação quando do julgamento do ex-Presidente Fernando Collor. Especificamente, o art. 15 desta Lei⁵⁶ determina que o acusado precisa estar investido do cargo para que a denúncia possa ser recebida contra ele.

Os ministros consideraram que, no julgamento do MS nº 21.564, os dispositivos 14 a 23 da Lei nº 1.079 de 1950, não foram declarados revogados. A decisão teria sido somente de que a Lei seria aplicada no que fosse compatível com a nova Constituição. Desta forma, os ministros que defendiam o

⁵⁶ Lei nº 1.079/50, art. 15: “Art. 15. A denúncia só poderá ser recebida enquanto o denunciado não tiver, por qualquer motivo, deixado definitivamente o cargo”.

indeferimento do *writ* diziam que, ao contrário do que dispunha a legislação anterior das Leis nº 27 e nº 30 de 1892 e a Lei nº 1.079 de 1950, determinaria que era preciso estar no cargo apenas para ser denunciado. Não haveria autorização expressa em lei para que o processo fosse descontinuado em razão da renúncia após essa fase.

Quanto ao seguimento do processo de *impeachment* independente da renúncia do acusado, consideraram que implicaria aceitar que unicamente a decisão de impedimento para exercer funções públicas seria o mesmo que aceitar que esta punição seria independente da perda da função pública. Desse modo, o segundo ponto seria o reconhecimento ou não de dependência entre as punições. A existência dessas duas formas de punição independentes já estaria prevista no art. 33 da Lei nº 1.079 de 1950 que deveria ser compreendida a partir da Constituição de 1988, com o prazo de inabilitação de oito anos.

O argumento jurídico para essa interpretação do dispositivo seria a expressão constante na redação do art. 52, § único, da Constituição de 1988. O texto decorreria de uma supressão de lacuna existente na Constituição de 1891, pois esta não previa o tempo de inabilitação para função pública.

A Constituição de 1934 teria previsto a expressão "com inabilitação até o máximo de cinco anos" o que foi transformado em 1946 em "com inabilitação de 5 anos" e, por fim, na Constituição de 1988, foi aumentado para 8 anos. Essa alteração no sistema também teria promovido a mudança do julgamento da acusação da Câmara dos Deputados para o Senado Federal, já que poderia ter renunciado sem sofrer o processo de *impeachment* antes do recebimento da denúncia pelo Senado Federal.

De fato, caso fosse possível renunciar ao cargo a qualquer tempo, não haveria razão para se recear uma condenação por crime de responsabilidade, visto que, para evitá-la, bastaria que a renúncia fosse feita antes de encerrada a votação. Tal interpretação do direito tornaria o próprio instituto inócuo e, conseqüentemente, o sistema restaria incongruente. Para conceder um mínimo de efetividade às previsões de responsabilidade do gerenciamento da coisa pública, seria necessário que a punição fosse imposta independente da renúncia, caso contrário a administração irresponsável seria estimulada (TRIBE, 1988).

Aceitar a renúncia nesses termos, portanto, violaria princípios constitucionais de impessoalidade, probidade e moralidade na Administração Pública (art. 37, *caput* e § 4º, da CF/88)⁵⁷. Desse ponto de vista, pode-se considerar que a decisão buscava atender aos princípios gerais consolidados no texto constitucional.

Em que pese à moralidade da administração pública já existir como um princípio antes da Constituição de 1988, tal o princípio foi expresso no texto constitucional de 1988 com o objetivo de mudança e transformação em prol da responsabilidade dos atos de ingerência da máquina pública (GIACOMUZZI, 2002). A decisão, nesse seguimento, mesmo que afastando a aplicação de outras normativas de mesmo peso constitucional, estaria buscando efetivar essa vontade constitucional de responsabilidade dos atos de ingerência. Esse movimento argumentativo poderia gerar incoerência, mas atenderia à integridade do direito.

Ao final, houve a manutenção da punição de proibição de exercer funções públicas pelo período de 8 anos, mesmo que a renúncia tenha ocorrido antes do julgamento. Essa decisão afirmou um sistema de responsabilidade política pelos atos. Mas é preciso ressaltar que, apesar do debate dos ministros, o argumento central era que a renúncia não havia ocorrido.

A decisão considerou que o impetrante Fernando Collor havia sofrido a condenação tanto da renúncia quanto da inabilitação para exercer função pública por 8 anos.

O segundo debate era colocado mais como uma exaustão do debate, ou seja, mesmo que considerássemos as punições de forma independente, ainda assim não haveria a nulidade do julgamento. Por isso, pode-se considerar que a decisão buscou atender tanto a integridade quanto a coerência jurídica.

Apesar desse posicionamento do Supremo quanto ao julgamento do *impeachment*, houve um movimento bem distinto e, em paralelo a esse julgamento, seguia a apreciação da questão criminal do "Esquema PC". Isso

⁵⁷ Constituição de 1988, art. 37, *caput* e §4º: "Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte: [...] § 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível."

porque, dentro da Ação Penal nº 307, Collor foi absolvido por falta de provas de sua participação. Passaremos, então, a tratar do principal processo criminal.

3.3 O JULGAMENTO CRIMINAL NO SUPREMO: AÇÃO PENAL Nº 307

A Ação Penal nº 307 surgiu do recebimento da denúncia do inquérito nº 705 no STF, cujo relator foi o Ministro Ilmar Galvão. A decisão da Corte foi por receber a denúncia contra nove acusados, dentre eles, Fernando Afonso Collor de Mello que, àquela época, já era ex-Presidente da República em razão do processo de *impeachment* sofrido em 1992.

Cumpra esclarecer que Fernando Collor ainda teria sido investigado em mais dois inquéritos. O Inquérito nº 1.030, sob relatoria do Ministro Néri da Silveira que trata de acusações relativas a contratos da Caixa Econômica Federal com empresas de cartão de crédito – CREDICARD S.A. Administradora de Cartões de Crédito em 28 de setembro de 1990. A acusação foi arquivada por ausência de provas e o Inquérito nº 940 que sofreu baixa à justiça federal antes de sua conclusão, pois Fernando Collor havia perdido o cargo antes mesmo de ser denunciado. Essa investigação teria se tornado denúncia perante a Justiça Federal e recebida no Supremo como a Ação Penal nº 465 tendo a Ministra Cármen Lúcia como relatora. O resultado desta Ação Penal foi de absolvição para o acusado.

O julgamento que analisamos aqui é estritamente sobre a Ação Penal nº 307, na qual se julgou uma parte dos desvios dentro do chamado "Esquema PC Farias" sobre a distribuição de "benesses". Assim, em que pese ao julgamento político ter sido concluído, cabia ainda ao Supremo Tribunal Federal exercer o julgamento sobre a esfera criminal de responsabilidade do ex-Presidente sobre as acusações de sua participação nesse sistema de desvio de valores da Administração Pública Federal.

Pelos registros do processamento do Inquérito nº 705, os procedimentos foram iniciados em 28 de agosto de 1992 com uma série de movimentações de perícias, manifestações do Ministério Público e petições. O inquérito foi levado a julgamento em 28 de abril de 1993. O Ministro relator, Ilmar Galvão, iniciou sua descrição do caso apontando que o processo do inquérito policial de investigação teria começado por requisição da 9ª Vara Federal de Brasília e que,

posteriormente, foi remetido ao STF quando constatado um indício de envolvimento de autoridade cuja competência para investigação e julgamento seria do STF, no caso, o acusado Fernando Collor que exercia o cargo de Presidente da República.

A acusação do inquérito principal de que tratamos foi feita contra Fernando Affonso Collor de Mello, Paulo César Cavalcante Farias, Cláudio Francisco Vieira, Roberto Carlos Maciel de Barros, Jorge Waldério Tenório Bandeira de Melo, Marta de Vasconcelos Soares, Rosinete Silva de Carvalho Melanias, Severino Nunes de Oliveira e Giovani Carlos Fernandes de Melo. É importante ressaltar que Paulo César Cavalcante de Farias era tesoureiro da campanha de Fernando Collor e era empresário na época das supostas ações criminosas e Cláudio Vieira era secretário particular do acusado Fernando Collor.

A acusação central seria contra Fernando Collor, pois receberia vantagens indevidas de depósitos efetuados em contas bancárias gerenciadas por sua secretária Ana Acioli, além do pagamento de contas de seu interesse como as obras em imóveis (Casa da Dinda), tratamento dentário, compra de automóvel e doação de valores para campanha eleitoral do candidato a deputado federal Sebastião Curió.

Essas vantagens teriam sido feitas por parte de Paulo César Farias seja pela sua pessoa física ou por entrepostas pessoas “falsas” ou de empresas jurídicas. O acusado Fernando Collor receberia essas vantagens indevidas por comissão ou omissão para que o segundo acusado, Paulo César Farias, obtivesse dos órgãos públicos federais e de empresários as vantagens que quisessem.

O primeiro indício dessa conduta por parte do Presidente da República seria a nomeação de Marcelo Ribeiro para o cargo de Secretário Nacional dos Transportes pela indicação de Paulo César Farias. Para tanto, este teria recebido Cr\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de cruzados) da construtora Tratex. Além disso, o Presidente teria, por meio do Secretário-Geral da Presidência da República, Marcos Coimbra, promovido contrato de financiamento de combustível para VASP, junto à Petrobrás, a pedido de Paulo César Farias e do empresário Wagner Canhedo. O pedido teria sido feito diretamente ao presidente da Petrobrás Distribuidora na época, Maximiano da Fonseca, e a Luís Octávio da

Mota, ao dizer que havia um “interesse” do Palácio do Planalto – em uma referência à Casa Civil da Presidência da República – em efetivar o financiamento para a VASP. Paulo César Farias seria o interessado nessa transação porque teria recebido, por meio da pessoa fictícia de “Paulo Maurício Ramos” a importância de Cr\$ 574.000.000,00 (quinze milhões de cruzados) para que o empréstimo para VASP fosse efetivado.

Por fim, o então Presidente teria solicitado, por meio de Paulo César Farias, da empresa Mercedes-Benz o valor de Cr\$ 10.000.000,00 (dez milhões de cruzados) para atender a um interesse pessoal de financiar a campanha política do candidato Sebastião Curió a deputado federal. Paulo César Farias teria intermediado a solicitação e o recebimento das vantagens indevidas sob ameaça à empresa de que, caso não pagassem os valores, haveria uma dificuldade de se efetivar a importação de seus produtos para o País. Paulo César Farias teria, ainda, emitido notas fiscais falsas pelas empresas “Sagrada Família Editora e Gráfica Ltda”, “Italian System Desenvolvimento e Comércio Ltda”, “Locarauto – Locação de veículos – Ltda” e “Líder Táxi Aéreo”. Os cheques remetidos a essas empresas teriam sido, posteriores ao recebimento, endossados para a pessoa fictícia de “José Carlos Bomfim”, cuja conta corrente seria mantida pela secretária Ana Acioli para que suprisse gastos familiares do acusado Fernando Collor.

Além disso, Paulo César Farias teria solicitado que Cláudio Vieira auxiliasse nas tratativas junto à empresa Brasil Jet, para que o nome de sua empresa no contrato de locação de automóveis usados pela secretária Ana Acioli fosse excluído. Desse modo, não seria possível detectar as relações escusas promovidas pelo acusado. Cláudio Vieira teria que solicitar a seu motorista, Roberto Carlos Maciel, que convencesse os empresários Mauro Valério dos Santos e José Máximo a fazerem essa exclusão. Cláudio Vieira teria, por meio de Roberto Carlos Maciel, prometido aos empresários um auxílio financeiro e jurídico, para que prestassem falso testemunho em depoimento policial e ameaçaram Mauro Valério para que assinasse recibos de locação falsos e destruísse documentos existentes na empresa Brasil Jet. Esses fatos teriam ocorrido já no curso das investigações em uma tentativa de obstruir a construção de provas.

Paulo César Farias teria, nessa narrativa, aproveitado de sua influência sobre o Governo Federal para obter recursos indevidos de diversas empresas, cujos valores eram transferidos de forma mascarada e com notas fiscais falsas de prestação de serviços. Parte desses valores era repassado ao acusado Fernando Collor por meio de sua secretária, Ana Acioli, ou por meio do pagamento de despesas em benefício de Collor. Outros vários acusados (Jorge Bandeira, Marta Vasconcelos, Rosinete Melanias, Severino Nunes e Giovani Melo) eram responsáveis por repassar esses valores a Paulo Cesar Farias, à medida que recebiam alguma vantagem do Governo Federal. Eles pagavam valores também a Collor por meio de cheques emitidos em nome de pessoas falsas.

Cláudio Vieira, como chefe do gabinete pessoal do Presidente da República, orientava sua secretária, Ana Acioli, a fazer as transferências destinadas ao pagamento das despesas de Fernando Collor para o Banco Rural, onde foram descobertas as contas fictícias criadas por Paulo César Farias. Ele teria intermediado o empréstimo para a compra do automóvel blindado e a locação do automóvel para Ana Acioli e a aquisição de outro, um Fiat Elba.

Fernando Collor teria cometido o crime de corrupção passiva em concurso de pessoas com possível caracterização de crime continuado (art. 317, *caput*, arts. 29 e 71, todos do CP)⁵⁸. Paulo César Farias teria cometido os crimes de corrupção passiva, supressão de documentos, falsidade ideológica, corrupção ativa de testemunha ou perito e coação no curso do processo (arts. 317, *caput*, 305, 299, 343 e 344, do CP)⁵⁹. Cláudio Vieira cometera os crimes de corrupção

⁵⁸ Código Penal de 1940, arts. 29, 71 e 317, com redação à época do julgamento: “Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. § 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço. § 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)”

“Art. 71 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)” “Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem: Pena - reclusão, de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa”.

⁵⁹ Código Penal de 1940, arts. 299, 305, 343 e 344: “Art. 299 - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante: Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o

passiva, corrupção ativa de testemunha ou perito, coação no curso do processo e supressão de documentos (arts. 317, *caput*, 305, 343 e 344, do CP) e Roberto Carlos Maciel os crimes de corrupção ativa de testemunha ou perito, coação no curso do processo e supressão de documentos (arts. 343, 344 e 305, do CP).

Em volta da ação desse grupo central, a acusação indicou que os outros réus faziam a emissão dos cheques em nome de pessoas falsas para que Fernando Collor e Paulo César Farias recebessem os valores indevidos. Jorge Bandeira, administrador da Brasil Jet, teria autorizado a transferência de valores para o pagamento de obras na residência de Collor nos dias 7 e 30 de agosto de 1990 e, ainda, teria entregado a quantia de Cr\$ 10.000.000,00 (dez milhões de cruzados) ao candidato Sebastião Curió, obtidos da Mercedes-Benz. O acusado teria aberto três contas falsas no Banco Rural em nome de “José Carlos Bomfim”, “Francisco Celso Ramalho” e “Flávio Maurício Ramos”. Os cheques que pagaram a campanha do candidato a deputado federal teriam advindo da conta falsa em nome de “José Carlos Bomfim”. Jorge Bandeira teria, assim, praticado falsidade ideológica (art. 299 do CP).

Marta Vasconcelos, por sua vez, teria preenchido os cheques assinados por Jorge Bandeira com o nome de “José Carlos Bomfim” que foram utilizados para compra do automóvel Fiat Elba destinado a Collor. Além disso, assinou três cheques sob a falsa identidade de “Regina Silva Bomfim”. Assim, Marta Vasconcelos teria praticado falsidade ideológica (art. 299 do CP).

documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, de quinhentos mil réis a cinco contos de réis, se o documento é particular.

Parágrafo único - Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, ou se a falsificação ou alteração é de assentamento de registro civil, aumenta-se a pena de sexta parte”

“Art. 305 - Destruir, suprimir ou ocultar, em benefício próprio ou de outrem, ou em prejuízo alheio, documento público ou particular verdadeiro, de que não podia dispor: Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa, se o documento é público, e reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é particular.”

“Art. 343 - Dar, oferecer, ou prometer dinheiro ou qualquer outra vantagem a testemunha, perito, tradutor ou intérprete, para fazer afirmação falsa, negar ou calar a verdade em depoimento, perícia, tradução ou interpretação, ainda que a oferta ou promessa não seja aceita: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa. Parágrafo único - Se o crime é cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal, aplica-se a pena em dobro.”

“Art. 344 - Usar de violência ou grave ameaça, com o fim de favorecer interesse próprio ou alheio, contra autoridade, parte, ou qualquer outra pessoa que funciona ou é chamada a intervir em processo judicial, policial ou administrativo, ou em juízo arbitral: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa, além da pena correspondente à violência”.

Rosinete Melanias teria gerenciado a proposta de abertura de diversas contas falsas e assinatura de diversos cheques junto ao Banco Rural de Brasília e de São Paulo, bem como junto ao Banco BMC em São Paulo. Para tanto, usou os nomes falsos de “Rosimar Francisca de Almeida”, “Regina Silva Bomfim”, “Francisco Silva” e “Flávio Maurício Ramos”. Teria ainda assinado cheques na condição de “Rosalinda Cristina Menezes”. Logo, Rosinete Melanias também teria praticado falsidade ideológica (art. 299 do CP).

Severino Nunes teria assinado falsamente cheques sob o nome falso de “Jurandir Castro Menezes”. A conta falsa era no Banco Rural de São Paulo. Além disso, ele teria endossado quatro cheques administrativos do Banco Rural de Maceió assinando como se fosse “Honório Xavier da Silva”. Por fim, Giovani de Melo teria assinado dois cheques falsamente do Banco Rural de Brasília, cuja conta era falsamente registrada sob o nome de “Carlos Alberto Nóbrega”. Ambos os acusados também teriam praticado falsidade ideológica (art. 299, CP).

A vontade livre e consciente de praticar esses atos teria sido provada pelo testemunho de Mauro Cláudio Carneiro Vargas e pelos materiais obtidos por decodificação da empresa Verax – que era uma *holding* da empresa do acusado Paulo César Farias. Além disso, o Ministério Público entendeu que os acusados tinham intenção de se manterem praticando as condutas descritas e que, portanto, haviam todos cometido, também, o crime de formação de quadrilha ou bando pelo art. 288 do CP.⁶⁰

A defesa de Collor em sede de inquérito afirmou que os valores que ele e Paulo César Farias detinham e que haviam recebido eram de origem lícita, pois decorriam de “sobras” de valores para sua campanha presidencial de 1989 e de empréstimos feitos no Uruguai. A denúncia ainda seria vazia por não indicar quem seria o corruptor ou o ato próprio do exercício de seu cargo que teria sido praticado ou deixado de ser praticado para que supostamente recebesse os valores indicados como indevidos. Argumentou, também, que não poderia ser acusado por práticas que supostamente terceira pessoa teria praticado, no caso, Paulo César Farias, pois não detinha conhecimento delas. Pelo contrário, as

⁶⁰ Código Penal de 1940, art. 288, com vigência à época do julgamento: “Art. 288 - Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes: Pena - reclusão, de um a três anos. (Vide Lei 8.072, de 25.7.1990) Parágrafo único - A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado”.

declarações de seu irmão, Pedro Collor, não apontariam no sentido de que ele sabia dos fatos praticados por Farias e sua reação imediata ao tomar conhecimento dos fatos foi solicitar as devidas providências aos Ministros da Justiça e da Economia.

Quanto à nomeação de Marcelo Ribeiro, o acusado sustentou que não havia feito por indicação de Farias, mas por o haver escolhido a partir de uma lista de possíveis nomes para o cargo. Alegou, também, que havia convidado primeiro Luís Octávio da Motta Veiga, que não aceitou. Além disso, afirmou que não havia praticado qualquer ato funcional em relação ao caso VASP-Petrobrás, pois não solicitou vantagem ou inferiu nas tratativas. O acusado Farias teria no máximo se utilizado de “um suposto prestígio” para encaminhar o pleito da VASP à Petrobrás, o que em si não configuraria crime.

No que concerne aos valores recebidos por Farias pela empresa Mercedes-Benz para campanha eleitoral de Sebastião Curió, não haveria crime descrito, pois não receberam qualquer vantagem para tanto, bem como não teriam beneficiado a empresa em questão para financiar a campanha eleitoral do candidato a deputado federal. Não havendo crimes praticados, não haveria quadrilha ou bando por ausência da elementar finalidade de praticar crimes.

A denúncia foi recebida em parte pelo Supremo em decisão conturbada no dia 28 de abril de 1993. A decisão foi de recebimento em parte porque a acusação do crime de quadrilha foi recusada, restando vencidos os ministros Celso de Mello e Paulo Brossard. Os ministros Ilmar Galvão, Sepúlveda Pertence, Octavio Gallotti e Moreira Alves também teriam ficado vencidos em relação às partes que indicavam o não recebimento da denúncia.

Fernando Collor e Paulo César Farias, os dois principais acusados, foram julgados por esses crimes na Ação Penal nº 307. A defesa técnica alegou, em suma, a invalidade das provas por terem sido adquiridas de forma ilícita. As provas teriam sido colhidas com violação do domicílio e da intimidade já que foram feitas por meio de gravações implantadas em seu computador sem permissão judicial prévia. Ademais, não estaria provada nos autos a existência do recebimento de benefício pessoal ou valores adquiridos de forma ilícita. Também não haveria provas de que teria tentado subornar testemunhas, destruído provas

ou movimentado dinheiro em contas bancárias falsas. A acusação, portanto, restava inepta e os acusados deveriam ser absolvidos.

O Supremo, entretanto, no dia 13 de dezembro de 1994, decidiu por condenar Paulo César Farias como mentor das ações, pois não haveria provas de que Fernando Collor tinha ciência dos atos praticados pelos demais acusados.

A decisão do colegiado teve várias nuances, justamente por envolver vários acusados e várias acusações. Primeiro, a Corte decidiu acolher um pedido preliminar da defesa de que as gravações telefônicas e dados obtidos ilegalmente do computador pessoal do acusado não poderiam ser utilizados como prova. Por esta razão, ficaram vencidos os ministros Carlos Velloso, Sepúlveda Pertence e Néri da Silveira, pois decidiram que somente as provas obtidas no computador pessoal do acusado Fernando Collor seriam nulas. Segundo, julgaram improcedentes as denúncias contra Fernando Collor, Paulo César Farias e Cláudio Vieira em relação às acusações dos episódios relativos à VASP, à Mercedes-Benz e a Dorival Marcelo Ribeiro, pois não haveria provas de qualquer prática criminosa (art. 386, inciso III, do CPP). Nesse ponto, ficaram vencidos os ministros Néri da Silveira, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence, pois condenavam Paulo César Farias e Fernando Collor por corrupção passiva.

Quanto às demais acusações, o tribunal, por unanimidade, absolveu Fernando Collor por ausência de provas de seu envolvimento. Igualmente Cláudio Vieira, Paulo César Farias e Roberto Carlos Maciel de Barros quanto às acusações de corrupção passiva de testemunha e coação no curso do processo (arts. 343 e 344, do CP).

Quanto às acusações de falsidade ideológica, a Corte julgou improcedentes as acusações contra Paulo César Farias de falsificar notas fiscais (art. 386, II, do CP), mas o condenou pela abertura e movimentação de contas bancárias em nomes fictícios. A condenação foi feita sob a forma de crime continuado (art. 71, do CP). O Supremo condenou Rosinete Silva de Carvalho Melanias por falsidade ideológica em razão da movimentação das contas bancárias em nome de pessoas fictícias e absolveu Marta Vasconcelos Soares e Giovani Carlos Fernandes de Melo, por ausência de provas. Por fim, a Corte condenou Jorge Waldério Tenório Bandeira de Melo e Severino Nunes de Oliveira

pela abertura de contas falsas e emissão de cheques falsos no crime de falsidade ideológica em crime continuado.

Especificamente o voto relator do Ministro Ilmar Galvão ressaltou a absolvição de Fernando Collor por alguns argumentos centrais tais como a ilicitude das provas obtidas por meio de gravações telefônicas e a falta de provas de que a relação dele com os demais acusados não seria apenas de amizade e que não suspeitava das ações feitas exclusivamente por eles. Collor alegava que assim que tomou ciência dos fatos, teria feito a reforma dos ministérios e afastado os envolvidos nos escândalos de corrupção. Ademais, teria nomeado Marcelo Ribeiro em cargo público em razão de sua competência para a realização do trabalho, pois era só um conhecido pessoal dele.

Paulo César Farias assumiu a autoria do gerenciamento de todas as tratativas de cobrança de valores indevidos em contratos e indicações de cargo e afirmou que Fernando Collor não tinha conhecimento de quaisquer de seus atos ilegais. Pelo princípio do *in dubio pro reo*, portanto, não haveria provas concretas contra Fernando Collor, mas meramente sua relação suspeita com todos os demais envolvidos.

Quanto às acusações de tentativa de corromper e coagir testemunhas, bem como de destruir provas, igualmente não havia provas substantivas. O que havia nos autos eram diversos testemunhos que se contradiziam entre si e que, por isso, não auxiliavam no convencimento do juízo sobre as práticas. No mais, o Ministro relator indicou a condenação de Paulo César Farias, Jorge Bandeira, Rosinete Melanias e Severino Nunes pela prática de falsidade ideológica devido à abertura de contas falsas e emissão de cheques falsos. O exame grafotécnico teria absolvido somente Marta Vasconcelos e Giovani Melo, pois não havia provas de que assinaram cheques de contas bancárias falsas.

Havia algumas questões centrais dentro da *ratio decidendi* que afastava a punição criminal de Fernando Collor: primeiro a invalidade de provas e em segundo a ausência de provas substantivas de que suas relações com os demais acusados extrapolavam as relações de personalidade para relações corruptas. Para esclarecer sobre essas questões, será abordado o argumento das provas ilícitas sobre as elementares do crime de corrupção passiva e suas implicações

quanto à percepção de práticas políticas corruptas e, por fim, sobre o chamado princípio do *in dubio pro reo*.

3.3.1 A CONSTITUCIONALIDADE DA PROVA ADVINDA DE INTERCEPTAÇÕES OU GRAVAÇÕES CLANDESTINAS

O primeiro ponto do julgamento da Ação Penal nº 307 foi relacionado com a decisão preliminar de invalidade de um bloco de provas relacionadas às gravações não autorizadas e a dados obtidos de um computador apreendido ilegalmente na empresa VERAX do grupo Paulo César Farias.

As gravações foram feitas por Sebastião Curió e entregues à Polícia Federal, sem conhecimento dos demais interlocutores e sem prévia autorização judicial. O uso das gravações consistiria em violação ao art. 5º, inciso XII, da CF/88⁶¹. A utilização das gravações como prova em processo penal dependeria, assim, de que uma lei regulamentasse os critérios para a gravação, entretanto, a legislação vigente à época não trazia parâmetros, razão pela qual nenhuma gravação seria permitida.

A Corte teria uma complexidade de relação com debates anteriores firmados dentro da jurisprudência dela mesma. Especialmente no Inquérito nº 657 de relatoria do Ministro Carlos Velloso, o Supremo analisaria uma gravação ambiental por parte de um dos interlocutores do diálogo, especialmente quando o objetivo da gravação é provar sua própria inocência, o que queria Sebastião Curió. O Tribunal não decidiu sobre a validade do uso dessa gravação ambiental naquele inquérito, mas houve um dissenso entre os ministros quanto à constitucionalidade do uso de gravações clandestinas. A pergunta que se fazia na preliminar era se a Corte assumiria uma posição de nulidade das gravações por serem provas ilícitas ou se consideraria a gravação ambiental como válida.

Para explicar a ilicitude dessas provas, o Ministro Ilmar Galvão recorreu ao critério da clandestinidade como elementar que vicia o veículo de prova. Em precedentes relativos a processo civil, a Corte teria desconsiderado provas de

⁶¹ Constituição de 1988, art. 5º, inciso XII: “Art. 5º. [...], XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; [...]”

gravações clandestinas.⁶² Essa jurisprudência encontrou espaço também no que tange ao processo penal, pois no RHC nº 63.834, Ministro redator para o acórdão, Célio Borja, julgado em 18 de dezembro de 1986, votou pela clandestinidade das gravações e por que fossem consideradas provas ilícitas.

O microcomputador foi obtido pela Receita Federal em virtude de apreensão na empresa VERAX, pela falta de comprovação de recolhimento dos tributos sobre objeto importado. Assim, não teria o computador sido obtido como prova no processo penal por meio de ordem judicial e regular iniciativa da Polícia Federal.

A Receita Federal não teria mais legitimidade para obter tais objetos sem ordem judicial, pois caracterizaria violação ao domicílio, proteção consagrada no art. 5º, inciso XI, da CF/88⁶³. O ambiente da sede das empresas é considerado como domicílio; logo, não poderia ser violado senão por ordem judicial.

Quanto à violação do domicílio, a invalidade e a falta de ordem judicial para apreensão do computador, a leitura desses atos como inquisitoriais e, portanto, incompatíveis com o sistema acusatório foi unânime entre os ministros. A Corte, desse modo, decidiu pela ilegalidade e inconstitucionalidade das provas obtidas por esses meios. O debate, porém, permaneceu em relação às gravações.

O Ministro Carlos Velloso defendeu a ideia de que as interceptações e as gravações ambientais ou telefônicas clandestinas seriam lícitas. O art. 233 do CPP⁶⁴ tem uma redação que permite compreender que somente seria ilícita a gravação ou carta que fosse interceptada por terceiro, ou seja, caso o indivíduo

⁶² Tais precedentes foram, precisamente os RE nº 85.439, Ministro relator Xavier de Albuquerque, julgado em 11.11.1977 e o RE nº 100.094, Ministro relator Rafael Mayer, julgado em 28.06.1984. No RE nº 85.439 a Corte decidiu sobre a invalidade do uso de interceptações telefônicas juntadas a um processo de separação judicial, no qual o marido gravou a esposa para provar adultério. O código de telecomunicações exigia a previa autorização judicial para fazer a interceptação. Já no RE nº 100.094 a Corte determinou o desentranhamento de provas feitas por meio de interceptação clandestina, pois viola o direito de personalidade de terceiro que não integrava os autos, o que violava o art. 153, §36 da Constituição de 1969.

⁶³ Constituição de 1988, art. 5º, inciso XI: “Art. 5º. [...] XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial; [...]”

⁶⁴ Código de Processo Penal, art. 233: “Art. 233. As cartas particulares, interceptadas ou obtidas por meios criminosos, não serão admitidas em juízo. Parágrafo único. As cartas poderão ser exibidas em juízo pelo respectivo destinatário, para a defesa de seu direito, ainda que não haja consentimento do signatário”.

partícipe do diálogo, ou seja, o receptor da carta poderia utilizá-las como meio de prova válido em juízo.

A distinção já havia sido estabelecida pelo Ministro Francisco Rezek no julgamento do Inquérito nº 647, pois distinguia as gravações telefônicas das interceptações telefônicas feitas por terceiros ou por interlocutores. A interceptação seria feita por terceiro, pois a autorização judicial só foi regulamentada pela Lei nº 9.296 de 1996. As gravações e interceptações clandestinas seriam feitas pelo próprio interlocutor. Poderia, assim, reclamar uma indiscrição moral de gravar os diálogos, mas não um ilícito. O uso dessa gravação que poderia caracterizar um ilícito, seria, por exemplo, o uso da gravação para fazer uma extorsão.

A decisão ainda seguiu para o debate sobre a teoria dos "frutos da árvore envenenada". Essa teoria foi inicialmente formulada pela jurisprudência americana de que provas adquiridas em razão de uma prova ilícita anterior são igualmente ilícitas. No caso *Wong Sun vs. United States* ficou resumido o entendimento de que não poderia ser usada uma prova de droga apreendida em razão dessa apreensão só ter ocorrido em razão de interceptações anteriores obtidas de forma ilícita. No caso Collor, o Supremo teria que considerar as gravações como ilícitas bem como os depoimentos e provas obtidas a partir dessas gravações. O custo de aceitar as provas decorrentes dessa primeira prova ilícita para o julgamento seria respaldar a violação da regra constitucional de inviolabilidade das comunicações telefônicas.

Desse modo, a Corte teria que estabelecer uma *distinguishing*, ou seja, traçar elementar que fossem diferentes para o caso Collor que justificasse o uso dos depoimentos colhidos embora frutos decorridos das gravações clandestinas. Além disso, poderia fazer uma distinção entre gravações e interceptações feitas por terceiros e de forma clandestina para admitir as gravações clandestinas como válidas, tal como propunham os Ministros Carlos Velloso e Néri da Silveira.

Nesse sentido, o Ministro Carlos Velloso abriu um debate sobre o uso do depoimento das testemunhas que somavam as informações das gravações perante a Comissão Parlamentar de Inquérito realizada previamente ao processo de *impeachment* do acusado Fernando Collor. O Ministro Moreira Alves dizia que as informações não poderiam ser usadas porque não haviam sido juntadas ao processo, e o Ministro Carlos Velloso argumentava que o documento estava

publicado no Diário Oficial, razão pela qual poderia ser usado. O Ministro relator, em um ato de ofício, teria requisitado o relatório da CPI, entretanto, ele não chegou a ser juntado aos autos.

Em que pese ao debate não esclarecer a razão do relatório não ter sido juntado, a Corte não optou por usar a distinção entre interceptações e gravações clandestinas, o que gerou uma possível incoerência jurídica bem como afetou a integridade do direito. Ocorre que, de fato, à época, não havia a regulamentação feita pela Lei nº 9.296 de 1996, mas ela não soma elementares novas para a distinção entre gravações ambientais e interceptações.

A Lei em questão somente traça a necessidade de prévia autorização judicial para realizar as interceptações e quais seriam os critérios motivadores. A posição por não estabelecer uma distinção entre gravações clandestinas e interceptações foi, inclusive, afastada em 1997 no julgamento do RE nº 212.081, na Primeira Turma, sob a relatoria do Ministro Octavio Gallotti. Em 2009, o STF decidiu, em questão de ordem, no RE nº 583.937, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, que as gravações ambientais ou as interceptações por um dos interlocutores do diálogo seria um meio lícito de prova.

Há dois pontos dentro desse debate que definem uma *ratio decidendi*. Primeiro, a questão da constitucionalidade do uso de interceptações e de gravações por um dos interlocutores. Segundo, a possibilidade do uso de documentos que não estejam somados aos autos. Esses dois pontos de debate encontram fundamento pelo antagonismo entre concepções de processo penal relacionadas à chamada busca da verdade, tal como destacamos no primeiro capítulo.

Quanto ao uso de documentos que não estavam juntados aos autos, poderia parecer, inicialmente, que o Ministro Moreira Alves fazia uso da verdade formal – verdade pela qual não haveria a possibilidade de usar informações estranhas aos autos para o convencimento do juiz. Todavia, no caso, a questão era relativa ao regular exercício da verdade real. O Ministro relator havia requisitado *ex officio* a juntada do relatório da CPI dentro do âmago do princípio do livre convencimento do juízo. Ante a desobediência ao fornecimento do relatório, bem como à inexplicável razão pela qual o processo seguiu para julgamento sem a apresentação desses documentos, exigiu que se construísse

uma nova argumentação para o uso das informações. O Ministro Carlos Velloso, nesse seguimento, recorreu à interpretação das normas de modo a considerar que poderia utilizar o relatório por estar publicado no Diário Oficial, tal como as Leis que regiam o processo e o direito material a ser aplicado. Haveria, dentro de seu argumento, uma publicidade oficial do documento que oferecia uma licitude em se recorrer a esses meios de prova.

Mas pela regra do art. 156 do CPP ⁶⁵⁰ juiz pode pedir de ofício a produção de provas que considerar urgentes ou relevantes, todavia deve produzir as diligências para dirimir dúvidas quanto ao julgamento "no curso da instrução", que consiste em momento processual anterior à sentença. Isso seria essencial para que a defesa pudesse contestar partes do relatório juntado aos autos, o que afetaria o exercício das garantias do contraditório e da ampla defesa. Assim, pode-se supor que a maioria dos ministros não quis paralisar o julgamento e juntar os documentos aos autos para apreciação, pois, com o início do julgamento, o ato de produzir diligências seria contra a disposição expressa no art. 156 do CPP. Porém, a assunção de tal documento em razão de ser publicado no Diário Oficial, tal como defendia o Ministro Carlos Velloso, poderia ser uma interpretação aceita. Isso porque fatos notoriamente conhecidos podem ser considerados pelo juízo, entretanto, tal consideração não é obrigatória.

Por outro ponto de vista, o debate sobre as gravações clandestinas e as interceptações teve como resultado manter uma jurisprudência que não estabelecia distinção entre a gravação ser decorrente de uma interceptação de terceiro ou ter sido feita clandestinamente por um dos interlocutores. A possível incoerência desse argumento estaria na consideração pela doutrina citada no julgamento de haver essa distinção bem como pelo fato de que, pouco tempo após o caso Collor, o Supremo mudou esse posicionamento.

A busca pela limitação ao uso de provas adquiridas ilicitamente surgiu dentro do ordenamento jurídico brasileiro em um contexto de busca de limitação aos poderes do estado de polícia instaurado na ditadura militar. Grinover (1982), principal autora citada, iniciou a defesa da inadmissibilidade de provas que

⁶⁵ Código de Processo Penal, art. 156, com texto vigente à época do julgamento: "Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante".

violassem direito ou princípio material, especialmente os de ordem constitucional em 1976.

O movimento gerou súmulas de orientação jurisprudencial dentro do antigo Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo e, posteriormente, a consolidação dos primeiros precedentes no Supremo Tribunal Federal que indicavam uma preocupação de limitação da busca da verdade real dentro da perspectiva do respeito ao direito de intimidade e sigilo das comunicações telefônicas.

Em sua obra, Grinover fala das provas como vedadas em razão de serem ilegítimas ou ilícitas. O primeiro grupo seria relativo a provas adquiridas com infringência à legislação processual e implicam nulidade. O segundo grupo está relacionado à violação de um outro direito material o que gera a chamada inadmissibilidade como meio de prova. No caso, a violação ao direito material estaria tanto no direito constitucional dos meios de comunicação como pelo direito à intimidade. A questão seria encontrar uma interpretação coerente que permitisse um respeito a tais direitos que propiciasse o uso das provas adquiridas por meio das gravações ou então reconhecer que tais provas seriam ilícitas.

Cumprido esclarecer, todavia, que a interceptação telefônica seria o ato de deter, na passagem, seja pela escuta por terceiro de forma direta e secreta, seja por captação simultânea e secreta da conversa, o diálogo estabelecido por meio de ligação telefônica. A interceptação feita pelo terceiro poderia, ainda, ser ambiental, quando o diálogo é captado sem a autorização dos interlocutores. A escuta telefônica ou ambiental ocorreria quando um dos interlocutores do diálogo permite que outrem autorize a interceptação, por terceiro, do diálogo. Por fim, as gravações clandestinas aconteceriam quando o próprio interlocutor, seja pelo meio telefônico ou em ambiente presencial, grava o diálogo com outrem sem o conhecimento deste (AVOLIO, 2015).

Desse modo, havia um fundamento coerente dentro do argumento do Ministro Carlos Velloso e do Ministro Néri da Silveira em apontar que não se tratava de uma violação às garantias de sigilo constitucionalmente previstas, visto que a participação no diálogo concederia ao indivíduo a possibilidade do uso de sua própria gravação para resguardar sua defesa.

A discussão, naquela época, era, portanto, em volta da idoneidade dessas provas para formar o convencimento do juiz, posto que obtidas de forma ilícita. A pergunta colocada sobre essas provas é se, para se punir de forma regular, aceita-se fazer atos irregulares. A necessidade de uma coerência nesse sistema punitivo coloca, usualmente, como garantia constitucional que não são admitidas provas ilícitas, conforme explicitou o voto do relator quanto ao art. 5º, inciso LVI, da CF/88⁶⁶. Dentro do Estado Democrático de Direito que se conformava a partir desse texto constitucional o uso de provas ilícitas violaria um princípio geral da comunidade positivado em norma constitucional de que a justiça penal não pode ser realizada a qualquer preço.

Por outro lado, havia uma interpretação que poderia ter sido construída que não atentaria contra o princípio de não se usar provas ilícitas e, ao mesmo tempo, considerar as gravações ambientais. Dentro da proposta de uma integridade do direito em que pese aos julgadores terem escolhido uma interpretação do texto da lei que considerava as gravações como provas inidôneas, havia a possibilidade de interpretação distinta que atenderia, talvez, melhor a integridade do direito, pois permitiria responsabilizar as condutas de corrupção passiva descritas no evento relativo à Mercedes-Benz, à VASP e à campanha eleitoral de Sebastião Curió.

A interpretação nesse sentido não só respaldaria a norma constitucional de não uso de provas adquiridas ilicitamente, como permitiria o respeito a outras normas constitucionais de moralidade, probidade e responsabilidade na administração pública (art. 37, *caput* e §4º, CF/88) mas também as regras infraconstitucionais que descrevem as condutas como crime de corrupção passiva (art. 317 do CP), uma vez que traria a prova sobre o ato de ofício que ao menos se pretendia fazer em relação à vantagem indevida provada. É nesse sentido que se pode considerar que a interpretação da norma pode não ter sido feita dentro do sentido mais adequado.

Poderíamos considerar, assim, a partir do que retratamos no primeiro e no segundo capítulos, que a Corte não considerava uma punição no julgamento criminal por algumas razões. Primeiro, porque ela veiculava um sistema

⁶⁶ Constituição de 1988, art. 5º, inciso LVI: “Art. 5º. [...] LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; [...]”

acusatório que já havia respondido à questão com a responsabilização do acusado pelo processo de *impeachment*. A visão da conduta como um “desvio” tornava o julgamento sobre a criminalização como desnecessário ou até mesmo inadequado, a despeito de a regra reclamar um tratamento igualitário de criminalização. Segundo, porque podemos considerar que não havia um risco à governabilidade pela absolvição, pois Collor não estava mais na gerência do governo federal e não poderia exercer funções públicas por 8 anos contados da decisão de impeachment. O Supremo, então, naquele momento, poderia não estar visualizando a resposta de criminalização como necessária do ponto de vista dos interesses externos ao campo jurídico. De toda forma, o argumento de absolvição carregava certa incoerência, bem como não respeitava a integridade na medida em que perpetuava um tratamento desigual quanto à responsabilidade criminal das condutas..

3.3.2 O DEBATE SOBRE A PROVA DO NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE AUTORIA E MATERIALIDADE DA CONDOTA DE CORRUPÇÃO PASSIVA

Um dos fundamentos da decisão estava relacionado à personalidade das relações políticas e sociais estabelecidas entre os acusados. No caso, a defesa sustentou que o ex-Presidente não teria realizado nomeações de cargo em razão de vantagens indevidas, mas por reconhecer a competência de "amigos próximos" para o desenvolvimento das funções de determinados cargos. A maioria dos ministros sustentou que não haveria provas nos autos de que tais relações pessoais indicassem uma relação de mercado ou troca sobre o sagrado, ou seja, de recebimento de um ato de ofício feito por receber ou sobre a promessa de perceber uma vantagem indevida.

O argumento jurídico do Ministro relator Ilmar Galvão é centrado na necessidade de nexo de causalidade entre a conduta do funcionário público de receber, solicitar ou aceitar promessa de vantagem com a realização ou omissão do ato funcional de sua competência. Ou seja, não seria necessário que praticasse o ato, mas que fosse de sua competência aquele ato e que se provasse que recebeu a vantagem ou a receberia para fazer ou deixar de fazer aquele ato.

Nenhum dos depoimentos, todavia, fazia menção a Fernando Collor saber das propostas que Paulo Cesar Farias fazia aos depoentes, seja por dizerem que havia solicitado favorecimento no contrato sem oferecer qualquer vantagem, seja por meramente reportar que seria de interesse do Planalto. Os depoimentos foram concluídos como insubsistentes para prova que o ex-Presidente havia feito ou deixado de fazer qualquer ato ofício para receber uma vantagem indevida. O voto revisor do Ministro Moreira Alves igualmente suscitou que os depoimentos não indicavam claramente o conhecimento do acusado Fernando Collor das tratativas feitas por Paulo César Farias ou pelo Embaixador Marcos Coimbra. Dessa forma, não havia provas substantivas de prática delitiva por parte do ex-Presidente.

Fernando Collor, em seu depoimento, afirmou que conhecia o empresário Wagner Canhedo havia vinte anos e que, por isso, havia solicitado a ele apoio junto à Petrobras. Acreditou ser uma operação regular, pois já tinha sido feita em relação a outras empresas como VARIG e TAM. Não teria cobrado qualquer vantagem para realizar esse favor e que o havia feito por reconhecer que Canhedo era um "homem esforçado e lutador". Afirmou que favoreceu a empresa VASP, mas sem somar a elementar de receber vantagem em razão disso. São razões comuns dentro do discurso político, pois recorre à personalidade como fator motivador de sua decisão. Essa justificativa, por exemplo, foi anotada por Bezerra (1995) ao estudar os casos Valença, Capemi e Coroa-Brastel, assim como Abreu (2006) destacou em relação ao caso Mensalão que será estudado a seguir.

O que se destaca desse depoimento é que, ao olhar do direito, não há um espaço para pensar que a personalidade e os indícios indicavam que se fazia um ato de ofício como Presidente da República em contrariedade expressa à normatividade ou que desrespeitava a finalidade, ou seja, os princípios gerais da criação de uma série de regras para o sistema jurídico quanto ao tema. Também não, contrariava os princípios constitucionais que já mencionamos da moralidade e da probidade administrativa constantes no art. 37, *caput* e §4º, da CF/88. Tal conduta poderia não ter sido considerada atípica, mas sim como crime de

prevaricação (art. 319 do CP).⁶⁷ A interpretação eleita das normativas, todavia, foi escolhida de forma a ler a conduta como um “desvio” ao invés de um “crime”. Poderíamos considerar algumas razões para tanto.

Como inicialmente trabalhado no segundo capítulo, a personalidade em si não é vista pela política como elemento de relação corrupta, pois ela se faz presente em uma forma de fazer política que permite o controle das parcialidades. A decisão da Corte, assim, aparenta refletir essa visão do campo político, já que não considera a personalidade das relações como elemento de suspeita. A decisão justamente afirma a falta de provas de que tais relações de personalidade consideradas legítimas tenham extrapolado os limites do sagrado do que poderia ou não ser trocado, bem como sobre uma troca que se colocasse de forma mercantil. Outro motivo, também, seria que a possibilidade de se desclassificar a conduta de corrupção passiva para prevaricação poderia, igualmente, recair no debate sobre a ausência de provas, visto que não havia provas de um ato de ofício relacionado ao interesse pessoal. Ao fim, desse modo, em razão do princípio do *in dubio pro reo*, não haveria possibilidade de condenar quando há dúvida sobre a autoria e materialidade do crime. O acusado seria absolvido pela ausência de provas sobre sua suposta conduta.

A responsabilidade criminal não recairia sobre os agentes públicos até estar provado que houve uma relação mercantil ou que estabelecesse uma troca sobre um sagrado, ou seja, algo que não poderia ser trocado dentro das relações políticas. O apoio político em uma transação junto à Administração Pública estaria em uma zona cinzenta, na medida em que não viola expressamente nenhuma previsão legal e não se tem provas do recebimento de qualquer vantagem em razão dela. Não haveria provas, assim, de que o interesse particular estaria acima do público. A questão é que, como relatado no tópico anterior, caso fossem consideradas válidas as gravações telefônicas, a Corte poderia ter considerado que havia prova de atos de ofício feitos pelo ex-Presidente e o resultado do julgamento poderia ter sido concluído de forma diversa.

⁶⁷ Código Penal de 1940, art. 319: “Art. 319 - Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa”.

3.4 GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E AS DIFERENÇAS ENTRE A RESPONSABILIDADE POLÍTICA E A CRIMINAL

Para finalizar a análise sobre o Collorgate, é preciso, ainda, examinar o desencontro mencionado entre os resultados da responsabilidade política e criminal deste caso. Ao longo da análise desenvolvida neste capítulo, foram observados dois movimentos promovidos pela Suprema Corte. Do ponto de vista da responsabilidade política, posto ela não ser a competente para o julgamento de mérito, possibilitou que o rumo da responsabilidade política seguisse seu curso mesmo quando teve oportunidades de restringir a atuação do Senado Federal por questões processuais que estavam submetidas ao seu controle.

O julgamento criminal, no entanto, causa uma primeira impressão de incoerência entre as posições da Corte porque, na fase criminal de julgamento, o Tribunal absolveu Collor de todas as acusações. Mas em que pese essa aparente contradição em nível macro, quando olhamos para a análise micro das razões da decisão, vemos que havia uma limitação imposta por essa linguagem do direito para a resolução do caso. Suponha, por exemplo, que a Corte almejasse decidir o mérito do *impeachment*. Mesmo que quisesse, o Tribunal não conseguiria fazer o julgamento do mérito legitimamente, pois o sistema não concede a ele esse poder. Por outro lado, mesmo que o Senado Federal objetivasse a prisão de Fernando Collor em razão das narrativas que acreditavam terem sido praticadas, não poderiam condená-lo, pois o julgamento criminal foi atribuído ao Supremo Tribunal Federal.

De mesmo modo, o Supremo, ao exercer essa função criminal, precisava considerar regras que não se fazem presentes para o julgamento da responsabilidade política. O julgamento criminal possui uma técnica que assegura determinadas garantias dentro do sistema acusatório que exigem uma análise muito mais restrita sobre a consideração de culpa – em um sentido lato – do indivíduo. Mas a escolha de interpretar a argumentação sobre o processo penal de determinada forma, como desenvolvemos no primeiro capítulo, foi o que definiu o julgamento.

Por esse aspecto, podem-se verificar duas percepções ao menos sobre o julgamento. No primeiro olhar, é possível assumir que há uma coerência na decisão, pois, do ponto de vista criminal, é preciso respeitar as garantias penais e

processuais penais que não se interpretam, mas se aplicam da mesma forma no processo de *impeachment*. Os anseios relativos aos princípios da probidade, da moralidade pública e da responsabilidade pelos atos administrativos (art. 37, *caput* e §4º, da CF/88) já estariam tutelados pela responsabilidade política, restando somente a responsabilidade criminal afastada devido à previsão de outras regras pertencentes a esse ordenamento jurídico. Do ponto de vista macro, ainda se viu que os parâmetros de governabilidade já haviam sido retomados pelo afastamento de Fernando Collor do cargo público e a manutenção de sua condenação à inelegibilidade assegurava que ele não assumiria outro cargo público em período próximo. Isso colaborava para que se evitassem novas crises políticas e consequente perda de governabilidade.

Mas, por outro lado, há uma sensação de incoerência e – talvez – um possível casuísmo na decisão criminal, na medida em que esse sistema acusatório passa a imprimir mais características de um sistema de privilégios do que de direitos.

A decisão de absolvição criminal do acusado Fernando Collor baseou-se, essencialmente, na falta de provas de sua participação nas ações de Paulo César Farias e demais agentes, entretanto, havia duas opções de interpretação quanto ao aproveitamento das provas decorrentes de gravações.

Na análise dessa questão, restou claro que havia uma interpretação possível e coerente para o caso concreto de se usar as gravações ou os depoimentos decorrentes dos trabalhos da CPI como provas. Tais informações, porém, não foram consideradas como veículo de prova pela escolha interpretativa feita. Assim, a análise dos argumentos apresentados nas decisões pode nos levar a concluir que a decisão foi fundamentada em prol do casuísmo, na medida em que se objetivou, por motivos estranhos à integridade do direito, excluir a imputação criminal do acusado Fernando Collor.

4. MENSALÃO: O SEGUNDO GRANDE CASO

O caso Mensalão é marcado pela literatura como uma ruptura no sistema, pois a condenação do alto escalão por práticas corruptas indicaria uma mudança na sociedade brasileira que a afastaria do marco de comportamento corrupto. Mas ele também representa um caso em que se buscava romper com a troca política. Só que, ao invés da tentativa de isolamento para evitar o espaço de submissão da troca, os acusados do Mensalão teriam tentado introjetar ou ampliar uma prática de trocas baseada no mercantilismo, uma tentativa de reduzir os riscos políticos de perda de governabilidade pela resistência da oposição aos projetos do Governo que acabou por culminar em uma falha – ao menos em parte – desse projeto.

Diz-se em parte porque, de certa forma, o Mensalão não gerou instabilidade no Governo ao ponto de gerar a perda de governabilidade, mas mesmo assim a proposta de quebra da troca política foi rompida e até o final de 2013 o julgamento de mérito criminal estava sendo concluído no Supremo Tribunal Federal.

A forte atuação e movimentação pública ao final do julgamento em 2013 fez surgir diversos debates sobre a possibilidade de uma mudança social de forte influência da mídia na formação da opinião pública e das consequências de um julgamento intensamente criticado do ponto de vista jurídico. As críticas jurídicas construídas são antagônicas e podem parecer, ao primeiro olhar, contraditórias. Há um intenso discurso jurídico que sinalizaria uma incoerência no julgamento da Ação Penal nº 470, pois alegam que vários acusados teriam sido condenados por práticas não provadas nos autos. Há, também, o discurso jurídico que indica uma movimentação dos argumentos jurídicos de forma a beneficiar os acusados e reduzir as punições que deveriam ocorrer.

O estudo desse caso envolve um material extenso, pois somente os acórdãos relativos aos principais julgamentos somam mais de 10.000 páginas. O objetivo aqui, não é descrever de forma detalhada todos os pontos da decisão ou ainda realizar uma análise crítica sobre cada argumento apresentado e debatido, pois seria prejudicial ao próprio objetivo do estudo⁶⁸.

⁶⁸ Vide a lista da acusação e da condenação nos anexos I e II.

Para compreensão desse discurso, primeiramente, é preciso analisar o contexto político em que essa decisão foi tomada pela Suprema Corte brasileira. O primeiro ponto é abordar como o caso Mensalão foi construído e como ele não chegou a afetar a governabilidade do País. No segundo tópico do capítulo, tratar-se-á da construção das provas e da narrativa de acusação por parte da PGR e do Ministro relator.

Na sequência será abordado o julgamento da Ação Penal nº 470 em mais três partes. A terceira parte consiste na análise do constante debate sobre a competência da Suprema Corte brasileira para julgar os acusados. Na quarta parte, teremos a discussão sobre o uso de provas no processo penal dentro da ótica de análise dos debates travados quanto à conformação dos crimes de quadrilha, corrupção passiva, corrupção ativa e peculato. Na quinta parte, serão trazidas as razões de decidir os embargos infringentes, que teriam reduzido a punição de um grupo de acusados. Ao final, faremos uma breve suma sobre a coerência dos argumentos apresentados na articulação do sistema de prova do julgamento a respeito da integridade das decisões e do tratamento conferido à troca política no caso concreto.

4.1 A NARRATIVA DA SAÍDA DE UM PEQUENO CASO DE CORRUPÇÃO NOS CORREIOS PARA O MAIOR CASO DE CORRUPÇÃO DA HISTÓRIA POLÍTICA BRASILEIRA

A história do Mensalão começa com um roteiro diferente, justamente porque as acusações feitas não surgiram com uma revelação de toda a estrutura de trocas corruptas que eram propagadas entre membros do Poder Executivo e do Poder Legislativo. Essa narrativa teve início em 15 de maio de 2005 após uma reportagem da revista *Veja* baseada em gravações nas quais Maurício Marinho é flagrado recebendo R\$ 3.000,00 (três mil reais) do ex-chefe do Departamento dos Correios. Nesse vídeo, Marinho afirmou que estava lá a mando de Roberto Jefferson, que determinou cada passo seu. Roberto Jefferson era deputado federal àquela época (ABREU, 2006; FIGUEIREDO, 2006; VILLA, 2012; FALCÃO, 2013).

No dia 16 de maio do mesmo ano, tentaram iniciar uma Comissão Parlamentar de Inquérito Mista (CPMI) sobre a "Mesada". A suspeita trazida pela

reportagem era de que o esquema de corrupção envolvia o governo Lula como um todo. As gravações só mostrariam o resultado da prática de "lotear" os cargos de primeiro a terceiro escalões, como o governo Lula supostamente fazia.

A CPMI da Mesada acabou sendo aprovada como CPMI dos Correios devido a uma forte resistência das bases aliadas do governo que delimitaram suas investigações ao âmbito da estatal.

Em meio aos trabalhos da CPMI dos Correios, Roberto Jefferson, sem apoio político do Governo, fez declarações à Folha de São Paulo em 6 de junho de 2005. Nessa reportagem, ele disse que o esquema seria muito maior do que se imaginava, pois o apoio do Legislativo era comprado em um esquema coordenado por José Dirceu, então Chefe da Casa Civil do governo Lula. Ele chamou o esquema, pela primeira vez, de "Mensalão" (ABREU, 2006).

Em reação a seu depoimento, foi aberto um processo de cassação de seu mandato. Em sua defesa, Roberto Jefferson provocou a renúncia de José Dirceu ao cargo de Chefe da Casa Civil.

Havia tantas informações e dados bancários e fiscais a serem analisados que a relatoria da CPMI foi dividida em subrelatorias.

Em agosto de 2005, a CPMI quebrou o sigilo financeiro dos fundos de pensão Funcef, Geap e Petros nos bancos Rural e BMG. A partir disso, surgiram as informações de que Marcos Valério, publicitário e empresário à época, seria um dos operadores do esquema. Ele teria sido avalista das operações e sacava valores para pagamento de propina e gerenciava uma *offshore* que administrava contas clandestinas do PT no exterior.

Essas informações somadas às fornecidas pelo Conselho de Controle das Atividades Financeiras (Coaf) teriam levado a CPMI dos Correios a concluir que os empréstimos eram falsos e promovidos para o pagamento de propina em troca de apoio parlamentar.

O depoimento da esposa de Marcos Valério, Renilda Maria Santiago Fernandes de Souza, no dia 26 de julho de 2005, teria confirmado que José Dirceu tratava das negociações de fazer os falsos empréstimos diretamente (FIGUEIREDO, 2006; VILLA, 2012; FALCÃO, 2013).

Com o depoimento de Duda Mendonça e Marcos Valério, as investigações foram direcionadas para a busca de valores no exterior que seriam um "caixa 2" do PT.

Entre setembro de 2005 e março de 2006, vários deputados tiveram seu mandato cassado em razão do recebimento de propina para votar. Empresários foram acusados de propiciarem a lavagem de dinheiro, o principal deles foi Marcos Valério, razão pela qual também se referiam ao esquema como "Valerioduto" (FIGUEIREDO, 2006; VILLA, 2012; FALCÃO, 2013).

Os trabalhos da CPMI foram prorrogados em apertada votação e o relatório final deveria indicar nomes e condutas apuradas. O debate foi centrado, principalmente, sobre a questão de apontar no relatório o então Presidente Luiz Inácio Lula da Silva. As acusações de Marcos Valério afirmavam que Lula sabia de todo o esquema e se beneficiava dele, entretanto, a imagem de Lula teria sido poupada ao longo de todo o trabalho da CPMI.

O relatório final, de fato, não mencionou o nome do ex-Presidente nem uma só vez. Somente indicava que seria difícil que ele não tivesse notado a movimentação de tamanha infraestrutura por parte de indivíduos que possuíam uma atuação tão próxima a ele (FIGUEIREDO, 2006; VILLA, 2012; FALCÃO, 2013).

Considerando o cenário político formado nesse momento, o questionamento principal seria sobre as diferenças entre a crise institucional que se formou entre o Collorgate e o Mensalão. Afinal, se todos os indícios estavam contra o então Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, tal como no caso do ex-Presidente Fernando Collor, o que haveria de diferente nesse cenário para que o Presidente da República não sofresse *impeachment* ou sequer fosse citado no curso da CPMI?

Existiam três pontos diferentes ao menos que se pode considerar entre os dois cenários políticos. Primeiro - Lula contou com a forte atuação de sua bancada parlamentar; segundo - ao contrário de Collor, Lula assumiu um papel de intermediação entre o Executivo e o Legislativo e terceiro - a situação econômica do Brasil não se apresentava tão sensível à população tal como na época do ex-Presidente Collor (VILLA, 2012).

Do ponto de vista da boa relação do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva com o Congresso Nacional, Villa (2012) denotou que havia uma forte interlocução entre os poderes Executivo e Legislativo durante o governo Lula. Além de fazer pessoalmente as tratativas de negociações com os parlamentares, Lula, ao contrário de Collor, era bem aclamado por ser um político acolhedor e que se colocava a dialogar sobre essas questões do Governo com o Legislativo. De todo modo, sua interação com os parlamentares também era melhor que a relação estabelecida por Collor ao seu tempo, pois a bancada do Governo do ex-Presidente Lula era a maioria e fez uma forte atuação de apoio.

Pode-se considerar que Lula contou com apoio de sua bancada governista devido aos parlamentares terem trabalhado intensamente para impedir a abertura da CPMI e reduzir sua área de atuação somente às acusações feitas de corrupção na estatal dos Correios.

Villa (2012) descreve que o apoio começou com o Chefe da Casa Civil e posteriormente acusado, José Dirceu, ao afirmar que não apresentaria apoio ao deputado federal Roberto Jefferson e que não havia necessidade de formar uma CPMI, pois "todas as providências já teriam sido tomadas". De fato, a base governista chegou perto de impedir a constituição da CPMI, entretanto, quando faltava apenas um senador, Eduardo Suplicy, em uma cena dramática, se opôs ao PT e assinou o requerimento de abertura da Comissão. A resposta do Governo foi imediata pela saída do senador do partido.

Abreu (2006) também destacou o papel do acusador, Roberto Jefferson, que afirmava veementemente que Dirceu estava por fazer um homem inocente ser condenado – fazendo referência ao Presidente – devido a sua demora em renunciar ao cargo de Chefe da Casa Civil.

Um segundo traço dessa forte resistência foi a atuação do líder do governo ao tempo da formação da CPMI. Villa (2012) descreveu que Aloizio Mercadante fez uma intensa pressão para que tanto o presidente quanto o relator da CPMI fossem da bancada do Governo, em razão de serem os partidos com maior representação no Congresso Nacional. A Presidência da CPMI foi feita por Delcídio Amaral do PT e a relatoria por Osmar Serraglio do PMDB.

Os trabalhos da CPMI se mostraram lentos e constantemente travados por pedidos de anulação da instauração da CPMI perante a Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) da Câmara dos Deputados.

O deputado federal Inaldo Leitão, do PL, seria um aliado do Governo na CCJ para evitar a aprovação da CPMI. Entretanto, mesmo assim, a CPMI foi aprovada pela CCJ, mas já dentro dos contornos almejados pelo Governo. Ela não poderia investigar questões estranhas ao caso de corrupção nos Correios. Desse modo, as declarações sobre o chamado Mensalão feitas pelo deputado federal Roberto Jefferson não poderiam ser investigadas. Todavia, mesmo com essas limitações traçadas, a CPMI ainda enfrentou dificuldades para prorrogar o prazo de suas atividades e a aprovação do relatório final.

Ao fim, o relatório da CPMI dos Correios pediu o indiciamento de mais de 100 pessoas, dentre elas, alguns dirigentes do PT. Os principais acusados seriam esses dirigentes do PT. Integravam esse grupo o Presidente do Partido dos Trabalhadores, José Genoíno; o Secretário-geral do PT, Silvio Pereira; o Senador da República, Eduardo Azeredo e o vice-governador de Minas Gerais, Clésio Andrade. As acusações eram somente de crimes eleitorais. Isso porque a defesa foi centrada em afirmar que o caixa 2 era direcionado para financiar gastos eleitorais. O relatório final reconheceu a existência do Mensalão em 5 de abril de 2006.

Mas as atividades do Supremo sobre o Mensalão já estavam em andamento desde 2005, devido ao inquérito que tramitava perante a Justiça Federal de Minas Gerais, que foi transferido em dezembro de 2005 para o Supremo. Além disso, havia o Inquérito nº 2245 que foi aberto devido a uma denúncia, em março de 2006, pelo Procurador-Geral da República, Antônio Fernando Barros e Silva de Souza. A denúncia feita ao Supremo acusava 40 pessoas envolvidas no Mensalão muito criticada devido à exclusão de determinados nomes, como o do filho do ex-Presidente Lula, chamado de "Lulinha", e de dirigentes do Banco de Minas Gerais (BMG).

As interferências do Supremo no processamento da CPMI dos Correios são pouco comentadas e consideradas de pouca importância para o seu resultado. Podem-se destacar ao menos três momentos: o HC nº 86.563 (BRASIL, 2005a), quanto ao depoimento de José Carlos Batista; a Petição nº

3.434 (BRASIL, 2005c) de pedido de quebra de sigilos fiscal e bancário do ex-Presidente Lula e o MS nº 25.580 (BRASIL, 2006) sobre o acesso a informações de computadores das empresas de Marcos Valério. Esses três casos o Supremo julgou por meio de decisões monocráticas de ministros, sem debate em plenário sobre as questões.

Primeiramente a Corte apreciou a Petição nº 3.434, sob a relatoria do Ministro Celso de Mello. A decisão monocrática do Ministro indeferiu o pleito de quebra dos sigilos bancário e fiscal de Luiz Inácio Lula da Silva. A decisão tomada no dia 30 de junho de 2005 foi fundamentada na ausência de competência da Corte para determinar a quebra desse sigilo.

No caso, a proposta seria de uma ação civil pública contra o Presidente da República. Ocorre que, por mais que a Lei nº 7.347 de 1985 estabelecesse o cabimento de ação civil pública contra o Presidente da República, o STF não poderia exercer essa jurisdição, pois o art. 102 da CF/88 possui um rol de competência taxativo que não arrola a responsabilidade pelos atos administrativos por meio de ação civil pública. A jurisprudência da Corte já era consolidada nesse sentido. Decidir de forma contrária seria incoerente, pois o rol é taxativo e causaria uma sensação de casuísmo, visto que a jurisprudência da Corte já indicava a ausência de sua competência.

Quanto ao HC nº 86.563, o relator, Ministro Marco Aurélio, concedeu liminar em decisão monocrática no dia 27 de agosto de 2005. No caso, o paciente José Carlos Batista, um dos acusados de participar do esquema do Mensalão, solicitava à Corte que lhe fosse assegurado o direito de permanecer calado durante o seu depoimento na CPMI, de acordo com a garantia constitucional de não ser obrigado a produzir provas contra si (art. 5º, inciso XXXV, da CF/88 e art. 186 do CPP). O objetivo do HC seria de ele estar desobrigado a assinar o termo de compromisso para testemunho e de ser acompanhado por seu advogado. O HC foi assim concedido na forma de um salvo-conduto para assegurar o direito de comparecer à CPMI e exercer seu direito de permanecer em silêncio. A decisão liminar é curta e sintética ao deferir o pedido haja vista que se trata de uma garantia constitucional. Essa mesma decisão também foi concedida a Delúbio Soares pelo Supremo no dia 26 de outubro de 2005, pelo Ministro Marco Aurélio no HC n 87.021 (BRASIL, 2005b).

Por fim, referente ao MS nº 25.580, relatora, a Ministra Ellen Gracie decidiu que o Banco Oportunity S/A teria que aguardar a liberação dos *hardwares* (HDs) dos computadores que haviam sido apreendidos na Operação Chacal. Os dados constantes nos HDs seriam relativos a clientes da *Oportunity Funds* nas Ilhas Cayman. O objetivo da Polícia Federal seria averiguar as participações de Marcos Valério como um operador do Mensalão. As decisões da Ministra foram de manter os HDs até que a CPMI os analisasse.

Dessa forma, não houve uma interferência no curso da atuação do Poder Legislativo no Mensalão como ocorreu no curso do processo de *impeachment* do ex-Presidente Fernando Collor.

De fato, a proporção entre os eventos de uma CPMI e de um *impeachment* é deveras diferente, todavia o Mensalão acabou adquirindo uma grande proporção no Supremo Tribunal em seu julgamento criminal.

Dentro da decisão de recebimento da ação penal e do seu julgamento de mérito, denota-se a presença, novamente, de um eixo principal de argumentação relacionado ao modo de tratamento do processo penal. Ou seja, sobre a questão do processo penal acusatório dever seguir determinados princípios garantistas, especialmente o do *in dubio pro reo*, e as suas implicações na forma de tratamento do processo com relação às provas consideradas indiciárias de condutas criminosas. O tratamento do processo de natureza penal como relativo a uma busca da verdade real que destacamos no primeiro capítulo, portanto, também assumiu o cenário de debate principal.

Nesse sentido, passaremos para a compreensão das posições assumidas pela Corte que se centraram em torno dessa discussão. A seguir, portanto, o julgamento do recebimento da denúncia e, em seguida, a decisão de mérito da Ação Penal nº 470 a partir dos argumentos que denotaram uma condenação ou absolvição relacionada ao discurso sobre o tratamento das provas no processo penal que demonstrassem a tipicidade da conduta dos acusados.

Por fim, o julgamento dos embargos infringentes e as mudanças trazidas ao debate pela decisão. Com esses dados, conclui-se a análise da decisão do Supremo no sentido de ter sido abusiva para condenar ou absolver os acusados.

4.2 A NARRATIVA DA EXISTÊNCIA DO MENSALÃO

A narrativa da comprovação da existência do Mensalão e da necessidade de se apurar delitos contra tantos acusados de primeiro escalão do Governo não foi construída em um dia, mas a exposição dos votos foi feita em três sessões do mês de agosto de 2007 para o julgamento do Inquérito nº 2245.

Esse inquérito tratava de investigar desvios de valores relativos ao Mensalão somente perante a Câmara dos Deputados e ao Banco do Brasil, restando os desvios relativos aos Correios, Eletronorte, Ministério dos Esportes e outros órgãos públicos serem julgados a partir de outros inquéritos em curso.

O procedimento foi longo e envolvia a leitura do relatório, a oitiva da sustentação oral por 15 minutos dos advogados de cada acusado, o voto do relator e, por fim, as decisões dos demais ministros.

No julgamento do recebimento da denúncia, diversas questões foram debatidas, mas a linha de defesa constante entre os acusados era de que não teria a acusação feito uma descrição individual de cada um deles, de modo que haveria uma violação ao art. 41 do CPP⁶⁹ e que haveria uma ausência mínima de indícios de autoria que justificassem a abertura de uma ação penal.

A denúncia seria, no caso, vazia de provas da finalidade do pagamento dos valores aos funcionários públicos para que apoiassem o Governo. Também faltava nela uma demonstração de associação estável e permanente para a finalidade de cometer crimes. Essa falta de provas da tipicidade das condutas, narradas pelo Procurador-Geral da República, ocorreria por não haver a descrição de como as elementares essenciais do tipo, de cada um dos crimes imputados aos acusados, teriam sido alcançadas ou, ainda, pela ausência da demonstração do elemento subjetivo do tipo penal – demonstração do dolo do agente.

Esse discurso da defesa foi apontado de forma mais detalhada em relação aos acusados principais. Por exemplo, a defesa de Delúbio Soares alegou que a amizade entre o acusado e Marcos Valério não seria elementar suficiente para demonstrar a associação prévia e estável de todos os agentes. A defesa técnica, por isso, pediu a desclassificação do crime de quadrilha ou bando para,

⁶⁹ Código de Processo Penal, art. 41: “A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas”.

no máximo, a existência de concurso de pessoas. Indicou, ainda, que a denúncia não descrevia como ele teria executado um crime de peculato, pois só afirmou que o PT se beneficiou dos desvios. No que tange à acusação de corrupção ativa, a defesa afirma que o acusado não teria oferecido propina a parlamentares, pois, na verdade, haveria uma aliança partidária entre o PT e algumas agremiações que apoiavam o Governo. Essas agremiações teriam compartilhado os custos das campanhas eleitorais. O apoio, entretanto, jamais teria sido condicionado à prática de atos de ofício de parlamentares.

José Dirceu, por sua vez, alegou que não existiam provas de sua participação em uma associação, especialmente por todos os acusados negarem qualquer relação de condutas delitivas consigo. Além disso, a acusação de que teria praticado peculato não indicava qual seria sua forma de participação no crime e que não haveria quaisquer provas de que o repasse das verbas irregulares teria correlação com a manutenção da governabilidade. Ademais, sustentou que, como Chefe da Casa Civil, não tinha acesso a questões financeiras do PT e nem delas participava.

José Genoíno alegou que a acusação o apontava meramente como presidente do PT. Argumentou que as atividades de negociar apoio político, pagar dívidas e despesas do partido e de aliados seriam suas funções as quais não constituíam atividades ilícitas. O acusado teria tido somente encontros esporádicos com Marcos Valério na sede do PT em solenidades públicas, o que não seria crime. Quanto à acusação dos falsos empréstimos, alegou que tal função era de competência do Secretário de Finanças e que ele apenas assinava o documento por uma condição estatutária formal. Alegou ainda que não teria como, no exercício de suas funções, influenciar os contratos de publicidade celebrados pelo Banco do Brasil. No que tange ao crime de corrupção ativa apresentou, igualmente, a defesa de que não haveria descrições sobre quem teria repassado as verbas e que as questões financeiras do partido eram promovidas pelo Secretário de Finanças à época, Delúbio Soares.

A acusação, considerada vaga pela defesa, foi descrita pela Procuradoria-Geral da República a partir de uma narrativa de como os acusados faziam o loteamento de cargos públicos em troca de apoio de propostas do Governo, o que

seria um dos principais fatores de desvios de verbas e de mal gerenciamento da coisa pública.

O objetivo do grupo seria, principalmente, financiar campanhas eleitorais e proporcionar o enriquecimento ilícito de políticos, agentes públicos, empresários e lobistas que atuavam no mercado das campanhas eleitorais.

A acusação, então, descrevia o depoimento do ex-deputado Roberto Jefferson sobre o caso, que apontaria os parlamentares Bispo Rodrigues - PL, Jose Janene - PP, Pedro Corrêa - PP, Pedro Henry - PP, Sandro Mabel - PL, João Magno - PT, João Paulo Cunha - PT, José Borba - PMDB, Josias Gomes da Silva - PT, Paulo Rocha - PT, Professor Luizinho - PT, Romeu Ferreira Queiroz - PTB e Valdão Gomes - PP como beneficiários juntamente com ele próprio do pagamento de valores em troca de apoio político. Além desses parlamentares, Roberto Jefferson teria delatado Emerson Palmieri, ex-tesoureiro do PTB, que teria recebido junto com ele próprio o montante de 4 milhões de reais.

A descrição de Roberto Jefferson indicaria dois canais de pagamento: as "fábricas de dinheiro" e as "mesadas". A primeira forma estaria relacionada ao loteamento de cargos e que contratos poderiam ser fraudados e verbas desviadas, e a mesada consistiria no pagamento mensal de determinada quantia. Os valores recebidos eram ocultados da Receita Federal e da Justiça Eleitoral por meio de lavagem de dinheiro, sonegação fiscal, evasão de divisas praticadas por empresas ligadas pelo menos a Marcos Valério e Duda Mendonça.

A narrativa construída a partir das provas demonstraria a existência de uma organização criminosa que operaria entre núcleos de atividades "central", "operacional e publicitário" e "operacional e financeiro".

O grupo central seria composto por José Dirceu, Delúbio Soares, José Genoíno e Sílvio Pereira. O segundo grupo, "operacional e publicitário", seria integrado por Marcos Valério, Ramon Hollerbach, Cristiano Paz, Rogério Tolentino, Simone Vasconcelos e Geiza Dias. E, por fim, o núcleo "operacional e financeiro" seria composto por dirigentes do Banco Rural, especialmente José Augusto Dumont (falecido à época da acusação), José Roberto Salgado, Ayanna Tenório, Vinícius Samarane e Kátia Rabello.

O primeiro bloco da acusação indicou que haveria um esquema de desvios de valores de licitações relacionadas à prestação de serviços publicitários

para a Câmara dos Deputados. O acusado João Paulo Cunha presidia a mesa da casa. Ele teria praticado corrupção passiva, peculato, lavagem de dinheiro e Marcos Valério, Ramon Hollerbach, Cristiano Paz e Rogério Tolentino teriam praticado corrupção ativa e peculato.

O segundo bloco seria relativo a desvios de valores dos contratos de publicidade do Banco do Brasil por meio da empresa DNA Propaganda Ltda. O TCU teria averiguado que, durante a contratação de março de 2000, os dirigentes teriam se beneficiado de um acordo com o gerente e o diretor de marketing do BB para receber descontos e bonificações que deveriam pertencer ao próprio banco. Por esses fatos, Henrique Pizzolato (então diretor de marketing do Banco do Brasil), Marcos Valério, Ramon Hollerbach, Cristiano Paz e Rogério Tolentino foram acusados de peculato (art. 312 do CP).

O terceiro bloco da acusação explicava que esses desvios seriam propriamente feitos por meio de transferências de recursos do BB para a empresa dos acusados por meio da Companhia Brasileira de Meios de Pagamento - Visanet.

O ex-ministro da Secretaria de Comunicação e Gestão Estratégica da Presidência da República, Luiz Gushiken, e Henrique Pizollato teriam desviado em favor de Marcos Valério, Cristiano Paz, Ramon Hollerbach, Rogério Tolentino, José Dirceu, José Genoíno, Sílvio Pereira e Delúbio Soares valores do fundo de investimento Visanet. Os acusados Henrique Pizzolato e Luiz Gushiken teriam cometido corrupção passiva e lavagem de dinheiro. O clareamento de capital decorreria, principalmente, da utilização de interposta pessoa para receber os valores. Teriam praticado peculato, portanto, por quatro vezes.

O quarto bloco descrevia as atividades do núcleo central de corromper os parlamentares a concederem apoio ao Governo em troca de cargos e pagamento de propina. O grupo seria composto por José Dirceu, José Genoíno, Sílvio Pereira e Delúbio Soares e contava com o apoio financeiro do grupo de Marcos Valério, Ramon Hollerbach, Cristiano Paz e Rogério Tolentino.

As condutas descritas implicariam crimes de quadrilha e bando (art. 288 do CP), falsidade ideológica (art. 299 do CP)⁷⁰, peculato (art. 312 do CP),

⁷⁰ O crime de falsidade ideológica foi imputado somente a Marcos Valério, pois teria criado empresa no nome de sua esposa falsamente. A constituição da falsidade teria sido para usar o

corrupção passiva (art. 317 do CP), lavagem de dinheiro (art. 1º, incisos V, VI e VII, Lei nº 9.613, de 1998), corrupção ativa (art. 333 do CP) e gestão fraudulenta (art. 4º, da Lei nº 7.492, de 1986).

4.2.1 O MENSALÃO E O VALERIODUTO

Marcos Valério, assim como Paulo César Farias, assumia o papel – pela descrição do inquérito – de um operador do Mensalão. Tal como no caso Collor, havia diversos objetivos dentro do jogo da movimentação das contratações falsas com a Administração Pública Federal.

No caso Collor, PC Farias articulava o levantamento de verbas para eleições e o desvio de valores para interesses dele próprio e para terceiros. As empresas de PC Farias se prestavam a emitir notas falsas de pagamento a fornecedores e havia o repasse das verbas de origem ilícita por meio de cheques executados perante os bancos BMG e Rural. No caso do Mensalão, Marcos Valério é colocado em um papel muito semelhante ao de PC Farias só que com descrições mais ricas de detalhes e algum grau de diferenciação da ação.

O Valerioduto em si foi revelado por diversos rastros que conduziram aos bancos Rural e BMG, onde os valores desviados da Administração Pública seriam clareados para distribuição de vantagens indevidas.

A diferença das ações entre PC e Valério está no fato de que no Mensalão foi registrado um cuidado maior quanto ao rastro do direcionamento dos valores. Ao invés dos cheques serem destinados às pessoas físicas, como ocorreu no Collorgate, aqui os cheques eram emitidos em favor das próprias empresas de Marcos Valério e seus sócios para serem sacados informalmente por mensageiros dos beneficiados do esquema de desvio de verbas.

Além disso, havia uma atuação mais incisiva dos bancos ao emitirem empréstimos fora das condições legais para financiar campanhas políticas. Esses bancos propiciavam a ação ao ocultarem informações do Banco Central e ao permitirem os saques de modo informal e sem o registro oficial do verdadeiro sacador dos valores.

seu nome para ocultar transações ilícitas sem o conhecimento da esposa. Como a falsidade ideológica não constitui parte central do esquema do desvio de verbas e distribuição dos valores, não nos ateremos a essa parte da acusação. O debate quanto a esse ponto foi mais centrado sobre a real possibilidade de ele ter somente utilizado o nome de sua esposa ou se esta sabia do propósito da empresa e seria coautora das condutas do marido.

O rastro da conduta do mensalão foi muito mais complexo para ser revelado especialmente porque havia poucos indivíduos interessados em denunciar o esquema que beneficiava tantos ao mesmo tempo.

De fato, como destacou Figueiredo (2006), Marcos Valério servia a diversos partidos políticos ao mesmo tempo, inclusive de coalizões rivais – no caso o PSDB e o PT que captavam diversos partidos menores.

Um dos pontos desse rastro seriam os desvios em contratos de publicidade da Câmara dos Deputados. O então deputado federal João Paulo Cunha, que era Presidente da Câmara dos Deputados, teria aceitado vantagem indevida de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) oferecida por Marcos Valério, Ramon Hollerbach, Cristiano Paz e Rogério Tolentino para que a empresa SMP&B tivesse um tratamento privilegiado no processo licitatório da Casa. O deputado teria sido o responsável por julgar as propostas e teria permitido a subcontratação de 99,98% dos serviços prestados, o que é proibido pela Lei de Licitações – Lei nº 8.666 de 1993.⁷¹

A empresa SMP&B apenas gerenciava subcontratações ao custo de 5% de comissão causando lesão ao erário para além do crime de peculato. O deputado federal teria desviado, de acordo com os dados oferecidos pela PGR, valores em torno do montante de R\$ 536.440,55 (quinhentos e trinta e seis mil, quatrocentos e quarenta reais e cinquenta e cinco centavos) somente no contrato de publicidade com a empresa SMP&B. Marcos Valério teria recebido esse montante somente a título de honorários fixados. Os demais coautores, Ramon Hollerbach e Cristiano Paz, teriam gerência sobre a empresa diretamente. Ademais, alguns depoimentos indicavam que eles atuavam como intermediadores entre a empresa e os partidos políticos.

A defesa de João Paulo Cunha alegou que não havia provas de que os R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) teriam sido pagos por Marcos Valério e que seriam, na verdade, um pagamento de dívidas de campanha eleitoral que teria sido pagas por Delúbio Soares. Em contrassenso, a esposa de João Paulo Cunha afirmou em depoimento que se recordava de ter lido nos papéis que assinara o direcionamento dos valores à empresa SMP&B. Ela teria feito o saque na agência do Banco Rural em Brasília a pedido de seu esposo.

⁷¹ Vide arts. 72 e 78, inciso VI da referida Lei.

Os argumentos de que não haveria um ato de ofício ilegal praticado em razão de vantagem indevida foram assim descartados pelo Ministro relator, já que a acusação teria descrito de forma clara e com provas substantivas os fortes indícios de que os valores teriam sido recebidos pelos acusados para vencer o processo licitatório no qual os desvios foram feitos. Ainda mais pela PGR ter apontado com base em relatórios de análise do BMG que operava a lavagem de dinheiro do grupo.

O precedente do julgamento do caso Collor foi afastado pelo Ministro relator, pois como visto na acusação de Collor, sua absolvição decorreria da falta de provas de sua coautoria com os demais agentes e pela ausência de comprovação de um ato de ofício seu que implicasse conduta de corrupção passiva por sua parte. Entretanto, no caso concreto do Mensalão, a acusação indicava atos de ofício do deputado federal, o que afastaria a correlação com o precedente do caso Collor.

Por fim, no que tange à acusação de peculato, o Ministro relator indicou que os desvios teriam sido feitos por meio de contratação da empresa denominada de Ideias, Fatos e Textos Ltda. pertencente a Luis Costa Pinto. O deputado teria contratado o serviço de consultoria em comunicação, mas o serviço não teria sido prestado. O contrato seria forjado para que Luis Costa Pinto prestasse assessoria direta a João Paulo Cunha.

Os valores desviados no ano de 2004 somariam o valor de R\$ 252.000,00. A empresa teria sido subcontratada pela firma de Marcos Valério, assim a defesa alegou que não tinha controle sobre os atos da empresa e que os serviços haviam sido prestados. Entretanto, haveria o registro nos autos de atos de ofício do deputado que autorizavam a referida subcontratação. Como superior hierárquico responsável pelo gerenciamento dos valores, João Paulo Cunha teria a elementar de posse dos valores para efetuar os desvios.

A outra acusação de peculato contra o deputado teria sido praticada em concurso com Marcos Valério, Ramon Hollerbach, Cristiano Paz e Rogério Tolentino teria decorrido por ele autorizar os desvios de valores da Câmara dos Deputados para pagar os honorários da empresa de Marcos Valério para gerenciar as subcontratações *contra legem*. Entretanto, da mesma forma, o Ministro revisor recusou a denúncia contra Rogério Tolentino por falta de provas.

Desse ponto, a descrição do caso do deputado João Paulo Cunha torna-se apenas mais uma empresa de desvio de valores dentre vários contratos feitos com a Administração Pública que passavam pelos mesmos bancos para promoverem a lavagem de dinheiro e os valores serem redirecionados ao grupo central que promovia o pagamento de valores aos partidos políticos.

Outra parte que levaria ao enredo principal do Valerioduto é a responsável pelos desvios de valores do BB por meio da Visanet. Henrique Pizzolato, Marcos Valério, Ramon Hollerbach, Cristiano Paz e Rogério Tolentino foram acusados de peculato e lavagem de dinheiro quanto a esta parte do esquema.

A ação consistia em o diretor de marketing do BB, Henrique Pizzolato, permitir que se desviassem vultosos valores durante sua gerência para a empresa de publicidade DNA propaganda Ltda, com o suposto consenso de seu superior, Luiz Gushiken.

O desvio era feito devido ao repasse total dos valores para a execução dos serviços de recursos para promoção da marca Visa. Os benefícios seriam repassados por meio da empresa Companhia Brasileira de Meios de Pagamento/Visanet que possuía vários coproprietários detentores em comum do fornecimento de cartões de crédito da linha Visa.

O BB teria 31,9964% do capital social dessa empresa. A Visanet teria promovido, em 2001, um fundo de incentivo à marca Visa com aporte proporcional entre os seus proprietários. O BB teria subcontratado a empresa DNA propaganda Ltda para executar o aporte de incentivos do BB com 93 ações que deveriam ser executadas, mas a PGR indicou que não havia documentos que apontassem a execução das ações e os valores restantes dos incentivos também não foram devolvidos.

Esses desvios só poderiam ter sido promovidos com a conivência do diretor de marketing, Henrique Pizzolato, e do ministro da Secretaria de Comunicação e Gestão Estratégica, Luiz Gushiken. Isso porque não houve qualquer processo licitatório para contratar a referida empresa para prestar o serviço com a Visanet para uso dos recursos do fundo de incentivo, o que se concedia acesso de forma temerária por não haver qualquer garantia de restituição ou de execução dos incentivos. Esses adiantamentos irregulares teriam ocorrido quatro vezes.

Em depoimento na CPMI, Henrique Pizzolato não negou as transferências irregulares, mas atribuiu a culpa a Luiz Gushiken que teria ordenado o pagamento. Assim, o Ministro relator considerou que mesmo que ainda não houvesse a certeza dos atos, era preciso analisar o recebimento da denúncia pelos indícios que se somavam. Todavia, como veremos mais adiante, os ministros divergiram quanto ao fundamento da recepção da denúncia contra o ex-ministro Luiz Gushiken. A compreensão do julgamento foi dividida entre um juízo *pro societatis* ou *pro reo* quando do julgamento do recebimento da denúncia. De fato, o palco principal do debate foi direcionado quanto ao recebimento da denúncia do crime de quadrilha ou bando, porém foi iniciado quando da decisão de denunciar Luiz Gushiken.

De todo modo, com o auxílio de Henrique Pizzolato, ao final, os valores não eram devolvidos ao BB. Esses bônus concedidos, frisou o relator, tinham previsão contratual para serem devolvidos ao BB. A empresa de Marcos Valério e seus sócios recebiam os valores indevidos, pagavam aos fornecedores subcontratados e descontavam os valores pagos a mais.

O relatório do TCU teria indicado um desvio no montante mínimo de R\$ 2.923.686,15. Além disso, os contratos eram pagos adiantados e sem garantias de execução do serviço, o que poderia violar as regras de contratação do setor público (arts. 72 e 78, inciso VI, da Lei nº 8.666/93)⁷².

A acusação feita seria de que o grupo de Marcos Valério, Cristiano Paz, Ramon Hollerbach e Rogério Tolentino teria destinado a Henrique Pizzolato vantagem indevida por meio de interposta pessoa. O uso de um intermediador para recebimento da propina caracterizaria o crime de lavagem de dinheiro. Pizzolato enviou o mensageiro da Caixa de Previdência dos Funcionários do BB sacar os valores em espécie no Banco Rural.

O funcionário requisitado a sacar os valores prestou depoimento afirmando que o seu superior, Henrique Pizzolato, solicitou que ele fosse ao Banco Rural para buscar um documento. O depoente afirmou que foi à agência

⁷² Lei nº 8.666/93, arts. 72 e 78, inciso VI: “Art. 72. O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração” e “Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato: [...] VI - a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato; [...]”.

do referido banco e que procurou na agência a pessoa que foi indicada por seu superior. Os volumes foram entregues dentro de pacotes de papel pardo e foi requisitado que ele assinasse um recibo de entrega. Os pacotes foram entregues diretamente a Pizzolato em sua residência, conforme requisitado por ele. O depoimento de Marcos Valério também afirmava que os valores eram destinados a Henrique Pizzolato.

O documento assinado pelo funcionário não se tratava de um recibo de entrega dos pacotes, mas um recibo de saque em seu nome. Dessa forma, Pizzolato e seus coautores teriam se utilizado de terceira pessoa para clarear a origem do capital. Porém, o Ministro relator igualmente afastou a acusação contra Rogério Tolentino, pois não haveria provas de seu envolvimento para além do fato de ser sócio da empresa SMP&B Ltda.

Essa parte era somente mais uma do chamado Valerioduto, pois seria o canal de desvio de valores. O voto relator concluiu que Henrique Pizzolato, Marcos Valério, Ramon Hollerbach e Cristiano Paz teriam praticado peculato conjuntamente. Já Rogério Tolentino teria a denúncia recusada pela ausência de provas de seu envolvimento e seu nome não constar como sócio dessa empresa que recebia os valores da Visanet.

O Valerioduto em si, teria, dentre suas finalidades, o objetivo de sustentar o Mensalão, mas possuía diversos canais de introjeção de verbas ilícitas. Desta forma, as empresas de Marcos Valério e seus sócios prestariam um serviço de gerenciamento do desvio de valores da Administração Pública com as devidas tratativas de lavagem de sua origem e entregavam os valores mediante a retenção do custo de gerenciamento de 5% dos montantes. A ação, portanto, ligava a parte financeira de peculato e lavagem de dinheiro com as práticas de corrupção passiva e ativa, visto que oferecia e entregava verbas em troca do apoio político para o Governo.

A acusação central de lavagem de dinheiro estaria relacionada a uma atuação em larga escala dessa prática. Os acusados e dirigentes do Banco Rural José Roberto Salgado, Ayanna Tenório Vinicius Samarane e Kátia Rabello e os publicitários Marcos Valério, Ramon Hollerbach, Cristiano Paz, Rogério Tolentino, Simone Vasconcelos e Geiza Dias teriam clareado capitais ao emitirem cheques da empresa de Marcos Valério destinados a pagar a própria empresa.

Ao verso, esses cheques eram endossados para quem efetuaria o saque. O único controle do saque dos valores consistia em um simples recibo que não era feito de forma direta pelos seus beneficiários e os saques eram realizados em Belo Horizonte e em Brasília.

A ação do saque era sempre feita por uma interposta pessoa e, de acordo com o depoimento do ex-tesoureiro do Banco Rural, eram entregues como "encomendas". Para tornar a ação mais fácil, o grupo pertencente ao Banco Rural era o responsável pelas áreas de *compliance* da instituição, desta maneira detinham controle sobre a fiscalização do banco. Essa parceria teria se iniciado em 1998 e haviam provas substantivas que todos estavam conscientes de que os valores recebidos pelas empresas de Marcos Valério e seus sócios eram ilícitos por serem desviados da Administração Pública.

Para efetivamente apagar os rastros da lavagem de dinheiro, as empresas dos acusados ainda emitiam notas fiscais falsas para gerar a aparência de que os contratos realizados com a Câmara dos Deputados, com o BB, com a Eletronorte e com o Ministério dos Transportes eram executados. Os laudos periciais de contabilidade indicavam cerca de 80.000 notas falsas, bem como um vultoso valor em cheques recebidos nas contas sem registro nos caixas das empresas – R\$ 4.552.677,89. A perícia teria atestado ainda que o *software* do sistema contábil das empresas admitia a fraude do demonstrativo de despesas e receitas, já que permitia a seleção do que seria incluso no demonstrativo.

Somado a esse conjunto, o Ministro revisor ainda citou vários trechos do depoimento de Marcos Valério, Simone Vasconcelos e Jacinto Lamas que trariam a indicação de que tais valores não eram destinados somente a pagamento de fornecedores e que de fato os valores eram destinados ao PT. Especialmente o depoimento de Carlos Godinho, ex-Superintendente do Banco Rural.

O depoimento citado pelo Ministro relator afirmava com detalhes como a troca dos nomes dos beneficiários nos cheques e o saque por intermediários fraudava o sistema de fiscalização e como seria essencial ter funcionários internos do banco para controlar a parte de *compliance*, pois era necessário excluir as transações do relatório direcionado ao Banco Central.

A soma das ações envolvia uma coparticipação entre os dirigentes e o grupo financeiro de Marcos Valério ao menos para a elaboração intelectual do esquema de desvio e de lavagem de dinheiro.

A partir dessa conclusão que o Ministro relator indicou se tratar de uma organização criminosa à qual teria de ser imputado o crime de quadrilha e bando, porque a legislação vigente à época não tipificava o crime de organização criminosa. Mas esse grupo, segundo o Ministro relator, seria ainda maior porque o depoimento de Kátia Rabello apontaria o envolvimento de José Dirceu, parte que se abordará no próximo bloco.

No que concerne a essa parte, ressaltamos que o Ministro manteve a denúncia contra Rogério Tolentino, pois detinha a empresa "Lanza Tolentino e Associados Ltda" e a empresa "Rogério Lanza Tolentino", que possuíam contratos de mútuo com a firma de Marcos Valério. Além disso, Marcos Valério seria sócio da primeira empresa, que consiste em um escritório de advocacia que prestava serviços para a empresa SMP&B dele próprio. Assim, apesar de não ser sócio, o acusado pertencia ao grupo econômico e seria necessário, ainda, averiguar sua possível participação nas ações dos demais acusados. Havia indícios, pela perícia contábil, de que os contratos de mútuo seriam forjados e não teriam sido registrados na contabilidade das empresas.

A acusação, então, foi voltada para o gerenciamento do Banco Rural. Os dirigentes José Roberto Salgado, Kátia Rabello e Vinícius Samarane, conforme ressaltado, teriam agido em prol do grupo na medida em que ocultaram as práticas de dissimulação da origem ilícita do capital das empresas de Marcos Valério. No caso, tal conduta implicaria uma outra conduta criminosa, a de gestão fraudulenta prevista no art. 4º da Lei n.º 7.492, de 1986⁷³.

Os auditores do Banco Central teriam apurado dezenove operações de crédito com as empresas dos acusados Marcos Valério, Ramon Hollerbach, Cristiano Paz e Rogério Tolentino e com o Partido dos Trabalhadores. Essas operações somariam o valor de R\$ 292,6 milhões de reais ao final de maio de 2005, o que seriam 10% da carteira de crédito da instituição. Essas operações

⁷³ Lei nº 7.492 de 1986, art. 4º: "Art. 4º Gerir fraudulentamente instituição financeira: Pena - Reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa. Parágrafo único. Se a gestão é temerária: Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa".

foram classificadas de forma incorreta pelo Banco Rural em seu nível de risco, o que fazia com que elas passassem pelo Banco Central despercebidas.

A tática de ocultar as dívidas nos empréstimos consistia em renová-los em modalidades diferentes. Quando revelada a real situação do Banco Rural, o Banco Central reclassificou o grau de risco altíssimo dos empréstimos devido ao exorbitante valor de inadimplência.

A simulação quanto a esses empréstimos gerava uma imagem fraudulenta de contabilidade da capacidade operacional do Banco Rural. Somado a esses fatos, os depoimentos de Katia Rabello na CPMI indicavam que os empréstimos já haviam sido feitos ao PSDB em 1998 e o banco teria perdoado 7 milhões de dívida a Marcos Valério.

No caso do PT, houve um vultoso valor de empréstimos que não foram pagos. Em razão de a defesa sustentar ser razoável ao banco perder tamanha quantidade de capital, a suspeita sobre a fraude nas operações aumentava mais sobre os dirigentes do partido.

O relatório do Banco Central indicava à PGR que se tratava de um caso de gestão temerária – que consiste em prática de gerência arriscada que não possui dolo em fraudar. Todavia, somado a esse conjunto probatório, a PGR acusou os dirigentes de gestão fraudulenta, pois tais operações não teriam sido ocultadas por executar operações de risco sem atender aos critérios, mas de forma intencional para fraudar o sistema e propiciar o clareamento de capitais. O Ministro relator decidiu pelo recebimento da denúncia de gestão fraudulenta.

O núcleo central, por sua vez, foi descrito dentro da acusação da PGR como composto pelos políticos José Dirceu, Delúbio Soares, José Genoíno e Sílvio Pereira. Esses acusados teriam o objetivo de alcançar apoio para o Partido dos Trabalhadores (PT) durante o governo por meio do pagamento de vantagens indevidas. Os agentes teriam beneficiado diversos parlamentares federais na forma de pagamentos mensais pertencentes aos partidos Partido Progressista - PP, Partido Trabalhista Brasileiro - PTB e Partido do Movimento Democrático Brasileiro - PMDB.

Para conseguir os valores, os acusados teriam estabelecido um acordo com Marcos Valério e os demais integrantes do grupo financeiro-publicitário. Os nomes desses parlamentares que recebiam os valores mensais só teriam sido

identificados devido às apreensões dos recibos informais dentro do Banco Rural. Dentre eles, a acusação no STF indicava Valdemar da Costa Neto, Jacinto Lamas, Antônio Lamas, Lúcio Funaro, José Carlos Batista, José Janene, Pedro Corrêa, Pedro Henry, João Cláudio Genú, Enivaldo Quadrado, Breno Fischberg e Carlos Alberto Quaglia.

Os responsáveis por intermediar os pagamentos seriam as acusadas Geiza Dias e Simone Vasconcelos e Marcos Valério. Somente em um segundo momento os valores passaram a ser sacados na agência do Banco Rural e do Banco BMG por meio do envio de terceiros para o recebimento dos pacotes com os valores dos saques.

O oferecimento de vantagem indevida em troca de apoio político conformaria a prática de corrupção ativa. Já os parlamentares que aceitaram esses valores para fazer, deixar de fazer ou retardar ato de ofício teriam praticado corrupção passiva. Esses parlamentares faziam ainda clareamento de capital para ocultar a origem dos valores.

Dentro dessa coligação entre o grupo político e o grupo publicitário-financeiro, haveria um mútuo interesse: por um lado, os políticos teriam o apoio do Governo que queria se perpetuar no poder e propiciar as eleições e, por outro, o grupo de Marcos Valério que lucrava retento um percentual numérico do que seria repassado aos beneficiários dos desvios. Havia, portanto, uma espécie de taxa para o gerenciamento e entrega dos valores.

A descrição feita era centrada nas ações de Dirceu e de como ele gerenciava todas elas, pois todas as operações de apoio político deveriam ser aprovadas por ele. Haveria o registro ainda de diversas passagens de Marcos Valério na Casa Civil, onde teria se encontrado com José Dirceu. Por outro lado, o acusado negava categoricamente todas as ações e atribuía a responsabilidade a Delúbio Soares, uma vez que esse conheceria Marcos Valério. A única ação que confessou foi ter solicitado ajuda para arrumar um emprego para sua ex-esposa e um empréstimo para o pagamento de um apartamento novo para ela.⁷⁴

O acusado Delúbio Soares alegou que os valores eram relativos a quitações de campanhas eleitorais e que não foram pagos em razão de atos de

⁷⁴ Quanto a este ponto, Figueiredo (2006) indica que Marcos Valério teria providenciado esse auxílio à ex-esposa de José Dirceu como uma forma de se aproximar do Ministro da Casa Civil e encontrar um apoio político mais forte do que Daniel Dantas.

ofício parlamentares. Mas, de acordo com a acusação, Delúbio Soares não só fazia as propostas aos parlamentares como também intermediava o repasse de valores entre Marcos Valério e os beneficiários das vantagens indevidas.

Os parlamentares Pedro Corrêa, Pedro Henry, José Janene, Valdemar Costa Neto, Bispo Rodrigues, José Carlos Martinez, Roberto Jefferson e Romeu Queiroz teriam praticado corrupção ativa pela intermediação das propostas de corrupção passiva do grupo central aos parlamentares.

José Genoíno, por sua vez, seria suspeito de integrar a corrupção ativa dos parlamentares somente quanto aos integrantes do PP e do PTB. Já Sílvio Pereira não teria uma descrição na peça da acusação de quaisquer condutas que poderiam lhe atribuir a prática de corrupção ativa.

Marcos Valério, Cristiano Paz e Ramon Hollerbach, para além do gerenciamento dos núcleos publicitário e financeiro, foram descritos como coautores de nove condutas de corrupção ativa, pois auxiliavam o núcleo central a oferecer e conceder as vantagens indevidas em troca do apoio político.

Ante ao volumoso número de provas e depoimentos contra os acusados, o Ministro relator votou pelo recebimento da denúncia. No que concerne a Rogério Tolentino, só havia provas de seu envolvimento na corrupção ativa dos membros do PP. Por isso, a denúncia por corrupção ativa contra ele foi recebida pelo relator somente quanto a seis condutas. Por fim, Simone Vasconcelos e Geiza Dias eram responsáveis por distribuir valores aos responsáveis e, devido às provas juntadas nos autos, o Ministro relator considerou o recebimento da denúncia pelas nove práticas de corrupção ativa contra elas.

O clareamento de capitais por parte dos deputados José Janene, Pedro Corrêa, Pedro Henry, João Cláudio Genú, Enivaldo Quadrado, Breno Fischberg e Carlos Alberto Quaglia era promovido pela empresa de corretagem Bônus-Banval, onde a filha do deputado Janene trabalhava. Assim, o Ministro relator considerou o argumento da acusação de que o grupo agia de forma conjunta, estável e permanente em prol do desenvolvimento de crimes de lavagem de dinheiro.

Lúcio Funaro e José Carlos Batista não foram acusados por terem realizado acordo de colaboração com o PGR. Os colaboradores pertenciam ao grupo dos parlamentares do partido liberal (PL). Os acusados desse partido

seriam Valdemar Costa Neto, Jacinto Lamas e Bispo Rodrigues – que era o motorista do partido.

Esses denunciados teriam recebido valores indevidos para fazer ato de ofício relacionado à aprovação no Congresso Nacional de projetos do Governo, a acusação era centrada na prática de corrupção passiva. Porém, assim com no caso dos parlamentares anteriores, esse grupo também promovia a lavagem de dinheiro dos valores recebidos indevidamente. Eles teriam recebido conjuntamente um valor aproximado de R\$ 10.800.000,00 em propina.

O pagamento das propinas teria sido solicitado em troca de apoio político durante a campanha eleitoral de 2002. O meio de recebimento do dinheiro teria sido pela empresa Guaranhuns Empreendimentos e posteriormente pelos intermediários que realizavam os saques em nome dos acusados.

O grupo do PL poderia, na conclusão do voto relator, ter praticado 41 vezes o crime de lavagem de dinheiro em uma estrutura de quadrilha, pois os delatores que eram proprietários da pessoa jurídica que realizava a lavagem de dinheiro para o grupo estariam em participação na associação criminosa. Assim, o relator recebeu a denúncia de quadrilha contra os acusados Jacinto Lamas, Valdemar Costa Neto, João Cláudio Genú, já que o Bispo Rodrigues não foi acusado de formação de quadrilha pela PGR e não havia indícios de sua colaboração para a associação estável e permanente da prática da lavagem de dinheiro.

Os pertencentes ao PTB seriam os acusados Roberto Jefferson, Emerson Palmieri, Anderson Adauto e Romeu Queiroz, pois José Carlos Martinez já havia falecido à época do julgamento. O delator do esquema e acusado Roberto Jefferson teria assumido a responsabilidade de receber os valores do Valerioduto após a morte de José Carlos Martinez, mas os valores continuavam a ser referentes ao pagamento pelo apoio político ao governo.

A lavagem de dinheiro era promovida pelo saque da verba utilizando-se de terceiros. Roberto Jefferson e Emerson Palmieri foram acusados, portanto, de corrupção passiva e lavagem de dinheiro. Anderson Adauto, que era Ministro dos Transportes, foi acusado de corrupção ativa por duas vezes, pois teria sido coautor no oferecimento de vantagem indevida aos parlamentares do PTB.

O PMDB teria recebido valores por intermédio do deputado José Rodrigues Borba, que era líder do partido no Congresso Nacional. O acusado estaria ciente da origem dos valores e da finalidade pela qual os recebia. Assim, teria praticado corrupção passiva e lavagem de dinheiro, pois teria se utilizado de Simone Vasconcelos para realizar os saques.

O Ministro relator descreveu qual seria a estrutura do mensalão dentro do PT, partido que detinha os cargos de Presidente da República dentre vários outros no Governo.

Os acusados de lavagem de dinheiro dos recursos direcionados ao PT seriam, para além do grupo central, Paulo Rocha, Anita Leocádia, João Magno, Luiz Carlos Silva (Professor Luizinho), Anderson Aduino e José Luiz Alves.

Em geral, os acusados confessavam receber os valores de Marcos Valério, mas nem todos eles indicaram que teriam recebido essa vantagem em troca de apoio político ao Governo.

O acusado Pedro Rocha, por exemplo, negou que os valores repassados a ele pelo PT, que seriam direcionados ao PSB do Pará, teriam sido pagos em troca de apoio político ao PT. João Magno afirmou o recebimento dos valores por orientação de Delúbio Soares sem saber a origem ilícita da verba, mas existiam diversos depoimentos que tornavam a conduta dele suspeita, pois teria recebido valores muito altos para não questionar a origem do dinheiro e usar interpostas pessoas para recebê-lo. Além disso, haveria o fato de que os valores eram entregues fora dos procedimentos bancários padrões.

Os depoimentos desses acusados muitas vezes se contradiziam, mas constantemente negavam o conhecimento da origem dos valores e que acreditavam estar viabilizando o pagamento de dívidas eleitorais do PT.

O grupo político do PT teria ainda contraído dívidas com José Eduardo Cavalcanti de Mendonça (Duda Mendonça) e Zilmar Fernandes e estes recebiam pagamento desse débito dentro do procedimento de lavagem de dinheiro do Banco Rural.

A acusada Zilmar Fernandes teria recebido para si e para Duda Mendonça 3 saques de 300 mil reais e posteriormente mais 2 saques de 250 mil reais no Banco Rural. Essa prática de lavagem de dinheiro pela ocultação da pessoa a quem se dirigiam os valores, todavia, foi trocada por um novo

procedimento de recebimento dos valores - Zilmar Fernandes e Duda Mendonça teriam requisitado ao grupo publicitário-financeiro o recebimento dos valores em conta no exterior de uma *offshore* chamada Dusseldorf company Ltda.

Assim, a título de pagamento de serviços de publicidade ao PT, os acusados teriam recebido por meio de prática de evasão de divisas de valores entre 17 a 28 milhões de reais. As remessas teriam sido feitas pelo Banco Rural de forma ilegal por meio de José Roberto Salgado, Vinícius Samarane e Kátia Rabello a mando de Marcos Valério, Ramon Hollerbach, Cristiano Paz, Simone Vasconcelos e Geiza Dias.

Além disso, o grupo teria feito prática de "dólar cabo"⁷⁵ para transferir os valores para *offshore* de Duda Mendonça. A defesa sustentava que só haveria crimes de ordem tributária, devido à ocultação da participação na empresa *offshore*, o que já havia sido sanado com o devido recolhimento do tributo antes da denúncia. A partir do pagamento dos tributos, o crime de sonegação teria a punibilidade extinta.

Ocorre que, segundo a defesa, não haveria consunção da prática de crime contra a ordem cambial com o de ordem tributária pelo entendimento do STF. Assim, mesmo que as ações fossem feitas em uma única ação, haveria mais de um crime por se atingir bens jurídicos tutelados diferentes. Como os crimes de ordem tributária foram extintos, a punibilidade prevalecia nos de ordem cambial devido à lavagem de dinheiro e à evasão de divisas. Havia ainda a suspeita de que a empresa *offshore* teria sido criada somente para receber os valores ilícitos.

O Ministro relator, brevemente, apontou a acusação contra Marcos Valério de falsidade ideológica, pois teria usado o nome de sua esposa para constituir empresa falsa e ocultar transações ilícitas. Enfim, na parte final de seu voto, recebeu a denúncia sobre a formação de uma quadrilha que teria porte de uma organização criminosa. Os núcleos político, publicitário e financeiro teriam uma estrutura articulada e planejada de atuação para manter os desvios de valores e pagamentos de propinas. A associação teria sido planejada em 2002 e constituída em 2003 e os acusados dessa associação criminosa seriam José Dirceu, José Genoíno, Delúbio Soares, Sílvio Pereira, Marcos Valério, Ramon Hollerbach,

⁷⁵ Em termos gerais, a prática de dólar cabo é ilegal porque constitui transferências de valores para o exterior ou do exterior sem conhecimento do Banco Central ou por meios que não passam pelo controle dos Estados.

Cristiano Paz, Rogério Tolentino, Simone Vasconcelos, Geiza Dias, Kátia Rabello, José Alberto Salgado, Vinícius Samarane e Ayanna Tenório.

Apesar da descrição de acusação do Ministro relator, os demais ministros fizeram diversas considerações para acompanhar ou rejeitar o posicionamento do relator. Em geral, os ministros acompanharam o relator à medida que tiravam dúvidas sobre as informações apresentadas e sobre os pedidos de confirmação a respeito de um ou outro depoimento.

O ponto central de debate jurídico foi fragmentado tanto no recebimento da denúncia quanto no julgamento do mérito da ação penal. A questão a seguir foi palco e debate em diversos momentos do julgamento.

O questionamento seria, em primeiro plano, sobre a competência da Corte para julgar indivíduos que não tinham ou não teriam mais foro por prerrogativa de função.

Em segundo plano, a discussão jurídica foi permeada pela preocupação com o tratamento das provas feitas pela acusação, pois se rediscutiam os argumentos e quais seriam os limites dos direitos de ampla defesa e contraditório dentro do processo penal.

4.3 UMA QUESTÃO DE COMPETÊNCIA EM VÁRIOS ATOS

A competência da Corte para julgar criminalmente é prevista dentro do rol do art. 102, inciso I, alíneas "b" e "c", da CF, de 1988, o que é chamado de competência em razão da função pública exercida – mais popularmente chamada de "foro por prerrogativa de função". A prerrogativa de função é descrita como um privilégio, especialmente pela articulação do discurso do tratamento desigual aos desiguais de que falamos no primeiro capítulo.

O debate formou-se por uma questão de definição quanto a quem deveria julgar indivíduos que cometeram a conduta conjuntamente com alguém que ocupasse um dos cargos que atraem a competência de julgamento para o Supremo Tribunal Federal. Essa questão foi discutida por três vezes antes mesmo do julgamento do mérito da ação penal, momento em que a questão foi novamente visitada pelos ministros.

O debate surgiu a partir da segunda questão de ordem suscitada pela defesa e levada ao plenário pelo relator. No caso, o acusado Marcos Valério

primeiro pediu para ser investigado e julgado conjuntamente com os demais acusados com foro por prerrogativa de função, o que foi atendido pelo Ministro Nelson Jobim. Em um segundo momento, o acusado pediu – um ano após – para desmembrar o processo, pois o Supremo não teria competência para julgar indivíduos sem foro por prerrogativa de função e já havia um entendimento consolidado nesse sentido.

A questão foi levada a plenário pelo Ministro relator e a decisão foi tomada em colegiado no dia 9 de novembro de 2006. O voto do Ministro relator Joaquim Barbosa foi pelo desmembramento do inquérito, porque essa seria a jurisprudência da Corte.

O entendimento jurisprudencial construído seria que somente os indivíduos que se encontram com foro por prerrogativa de função seguem sendo processados pelo Supremo na fase processual em que se encontravam. Isso significaria que, dos 40, somente 6 acusados seguiriam sendo julgados pelo Supremo. Isso reduziria os riscos de prescrição dos crimes e facilitaria a análise dos casos.

Por outro lado, a Ministra Cármen Lúcia abriu divergência ao sustentar que o desmembramento poderia gerar decisões contraditórias entre o STF e as instâncias inferiores. O Ministro revisor, Ricardo Lewandowski, e os Ministros Ayres Britto e Cezar Peluso seguiam o entendimento do relator e os Ministros Eros Grau, Gilmar Mendes e Celso de Mello acompanhavam a divergência da Ministra Cármen Lúcia. Nesse momento, o Ministro Sepúlveda Pertence propôs uma decisão intermediária, chamada de "voto médio". A partir dos debates mantidos sobre a possível perda da integridade dos autos, o Ministro propôs que o desmembramento fosse feito, mas que fossem mantidos em julgamento no Supremo todos os acusados com foro privilegiado e os que fossem considerados coautores de suas ações.

O debate, do ponto de vista do argumento jurídico, foi fundamentado dentro das previsões dos arts. 80 e 580 do CPP⁷⁶ e do art. 29 do CP.⁷⁷ O conflito

⁷⁶ Código de Processo Penal, art. 80: "Será facultativa a separação dos processos quando as infrações tiverem sido praticadas em circunstâncias de tempo ou de lugar diferentes, ou, quando pelo excessivo número de acusados e para não lhes prolongar a prisão provisória, ou por outro motivo relevante, o juiz reputar conveniente a separação". Art. 580: "No caso de concurso de agentes (Código Penal, art. 25), a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros".

da interpretação das regras estaria estabelecido dentro dos dispositivos do Código de Processo Penal que permite em seu art. 80 que o desmembramento seja promovido à conveniência fundamentada do juiz. De fato, uma das razões expressas do dispositivo é justamente o excesso de acusados, o que dificulta o transcorrer do processo e pode gerar ilegalidades pelo excesso de prisão provisória, por exemplo.

Todavia, o art. 580 do CPP indica que o recurso de um dos réus aproveita aos demais corréus, salvo quando se tratar de um ponto de caráter pessoal do acusado que recorrer. Essa regra, indicaria a necessidade de um julgamento conjunto entre coautores em prol de se ofertar o aproveitamento das reformas em benefício dos réus desde que não fossem consideradas decorrentes de questões de caráter pessoal. Por exemplo, uma reforma para diminuir a pena devido à idade do acusado à época da condenação é uma condição pessoal que não se aproveita entre os coautores (MARQUES, 2009; OLIVEIRA, 2011).

A proposta do Ministro Sepúlveda Pertence, portanto, seria de considerar esse ponto da necessidade de se julgar coautores conjuntamente para não gerar dissonância de tratamento entre os coautores do delito. Assim, parte do processo seria desmembrado e uma parte ainda significativa ficaria no STF.

Os ministros aprovaram a proposta do Ministro Pertence, porém, a sessão foi suspensa para que o relator apresentasse uma suma de quais acusados permaneceriam com julgamento no Supremo a partir dessa decisão. Quando reapresentada em plenário a questão de ordem, no dia 6 de dezembro de 2006, foi constatado que quase todos os acusados teriam uma acusação de coautoria com alguém que detinha foro por prerrogativa de função. Assim, Cezar Peluso propôs que se voltasse ao ponto inicial de manter todos os acusados investigados perante o Supremo. Os ministros, então, com exceção do próprio Ministro Sepúlveda Pertence e do Ministro Marco Aurélio, mudaram os seus votos para decidirem pelo não desmembramento dos autos.

⁷⁷ Os ministros referenciavam o art. 25 do CP por ser mencionado esse artigo pelo Código de Processo Penal. Entretanto, o teor desse dispositivo passou a ser previsto no art. 29 do CP com a reforma de 1984 do CP.

Código Penal, art. 29: “Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. § 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço. § 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave”.

Mesmo após essas decisões preliminares em forma de questão de ordem, o julgamento do Inquérito nº 2.245 foi iniciado pelo julgamento de onze preliminares trazidas pela defesa. Dentre elas estava, novamente, a questão sobre a incompetência do STF para julgar quem não possuía foro por prerrogativa de função. O relator iniciou o julgamento das preliminares por essa questão, ressaltando que 24 dos 40 acusados não deteriam foro por prerrogativa de função. O Ministro, apesar disso, manifestou-se no sentido de indeferir a preliminar, pois a questão havia sido decidida em sede de questão de ordem.

O terceiro momento foi em sede do 3º agravo regimental contra o recebimento da denúncia já nos autos da Ação Penal nº 470. O quarto momento foi em sede do 11º agravo regimental na mesma Ação Penal.

O momento mais decisivo do debate foi no início do julgamento do mérito da Ação Penal nº 470, pois se estabeleceu um embate intenso entre o Ministro relator e o Ministro revisor. A questão se colocava sensível, pois, em 2012, a composição da Corte havia mudado em parte com a entrada da Ministra Rosa Weber e do Ministro Luiz Fux. Aqui, o revisor se opunha aos trabalhos do relator, algo inédito.

No primeiro debate, ambos haviam se posicionado pelo desmembramento, entretanto, ficaram vencidos. Assim, o Ministro Ricardo Lewandowski utilizou-se de um aparte do advogado da defesa que suscitava questões constitucionais sobre a competência da Corte. O ministro revisor, então, em meio a várias interrupções do Ministro Joaquim Barbosa, proferiu voto sobre questão preliminar de competência da Corte no sentido de acolher o pedido de desmembramento.

Os argumentos do Ministro revisor seriam colocados dentro da perspectiva de que o Tribunal poderia revisitar a questão preliminar, pois não havia considerado nenhum dos argumentos constitucionais para tomada de decisão e que a matéria seria de ordem pública e, por isso, ela poderia ser revista a qualquer tempo (art. 109 do CPP)⁷⁸. O Ministro apontou o direito constitucional

⁷⁸ Código de Processo Penal, art. 109: “Art. 109. Se em qualquer fase do processo o juiz reconhecer motivo que o torne incompetente, declará-lo-á nos autos, haja ou não alegação da parte, prosseguindo-se na forma do artigo anterior”.

79ao juiz natural e o duplo grau de jurisdição, bem como o supralegal, previsto no Pacto de São José da Costa Rica⁸⁰.

O Ministro iniciou seu discurso explicando que o foro por prerrogativa de função constante no art. 102, inciso I, alíneas "b" e "c" da Constituição de 1988 seriam taxativos e relativos a agentes públicos para assegurar a independência do exercício da função pública. A questão estaria associada pelo entendimento dos textos a respeito do tema.

A citação de Marques (2009) apontava que o foro por prerrogativa de função não seria um privilégio, mas necessário pela utilidade pública do julgamento ser exercido por uma Corte dotada de mais independência. A prerrogativa, em suma, seria excepcional e seria interpretada de forma estrita reiteradamente na jurisprudência do Supremo⁸¹ ainda que ferindo as previsões infraconstitucionais de conexão e continência debatidas na questão de ordem.

Por outro lado, o Ministro revisor reconheceu que, por vezes, a Suprema Corte optou por não fazer o desmembramento como teria ocorrido no caso Collor, nos Inquéritos nº 2.462 e nº 2.555 de relatoria do Ministro Cezar Peluso e inclusive da AP nº 420-AgR, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, que era relativo a parte do escândalo do Mensalão descrita acima – o chamado Mensalão tucano. Esse caso envolvia também o Inquérito nº 2.280, no qual o pedido de

⁷⁹ Constituição de 1988, art. 5º, incisos LIV e LV: “[...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”

⁸⁰ Pacto de São José da Costa Rica, art. 8º, 2,h: “Artigo 8º - Garantias judiciais 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior”

⁸¹ O Ministro revisor citou como exemplos o Inq. 517-QO, Min. Octávio Gallotti, julgado em 8.10.1992, o Inq. nº 559-QO, Min. Octávio Gallotti, julgado em 9.12.1992, Inq. 542-QO, redator para acórdão Neri da Silveira, Inq. 736-QO, Min. relator Celso de Mello, Inq. 675-QO, Min. relator Neri da Silveira, Inq. 212, Min. Ilmar Galvão, Inq. 1720-QO, Min. Sepúlveda Pertence, Inq. nº 1871-QO, Min. relatora Ellen Gracie, Inq. nº 336-AgR, Min. relator Carlos Velloso, Inq.2628-QO, Min. relatora Cármen Lúcia, AP 396, Min. relatora Cármen Lúcia, Inq. 2443-QO, Min. relator Joaquim Barbosa, Inq. 2051-AgR, Min. relatora Ellen Gracie, Inq 2.548-ED-AgR, Min. relator Menezes Direito, Inq 2.706-AgR, Min. relator Menezes Direito, Inq 2.527-AgR/PB, Min. relatora Ellen Gracie, Inq 2.578, Min. relator Ricardo Lewandowski, Inq 2.718-QO, Min. relator Ricardo Lewandowski, Inq 2.471-AgR-quinto, Min. relator Ricardo Lewandowski, Inq 2.757/MG e Inq 2.601/RJ, Rel. Min. Celso de Mello; Inq 2.652/PR, Rel. Min. Dias Toffoli; Inq 2.280/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa; Inq 2.486/AC e Inq 2.091/RR, Rel. Min. Ayres Britto; Inq 2.239/PI e Inq 1.567/CD, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, AP nº 351, Min. relator Marco Aurélio.

desmembramento foi concedido e teria se afirmado que a Ação Penal nº 470 constituía um caso isolado dentro da Corte.

O Supremo teria ainda declarado inconstitucional na ADI nº 2.797, Ministro relator Sepúlveda Pertence, os parágrafos acrescidos ao art. 84 do CPP que trazia o foro por prerrogativa de função fora dos casos previstos na Constituição de 1988. Os dispositivos foram declarados inconstitucionais, pois qualquer exceção ao princípio do juiz natural deveria constar na própria Carta Magna.

O Supremo ainda editou a Súmula nº 721, que afirma que "a competência constitucional do Tribunal do Júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido pela constituição estadual", pois o entendimento da Corte seria que a ordem constitucional determinaria uma competência que não pode ser alterada nem mesmo pela ordem constitucional estadual, muito menos pelo Código de Processo Penal.

A Ministra Rosa Weber e o Ministro Luiz Fux posicionaram-se juntamente com o relator pelo entendimento de que a matéria já estava preclusa, visto que a Corte já havia decidido o tema por diversas vezes. O Ministro Dias Toffoli apontou ainda que, anteriormente a 2001, havia interesse da Corte em decidir no sentido do desmembramento, pois, anteriormente à emenda constitucional nº 35, era preciso autorização da mesa da Casa Parlamentar para processar um membro do Parlamento.

Com a alteração do art. 53, §1º, a Casa Parlamentar passou a poder deliberar pela suspensão do processamento. Nessa perspectiva, antes dessa emenda, era preciso desmembrar o processo para que os demais acusados fossem devidamente processados. Após a reforma, a Corte passou a analisar a conexão dentro de cada caso concreto para definir sobre a manutenção da competência do Supremo para os coautores dos acusados dotados de foro por prerrogativa de função. Chamou, então, a atenção para o fato de que revisar isso no Mensalão implicaria revisar diversas ações que seriam consideradas nulas.

A Ministra Cármen Lúcia reiterou a divergência que abriu quando da decisão da segunda questão de ordem, ainda no Inquérito nº 2.245 e acompanhou o relator no indeferimento da preliminar de incompetência.

O Ministro Cezar Peluso reafirmou o argumento da preclusão e da Súmula nº 704 da Corte – inicialmente apontada pelo Ministro relator – como sendo de ordem constitucional, razão pela qual o Tribunal já teria enfrentado a questão sob a ótica dos argumentos do juiz natural e do duplo grau de jurisdição.

A Súmula nº 704, que não havia sido mencionada pelo Ministro Ricardo Lewandowski, define que "Não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do corréu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados".

O Ministro Peluso, portanto, indicava que o Tribunal já havia se manifestado expressamente sobre as garantias do juiz natural em casos de continência e conexão com acusados que possuem foro por prerrogativa de função. A súmula teria sido editada com base em precedentes de 2003 que já apontavam a mudança do tratamento da Corte, conforme referenciado pelo Ministro Dias Toffoli.

O Ministro Gilmar Mendes complementou o posicionamento de Peluso ao citar Canotilho (2003) para reforçar o argumento da existência de competências constitucionais estabelecidas de forma explícita. O exemplo da presença dessas competências implícitas na Constituição de 1988 estaria em o próprio Supremo aceitar mandado de segurança contra atos de parlamentares, já que a Constituição não é explícita nessa competência do STF.

A incompetência da Corte traria uma nulidade absoluta sobre o julgamento nos termos do art. 564, inciso I, do CPP. O debate jurídico central, entretanto, deixou de ser sobre a existência da competência e passou a ser sobre a possibilidade de revisar a matéria de ordem pública a qualquer tempo dentro do processo penal. Por um lado, o Ministro revisor sustentava que a matéria poderia ser revista por ser de ordem pública e os argumentos constitucionais não teriam sido apreciados e, por outro, os demais ministros alegavam que a matéria estaria preclusa.

A preclusão consiste em um instituto do direito que visa evitar múltiplas análises sobre o mesmo tópico. Em uma definição objetiva, podemos dizer que a preclusão consiste no fechar de uma porta, pois determinado argumento ou pedido não poderá mais ser formulado por diferentes motivações (CHIOVENDA, 1998). Por exemplo, a preclusão pode ser temporal, ou seja, decorrente da perda

de um prazo. Dentro do caso concreto, o Ministro revisor buscava afastar o que se chama de preclusão consumativa, ou seja, a matéria não poderia mais ser discutida, pois de fato já haveria sido apreciada. Entretanto, o Ministro alegava que poderiam ainda discutir a questão por ser relativa a questão de ordem pública e porque não teriam apreciado tais argumentos de ordem constitucional e supralegal.

Do ponto de vista do Ministro relator Joaquim Barbosa, dos Ministros Luiz Fux, Ayres Britto e Gilmar Mendes e da Ministra Rosa Weber, a preclusão consumativa teria ocorrido, pois o mesmo julgador não poderia avaliar os mesmos fundamentos sobre o mesmo pedido repetidas vezes. Isso implicaria o juízo restar refém de consecutivos pedidos de reanálise da mesma questão que impediriam a conclusão do julgamento.

Diretamente sobre preclusão, o Código de Processo Penal não possui nenhuma regra, de forma que vale a regra geral de aplicação subsidiária das regras processuais civis (art. 3º do CPP).

O Código de Processo Civil determinava que algumas situações não seriam passíveis de preclusão, pois seriam questões chamadas de ordem pública. A competência para julgar seria uma delas. O questionamento, todavia, seria sobre a razoabilidade de se revisar o mesmo ponto por diversas vezes, pois o mesmo órgão julgador já teria apreciado a matéria mais de uma vez. A questão jurídica sobre a possibilidade de revisão a questão, então, passa a envolver uma forma de compreender o sistema processual penal em seus princípios para definir a aplicação subsidiária das regras processuais civis. Mesmo que não seja o palco principal do debate dos Ministros, a questão é de como o juízo penal deve conformar a sua compreensão sobre as provas.

Na verdade, matérias consideradas de ordem pública podem ser revistas a qualquer tempo. A questão é que, dentro de uma visão do processo penal de busca da verdade real haveria, sempre que se reapreciar a questão enquanto que, do ponto de vista da formação da verdade relativa dentro do processo penal, uma vez apreciada a questão não poderia mais ser reanalisada pelo mesmo juízo. Poderia, por exemplo, um juiz de primeira instância não analisar o pedido de ordem pública e mesmo assim o juízo de segundo grau analisaria a questão, mesmo que ela já tivesse sido apreciada.

A finalidade da preclusão em si, como destacado, é evitar que determinada matéria seja analisada em duplicidade, ou seja, não havendo novos argumentos e já consumada a apreciação, não poderia o mesmo juízo, mesmo que em questões de ordem pública, reavaliar sua decisão. Dessa forma, a definição da possibilidade de se reconsiderar a decisão sobre a competência da Corte foi traduzida na linguagem jurídica a partir da compreensão do processo penal orientado pela busca da verdade real ou relativa.

A decisão dos ministros foi de que já haviam se convencido da competência da Corte para todos os acusados pelos argumentos que já haviam sido expostos e analisados. Podemos verificar que havia diversos argumentos coerentes para motivar esse posicionamento do Supremo. Mesmo que houvesse uma sustentação igualmente coerente para decidir pelo desmembramento, caso se considerasse seriamente os argumentos dos riscos decorrentes de julgamentos apartados, a decisão de manter a competência do Supremo atenderia mais a integridade do direito.

A decisão da maioria dos ministros seria, nesse sentido, por uma visão persuasiva da prova ao invés de uma função demonstrativa. Esse posicionamento do Tribunal é curioso por tornar o foro por prerrogativa de função, usualmente considerado uma forma de privilégio concedido aos agentes públicos e seus coautores, um argumento que parecia prejudicar os acusados.

Dentro do que abordamos no primeiro capítulo, a Corte estaria realizando um movimento argumentativo inverso à lógica de responsabilizar os “desvios” ocorridos. Isso porque, em que pese à ritualização do processo acusatório, as regras não foram movimentadas de forma a constituir privilégios aos acusados. Pelo contrário, como veremos nos tópicos a seguir, a sustentação do voto relator, principalmente, indicava o princípio do livre convencimento como um veículo para criminalizar as condutas.

Desse modo, segue a análise das demais questões debatidas a partir da construção das provas no processo penal, justamente para verificar se o discurso sobre a busca de uma verdade possível no processo penal foi mantido nos demais momentos do julgamento.

4.4 A CONSTRUÇÃO DAS PROVAS: ENTRE UMA INTERPRETAÇÃO *PRO SOCIETATIS* OU *PRO REO*

O ponto de ligação dentro do julgamento que se pode encontrar entre a determinação de competência da Corte para o julgamento e a decisão de condenação ou absolvição dos acusados foi marcada principalmente pelo tratamento das provas no processo penal. O julgamento de mérito em si só foi iniciado após 10 sessões de sustentações orais e debates sobre a questão preliminar da competência da Corte.

Mas, assim como discutíamos no tópico anterior, a constituição de provas sobre os crimes apontados aos acusados voltou a ser debatida sobre o prisma da necessidade de se considerar provas indiciárias para a conformação do convencimento do juízo. O contraponto que sinalizava argumentos de um processo em busca da verdade real seria a interpretação das normas pelos princípios do *in dubio pro reo* e o da presunção de inocência. Assim, no caso de dúvidas sobre a autoria ou sobre a materialidade da conduta, não poderia o acusado ser condenado.

Destacam-se, assim, dois temas principais em que a prova do processo penal do Mensalão foi questionada em sua suficiência para fundamentar a autoria da conduta dos acusados. O primeiro tema refere-se à existência de uma quadrilha e o outro à conjunção das elementares dos tipos penais de corrupção passiva e ativa. Nosso objetivo, portanto, seria verificar se o tratamento da matéria seguiu coerente com o tratamento concedido no que tange à competência da Corte para julgar. Ou seja, busca-se verificar a coerência argumentativa no tratamento do processo penal como orientado por uma verdade possível ou por uma verdade real.

4.4.1 ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, QUADRILHA OU CONCURSO EVENTUAL DE PESSOAS?

O debate sobre a acusação do crime de quadrilha foi suscitado sobre o prisma de um gerenciamento *pro societatis* ou *pro reo* do inquérito e do processo penal. O tema foi introduzido pelo Ministro Gilmar Mendes ainda no curso da decisão de recebimento da denúncia e, na sequência, desenvolvido principalmente pelo Ministro Celso de Mello.

A afirmação do Ministro Gilmar Mendes foi relativa à regra constitucional, pois, dentro da ordem constitucional de 1988, as regras infraconstitucionais teriam de ser interpretadas – no âmbito penal – da forma mais favorável ao acusado.

Dentro desse eixo, há uma corrente jurídica que defende que o inquérito deve seguir, ao contrário do processo penal, uma lógica *pro societatis*, e outra corrente que defende que a interpretação deve seguir sendo *pro reo* antes e após o recebimento da denúncia.

A questão foi arguida pelo Ministro Gilmar Mendes da seguinte forma:

Não subscrevo – devo dizer também, com toda a clareza e já havia anotado ontem – a afirmação feita pelo eminente relator no sentido de que no **judicium accusationis** há que entender aqui, regido pelo princípio do **in dubio pro societatis**. Não subscrevo, faço reparos como temos feito reparos inclusive na tradição que se acostumou desenvolver um juízo que se faz na pronúncia: se não houver indícios mínimos de autoria, nós não devemos receber a denúncia. Não devemos consagrar, acredito, fórmulas genéricas que podem levar a resultados ameaçadores para o princípio do Estado de direito (BRASIL, 2007, 845) (Destques no original).

O tema era colocado devido a uma possível falta de provas suficientes para o recebimento da ação contra João Paulo Cunha. A falta de provas havia sido colocada pelo Ministro Eros Grau, pois o acusado teria feito lavagem de dinheiro por se utilizar de interposta pessoa para receber os valores ilícitos. Por outro lado, em meio aos debates, o Ministro relator e o Ministro Cezar Peluso enfatizaram que não se tratava de representação pela esposa, mas pelo fato de os cheques para saque serem direcionados às próprias empresas de Marcos Valério ao invés de à pessoa que buscava os valores.

Esse debate levou à discussão sobre a acusação de Luiz Gushiken, a partir do entendimento dos Ministros Gilmar Mendes e Cármen Lúcia, uma vez que não havia indícios substantivos de sua coautoria com as práticas de Henrique Pizzolato para além do próprio depoimento deste. Em um processo penal *pro reo*, o acusado não poderia ser condenado somente por um depoimento considerado parcial como o de outro acusado.

O Ministro Celso de Mello delongou-se mais sobre a questão de que a interpretação não poderia ser feita dentro da orientação de que, na dúvida sobre a ocorrência do crime, haveria de ser recebida a denúncia para produção de mais provas. O entendimento defendido pelo Ministro era de que o processo penal

deve começar com as provas suficientes formadas para então se exercer uma instrução sobre essas provas. A proposta do processo penal não seria de investigar, mas de averiguar as provas constituídas em investigação prévia.

O Ministro Celso de Mello, então afirmou:

Não se pode ignorar, neste ponto, que **o processo penal condenatório** – precisamente **por que não constitui** instrumento de arbítrio e de opressão do Estado – **representa**, para o cidadão, **expressivo meio** de conter e de delimitar **os poderes** de que dispõem os órgãos incumbidos da atividade de persecução penal. **O processo penal, que se rege** por padrões normativos **consagrados** na Constituição e nas leis, **qualifica-se** como instrumento de salvaguarda da liberdade do réu, **de quem não podem ser subtraídas** as prerrogativas e garantias **asseguradas** pelo ordenamento jurídico do Estado.

A imputação penal – que **não** pode ser constituir mera expressão da vontade pessoal e arbitrária do órgão acusador – **deve apoiar-se** em base empírica idônea, **que justifique** a instauração da "*persecutio criminis*", **sob pena** de se configurar **injusta** situação de coação processual, **pois não assiste**, a quem acusa, **o poder** de formular, em juízo, acusação criminal **desvestida** de suporte probatório mínimo (BRASIL, 2007, 896-897) (Destaques no original).

A concepção desenvolvida pelo Ministro é fundamentada nos ensinamentos de um autor tradicional do direito processual penal, José Frederico Marques (2009). O ensinamento do autor baseia-se na mesma concepção garantista que se desenvolveu a partir de Ferrajoli (2009). Ou seja, o processo penal não pode ser movido por princípios inquisitivos em um Estado Democrático de Direito que preze por um sistema acusatório que propicie o contraditório e a ampla defesa (AMARAL, 2015). Isso seria ilegal, pois a denúncia só pode ser recebida a partir da constatação inquestionável desses indícios e a ordem constitucional determinaria a atuação de um direito penal mínimo, isto é, que deve ser empregado somente quando necessário e dentro do devido processo legal.

Do ponto de vista da interpretação mais coerente, é preciso, assim, sobrepor o interesse da liberdade dos indivíduos e o resguardo do controle do abuso de poder ao exercício desmedido do poder de punir. Por esse ponto de vista, em que pese à prática judiciária muitas vezes ignorar o marco de mudança inquisitorial para acusatório da ordem constitucional, o ordenamento jurídico brasileiro determina, tanto na constituição como na legislação infraconstitucional, que o julgador não pode receber uma denúncia quando já sabe que não haveria

condenação por ela, pois tal conduta implicaria assumir um discurso de perseguição por novos indícios de conduta ilícita.

O tratamento da prova, mesmo que indiciário, portanto, deveria somar um mínimo de convencimento para não se recair em uma prática inquisitiva. Os Ministros Cezar Peluso e Ayres Britto, desse modo, insistiam que os indícios eram suficientes, pois seria responsabilidade de Gushiken fiscalizar um contrato que envolveria três bilhões de reais e que, assim, não seria razoável que não percebesse a conduta. Logo, não se estaria a violar a regra constitucional ou legal, pois não se acusava por indícios temerários, mas por uma série de fatores que indicavam a responsabilidade ao menos por culpa do acusado.

O Ministro Eros Grau, todavia, discutia que não haveria como Gushiken saber das práticas de peculato de Henrique Pizzolato, porque elas teriam sido praticadas sem contrato, pois a Visanet teria repassado os valores ao BB e este às empresas de Marcos Valério sem qualquer contratação específica. Portanto, ele não teria como saber que os desvios aconteceram.

Entretanto, o acusado ainda era responsável por fiscalizar o contrato que já era estabelecido com as empresas de Marcos Valério e, desse ponto de vista, teria como perceber os valores sendo desviados pela empresa dele.

Dentro do crime de peculato, existe a modalidade culposa, logo, a sua negligência em não fiscalizar adequadamente os contratos implicaria uma prática de peculato-culposo (art. 312, §2º, do CP).⁸² Em que pese aos acusados que foram condenados em sede de julgamento de mérito, os Ministros decidiram por absolver Gushinken por falta de provas de sua autoria. Não foram somados, assim, novos indícios que levassem ao convencimento de seu conhecimento das práticas desenvolvidas por Henrique Pizzolato.

Nesse ponto, o debate seria sobre o *judicium accusationis*, que ainda seguiu quanto a um palco de conexão principal entre o julgamento do recebimento da denúncia, do mérito da ação penal e dos embargos infringentes, sobre a existência ou não de provas suficientes da existência de uma quadrilha.

Os Ministros Ricardo Lewandowski e Eros Grau defendiam o não recebimento do crime de quadrilha quanto à sustentação da acusação de que os

⁸² Código Penal, art. 312, §2º: “Se o funcionário concorre culposamente para o crime de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano”.

grupos político, financeiro e publicitário estariam associados entre si com a finalidade de se manter realizando as práticas de lavagem de dinheiro. O argumento dos Ministros seria de que a denúncia não teria demonstrado que se tratava de ações associadas, mas simplesmente de concurso eventual de pessoas.

O Código Penal determina em seu art. 29 que quem concorre para ação de outrem com domínio sobre o resultado da conduta delitiva é coautor e se somente instiga moralmente à conduta sem determiná-la, é partícipe. Assim, indivíduos que cometem crimes conjuntamente sem planejar se manter cometendo-os de forma estável e permanente não responderiam por um crime a mais por agirem de maneira conjunta. A jurisprudência da Corte⁸³ foi, inclusive, referenciada pelos ministros para indicar que o caráter estável e permanente da associação deveria estar demonstrado na denúncia.

Os Ministros Ricardo Lewandowski e Eros Grau consideravam que a descrição trazida não somava provas de que esses indivíduos tinham a intenção de se manterem associados dentro dessas características com o fim de cometer crimes. Haveria uma narrativa de laços da amizade entre os agentes que não possuiria o condão de transformá-los em uma associação para o crime. A denúncia ainda era confusa ao constantemente fazer remissão ao grupo ser uma organização criminosa, o que não constituiria uma prática tipificada à época, mas tão somente conceituada pela Convenção de Palermo.

Por outro lado, o Ministro relator e os Ministros Cezar Peluso, Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes e Ayres Britto insistiam que o desenvolvimento das ações descritas na denúncia indicava, conforme o PGR argumentava, que o grupo agia de forma estável e permanente com a finalidade de se manter clareando os capitais ilicitamente obtidos. Tal conduta seria, por isso, expressamente descrita e referenciada como de quadrilha ou bando pelo art. 288 do CP e teria indícios bastantes para o recebimento da denúncia.

Do ponto de vista da coerência da argumentação, pode-se dizer que os ministros consideravam que não seria lógico o desenvolvimento de uma ação que se repetia por tantas vezes e que era detalhadamente planejada e organizada

⁸³ O precedente referenciado pelos ministros foi o HC nº 72.992, Ministro relator Celso de Mello, Primeira Turma, julgado em 21.11.1995.

sem que houvesse um comum acordo entre ao menos alguns agentes. Ao mesmo tempo, o discurso construído estava baseado na suposição das ações terem sido em torno de uma associação orientada para a prática de crimes específicos. Do ponto de vista de uma prova indiciária, portanto, não haveria uma prova direta sobre a associação, mas a lógica levaria a crer, pelos demais elementos, que ela existia com a finalidade de cometer os crimes.

Estabilidade e permanência seriam o elemento subjetivo do tipo. É preciso um dolo – intenção livre e consciente – de juntar-se a outras pessoas com o fim de cometer crimes em específico. A denúncia deveria provar, portanto, mais do que meramente ações conjuntas, mas que elas eram feitas a partir dessa intenção de fazê-las conjuntamente.

A questão, portanto, é que para atender à coerência do direito, seria preciso aos ministros somar indícios da conduta que fossem substantivos. As provas apontadas pelo relator não eram estritas a depoimentos, mas ao enredo que se mostrava estável e constante das práticas de lavagem entre os mesmos atores. Existiram, assim, elementos suficientes para se fazer acreditar possível que o crime houvesse sido cometido. A denúncia foi recebida e caberia à instrução sobre essas provas definir para o julgamento de mérito sobre as provas indiciárias serem ou não suficientes para condenação.

Neste ponto, portanto, o posicionamento da Corte somava ao discurso do tratamento da prova dotada de uma finalidade persuasiva de convencimento do julgador. Isso porque os ministros seguiam no entendimento de que, mesmo em um processo penal que atenda aos princípios constitucionais garantias mínimos, a formação da prova poderia ser atendida a partir dos indícios que se somavam de forma coerente a outras provas a serem formadas no curso da instrução penal.

Esse debate sobre a existência de uma associação criminosa, então, retomou ao debate da suficiência de suas provas quando do julgamento do mérito da Ação Penal nº 470. O julgamento do mérito foi feito de acordo com as partes da denúncia, mas dividia os trabalhos em duas grandes fases: a primeira relativa aos núcleos operacionais e publicitário e a segunda em relação ao núcleo político. Os ministros relator e revisor assumiram posicionamentos muito diferenciados em relação às provas nos autos. O balanço geral do Ministro Joaquim Barbosa

indicava um total de 16 absolvições e 96 condenações enquanto o do Ministro revisor, Ricardo Lewandowski, um total de 70 absolvições e 42 condenações.

Primeiramente, o Ministro relator desenvolveu sobre a existência de uma quadrilha entre os membros do chamado núcleo político, operacional e publicitário. O Ministro relator considerou que as provas seriam claras nos autos em indicar a intenção subjetiva dos envolvidos de seguirem com as práticas criminosas e que teriam estabilidade nessa associação. As provas foram formadas por diversos depoimentos nos quais se indica a afirmação da existência das reuniões entre os líderes dos partidos e os integrantes do núcleo político bem como de reuniões entre os núcleos político, operacional e publicitário.

A questão é que os depoimentos afirmavam que as reuniões tinham finalidade de debater, por exemplo, o apoio político dos partidos ao Governo Federal. Do ponto de vista jurídico, a reunião para essa finalidade não seria crime, todavia, somada às provas de que o apoio político foi concedido em troca de vantagens indevidas, essas reuniões – ao menos parte delas –, bem como os telefonemas e mensagens por fax, assumem a conotação de que seriam para ajustar valores a serem pagos, tal como denunciava Roberto Jefferson e, posteriormente, Marcos Valério. Não haveria, portanto, gravações que atestassem o conteúdo debatido nas reuniões, mas dentro da conformação indiciária, os depoimentos levaram o Ministro relator a acreditar que os encontros visavam ajustar valores e definir a execução das ações criminosas. Desse modo, estaria configurado o crime de associação criminosa, àquela época quadrilha, pelo art. 288 do CP.

A defesa dos acusados, então, seguiu na mesma linha dos argumentos apresentados na defesa prévia feita no Inquérito nº 2.245, ou seja, sustentavam que não havia uma ação coordenada entre os agentes que conformasse o crime de quadrilha, pois as reuniões seriam decorrentes das relações profissionais regulares e dos vínculos de amizade existentes entre os acusados.

O Ministro revisor manifestou-se em sentido contrário ao relator, ao indicar a absolvição das acusações de quadrilha, pois não verificava a existência de provas que indicassem uma associação estável entre os agentes. O Ministro revisor, então, sustentava haver um concurso de pessoas, na mesma linha do que

havia sido suscitado pelas Ministras Rosa Weber e Cármen Lúcia quando da votação de outro trecho do julgamento.

Os argumentos das Ministras indicavam sobre a finalidade da punição estar orientada pelo bem jurídico tutelado. No caso, o crime de quadrilha teria como bem jurídico tutelado a paz pública, no sentido de sensação de segurança pública. As Ministras sustentaram, assim, que o bem jurídico tutelado não havia sido violado, pois não haveria uma insegurança pública causada pela ação coordenada dos agentes. Além disso, haveria a questão sobre a ausência de provas dessa associação estável entre os agentes.

De fato, o Ministro relator questionou se passariam a considerar como possível a associação criminosa somente nos crimes de sangue, o que ignoraria o potencial de temor social que os crimes de colarinho branco também poderiam causar. Quanto a este ponto, a Ministra Cármen Lúcia interveio e esclareceu que se tratava de uma ausência de tipicidade decorrente da falta de demonstração da acusação do chamado elemento subjetivo do tipo de quadrilha, ou seja, da intenção de previamente se associarem para praticarem os crimes continuamente. Assim, o argumento não seria fundamentado em ser um crime de sangue ou um crime de colarinho branco, mas na soma das elementares do tipo penal.

Dentro da definição jurídica para o elemento subjetivo entre os agentes do crime de quadrilha, cabe ao julgador definir sobre haver o *animus* associativo entre os acusados ou se haveria apenas quatro ou mais pessoas atualmente eventualmente de forma conjunta (art. 29 do CP). Deste ponto de vista, o tratamento do processo penal de forma indiciária poderia concluir tanto pela presença quanto pela ausência de elementos suficientes para o convencimento.

Nesse ponto de vista, a Corte encontra um espaço de articulação pelo princípio do livre convencimento do juiz, tal como abordávamos no primeiro capítulo. De todo modo, havia, nessa argumentação, certas incoerências. A grande dúvida sobre os argumentos das Ministras e, reafirmado pelo revisor, seria quanto à questão do bem jurídico tutelado. Afinal, caberia dizer que crimes contra a Administração Pública de forma previamente orquestrada não violariam a sensação de segurança pública? Partindo desse sentido, o Ministro relator, acompanhado da maioria dos ministros, defendeu que havia uma violação do bem

jurídico, pois os fatos perpetrados a partir dessa prévia ordenação dos ilícitos propiciou uma alta lesão à sociedade e, caso fosse de conhecimento coletivo, teria causado tanto temor coletivo – ou quiçá maior – quanto quaisquer crimes ditos de sangue.

A princípio, a Corte assume um sistema processual que trabalhou as provas dentro de sua capacidade persuasiva para fundamentar as condenações por quadrilha, a despeito de um ou outro acusado ter sido absolvido por falta de provas mínimas indicativas de seu conhecimento das ações concatenadas. O grande cenário do julgamento de mérito indicava, de forma sólida, o uso da busca da verdade possível, assim como veremos no que tange à formação das elementares dos tipos de corrupção ativa e passiva.

Todavia, o ponto desse debate é que, ao final do cenário sobre a condenação do crime de quadrilha, uma minoria de ministros se manifestou pelo não enquadramento do crime de quadrilha. Isso suscitou a questão do cabimento dos embargos infringentes, devido à presença de 4 votos pela absolvição.

O debate em si sobre o cabimento desse recurso será abordado ao final de nossa análise, pois está atrelado ao debate sobre o direito ao duplo grau de jurisdição. Nossa questão, por ora, é a rediscussão aberta no julgamento, em uma nova composição de ministros da Corte, dos embargos infringentes sobre a existência do crime de quadrilha aos condenados que tiveram ao menos 4 votos pela absolvição, conforme a decisão do agravo regimental sobre o cabimento dos embargos infringentes concluída no dia 18 de setembro de 2013.

A conclusão do julgamento no dia 27 de fevereiro de 2014 apontou que, dentro do caso concreto, não teriam se somado todas as elementares do crime comprovadas nos autos. Houve uma revisão das condenações no que tange ao crime de quadrilha.

O relator foi o Ministro Fux, em razão do indeferimento em decisão monocrática do relator da ação penal, Joaquim Barbosa, ter negado o pedido e por ele já se encontrar na Presidência do STF. O Ministro Fux apontou os motivos pelos quais a Corte teria por maioria decidido pela condenação pelo crime de quadrilha. Destacou que o entendimento da maioria teria sido de que o crime de quadrilha não exige que os agentes cheguem a praticar as ações criminosas planejadas, de modo que se o grupo se dedicava tão somente às atividades

ilícitas não poderia definir a caracterização do crime. O *modus vivendi* dos acusados, dentro da própria jurisprudência da Corte reiterada ao longo do julgamento do Mensalão indicava que o crime não exige que os acusados vivam somente da sua prática. Além disso, a organização social mesmo que rudimentar de agir em comum para prática de crimes já somaria as elementares de associar-se para cometê-los.

O Ministro relator ainda indicou que os crimes planejados foram executados conforme as provas nos autos atestadas pela condenação, e que o fizeram por um longo período. Questionou os demais julgadores sobre quando estaria configurada a estabilidade do grupo criminoso, se seria necessário o passar de década para se reconhecer essa manutenção conjunta intencional das atividades criminosas. Afirmou, ainda, que o bem jurídico da paz pública estaria afetado de forma patente, pois:

[...] o desassossego que reflete os autos não atinge, apenas, as pequenas cidades do interior, fazendo por outro lado, desmoronar, no ideário de todos os cidadãos brasileiros, a crença na democracia
(destaques no original) (BRASIL, 2014, 31).

Considerou que, pelas provas analisadas nos autos, cada membro do grupo sabia das atividades a serem desenvolvidas por cada integrante de modo que o planejamento e a execução das ações criminosas seria mais do que consolidados independente de terem um mentor intelectual da ação coletiva. O tipo penal, pelo entendimento do relator, não exigiria que houvesse um dirigente das ações que orquestrasse a execução dos atos criminosos. A estabilidade não estaria associada à ideia de uma organização estrutural – exigência do crime de organização criminosa que não existia à época dos fatos –, mas que saibam as ações a serem executadas reciprocamente.

O Ministro Roberto Barroso, entretanto, somou ao julgamento um debate que o Ministro Luiz Fux pretendia evitar, pois queria decidir sobre a manutenção da condenação ou não dos acusados antes de se discutir a dosimetria das penas. Assim, evitaria um debate sobre a dosimetria considerada exacerbada caso já se considerasse que o crime de quadrilha não somava todas as elementares.

O voto do Ministro Barroso iniciou por essa questão preliminar do mérito, pois a defesa alegava que, caso as penas não fossem tão altas, os crimes teriam

sido considerados prescritos já no momento do sentenciamento da Ação Penal nº 470, ou seja, que os julgadores teriam exacerbado intencionalmente as punições para evitar a prescrição do crime. Caso revistos os patamares de punição para uma redução das penas, os condenados poderiam ter alcançado a chamada prescrição retroativa. O Ministro, então, reconheceu a prescrição e decidiu por declarar extinta a punibilidade devido à redução das penas estipuladas na dosimetria da pena. De toda sorte, adiantou que, caso fosse decidido por seguir o julgamento de mérito, seguiria o entendimento da Ministra Rosa Weber de que não havia elementares para a configuração do crime de quadrilha, mas tão somente coautoria provada nos autos.

O Ministro presidente, Joaquim Barbosa, fez uma forte interferência ao apontar que os critérios matemáticos desenvolvidos pelo Ministro Barroso sobre percentuais de aumento e diminuição eram completamente discricionários por não encontrarem previsão legal. Acusou, assim, o Ministro Barroso de contribuir com a manutenção de um sistema corrupto:

É fácil fazer discurso político, Ministro Barroso, e, ao mesmo tempo, contribuir para aquilo que se quer combater. É muito simples dizer que o sistema político brasileiro é corrupto, que a corrupção está na base de funcionamento de quase todas as instituições, e, quando se tem a oportunidade de usar o sistema jurídico para coibir essas nódoas, parte-se para a consolidação daquilo que se aponta como conducente à corrupção (BRASIL, 2014, 78).

O Ministro Barroso não respondeu e afirmou que respeitava a opinião do Ministro Joaquim Barbosa, mas o presidente seguiu antes de encerrar a sessão e questionou se o Ministro já tinha a sua preliminar de mérito pronta antes mesmo de entrar na Corte. O Ministro Joaquim Barbosa defendeu, assim, que a Corte não havia deliberado de forma arbitrária ou no vácuo de considerações sobre o caso concreto. Nesse ponto, o Ministro Barroso se defendeu dizendo que sua consideração em percentuais era técnica, pois acreditava que as diferenças de julgamento indicariam que a decisão teria sido intencional em evitar a prescrição e definir um regime inicial fechado para os acusados.

De fato, os cálculos percentuais não encontram previsão legal e estavam sendo feitos com base em uma pena, em hipótese, que havia sido proposta pelo Ministro Teori Zavascki no curso do julgamento dos embargos de declaração para revisão da pena de alguns condenados. Porém, a explicação sobre esse

posicionamento não foi retomada, especialmente porque havia sido afastado o uso de tais patamares para a definição da dosimetria da pena.

Após os debates, a Ministra Cármen Lúcia proferiu voto sem reconhecer a prescrição e reafirmou seu entendimento de que não havia caracterizado todas as elementares do crime de quadrilha. Decidiu, assim, novamente pela absolvição dos condenados. O debate sobre a preliminar de mérito foi retomado, até o momento que o Ministro Celso de Mello interveio e apontou que seria necessário analisar sobre absolver ou condenar primeiramente, porque seria mais benéfico aos condenados serem absolvidos do que ter uma prescrição reconhecida.

O debate foi concluído com a consideração final de que não havia sentido na posição do Ministro Barroso, pois não há como reconhecer a prescrição com base na pena *in concreto* caso não haja condenação. Considerar de modo diverso, como disse o Ministro Dias Toffoli, traria uma decisão que reforma em prejuízo do condenado, assim como não havia recurso por parte da PGR, não seria possível esse juízo. O Ministro Ricardo Lewandowski também seguiu pela manutenção de sua decisão de absolvição do crime de quadrilha.

A regra do processo penal do art. 617⁸⁴, realmente, como explica Marques (2009), determina que a decisão só pode ser revista para agravar a condição do condenado quando há recurso da acusação. Quando somente a defesa recorre da decisão, os julgadores podem manter a mesma decisão, reduzir a punição ou retirá-la por completo devido a uma absolvição ou causa de extinção de punibilidade reconhecida.

O Ministro Teori Zavascki, em sequência, manteve o seu entendimento que havia sido exposto no julgamento anterior dos embargos de declaração de que não reconhecia a presença de todas as elementares do crime de quadrilha, indicando acompanhar, portanto, o entendimento da Ministra Rosa Weber.

O ministro Gilmar Mendes seguiu após a Ministra Rosa Weber frisando seu posicionamento pela manutenção da condenação, tal como o Ministro Fux. O Ministro Marco Aurélio retomou sua decisão nos embargos de declaração para prover em parte os embargos e reduzir os patamares de punição. O Ministro

⁸⁴ Código de Processo Penal, art. 617: “Art. 617. O tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença”.

Celso de Mello e, por fim, o Ministro Joaquim Barbosa proferiram votos pelo não provimento do recurso nos mesmos termos do Ministro relator.

Desse modo, sem uma exposição delongada, de fato, sobre os argumentos que mudariam o posicionamento da Corte, a decisão foi reformada para dizer que não havia provas suficientes sobre as elementares do crime de quadrilha, de modo que os condenados foram absolvidos dessa acusação. A complexidade dessa decisão sobre a análise de sua integridade e coerência está relacionada justamente à tímida abordagem dos argumentos dos ministros e, mais especificamente, por eles não terem se pronunciado sobre as considerações das provas em si que desconsideravam para dizer que não haveria o crime de quadrilha.

A *ratio decidendi* da decisão estaria nos fundamentos dos votos proferidos e vencidos no julgamento de mérito e reproduzidos nos embargos de declaração, que estariam afetos às argumentações que se viu sobre o bem jurídico tutelado e à soma das provas sobre a formação de uma associação estável para cometer crimes. Pode-se considerar que a Corte voltou em sua consideração sobre a prova indiciária tão somente no crime de quadrilha ou bando. Ou que, mesmo considerando a prova de forma indiciária, não se convenciam de que a ação teria sido orquestrada de forma associativa entre todos os acusados.

Caso considere-se o primeiro ponto, tem-se uma incongruência argumentativa na forma do tratamento processual penal do julgamento, uma vez que somente um dos crimes receberia essa compreensão. Por outro lado, caso entendessem que não se convenciam a partir das provas somadas, estaria se negando provas relacionadas igualmente quanto aos crimes de corrupção passiva e ativa executados pelos acusados, o que novamente poderia gerar uma incongruência do tratamento da prova.

Poderia a prova ser considerada de forma indiciária somente para um crime e para outro não ser suficiente? De certa forma, os laudos emitidos podem trazer uma conclusão contundente para uma prática delitativa e ser compreendida como insuficiente para outro. Assim, poderia a Corte não ter recaído em incongruência ao afastar a punição do crime de quadrilha ao considerar as mesmas provas para condenar por alguns crimes e absolver outro.

Por um ou por outro lado, é preciso considerarmos que essa mudança decorreu da alteração da composição do Supremo, cujo influxo propiciou a retomada do tratamento do processo penal de forma a conceder privilégios no tratamento do sistema acusatório. O discurso do responsabilizar aos desvios assumia, portanto, o palco em que pese às limitações de atuação devido ao avançar no curso do julgamento.

Por conseguinte, a apreciação dos embargos infringentes possibilitou a absolvição dos condenados quanto ao crime de quadrilha, o que reduziu os anos de condenação e indiretamente propiciou progressões de regime no curso da execução das penas dos condenados. A decisão não possui argumentos claros para se afirmar um casuísmo, porém a aparente quebra da coerência sugere uma retomada do espaço de distinção da responsabilidade dos agentes públicos em relação ao restante da coletividade. Essa mudança poderia sinalizar, nesse ponto, uma violação aos princípios gerais.

4.4.2 A PROVA DA ELEMENTAR SUBJETIVA DO TIPO: A CONSTRUÇÃO DO DOLO DA AÇÃO DO ATO FUNCIONAL E DO DESVIO DE VALORES

O debate quanto ao dolo dos agentes de cometer os crimes de corrupção ativa, passiva e peculato foi questionado desde o princípio. Primeiro, o discurso sustentava uma inépcia da ação, pois não haveria uma descrição clara na peça de acusação de quais seriam as ações individuais de cada um dos acusados e de provas de correlação entre supostos pagamentos de vantagem indevida para que se fizesse ou deixasse de fazer qualquer ato de ofício. Além disso, alegava-se que não havia um descumprimento dos contratos pelas empresas de Marcos Valério para com a Administração Pública, de modo que, não haveria prática de peculato provada dentro dos autos.

O discurso envolvia, também o reconhecimento de nulidade de diversas fontes de provas. Havia, desde a defesa preliminar no Inquérito nº 2245, três pedidos de nulidade de fontes de provas se seriam significativos, pois, sem eles não haveria qualquer prova de correlação possível entre os atos praticados ou omitidos com o recebimento de valores.

O primeiro deles seria a preliminar de Marcos Valério e Simone Vasconcelos que, especificamente, alegaram a ilicitude do ato do juízo de primeiro

grau de Minas Gerais de determinar a quebra do sigilo bancário deles, já que aquele juízo era incompetente para o ato.

Quanto a este ponto, o Ministro relator no julgamento do Inquérito nº 2.245 entendeu que o juiz de primeiro grau, no momento em que determinou a quebra de sigilo, não detinha quaisquer indícios de participação de agentes políticos, de modo que não teria emitido uma ordem eivada de ilegalidade. A competência do Supremo só seria atraída no momento em que identificado um indivíduo que detivesse foro por prerrogativa de função. Os autos indicariam que, quando o juiz de primeiro grau se deparou com o envolvimento de indivíduos cuja competência investigativa seria do Supremo Tribunal Federal, teria declinado de sua competência e remetido o processo ao STF. O Presidente do STF, à época Ministro Nelson Jobim, ratificou as decisões de primeira instância no requerimento do PGR.

O art. 117 do CPP determina que o Supremo pode evocar sua competência sobre os juízes e tribunais inferiores sempre que a ação penal ou inquérito penal for de sua competência. Nesse caso, a aplicação da regra não se fez necessária, pois o próprio juiz declinou de sua competência e remeteu as investigações do Inquérito nº 2.245 para o Supremo. A questão é que os atos processuais são todos aproveitados, sendo anulados somente os atos decisórios e essenciais para o convencimento de uma verdade substancial, quando há uma incompetência do juízo (art. 564, inciso I, do CPP e art. 566 do CPP).

Essa nulidade, entretanto, estaria presente somente quando o juízo fosse incompetente. Enquanto não se tinha conhecimento de uma autoridade com foro por prerrogativa de função sendo investigada, o juízo era competente para investigar. Os atos proferidos pelo juízo, portanto, eram válidos e poderiam ser reaproveitados pelo Supremo quando do recebimento do inquérito. Neste caso, a convalidação dos atos estaria relacionada à confirmação dos atos praticados pelo juízo *a quo* ao atestar que o juízo não teria extrapolado suas competências ao transferir a investigação tão somente quando tomou ciência da possível participação de uma autoridade que deteria foro por prerrogativa de função.

O segundo ponto de nulidade de provas seria relativo à nulidade do uso de dados obtidos pela CPMI dos Correios. Haveria dois motivos pelos quais esses dados não poderiam ser utilizados, segundo a defesa. Primeiro porque parte das

informações eram relacionadas à outra CPMI – Caso Banestado⁸⁵. O aproveitamento dos dados relativos a essa comissão bem como a forma como a CPMI dos Correios teria promovido a quebra de sigilos teriam sido ilegais por investigarem fatos narrados como estranhos à CPMI – que só poderia investigar o caso dos Correios ao invés do Mensalão. Portanto, o argumento da defesa é que tais informações não poderiam ser aproveitadas para o processo penal sob pena de se violar garantias constitucionais.

Entretanto, o Ministro Nelson Jobim já havia deferido o compartilhamento de todos os dados obtidos pela CPMI dos Correios, ainda que causando pesar às alegações de que tais informações teriam sido obtidas ilegalmente. A CPMI dos Correios havia determinado a quebra dos sigilos bancário, fiscal e telefônico dos investigados. Caso desconsiderados os dados obtidos pelas referidas quebras de sigilo, as acusações relativas a contratos de publicidade com o Banco do Brasil e com a Câmara dos Deputados com pagamentos de propina direcionada para o exterior e para lavagem de dinheiro não poderiam ser consideradas.

O argumento do Ministro relator, portanto, é de que haveria uma autorização judicial prévia do compartilhamento das informações promovida pelo Ministro Nelson Jobim. Dessa forma, os dados poderiam ser utilizados sem quaisquer violações constitucionais.

No que tange à atividade investigativa da CPMI ser estranha às suas competências, o Ministro ressaltou que seria esperado que as investigações permitissem uma ampliação de seu espectro de atuação à medida que novos fatos fossem revelados. A jurisprudência da Corte já havia considerado em precedentes anteriores que o inquérito parlamentar é dotado de autonomia e que poderia investigar, eventualmente, fatos que fossem conhecidos a partir de sua atividade investigativa. Os dados teriam sofrido quebra de sigilo e teriam como base decisões judiciais tomadas no curso do Inquérito nº 2.245, de modo que a alegação de que tais dados foram quebrados meramente em razão de notícias de jornais não seria verídico.

⁸⁵ O caso Banestado tinha correlação com o caso Mensalão, pois as empresas de Marcos Valério possuíam contas nesse banco e enviavam dinheiro ao exterior por meio dele. O escândalo do Banestado indicava que teria ocorrido evasão de dívidas de cerca de 30 bilhões de dólares para paraísos fiscais entre 1996 e 1997 (FIGUEIREDO, 2006).

De fato, quando do julgamento da validade da quebra de sigilos na "CPI dos Bancos"⁸⁶, a Corte decidiu no MS nº 23.452, Ministro relator Celso de Mello, em 16 de setembro de 1999, publicado em 12 de maio de 2000, que havia uma autonomia investigativa dos parlamentares e sua possibilidade de determinar a quebra de sigilo de forma fundamentada. Essa permissão constitucional estaria constante no art. 58, §3º da CF/88, de modo que os dados obtidos pela quebra de sigilo, desde que determinados de acordo com os objetivos de investigação da CPMI, seriam legais e constitucionais.

Por fim, os acusados Simone Vasconcelos, Marcos Valério, Ayanna Tenório José Roberto Salgado, Kátia Rabello e Vinicius Samarane alegaram que a quebra do sigilo bancário foi promovida pelo banco BMG sem atender às normas, uma vez que foi pedido direto do Procurador-Geral da República, ou seja, sem prévia autorização judicial. O fato estaria relacionado ao Banco Central ter enviado as informações à PGR sem prévia autorização judicial.

Por um lado, os acusados alegavam violação ao sigilo fiscal, previsto na Constituição como violável somente mediante ordem judicial. Por outro lado, o envio dos relatórios seria inerente às funções do Banco Central de fiscalizar a higidez das práticas de mercado.⁸⁷

A defesa sustentava em sede de defesa preliminar que tais relatórios fundamentavam a acusação de supostas práticas de lavagem de dinheiro, recebimento de benefícios indevidos do Governo e participação em uma quadrilha – descrita como organização criminosa. Assim, a denúncia deveria ser recusada quanto a esses pontos por ausência de provas.

Haveria, entretanto, múltiplas razões para se desconsiderar a questão. Primeiro quanto à questão da competência do Banco Central de realizar de ofício a fiscalização das operações realizadas pelas instituições financeiras. Logo que

⁸⁶ A CPI dos Bancos foi relativa à investigação de irregularidades na venda do Banco Bamerindus para o HSBC, do Banco Nacional para o Unibanco, do Banco Econômico para o Banco Excel e do Banco Marinelli para o Banco Pontual. Essas vendas teriam ocorrido a partir de um programa de estímulo à reestruturação e fortalecimento do sistema financeiro nacional em 1995. A CPI identificou a remessa de valores ao exterior de forma irregular na ordem 400 milhões de reais e pediu a responsabilidade de ex-diretores do Banco do Brasil e da construtora Encol.

⁸⁷ Regimento Interno do Banco Central, art. 12, inciso XXXII: "São atribuições do Presidente: [...] XXXII, comunicar ao Ministério Público, após a manifestação da Procuradoria-Geral, os crimes definidos em lei como de ação pública, ou indícios da prática de tais crimes; [...]"

detectadas as fraudes, seria sua função emitir o relatório e notificar o Ministério Público.

De fato, a Constituição de 1988, após a Emenda Constitucional nº 40 de 1993, indica que uma lei complementar regulamentará a fiscalização financeira da Administração Direta e Indireta. A Lei Complementar vigente à época seria a Lei nº 101 de 2001 que concede esse poder investigativo e de comunicação dos atos ao Ministério Público⁸⁸. Mas o relator destacou, a princípio, que o BMG não teria fornecido os dados por pedido direto do PGR, mas sim por pedido da CPMI dos Correios que foi devidamente aprovado. Como o Ministro Nelson Jobim havia autorizado o uso dos dados da CPMI dos Correios, não haveria ilegalidade no uso dessas informações.

Além disso, o Ministro relator também havia deferido, em 30 de agosto de 2005, o afastamento do sigilo desde 1998 de todas as contas de Marcos Valério e demais pessoas físicas e jurídicas que com ele cooperassem. A decisão determinaria o envio imediato de tais documentos para o PGR em nome do princípio da celeridade processual. Ou seja, de toda sorte, o pedido do Procurador-Geral de quebra de sigilo foi feito dentro dos trâmites legais. Havia múltiplas fontes de pedido de acesso às informações de modo que a questão sobre a higidez do acesso delas por um meio não afetaria ao todo o uso dessas provas, pois teriam sido adquiridas por outros meios cuja fonte não considerava o debate.

O julgamento, todavia, foi conturbado quanto ao uso de informações advindas da requisição feita pelo PGR ao Banco Central. O Ministro Gilmar Mendes abriu a divergência indicando que o Banco Central não poderia requerer essas informações diretamente. O Ministro Marco Aurélio indicou que o julgamento na 1ª Turma do RE nº 418.416 já teria sinalizado a ilegalidade de tais

⁸⁸ Lei Complementar nº 101, art. 9º: “Quando, no exercício de suas atribuições, o Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários verificarem a ocorrência de crime definido em lei como de ação pública, ou indícios da prática de tais crimes, informarão ao Ministério Público, juntando à comunicação os documentos necessários à apuração ou comprovação dos fatos. § 1º A comunicação de que trata este artigo será efetuada pelos Presidentes do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários, admitida delegação de competência, no prazo máximo de quinze dias, a contar do recebimento do processo, com manifestação dos respectivos serviços jurídicos. § 2º Independentemente do disposto no *caput* deste artigo, o Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários comunicarão aos órgãos públicos competentes as irregularidades e os ilícitos administrativos de que tenham conhecimento, ou indícios de sua prática, anexando os documentos pertinentes”.

informações por violar a disposição constitucional de prévia permissão de autoridade judicial. Teria ocorrido que o Banco Central, ao exercer suas competências nos termos da Lei Complementar nº 101, teria enviado ao PGR os dados sem prévia decisão judicial. Desse modo, o acesso às informações seria ilícito, pois o Ministro Nelson Jobim não poderia ter convalidado as provas. Por outro lado, o Ministro Cezar Peluso insistia que barrar essa atividade do Banco Central implicaria impossibilitar a realização de suas atividades de fiscalização, assim como quaisquer atividades estatais de fiscalização. Isso porque os ministros sustentavam a inconstitucionalidade e ilegalidade do ato do Banco Central em acessar as informações sem prévia autorização.

Somada a essas questões, os Ministros Joaquim Barbosa e Ayres Britto ressaltavam que não importava se, no caso, havia informações solicitadas pelo Banco Central, pois o Ministro Nelson Jobim teria referendado os atos e que de qualquer modo as informações foram requeridas pela CPMI, cujos relatórios foram compartilhados. Não haveria ilegalidade no uso das provas porque elas já estariam constantes dos autos em decorrência do pedido feito pela CPMI, que possui atribuições jurisdicionais para promover investigações.

Ao final do debate, compreendido ficou por todos que se tratava de provas que chegavam aos autos por múltiplas fontes que a preliminar estava prejudicada. A decisão sobre o Banco Central poder ou não acessar os dados não foi concluída em termos de votação, especificamente por não afetar a decisão do julgamento do recebimento da denúncia. Enfim, desse ponto em diante, os ministros passaram a debater o mérito do recebimento da denúncia.

Na verdade, apesar de essas preliminares terem sido decididas pela Corte, a questão sobre a prova da relação entre a vantagem indevida e os atos de ofício funcional foram novamente discutidos. Para cada ponto da acusação relativo a cada acusado, o debate assume um palco distinto sobre a ausência de relação entre essas elementares que caracterizariam as condutas delitivas.

Para o direito penal, a configuração do crime exige a soma de determinadas elementares que compõem o fato típico, antijurídico e culpável. O debate sobre a independência delas e sua análise técnica é extenso, o que propicia um espaço de interpretação considerável. Mas o ponto central da defesa dos acusados estaria sobre a elementar do fato típico. Para que a conduta de

determinada pessoa seja considerada como um fato típico, é preciso que tenha uma ação livre e consciente direcionada para a ação considerada típica (tipicidade) e que encontre o resultado delitivo. A questão, então, seria a prova do nexo causal entre a soma de todas as elementares necessárias para que a ação seja típica e o resultado delitivo. Era preciso, portanto, provar que o dinheiro que era pago nos contratos não havia sido usado para executar os contratos e sim para pagar propina.

Por exemplo, João Paulo Cunha negava ter recebido qualquer quantia; logo, dentro das elementares para caracterizar o fato típico de corrupção passiva, faltaria a elementar de "vantagem indevida". Ele poderia, assim, até mesmo ter recebido a proposta e ter feito um ato de ofício, mas não o fez por receber uma vantagem indevida, então, não seria crime. Mas na sequência dessa sua defesa, as investigações apontaram que sua esposa foi ao Banco Rural, especificamente na agência envolvida no escândalo do Mensalão. Ele então sustentou que sua esposa estava na agência para resolver pendências de cobrança de assinatura de uma operadora de televisão a cabo.

Com o desenvolver das apreensões no Banco Rural, foram encontrados os recibos de pagamento que eram enviados por meio de fax para quem receberia as vantagens indevidas. Dentre esses recibos enviados ao ex-deputado federal, havia um que tinha data e valor de saque feito pela esposa do acusado idênticos. Logo, apesar de os cheques serem emitidos em nome das empresas de Marcos Valério para evitar rastros da origem dos valores, a correlação entre os atos de ofício e o recebimento da vantagem indevida se tornavam mais prováveis. A defesa sustentou que o dinheiro havia sido enviado por Delúbio Soares para pagamento de despesas da campanha eleitoral em Osasco. Ainda que sua esposa tivesse recebido os valores, não sabendo da sua origem ilícita, não teria uma ação voltada para o crime (dolo).

Novamente, o recibo via fax é suscitado. Constavam no recibo assinado pela esposa do acusado os valores e sua origem, pois indicava que eram pagos pela empresa de Marcos Valério. O montante teria sido pago no dia 4 de setembro de 2003 e João Paulo Cunha teria recebido visita de Marcos Valério no dia 3 de setembro de 2003, em pleno processo de votação da reforma tributária. Decorridos 11 dias, no dia 15 de setembro de 2003, a empresa de Marcos Valério

foi contratada pela Câmara dos Deputados por ato do acusado. A ligação entre o ato de ofício e o recebimento dos valores foi então considerada como provada pelo Ministro relator.

De fato, como visto no Collorgate, a jurisprudência não exige a caracterização da prova de um ato de ofício feito ou omitido. A jurisprudência firmada no caso anterior foi de que era preciso que a vantagem indevida fosse recebida ou aceita em prol de fazer, deixar de fazer ou retardar o fazer. A consumação dessa parte da conduta implicaria, na verdade, majorante dos crimes de corrupção ativa e passiva (arts. 317, §1º e 333, §1º, do CP). Ou seja, as alegações da defesa de que não estariam somadas as elementares do crime nos termos da jurisprudência da Corte não estariam corretas, embora ter o Ministro revisor afirmado esse posicionamento para absolver os réus de algumas acusações.

Para de caracterizar o crime de peculato (art. 312 do CP), seria preciso provar que o dinheiro público pago na contratação da empresa de Marcos Valério teria uma destinação diversa da contratada de forma a direcionar os valores da Administração Pública para o próprio João Paulo Cunha ou para outrem. Nesse ponto, a defesa sustentou que a contratação era regular e o serviço foi prestado pela empresa de Marcos Valério. Já o Ministro relator referenciou diversos trechos dos autos que trariam provas de que o contrato com a empresa era irregular porque ela só gerenciava diversas subcontratações para execução dos serviços ao custo de retenção de 5% dos valores.

No caso na verba desviada dos investimentos em propaganda da Visanet, por exemplo, a defesa de Marcos Valério afirmou que a empresa reteve os valores das bonificações. A defesa confirma os dados dos relatórios de que os valores provenientes do BB e, portanto, públicos, haviam sido apropriados. Por outro lado, sustentou que a conduta não seria mais considerada típica, pois a Lei nº 12.232 de 2010 teria autorizado, em seu art. 18, a retenção para receita própria do produto de plano de incentivo dos contratos de publicidade.

O argumento teria um contraponto fundado na própria Lei nº 12.232 de 2010 que afirma em seu art. 15, parágrafo único, que os valores deveriam ser devolvidos à contratante.

O ponto central do argumento do Ministro relator foi fundado no depoimento de Henrique Pizzolato. Este afirmava que a empresa de Marcos Valério não executava o serviço de publicidade pela qual era paga, pois era o próprio BB que executava pela diretoria de marketing as negociações para obter melhor preço na divulgação da marca Visa. Assim, por mais que o objeto do contrato estivesse sendo executado, não havia sido feito pelo contratado, mas sim pelo contratante. Essas afirmações foram reforçadas pelo relatório do controle externo exercido pelo Tribunal de Contas da União e o contrato estabelecido indicava a necessidade de restituição dos valores relativos às bonificações.

Os valores repassados para pagamento e retidos, portanto, caracterizavam um desvio de valores da Administração Pública, o que configura o crime de peculato-desvio (art. 312, *caput*, do CP). De todo modo, mesmo que se considerasse a defesa, o valor total desviado envolvia um montante que não correspondia somente ao bônus do contrato, mas também ao valor principal, pois envolvia a remuneração relativa a outros serviços e a subcontratações que não eram relativas à divulgação da marca Visa. Esses valores corresponderiam a mais de dois milhões e meio de reais. Logo, havia já uma parte dos valores que caracterizavam peculato-desvio.

O Ministro revisor somou um discurso da defesa de distinção com o bônus de volume pago à agência das bonificações de mídia e os descontos em geral. O que deveria ser devolvido seria este último. O primeiro, de acordo com a previsão da lei suscitada pela defesa, seria receita efetiva das agências de veiculação de publicidade. Essa seria a forma de pagamento e de obtenção de lucro das agências. Apontou ainda que os peritos da Polícia Federal e o Banco do Brasil não teriam encontrado a expressa previsão contratual de obrigação de restituição do bônus de volume ou plano de incentivo. Então, o ministro revisor reconheceu que várias das notas que seriam bonificações de incentivo não foram destinadas a veículos de comunicação, o que tornaria a retenção dos valores irregular.

O crime de peculato, para sua caracterização, exigiria outras elementares. Primeiramente, Marcos Valério teria que estar agindo conjuntamente com o funcionário público Henrique Pizzolato no desvio dos valores. Era Pizzolato que detinha a posse direta sobre os valores e poderia dispor deles de forma irregular. Marcos Valério, dentro dos termos jurídicos, só poderia ser acusado de peculato

se fosse coautor de um funcionário público.⁸⁹ A omissão de Henrique Pizzolato, descrita nos relatórios do Tribunal de Contas da União como minimamente culposa, é considerada dolosa pelo Ministro relator, pois era o beneficiário e o responsável direto pela Administração dos contratos de publicidade com a empresa de Marcos Valério. A intencional omissão de Henrique Pizzolato estaria ainda comprovada por ter renovado o contrato mesmo com diversas irregularidades na execução das atividades de publicidade do BB.

Havia, ainda, o fato de vários testemunhos indicarem que Marcos Valério e Henrique Pizzolato se reuniam frequentemente e que Cristiano Paz e Ramon Hollerbach diretamente administraram as empresas com Marcos Valério, pois assinavam os cheques e destinavam valores a Henrique Pizzolato. Esses valores teriam sido pagos mediante a prática de lavagem de dinheiro, pois o cheque foi emitido em nome da própria empresa para ocultar a destinação de pagar valores indevidos a Henrique Pizzolato.

Apesar de concordarem por pontos distintos em condenar Marcos Valério pelos desvios dos recursos do Banco do Brasil, os ministros possuíam pontos de vista sobre a fraude das contratações pela Câmara dos Deputados bem distintos. Enquanto o Ministro relator condenava os acusados João Paulo Cunha e Marcos Valério e seus sócios pela prática de peculato, o revisor considerou que os serviços teriam sido prestados e, por isso, pagos.

A empresa subcontratada, Ideias Fatos e Texto (IFT), foi descrita pela acusação como uma camuflagem para a prestação de serviços de assessoramento pessoal de Luiz Costa Pinto a João Paulo Cunha. A empresa IFT, pela perícia inicial, não teria prestado quaisquer serviços à Câmara dos Deputados e recebia as ordens de serviços a serem executadas diretamente do Presidente da Câmara e diretor da SECOM, João Paulo Cunha. O Ministro revisor, entretanto, indicou que, no curso da instrução penal, verificou-se, com ampla produção de provas, que os serviços foram prestados de modo que não se poderia alegar a prática de desvio de valores para outrem por meio dessa subcontratação.

⁸⁹ O art. 29 do CP determina que os coautores aproveitam entre si características pessoais. Assim, o fato de ser funcionário público é compartilhado com os demais agentes que possuem o domínio sobre o resultado da ação delitiva (BITENCOURT, 2011).

Contudo, posto que cita e aponta diversos trechos do processo que conformariam provas nesse sentido, absolveu os acusados pela prática de corrupção passiva e ativa quanto ao pagamento de vantagem indicada de R\$ 50.000,00 para realização de atos de ofício pelo parlamentar acusado, pois não haveria provas nos autos de que ele saberia da origem dos valores. Alias, o Ministro revisor absolveu os acusados de lavagem de dinheiro, quadrilha e peculato igualmente, pois não teriam provas nos autos de que o clareamento de capital havia sido praticado quanto a esta parte da acusação, especialmente porque considerou que os serviços teriam sido prestados.

O voto seguinte ao do revisor foi o da Ministra Rosa Weber que reafirmou que tais laudos indicariam a prestação de serviços, mas que a questão não estaria fundada na existência desta. A questão estaria fundada na desproporção entre o valor pago e o serviço efetivamente pago:

Entretanto, isso é irrelevante para os termos da acusação. Não se afirma que os serviços contratados não foram prestados, mas sim que foram integralmente subcontratados, sem a identificação de serviços, salvo ínfimos, prestados diretamente pela SMP&B, com o que não teria causa o pagamento a ela de valores a título de honorários (BRASIL, 2012, 51).

O argumento dos ministros que votaram pela condenação dos acusados nestes pontos, portanto, era de que não se tratava de duvidar sobre a prestação de serviços, pois, de fato, eles teriam sido prestados. O problema seria da compreensão sobre o dever de devolução dos valores, as notas fiscais falsas das empresas, atestados por perícia e, especialmente, a desproporção entre o valor pago e o serviço prestado.

Mesmo que se considerassem os patamares de a subcontratação ser em volta dos 88%, como indicava o revisor, haveria um nível de repasse dos contratos que fraudaria a finalidade da licitação em si caso a empresa contratada não tenha condições para prestar os serviços diretamente. Várias delas deveriam ter sido contratadas diretamente pela Administração de acordo com o melhor preço e técnica. O monopólio em volta da empresa contratada propiciava que fossem escolhidas subcontratações que não atendessem ao melhor interesse da Administração Pública, o que por si só configuraria crime contra o processo licitatório. Entretanto, a acusação e a maioria dos ministros entenderam que os contratos constituíam uma roupagem para camuflar os desvios de valores da

Administração Pública. Portanto, mesmo que prestado o serviço, ele teria sido feito a menor e somente pela finalidade de ocultar os desvios.

O convencimento dos Ministros seguiu a lógica da prova indiciária, de modo que o entendimento de uma prova cabal foi afastado. Essa subjugação das provas à compressão da verdade possível não significa um desrespeito ao princípio da presunção de inocência, pois o juiz precisa chegar à conclusão da conduta delitiva a partir da soma de indícios e provas que façam o julgador assumir que não haveria outra possibilidade senão o reconhecimento de que o acusado praticou a conduta delitiva.

No que tange à coerência para com o próprio sistema jurídico, pode-se considerar que as decisões dos ministros pela condenação dos crimes de corrupção ativa, passiva e peculato descritos alhures, foram adequadas. Isso porque seria completamente contrário à própria compreensão da existência da norma se fosse exigida uma prova cabal de um ato de ofício ter sido praticado em razão de uma vantagem indevida em específico. Isso ampliaria a margem de impunidade para a prática do delito e contrariaria a própria redação do tipo penal que indica que o elemento subjetivo do tipo deve ser orientador para essa finalidade, mas não necessariamente ter iniciado o ato de ofício ou já ter recebido a vantagem indevida. Compreender de forma diversa seria ignorar a forma majorada do crime pela prática efetiva do ato de ofício, de modo que o ato criminoso, sempre que ocorresse, já seria enquadrado em sua forma majorada.

Quanto à coerência argumentativa, por fim, os ministros – em maioria – mantiveram a linha de compreensão das provas constituídas na ação penal de forma persuasiva no mesmo sentido que vimos no primeiro momento quanto ao crime de quadrilha ou bando.

Outro ponto que se pode destacar quanto a essa argumentação, é que ela não se fundamenta de forma a suprimir e corromper os princípios constitucionais ou violar as regras estabelecidas. Por isso, não se poderia dizer que a decisão seria intencionalmente direcionada para agravar as penas dos acusados, apesar de a defesa ter argumentado, nos embargos infringentes, que a dosimetria das penas teria sido intencionalmente manipulada para evitar a prescrição dos crimes.

4.5 O JULGAMENTO DOS EMBARGOS INFRINGENTES: O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO EM ÚNICA INSTÂNCIA E O [SUPOSTO] FAVORECIMENTO AOS CONDENADOS

Celso de Mello iniciou o julgamento do mérito da Ação Penal nº 470 mencionando seu voto preliminar sobre o desmembramento do processo, que seria cabível o recurso de embargos infringentes para se cumprir a regra do duplo grau de jurisdição. Naquele momento, o argumento somava a perspectiva de que a manutenção de todos os acusados em julgamento conjunto perante o Supremo não seria prejudicial ao direito de duplo grau de jurisdição.

O argumento do Ministro revisor Ricardo Lewandowski seria falho na perspectiva de que a manutenção do processo reunido perante o Supremo violaria o pacto de São José da Costa Rica ou a Constituição de 1988. Por outro lado, o Ministro abria o debate sobre a possibilidade de revisão do julgamento pela própria Corte.

A questão voltou ao centro das discussões em 13 de maio de 2013, quando o Ministro relator Joaquim Barbosa proferiu decisão monocrática negando o pedido de embargos infringentes dos réus Delúbio Soares e Christiano Paz (BRASIL, 2013). Os embargos infringentes vieram em blocos de vários acusados, de modo que o julgamento recaiu por diversas vezes no mesmo sentido em relação a vários outros acusados, dentre eles Marcos Valério, José Genoíno Neto, Ramon Hollerbach Cardoso e José Dirceu.

Os embargos infringentes são previstos no art. 333, I e parágrafo único do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal⁹⁰, por isso pode haver a revisão da decisão de procedência da ação penal proferida pelo Tribunal quando esta não for unânime. Nesse sentido, em tese, caberiam os embargos infringentes, mas mesmo que recepcionados pela Constituição de 1988, como Lei Ordinária, o RISTF possui diversos dispositivos ultrapassados e sofre constantes alterações em virtude disto.

⁹⁰ RISTF, art. 333: “*Cabem embargos infringentes à decisão não unânime do Plenário ou da Turma: I - que julgar procedente a ação penal; [...] Parágrafo único: O cabimento dos embargos, em decisão do Plenário, depende da existência, no mínimo, de quatro votos divergentes, salvo nos casos de julgamento criminal em sessão secreta*” mensalão. Os embargos infringentes foram negados pelo ministro relator com base em diversos argumentos.

Da mesma forma, o RISTF pode sofrer alterações por leis editadas que regulamentem a matéria em sentido diverso, conforme o art. 2º,⁹¹ §2º da LINDB. Sustentou o Ministro relator em sua decisão que a Lei nº 8.038 de 1990 teria revogado os embargos infringentes por regulamentar o processo perante o STJ e o STF e não prever os embargos infringentes. Por não constar como um dos recursos possíveis perante o STF pela lei específica, o recurso estaria revogado do ordenamento jurídico. Ademais, o art. 609 do CPP⁹² restringiria o recurso em questão ao exame da segunda instância em casos de apelação ou recurso em sentido estrito. Da decisão do STF na ação penal, não cabe apelação justamente por ser a última instância.

Apesar de o Ministro relator não mencionar, no curso do julgamento do caso Collor, o Ministro Ilmar Galvão já afirmava que o julgamento criminal feito perante o Supremo seria de única instância por envolver uma garantia distinta de foro por prerrogativa de função (BRASIL). Mas o ministro apontou outros precedentes como o HC nº 72.465, Ministro relator Celso de Mello, 1ª Turma, DJ de 24.11.1995. Nesse caso, os embargos infringentes não foram reconhecidos como recurso cabível a um caso de julgamento de instância originária no Tribunal de Justiça. Contra esta condenação penal não caberia embargos infringentes, porque este recurso só seria cabível contra decisão de apelação ou recurso em sentido estrito não unânime. O HC nº 72.465 indica outros precedentes, quais sejam o HC nº 71.949 e o HC nº 71.951, ambos de relatoria do Ministro Ilmar Galvão.

O Ministro relator Joaquim Barbosa ainda apontou o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça de não cabimento dos embargos infringentes contra ações originárias daquela Corte. O posicionamento do Ministro era de que conhecer dos embargos seria um ato de “ressuscitar” recursos já revogados.

⁹¹ LINDB, art. 2º: “Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. § 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. § 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior. § 3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência”.

⁹² CPP, art. 609: “Os recursos, apelações e embargos serão julgados pelos Tribunais de Justiça, câmaras ou turmas criminais, de acordo com a competência estabelecida nas leis de organização judiciária. Parágrafo único. Quando não for unânime a decisão de segunda instância, desfavorável ao réu, admitem-se embargos infringentes e de nulidade, que poderão ser opostos dentro de 10 (dez) dias, a contar da publicação de acórdão, na forma do art. 613. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto de divergência”.

Os réus agravaram a decisão do Ministro relator e o conhecimento dos embargos foi levado à apreciação do Plenário da Corte. Na quarta-feira, dia 11 de setembro de 2013, o STF iniciou o julgamento que terminaria no dia 27 de fevereiro de 2014. É importante ressaltar que os votos pelo não conhecimento dos embargos infringentes ficaram vencidos. Os Ministros que se posicionaram nesse sentido foram Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Gilmar Mendes e Marco Aurélio. Como já foram tratados os argumentos do Ministro relator, segue-se para o Ministro Luiz Fux.

O Ministro Fux rebateu alguns argumentos trazidos pelos votos já proferidos no sentido de conhecer dos embargos infringentes, especialmente do Ministro Barroso. O Ministro Barroso, como se verá adiante, apontou uma inadequação da aplicação do código de processo penal ao caso já que, como norma geral não deixa de ser aplicado por existir norma específica. No entendimento do Ministro Fux, o ordenamento jurídico, como sistema, utiliza-se das normas gerais para suplantar o que não for tratado nas leis específicas.

O seu voto inovou por refutar os argumentos de que a Lei nº 8.038 de 1990 não teria revogado tacitamente o recurso de embargos infringentes. No caso, a justificativa é de que a lei especial posterior revogou a anterior lei geral, o Regimento Interno do STF que possui *status* de Lei Ordinária⁹³. O Ministro Fux apresentou diversos julgados da Corte em que restou reconhecida a revogação de todas as demais alíneas do art. 333 do RISTF. Haveria, portanto, uma jurisprudência formada na Corte que entende pela revogação de todos os incisos do art. 333, o que geraria uma incongruência no sistema em manter somente uma das alíneas.

O argumento seria de que o sistema jurídico brasileiro possui bases positivistas inspiradas especialmente nas concepções de Savigny (2001). A opção feita a partir de Savigny conduziu ao momento do constitucionalismo europeu em que se buscava afastar as especulações morais indisciplinadas e desregradas por meio da visão sistêmica do direito. A ciência do direito faria o estudo desse sistema pela busca de conceitos e institutos jurídicos sobre os quais se poderia trazer unidade, sistematicidade e conseqüente possibilidade do uso da dedução

⁹³ De fato, seria necessário questionar sobre a manutenção desse *status* de lei ordinária, pois o Regimento Interno dos Tribunais não é previsto dentro da Constituição de 1988. Desta forma, já teria a redação do RISTF sofrido diversas emendas, inclusive na parte questionada.

lógica no direito. Está nas bases da teoria do direito adotada no Brasil a ideia de aplicação da norma geral para trazer diretrizes cabíveis a diversas questões e normas específicas para tratar de pontos relativos somente a determinados temas. A norma geral e a específica podem ser aplicadas simultaneamente.

Somente quando se pensasse o conflito entre as normas gerais com uma regra específica é que se afastaria a aplicação da norma geral. Segundo Bobbio (1995) essas características de unidade e sistematicidade do sistema exigem pensar uma coerência no sistema, como ressaltou o Ministro Fux. A antinomia poderia ser total-total, parcial-parcial ou total-parcial.

Quando há uma antinomia total-total, as normas são incompatíveis e de mesmo valor; logo, somente uma poderá ser aplicada. No caso de uma antinomia parcial-parcial, as normas são incompatíveis, mas possuem somente uma parte conflitante entre si. Há, assim, a possibilidade de coexistência das normas. E, em uma antinomia total-parcial, temos duas normas consideradas incompatíveis e de mesmo valor. A primeira não conforma completamente a segunda, mas esta permite a coexistência com a primeira.

Para solucionar essas formas de conflito entre as normas, existem três critérios: o cronológico, o hierárquico e o da especialidade – *lex posterior derogat priori*, *lex superior derogat inferiori* e *lex specialis derogat generali*, respectivamente.

Pelo apresentado no caso, temos um conflito total-total visto que o código de processo penal determina que não cabem embargos infringentes (art. 609), o regimento interno da Corte, com força de Lei Ordinária, indicaria o cabimento dos embargos (art. 333) e a Lei 8.038/1990 não taxa no Título II os recursos cabíveis perante o STF e o STJ. Esta lei indica uma alteração para a regra geral – o antigo código de processo civil – conter um rol taxativo de recursos no qual são incluídos os embargos infringentes.

Em caso de conflito entre os critérios cronológico e de especialidade, conforme Bobbio (1995), subsiste a específica, mesmo que anterior. Neste caso, a lei específica é posterior. Logo, pelos critérios cronológico e de especialidade, há uma prevalência das possibilidades de recurso estabelecidas na Lei nº 8.038 de 1990 quando tratamos de processos originários no STF e no STJ, onde não se fazem presentes os embargos infringentes. Tais critérios são de solução de

antinomia entre as normas e estão previstos na Lei de Introdução Nacional ao Direito Brasileiro (arts.⁹⁴ 2º, §2º, da LINDB).

O Ministro ainda trouxe à reflexão o direito ao duplo grau de jurisdição por meio dos embargos infringentes. Segundo ele, o argumento apresentado pelos recorrentes e demais ministros não encontra previsão constitucional. A própria Corte, no RHC nº 79.785, Ministro relator Sepúlveda Pertence, DJ de 22 de novembro de 2002, já reconheceu que não existe direito ao duplo grau de jurisdição quando o processo é de competência originária de Tribunais. Mesmo que o princípio fosse considerado constitucional de forma implícita, teríamos que reconhecer que também se trata de norma constitucional as previsões de ações originárias de única e última instância.

No mesmo argumento, a partir da comparação com outros ordenamentos jurídicos, o Ministro também apontou que a competência definida pela *ratione munus* já atrai uma garantia a mais ao acusado, na medida em que possibilita o julgamento pela última instância. Desse modo, a supressão do direito à reanálise do julgamento não se faria necessária.

O Ministro Gilmar Mendes trouxe argumentos semelhantes ao do Ministro relator Joaquim Barbosa e do Ministro Luiz Fux no sentido de haver uma revogação tácita dos embargos infringentes pela Lei nº 8.038 de 1990.

O diferencial do voto do Ministro Gilmar Mendes está no fato de sua exposição se iniciar com os efeitos concretos do conhecimento dos embargos infringentes: o protelar dos efeitos da decisão de condenação dos réus e o consequente início da execução da pena em razão de recurso referente à menor parte dos anos de condenação dos réus. O Ministro recordou que não se pode sustentar exagero de punição nos casos das ações penais recentemente julgadas na Corte, haja vista se tratarem de condutas delitivas que afetaram o dever do Estado de defesa social de forma mais intensa.

Os valores desviados pelos autores dos crimes implicariam violações constitucionais diversas da segurança pública. Além de estarem centrados no seio do poder político e, portanto, afetando com mais intensidade a segurança pública,

⁹⁴ LINDB, art. 2º, §2º: “Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. § 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”.

haveria de se considerar o dano à moralidade e ao patrimônio públicos pela mistura entre as figuras do partido político e do governo.

O argumento do Ministro Gilmar Mendes sobre a segurança pública poderia ser adequadamente traduzido nos ensinamentos de Nilo Batista (1990): a corrupção emprega uma seara em que se tem o ilegal, mas parece subsistir o não criminal. Como se houvesse uma barreira entre o ilícito e o delituoso.

Em suma, os votos pelo não conhecimento dos embargos infringentes assumiram um discurso jurídico de que eles já haviam sido revogados tacitamente pela Lei nº 8.038 de 1990. A tentativa de fazer o Supremo analisar o recurso em questão não traria inovações significativas, caso viessem a ocorrer, mas meramente um atraso na execução da decisão da Corte.

O posicionamento colocado pelos ministros é de que se estaria julgando com casuísmo, pois afastaria a decisão que se considerava mais adequada para reduzir as punições dos acusados. De certo modo, o casuísmo seria aceitar os embargos infringentes e permitir via recursal que não encontraria previsão dentro do atual ordenamento jurídico.

Os votos pelo conhecimento dos embargos infringentes alcançaram uma maioria de 6 votos. Os Ministros que se posicionaram pelo conhecimento dos recursos foram os Luis Roberto Barroso, Teori Zavascki, Rosa Weber, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello. Dentre os votos vencedores, o que primeiro abriu a divergência foi o do Ministro Luis Roberto Barroso. Inicia-se, assim, a análise do voto deste Ministro.

O Ministro Luis Roberto Barroso abriu a divergência com vários argumentos. Dentre eles, pode-se destacar que os embargos infringentes não estariam revogados.

Existe uma série de precedentes da Corte utilizando o art. 333 do RISTF e os poderes Executivo e Legislativo, após a edição da Lei nº 8.038 de 1990, já teriam se manifestado pela vigência dos embargos infringentes (especificamente na edição da Lei nº 9.756 de 1998).

Durante o seu voto, o Ministro foi interrompido por diversas vezes pelos Ministros Joaquim Barbosa e Marco Aurélio. Este Ministros alteraram o voto daquele no que tange a esses precedentes da Corte no sentido do cabimento dos embargos infringentes mesmo após a edição da Lei nº 8.038 de 1990.

A questão destacada pelos Ministros era de que os trechos trazidos pelo Ministro não eram a *ratio decidendi* dos precedentes analisados, mas *obiter dictum*, ou seja, partes da decisão que não fazem coisa julgada. O voto do Ministro manteve-se no mesmo sentido, todavia destacando que havia pronunciamentos dentro da Corte, ao invés de precedentes formados.

Como ponto central, a Lei nº 8.038/1990 não teria revogado expressamente os embargos infringentes e não possuiria dispositivo que colidisse com tais recursos. Se o discurso de revogação do Ministro relator fosse adotado, segundo o Ministro Barroso, a presunção de revogação pela ausência de previsão do recurso da lei traria, também, a revogação dos embargos de declaração perante o STJ e STF.

Quanto ao argumento do art. 609 do CPP, o Ministro defendeu não constituir um óbice, haja vista que as ações originárias da Corte nunca foram regulamentadas pelo Código de Processo Penal, mas sim pelo RISTF e pela Lei nº 8.038 de 1990. Dentre vários outros argumentos, o Ministro concluiu pelo conhecimento dos embargos infringentes.

O Ministro Ricardo Lewandowski assumiu um discurso mais enfático no que diz respeito ao direito de ampla defesa por meio da possibilidade de recurso. A dúvida razoável sobre a decisão seria implantada pela divergência, mesmo que somente de um dos ministros, o que traria a possibilidade de uma reanálise.

Defendeu que os embargos infringentes não são considerados obsoletos ou em vias de extinção dentro do ordenamento jurídico por encontrarem previsões legais vigentes e serem aplicados por outros Tribunais além da Suprema Corte, como por exemplo, o Superior Tribunal Militar.

O Ministro ainda reforçou argumento apresentado pela Ministra Rosa Weber de que o STF não poderia revogar ou suprimir o texto do art. 333 do RISTF, justamente por seu teor ter caráter de Lei Ordinária.

Por fim, dentre os argumentos mais relevantes, o Ministro demonstrou que a intenção do legislador com a Lei nº 8.038 de 1990 era regulamentar o processo perante o Superior Tribunal de Justiça, visto que este não possuía um regimento interno com força de lei. Assim, o legislador teria considerado, por este ponto de vista, a manutenção das previsões constantes no RISTF com força de Lei Ordinária.

O voto do Ministro Celso de Mello causou impacto. Era o último voto e definiu a decisão. Caso ele votasse pelo não conhecimento do recurso, a decisão caberia, por empate, ao Ministro Presidente Joaquim Barbosa; caso votasse pelo conhecimento, haveria a composição de uma maioria pela admissão dos embargos infringentes.

O ponto relevante para nossa análise das razões do Ministro Celso de Mello não se trata de uma inovação em argumentos apresentados. De fato, ele até ressaltou que os embargos infringentes não trariam plena execução do direito ao duplo grau de jurisdição consagrado no Pacto de São José da Costa Rica⁹⁵, mas já constituiria uma solução para atender a esta norma ao menos de forma parcial. Contudo, o mais relevante foi a forma enfática que o Ministro colocou o direito ao devido processo legal e a ampla defesa como garantias processuais penais:

O que mais importa, neste julgamento sobre a admissibilidade dos embargos infringentes, é a preservação do compromisso institucional desta Corte Suprema com o respeito incondicional às diretrizes que pautam o “devido processo penal” e que compõem, por efeito de sua natural vocação protetiva, o próprio “estatuto constitucional do direito de defesa”, que representa, no contexto de sua evolução histórica, uma prerrogativa inestimável de que ninguém pode ser privado, ainda que se revele antagônico o sentimento da coletividade (BRASIL, 2013, 5).

Não se pode deixar de retomar o ponto inicial sob esse argumento. Ferrajoli (2000), apesar de não ter sido referenciado pelo Ministro, apontava quanto ao garantismo a necessidade de observar o devido processo legal, pois

[...] o processo, como a pena, justifica-se precisamente enquanto técnica de redução da reação social frente ao delito: redução da violência, mas também do arbítrio que de outra forma se produziria com formas ainda mais selvagens e desenfreadas (FERRAJOLI, 2000, 604).

A necessidade de uma defesa seria um dos fundamentos desse devido processo legal. O Ministro sustentou, a partir de concepções garantistas, que abordamos no primeiro capítulo, uma ampla defesa por meio da possibilidade de recorrer da decisão.

⁹⁵ Pacto de São José da Costa Rica, art. 8º, 2, alínea “h”: “*Garantias judiciais. [...] 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior*”.

Em suma, os ministros defenderam o conhecimento dos embargos infringentes por se encontrar vigente e ser uma garantia constitucional relacionada ao devido processo legal e ao duplo grau de jurisdição previsto no Pacto de São José da Costa Rica e na Constituição de 1988. O casuísmo estaria, para esta maioria, em suprimir a regra que institui o recurso em meio ao julgamento.

O ponto de análise em relação aos argumentos apresentados é de uma incongruência fundante. A *ratio decidendi* indicaria um prejuízo pelo julgamento ser em única instância ao passo que a existência do foro por prerrogativa de função seria um âmago de tratamento distinto de responsabilização. Esse privilégio decorria da suposta necessidade de uma instância dotada de maior autonomia e imparcialidade para julgar determinados escalões de agentes públicos da Administração Pública.

O soar da decisão é de casuísmo pelo conhecimento do recurso, especialmente ante as circunstâncias que foram supra analisadas quanto à reforma da decisão. Posto que os princípios constitucionais balizarem a interpretação das regras indicarem a necessidade de se considerar sempre a escolha mais favorável ao acusado, há outros princípios constitucionais que exigiriam um tratamento igualitário do sistema de julgamento entre os cidadãos.

Dessa forma, o perpetuar de um tratamento distinto de julgamento, por meio da concessão de privilégios no exercício do sistema acusatório sobre o argumento do tratamento desigual aos desiguais, sinalizaria uma violação à integridade do direito.

4.6 DIREITO E POLÍTICA: ENTRE DISCURSOS QUE SE SOMAM PELO CONTROLE DAS PARCIALIDADES

Ao início desse capítulo, relatou-se que o Mensalão consistia no retrato de uma proposta de mercantilização da política, na medida em que se buscava exercer uma economia sobre as trocas políticas.

A imposição de uma lógica capitalista ao apoio político gerou o ponto fundante do fracasso da proposta: dentro da perspectiva da política brasileira com a qual se tentava romper, não é possível comprar a confiança. Ela é construída

dentro de relações longas de comprometimento e mútua submissão entre os momentos do dom e do contradom.

Podemos denotar, no caso Mensalão, que igualmente as trocas políticas brasileiras não são questionadas pela decisão. Há uma ampla margem de consideração de que a forma de demonstrar os laços de troca pela expressão da personalidade nas relações como um fator que não pode determinar a existência de uma relação corrupta.

Por um lado, ainda precisamos considerar como o julgamento criminal assumiu um papel de “limpeza” das práticas contrárias ao dom da troca política, bem como na assunção de um discurso de formulação de uma nova forma de governança.

Esse momento de reconstituição da imagem da política já foi registrado tanto por Bezerra (1995) quanto por Abreu (1996) ao realizarem análises sobre os movimentos do Congresso Nacional para retirada de indivíduos que foram identificados em casos de corrupção.

Esse movimento pertence à necessidade do campo da política de se reconstituir, no processo de cassação de mandatos e de reafirmação, as bases eleitorais de seu compromisso impessoal para com o interesse público dentro do que o discurso aberto e normatizado exige de sua posição.

Nesse sentido, o julgamento criminal do Mensalão no Supremo representa, em grande parte, uma instrumentalização do direito para essa sanitização. Em outras palavras, poderíamos concluir que a troca política pelo dom estaria impondo os seus meios de controle sobre as parcialidades formadas dentro das relações políticas.

Por outro lado, independente das intenções da política, o direito veicula o seu discurso de controle e limitação e reafirma a sua busca pela impessoalidade do sistema. Os discursos, tal como destacado no segundo capítulo, por ruas bem distintas, acabam por se somar em seus objetivos por recusarem os meios adotados por cada qual.

O julgamento criminal perante o Supremo assume, assim, um papel político que não está associado à retomada de uma governabilidade dentro do conceito que trataria o discurso internacional. Mesmo a compreensão local, como afirmado inicialmente, não perceberia o momento como de perda de

governabilidade, mas pode-se dizer que o momento do julgamento representa uma forma de recobrar a governança que é considerada, dentro da perspectiva local, como uma "boa governança", ou seja, pela pessoalidade dentro das trocas políticas a serem feitas pelo gerenciamento da máquina pública, seja no discurso aberto ou no fechado.

O discurso jurídico da condenação e das argumentações que se somaram para a fundamentação em si da decisão da Corte, assume o papel de indicar a legitimidade a essa retomada da troca política tradicional, pois afirma, com o respaldo do discurso jurídico, a imparcialidade da decisão e do controle que precisa ser exercido. A ameaça implícita, ao que se soma o conjunto do enredo formulada ao sistema proposto, é de que a tentativa de rompimento com a troca política pelo dom implica ausência de contradom, ou seja, haveria a perda do apoio político diante do julgamento. Desta forma, a submissão estará atrelada não mais ao campo da política, mas ao do direito. Portanto, representa a perda latente de poder político, embora a presença do poder econômico na força da mercantilização das trocas.

O estudo da *ratio decidendi* do julgamento, todavia, revela-nos uma questão latente quanto ao tratamento do processo penal, visto que consideramos haver dois momentos. O primeiro que articula o sistema de provas indiciárias pelo livre convencimento do juiz para impor um sistema igualitário aos desiguais e o segundo em que se retoma o sistema acusatório assegurando privilégios e perpetuando um sistema de tratamento distinto para os agentes públicos e seus coautores em julgamento.

É preciso reconhecer, como visto anteriormente, que os casos Mensalão e Collorgate reverberaram um discurso do processo penal orientado pela verdade possível. Neles, a cada momento foi suscitada uma logística de direitos ou de privilégios conforme fosse o entendimento dos julgadores.

Essa movimentação demonstra decisões pontualmente casuística, apesar de haver diversos momentos em que o debate sobre os direitos e o sistema igualitário de tratamento assumam um palco principal.

Para conclusão deste estudo, por conseguinte, temos duas perspectivas, ao menos. Em primeiro, os conflitos dentro do próprio campo da política pela forma de se fazer a troca pelo dom e, em segundo, a relação do direito com a

política dentro do cenário da corrupção, visto que o direito é colocado na posição de responder a demandas por controle, quando ele próprio é articulado para perpetuar violações.

5. DOIS CASOS DE CORRUPÇÃO, DOIS FRACASSOS NA RUPTURA DA TROCA POLÍTICA PELO DOM

Dentro de um panorama geral, é preciso reconhecer que se está diante de vários níveis de questões que estão entrelaçadas. O presente estudo, desde o princípio, reconheceu a complexidade da proposta de pesquisa, especialmente quando se parte da compreensão do direito como linguagem da manifestação pelo argumento do direito de visões de mundo que se transparecem a partir de uma compreensão das normas.

A tarefa, nesse momento, não se coloca mais ou menos complexa do que a desenvolvida nas análises dos casos concretos; é preciso fecharmos algumas ideias que foram propostas.

Ao longo do estudo, dissertou-se tanto sobre o papel o qual o Supremo se coloca como julgador e motivador de suas decisões a partir tanto da linguagem jurídica, da lógica argumentativa do direito quanto da dificuldade de compreensão do tema corrupção.

A complexidade do estudo da corrupção foi exposta no segundo capítulo como fundamento da multiplicidade de vozes e visões de mundo sobre o que seria corrupção, as razões de se combatê-la e, mais especialmente, de como compreender a relação da corrupção como um problema e a manutenção de uma "boa governança". Governança essa que está novamente inserida em um oceano de possibilidades de compreensão.

Desse ponto, desenvolveu-se, sobre a visão de se compreender como manter ou recobrar, a chamada governabilidade do ponto de vista do contexto brasileiro a qual assume percepções locais próprias que não se confundem com as visões da corrente internacional. Isso, de certa forma, está relacionado ao modo de prática política local. Independente dessas divergências, a Suprema Corte acaba por ter que considerar os influxos dessas diversas visões sobre

corrupção e sobre as formas de controle adequadas para se manter a governabilidade do País.

O Collorgate e o Mensalão, portanto, refletem movimentos dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário brasileiros que remontam as peculiaridades da política brasileira, especialmente no que tange ao tratamento de uma relação entre uma visão de troca política pelo dom e a troca política mercantilizada.

As considerações finais, portanto, serão formuladas dentro dessas duas temáticas a partir das quais serão abordadas as questões colocadas ao longo do estudo desenvolvido.

Primeiro será tratada a constante dicotomia entre direito e política, mais estritamente à parte específica no debate sobre os padrões de governabilidade da política e as questões de coerência e integridade para o direito. Segundo serão tratadas as falhas da proposta de mudança da troca política pelo dom, uma vez que, tanto no primeiro quanto no segundo caso concreto a narrativa do movimento político estaria relacionada à tentativa de romper com a troca política pelo dom e introduzir um utilitarismo e um pragmatismo na forma de gerir a política brasileira.

5.1 DIREITO E POLÍTICA: PENSANDO ENTRE OS LIMITES DA INTEGRIDADE DO DIREITO E DA MANUTENÇÃO DA GOVERNABILIDADE DA COISA PÚBLICA

A análise dos casos Collorgate e Mensalão não tinha como objetivo a formulação de uma crítica sobre o acerto ou desacerto das decisões promovidas pela Suprema Corte, apesar de a compreensão da coerência das decisões em termos jurídicos ser importante para atender ou não a integridade do direito.

O desenvolvimento dessa análise foi importante dentro de três perspectivas, ao menos. Primeira a de compreender o incômodo do campo jurídico em ser instrumentalizado para atender a demandas externas ao meio. Segunda a de ter constituído um meio de percepção do modo como as práticas políticas e as demandas do campo da política são articuladas dentro do processo decisório do Supremo. Terceira a de essa análise ter propiciado o desenvolvimento sobre uma forma de compreender a troca política brasileira pelo dom, o que desenvolveremos no segundo tópico deste capítulo.

Quanto aos dois primeiros pontos destacados, precisamos considerar que colocam um questionamento anteriormente proposto por Riles (2004; 2011) sobre a difícil posição do campo jurídico em se ver instrumentalizado por outras áreas de forma a comprometer a coerência e a integridade do direito. Afinal, se o direito se coloca a controlar os limites da política, o que faria o direito quando é instrumentalizado para quebrar essas barreiras? A pergunta pode aparentar, ao primeiro olhar, sem resposta, mas, em um segundo olhar, podemos perceber que há um discurso jurídico elaborado para balancear essas demandas.

Em relação ao Collorgate, as relações de troca política, tratadas como fundadas na pessoalidade entre os acusados, foram consideradas como insuficientes para o convencimento sobre uma prática de corrupção. Ou seja, por mais que o ar da suspeita sobre a pessoalidade da política estivesse presente ao olhar do direito, a Suprema Corte não considerou uma interpretação das provas que levassem essas relações a serem um fator motivador para definir as práticas descritas como corruptas.

O espaço do desconforto e da suspeita, no primeiro caso, encontra palco justamente no tratamento da ruptura com as trocas políticas pelo dom, especialmente pelo Supremo demonstrar, por sua forte atuação durante o curso do processo de *impeachment*, uma descrença em relação ao Presidente da República quanto a sua capacidade de retomar à governabilidade do País.

Na ocasião, não havia muitas condições de governança, pois as opções de modernização econômica do País promovidas por Collor levaram o Brasil a uma forte crise de recursos, conforme retratada a falta de articulação parlamentar do ex-Presidente. A escassez de recursos poderia ter sido superada como havia ocorrido no governo Sarney. A falta de governabilidade, de capacidade política de governar e de contornar os poucos recursos não.

A ausência da governabilidade, como relatado, ocorreu por uma série de fatores, mas, dentre eles, destaque para o isolamento do ex-Presidente ao assumir uma postura de não estabelecer trocas com os membros do Congresso Nacional. Desse ponto em diante, o acusado se livrou das amarras do dom e do contradom. Sem necessidade de se submeter ao dever de retribuições, o ex-Presidente podia tomar decisões e agir de forma mais livre por meio das medidas provisórias.

Seu amplo espaço de atuação, todavia, trazia consigo dois problemas estruturais. Primeiro porque, sem o controle da troca, suas ações poderiam seguir demasiado em prol de seus interesses particulares, de modo que se tornassem muito mais perceptíveis. Um dos fatores destacados pela análise, por exemplo, é que as provas contra PC Farias eram consideradas muito claras pelo amplo rastro de vestígios das práticas criminosas.

O segundo ponto é o fato de que o ex-Presidente fez mais do que não ter os favores que lhe seriam colocados a partir do ciclo de trocas ao romper com a troca política tradicional, visto que ele havia se colocado fora da política. Ao se colocar fora do ciclo de trocas, o ele teria demonstrado não confiar em seus pares e, conseqüentemente, trouxe ao jogo um fator de risco para estes. Desse ponto em diante, mais do que sem apoio, o ex-Presidente tornou-se alvo para quem enxergava a necessidade de se retomar o controle sobre a governabilidade e o gerenciamento das condições de governança.

O julgamento criminal, de fato, estava permeado de possíveis casuísmos quanto à interpretação do direito, o que gera um problema para pensar a integridade do direito. Todavia, o objetivo principal, que seria a retomada da governabilidade, já havia sido alcançado pela retirada dos fatores de instabilidade no sistema.

Os rituais de limpeza e reafirmação da legitimidade da política foram necessários para gerir a máquina pública e representar suas bases eleitorais. Logo, o julgamento criminal não teria a necessidade de assegurar a retirada do ex-Presidente do poder em nome desses objetivos. Nesse sentido, a decisão de escolha por uma interpretação do direito que excluiu as provas contra os principais acusados pode ter resultado em outros fatores desse jogo da manutenção da governabilidade, que não estejam explícitos dentro do julgamento ou dos relatos que foram acessíveis.

Mas precisamos considerar, de qualquer forma, que a incoerência jurídica formulada não atendia a integridade do direito na medida em que o discurso da Ética não era atendido⁹⁶. Esse posicionamento do Supremo nos levou a concluir por um casuísmo nessa decisão porque se articulava o discurso de tratamento

⁹⁶ Recordamos, aqui, que usamos a Ética com “É” maiúsculo e éticas particulares com “é” minúsculo dentro da proposta conceitual de Cardoso de Oliveira (2011), conforme expomos no primeiro capítulo.

desigual para propiciar a concessão de privilégios que afastariam a criminalização.

No Mensalão, por outro lado, o Supremo não é chamado a intervir no começo do escândalo. De certa forma, há o isolamento da figura do Presidente da República por diversas formas que sugerem – dentro do que se analisou – um momento de busca por manter as condições de governabilidade. Como constatado, de fato não houve perda da governabilidade, pois a capacidade política de movimentação da coisa pública seguiu inclusive no curso do julgamento criminal.

O julgamento dos crimes perante a Corte, então, é chamado a se prestar como um instrumento de limpeza, mas também como um canal de busca da chamada "boa governança" – no sentido de forma de gerir recursos – dentro do ponto de vista local. O anseio por essa mudança, é preciso esclarecer, está adstrito ao fato de que talvez essa própria política brasileira pelo dom tenha uma forma de governança que pretende mudanças, no sentido de procurar canais de atuação que, mesmo dentro do circuito fechado de informações, seja mais próximo do discurso aberto. A ideia de boa governança sustentada, portanto, parece mais como um objetivo de transformação do que propriamente uma realidade que foi rompida pelas práticas de mercantilização da política.

A integridade do direito dentro da motivação no caso Mensalão assumiu movimentos antagônicos entre uma forte oposição sobre o tratamento das provas e do processo penal. Em um primeiro momento, afirmou-se o discurso de limpeza e de legitimação de uma nova forma de governança, especialmente pelo peso simbólico da condenação, pela primeira vez, de indivíduos que ocupavam cargos ditos de primeiro escalão no Governo Federal. Todavia, a segunda parte do julgamento, promovida pelos embargos infringentes, permitiu a redução dessas punições, o que, no discurso comum, poderia soar como perda da credibilidade do discurso pela nova forma de gerir a coisa pública.

Esse desencontro é, de um ponto de vista ou de outro, o espaço em que verificamos em um primeiro momento uma tentativa de impor o sistema dos iguais aos considerados desiguais, talvez pela necessidade para governabilidade do País de se veicular um discurso de uma nova forma de governança.

Por outro lado, em um segundo momento, essa transformação não é mais necessária, e a nova composição da Corte recobra o tratamento desigual para ofertar um sistema de privilégios dentro do que era possível.

Dentro das limitações da linguagem do direito, a coerência foi afastada para se alcançar essa mudança que igualmente veiculava mais as demandas de éticas particulares do que ao discurso da Ética pelo tratamento igualitário, pela moralidade e pela probidade da Administração Pública. Esse rompimento com a integridade do direito é que nos sinaliza o casuísmo da decisão.

É preciso reconhecer, por conseguinte, que esses pontos de incongruência foram gerados tanto ao atender a integridade do direito quanto ao se afastar dela. Como tratamos no primeiro capítulo, essas rupturas eram esperadas, pois o direito, como linguagem, possui limites em sua forma de expressão. Um discurso que legitima a personalidade da política não encontra espaço em um campo que se movimenta pela lógica do controle e da imposição da impessoalidade. A motivação das decisões, assim, busca satisfazer uma coerência com seu próprio campo dentro do que é possível.

Dessa forma, a argumentação dos casos é bastante centrada na técnica jurídica e na aplicação dessa linguagem ao tratamento da construção do punir ou não punir os acusados. Por exemplo, mesmo que não pudesse assumir o discurso de forma explícita pela legitimidade da personalidade das relações políticas, o direito pode afirmar que não há provas de que as relações sociais livres entre os acusados sejam de cunho criminoso assim como em outros momentos essa relação é dita como independente ao evento da mercantilização da política. O distanciamento do discurso da personalidade como elementar da corrupção é descartado indiretamente.

Nesse sentido o direito e a política são capazes de atuar lado a lado mesmo que por princípios opostos, pois a relação desses campos coloca-se muito mais pela conveniência do que por caminhos distintos a almejar um objetivo comum. Mas é nesse encontro de objetivos que o deslinde da relação pode encontrar ao menos dois espaços distintos: a comunhão dos interesses, o rompimento do direito ou o da política. A princípio, portanto, pode-se ter a interação entre política e direito na medida em que a coerência e a integridade do

direito pode ser atingida e isso viabilize um instrumento de legitimação para a política.

Porém, no segundo espaço, a visão dworkiana do direito pode não revelar exatamente integridade e a coerência fica preterida. Se, como visto, a decisão íntegra e coerente do direito, para Dworkin (2002; 2007), implicaria considerar a decisão motivada dentro do que traria o julgamento mais correto para o caso concreto de acordo com os princípios gerais da comunidade que veiculamos ao discurso da Ética, a relação com os usos empregados ao direito pela política leva a argumentação jurídica a espaços de casuísmo que, por vezes, quebram a coerência do sistema e não reproduzem essa visão de integridade do direito. Se, por um lado o discurso pode ser conveniente de ambos, por outro pode representar o rompimento dessa relação.

Ao final, considera-se, ainda, que essa relação pode gerar o rompimento da política. Quando o discurso jurídico não se sustenta, pode acontecer de, pelo interesse em manter o discurso do direito, a política se moldar às necessidades do direito, especialmente pela adequação do discurso sustentado dentro dos canais abertos e fechados ou na afirmação da impessoalidade da gestão pública como uma forma de recobrar o seu poder dentro das bases eleitorais de que dispõe.

A governabilidade e a governança, portanto, dentro dos casos foram encontradas nesse liame do confluir de interesses desses dois campos. Se por um lado convinha ao político a retomada da governabilidade ou da busca por uma nova forma de governança, no âmbito do direito convinha firmar a impessoalidade e a afirmação do controle sobre a administração da coisa pública. A resposta proposta por Riles (2004; 2011), também é possível de se concluir nessa análise: o direito pode ser, como discurso, instrumentalizado para diversos fins, mas dentro de suas limitações, impõe limites ao ser articulado. Ao veicular o discurso do direito, a política acaba por se submeter a certos patamares de controle e reduz sua capacidade de articulação no circuito aberto e no fechado.

No mais, é preciso considerar que essa análise sobre os limites entre a política e o direito foi destacada por esses dois casos de busca pela ruptura da forma de troca política pelo dom que expressava caminhos considerados ilegítimos por mercantilizar a troca.

O ponto é que a vontade de rompimento, seja pela busca de redução dos âmagos de submissão seja por uma busca de expansão desse controle pelas trocas, reflete uma constante busca por transformação na política brasileira.

Seguiremos, portanto, para nosso último ponto conclusivo sobre a troca pelo dom, a mercantilização da política e os discursos de mudança.

5.2 A TROCA POLÍTICA PELO DOM E A MERCANTILIZAÇÃO DA POLÍTICA

O Collorgate e o Mensalão foram descritos desde o princípio como dois movimentos de corrupção que teriam como fundamento uma tentativa de mudança da *práxis* da troca da política brasileira.

Durante a análise dos capítulos três e quatro, demonstra-se em que medida a proposta seria de rompimento com a troca política pelo dom, mas é preciso ainda explicar algumas questões quanto a essa busca por mudança na forma de gerir a máquina pública.

No Collorgate, a proposta de modernização estava somada a toda uma proposta de governo. O ex-Presidente foi eleito a partir de uma forte campanha eleitoral que contava mais com o apoio midiático do que político. Mas o discurso não parava por aí. Collor tinha um projeto de governo que prometia a abertura econômica e, portanto, a modernização e o crescimento de todo País. Se o seu plano seria possível, isso não interessa.

O epicentro da questão é mais enfático no discurso de acabar com as práticas de coronelismo e clientelismo e de propiciar, assim, um espaço para uma nova forma de fazer política. Essa "mudança" indicava questões que atendiam ao menos em parte concepções de boa governança dentro do discurso internacional apesar de seu nunca ter afirmado um espaço de diálogo direto para a conformação da governança.

Nesse ponto é que o desajuste de sua proposta começa fundante, pois suas promessas e sua forma de governar são conflitantes, pois Collor teria dificuldades de encontrar apoio para promover tantas mudanças na política e na economia do País sem estabelecer um diálogo na construção da forma de gerir a máquina pública.

O espaço de diálogo era visto como o ambiente da submissão à troca política tradicional, o que poderia levá-lo a ter que manter relações com formas de política ilegítimas que eram traduzidas dentro do rótulo do clientelismo ou do coronelismo – com os quais prometia romper. A tentativa, pode-se dizer, já nasceu fracassada.

A proposta de rompimento com a troca política pelo dom no caso Mensalão, entretanto, assume caminhos completamente distintos. O rompimento com a troca pelo dom e contradom, nessa conjuntura, foi colocado não pelo isolamento, mas como uma expansiva proposta de remodelar – ou ampliar – o tratamento dessa troca por uma lógica de mercado que ignora o espaço do capital simbólico da troca política pelo dom.

A economia das trocas era colocada como instrumento não de afastar os demais pares do Congresso Nacional, mas de possibilitar um diálogo que fosse considerado menos arriscado e mais preciso. O tom da modernidade estaria na certeza e na eficiência da resposta que essa forma de gerir as trocas possibilitaria.

A ideia de transformar o dom e o contradom somente em pagar e receber carregava uma representação da simplicidade da relação da compra, pois não se questiona mais as razões da troca ou quando ou como ela seria feita. Essa abordagem colocava a ideia da indeterminação dos usos da moeda dentro das trocas políticas.

Essa aparente estabilidade deveras resultou justamente na quebra do sistema de governança proposto, pois se acreditava que o distanciamento da troca pelo dom e contradom permitiria a supressão do espaço de submissão. Por outro lado, esse movimento excluía a relação da política e, por assim dizer, da personalidade e da confiança que, mesmo considerando a hipocrisia destas práticas, era o fundamento sociológico destas relações.

O sistema em que seus integrantes não têm uma relação de confiança na forma de fazer o jogo e que muitas vezes a palavra posta não é cumprida e em que se exige resultados pelo pagamento rapidamente se deteriora. A corrosão célere dessa forma de gestão era previsível dentro do contexto brasileiro, pois a troca política pelo dom está justamente na personalidade dessas relações, na qual

o espaço de subjugação da troca se faz necessário para demonstrar confiança no outro.

De outro ponto, o discurso da mudança no caso Mensalão é retomado, pois, após a desilusão coletiva de que as práticas de corrupção tão suspeitas eram promovidas de forma tão intensa, a reconstrução da legitimidade da política restou bastante afetada. Isso ainda foi reforçado pela intensa aprovação popular que o governo tinha em sua eleição, pois era um ponto de esperança popular de mudança. De súbito, os discursos usuais para restabelecer as relações com as bases eleitorais se viram comprometidos e a mudança ressurgiu como uma necessidade de formular um discurso de nova forma de governança.

O questionamento final, portanto, recai sobre as razões pelas quais o discurso da transformação é empregado de forma tão reiterada e, mesmo assim, frustrado por encontrar um vazio de ações concretas que sejam suficientes para vencer os obstáculos. Quanto a essa questão, rememora-se o pensamento desenvolvido a partir de Weber (2004), Bourdieu (1996; 2001) e Abreu (2005; 2006; 2016) do segundo capítulo: a troca política pelo dom seria um dos redutos de troca regulada pela lógica pré-capitalista dentro de sociedades ocidentais capitalistas, mesmo que se veicule um discurso da mudança pela economia das trocas em todas as categorias da vida social.

O movimento pelo discurso da mudança, como destacado inicialmente, não necessariamente busca o rompimento com a lógica do dom e do contradom, mas por estabelecer um espaço de maior controle sobre as parcialidades da prática política.

Na construção de uma nova forma de relações políticas, os discursos empregados pelo direito e pela política somam-se por essa mudança, mas só se transformam em ações pelo uso concedido a eles dentro desse processo. O espaço dessa construção, portanto, não corresponde ao vazio dos instrumentos explicitados por Riles (2011) inicialmente, pois estão relacionados a uma linguagem empregada dentro de um determinado contexto. Ou seja, não se trata mais da regulação que determina que deve haver impessoalidade na contratação com os Estados, mas sim da formulação da imposição de limites na formação das relações políticas para contratação por meio de sanções que são colocadas pelo

campo do direito, bem como pelo reforçar das regras de troca política como dom e contradom.

É nesse sentido que o discurso internacional sobre a "boa governança" [e traduzido dentro do patamar local como um instrumento de viabilizar essas mudanças, ao invés de meramente constituir uma reprodução de instrumentos vazios.

O discurso local desenvolvido, não replica essa fala internacional, mas cria uma nova expressão a partir do olhar local sobre o que é "boa governança". Essa tradução, por assim dizer, instrumentaliza o discurso internacional e considera como e quando o sistema de controle deve atuar dentro dessa perspectiva local. Isso porque o discurso local não reproduz precisamente os mesmos patamares ascéticos de uma impessoalidade absoluta das relações políticas. Há, assim, a partir desse olhar local, uma constante busca por uma nova forma de política que considere tanto o controle sobre as parcialidades quanto a manutenção da pessoalidade inerente à forma local de se fazer a política.

A questão, portanto, não se coloca como um vencer de obstáculos em prol da superação de um "atraso social", mas precisamente em um constante processo de reconstrução das relações políticas que vise atender aos interesses conflitantes de pessoalidade.

Essa margem está em constante mudança porque a compreensão sobre os limites entre as "éticas" privadas e a "Ética" que veicula os chamados interesses "públicos" ou "coletivos" estão em contínua mudança. O constante retorno ao momento do discurso da transformação poderia ser compreendido, desse modo, a partir de um princípio de inércia.

A analogia que fazemos é para explicitar que, enquanto um processo está em movimento, a tendência é que os ajustes entre o dom e contradom das trocas políticas mantenham-se em constante movimento.

Esse processo, todavia, não consiste em um espaço para as práticas de corrupção, uma vez que verificado que a corrupção encontra espaço justamente no avanço sobre as balizas entre as formas de controle exercidas tanto pela troca política pelo dom quanto pelo discurso jurídico do controle.

REFERÊNCIAS

ABREU, L. E. D. L. Justiça e Desigualdade no Direito Brasileiro. **Revista de Direito Brasileira**, v. 5, n. 3, p. 70-91, maio-agosto 2013.

_____. Tradição, Direito e Política. **Dados - Revista de Ciências Sociais**, v. 59, n. 1, p. 139-170, 2016. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=21845644005>>. Acesso em: 31/10/2016.

ABREU, L. E. L. As redes e o cotidiano em Laboratory Life. **Cadernos de Campo**, v. 4, p. 175-184, 1994.

_____. A corrupção, a relação pessoal e a prática política. **Anuário Antropológico**, v. 95, p. 239-264, 1996.

_____. Um enigma deste mundo. **Anuário Antropológico**, v. 96, p. 239-264, 1997 1997.

_____. **Os labirintos do Minotauro. Troca, política e linguagem**. 1999. 340 tese de doutorado Departamento de Antropologia, Universidade de Brasília, Brasília.

_____. A troca das palavras e a troca das coisas. Política e linguagem no Congresso Nacional. **Mana — Estudos de Antropologia Social**, v. 11, n. 2, p. 329-356, Outubro de 2005 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-93132005000200001&lng=en&nrm=iso&tlng=pt>.

_____. Riscos na Política. As instituições em jogo. In: VARELLA, M. D. (Ed.). **Direito, sociedade e riscos. A sociedade contemporânea vista a partir da idéia de risco**. Brasília: UniCEUB; Unitar; Rede Latino Americana e Européia sobre Governo dos Riscos, 2006. p. 180-212.

ALCÁNTARA, C. H. D. Uses and abuses of the concept of governance. **International Social Science Journal**, v. 50, n. 155, p. 105-113, 1998.

ALEXY, R. **Constitucionalismo Discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

AMARAL, A. J. D. **Política da prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo**. São Paulo: Almedina, 2015.

AMOS, K. Governança e governamentalidade: relação e relevância de dois conceitos científico-sociais proeminentes na educação comparada. **Educação e Pesquisa**, v. 36, n. especial, p. 23-38, 2010.

AVOLIO, L. F. T. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BANDEIRA DE MELLO, C. A. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARROS, M. A. D. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais 2002.

BATISTA, N. **Punidos e Mal Pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BECCARIA, C. D. **Dos Delitos e das Penas**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

BERNSTEIN, R. J. **Beyond objectivism and relativism: science, hermeneutics, and praxis**. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1983. 284 ISBN 0812279069.

BEZERRA, M. O. **Corrupção. Um estudo sobre poder público e relações pessoais no Brasil**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1995. 220 ISBN 857316039x. Disponível em: <Medeia Ltda.:Users:luizeabreu:Documents:Arquivos trabalho:Papers:Anuário Antropológico:resenha bezerra>.

_____. **Em nome das "bases". Política, favor e dependência pessoal**. Rio de Janeiro: Relume Dumará; Núcleo de Antropologia da Política, 1999. 275 ISBN 857316171x.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 16ª. São Paulo: Saraiva, 2011. 754 ISBN 9788502061743.

BOBBIO, N. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BONAVIDES, P. A evolução constitucional do Brasil. **Estudos Avançados**, v. 14, n. 40, p. 155-176, 2000.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BOURDIEU, P. **O poder simbólico**. Lisboa: Difel, 1989.

_____. Marginalia – algumas notas adicionais sobre o dom. **Mana**, v. 2, n. 2, p. 7-20, 1996. ISSN 0415910986.

_____. Elementos para una sociologia del campo jurídico. In: BOURDIEU, P. e TEUBNER, G. (Ed.). **La fuerza del derecho**. Bogota: Siglo del Hombre Editores, 2000. p. 153-220. (Biblioteca Universitaria. Nuevo Pensamento Jurídico).

_____. **Razões Práticas: sobre a teoria da ação**. 3ª Edição. Campinas, SP: Papius Editora, 2001. ISBN 85-308-0393-0.

BRASIL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2**. Min. Paulo Brossard: Supremo Tribunal Federal 1992a.

_____. **MS nº 21.564**. Min. Octávio Gallotti: Supremo Tribunal Federal 1992b.

_____. **Ação Penal nº 307**. Min. Ilmar Galvão: Supremo Tribunal Federal, 1994.

_____. **HC nº 86.563**. Min. Relator Marco Aurélio: Supremo Tribunal Federal, 2005a.

_____. **HC nº 87.021**. Min. Marco Aurélio: Supremo Tribunal Federal, 2005b.

_____. **Pet. nº 3.434**. Min. Celso de Mello: Supremo Tribunal Federal, 2005c.

_____. **MS. nº 25.580**. Min. Ellen Gracie: Supremo Tribunal Federal, 2006.

_____. **Inquérito nº 2.245**. Ministro Joaquim Barbosa: Supremo Tribunal Federal, 2007.

_____. **Ação Penal nº 470 (Mensalão)**. Min. Joaquim Barbosa: Supremo Tribunal Federal, 2012.

_____. **Agravo regimental nos Embargos Infringentes nos Embargos de Declaração na Ação Penal nº 470**, 2013.

_____. **Embargos infringentes na Ação Penal nº 470**. Redator Min. Roberto Barroso: Supremo Tribunal Federal, 2014.

BUENO, E. **A Coroa, a Cruz e a Espada: Lei, Ordem e Corrupção no Brasil Colônia (1548-1558)**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2006.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra (Portugal): Almedina, 2003.

CARDOSO DE OLIVEIRA, L. R. Concepções de igualdade e cidadania. **Contemporânea: Dossiê Diferenças e (Des)Igualdades**, n. 1, p. 35-48, Janeiro-Junho 2011.

CARVALHO, J. M. Mandonismo, coronelismo, clientelismo: uma discussão conceitual. **Dados**, v. 40, n. 2, p. 229-250, 1997a.

CARVALHO, J. M. D. Mandonismo, Coronelismo, Clientelismo: uma discussão conceitual. **Dados**, v. 40, n. 2, 1997b. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0011-52581997000200003>>. Acesso em: 24.03.2016.

CASTRO, M. F. D. Violência, Medo e Confiança: do Governo Misto à Separação de Poderes. **Revista Forense**, v. 382, p. 157-180, novembro/dezembro 2005.

CERQUEIRA, M. **A Constituição e o direito anterior: o fenômeno da recepção**. Brasília: Câmara dos Deputados, 1995.

CHIOVENDA, G. **Instituições de Direito Processual Civil**. Campinas: Bookseller, 1998.

COELHO, I. M. **Konrad Hesse/Peter Häberle: um retorno aos fatores reais de poder**. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal. 35 1998.

DA MATTA, R. **Carnavais, Malandros e Heróis – para uma sociologia do dilema brasileiro**. 6ª. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1997. ISBN 8532507603.

DOUGLAS, M. **Como as instituições pensam**. São Paulo: Edusp, 1998. 141 ISBN 85-314-0455-x.

DWORKIN, R. M. **Uma questão de princípios**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 608 ISBN 8533612206.

_____. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 568 ISBN 8533615132.

_____. **O império do direito**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 512 ISBN 9788533623897.

ELIAS, N. **A sociedade dos indivíduos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994. 202 ISBN 85-7110-278-3.

ELLIOT, K. A. Corruption as an International Policy Problem. In: HEIDENHEIMER, A. J. e JOHNSON, M. (Ed.). **Political Corruption: concepts and contexts**. New Bruswick, New Jersey: Transaction Publichers, 2009. p. 925-941.

FALCÃO, J., Ed. **Mensalão: diário de um julgamento**. Rio de Janeiro: Elseviered, 2013.

FAORO, R. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Globo, 2007.

FERRAJOLI, L. **Derecho y Razón**. 4ª ed. Madrid: Editora Trotta, 2000.

_____. **Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal**. 9ª ed. Madrid: Editora Trotta, 2009.

FIGUEIREDO, L. **O operador**. São Paulo: Record, 2006.

FONSECA, R. L. T. M. D. **“Do Princípio do Livre Convencimento Motivado: Legislação doutrina e interpretação de juízes brasileiros”**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

FOUCAULT, M. **Segurança, Território, População: curso dado no Collège de France (1977-1978)**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FREIRE, G. **Casa Grande & Senzala**. 39ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2000. 668 ISBN 85-01-05664-2.

GADAMER, H.-G. **Verdad y método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica**. 5ª ed. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1993. 697 ISBN 8430104631.

GARAPON, A.; PAPADOPOULOS, I. **Julgar nos estados Unidos e na França. Cultura jurídica francesa e common law em uma perspectiva comparada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GARCIA-PARPET, M.-F. A sociologia da economia de Pierre Bourdieu. **Sociologia & Antropologia**, v. 3, n. 5, p. 91-117, 2013.

GIACOMUZZI, J. G. **A moralidade administrativa - história de um conceito**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: FGV. 230: 291-303, p. 2002.

GODELIER, M. **O enigma do dom**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001. 334 ISBN 8520005454.

GRABER, M. A. Constructing judicial review. **Annual Review of Political Science**, v. 8, n. 1, p. 425-451, 06 2005. Disponível em: <[10.1146/annurev.polisci.8.082103.104905](https://doi.org/10.1146/annurev.polisci.8.082103.104905)>.

GRINOVER, A. P. **Liberdades Públicas e Processo Penal: as interceptações telefônicas**. 2ª Ed. São Paulo Revista dos Tribunais, 1982.

_____. A iniciativa instrutória do Juiz no Processo Penal Acusatório. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 7, n. 27, p. 71-79, julho-setembro 1999.

GÜNTHER, K. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação**. São Paulo: Landy Editora, 2004.

HABERMAS, J. **Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy**. Cambridge, Mass: MIT Press, 1998. 631 ISBN 0262581620.

HEIDENHEIMER, A. J. Perspectives on the perception of corruption. In: HEIDENHEIMER, A. J.; JOHNSON, M., *et al* (Ed.). **Political Corruption. A handbook**. New Brunswick: Transaction Publishers, 1989. p. 149-163. ISBN 0887381634.

HEIDENHEIMER, A. J. Introduction to Part I. In: HEIDENHEIMER, A. J. e JOHNSTON, M. (Ed.). **Political corruption: concepts & contexts**. 3 ed. New Brunswick, New Jersey: Transaction Publishers, 2009a. p. 970. ISBN 0-7658-0761-0.

HEIDENHEIMER, A. J. Parties, Campaign Finance and Political Corruption: tracing long-term comparative dynamics. In: HEIDENHEIMER, A. J. e JOHNSON, M. (Ed.). **Political corruption: concepts and contexts**. 3ª ed. New Brunswick, New Jersey, 2009b.

HEIDENHEIMER, A. J.; JOHNSON, M.; LEVINE, V. T. Terms, concepts, and definitions: an introduction. In: HEIDENHEIMER, A. J.; JOHNSON, M., *et al* (Ed.). **Political Corruption. A handbook**. New Brunswick: Transaction Publishers, 1989. p. 3-14. ISBN 0887381634.

HËSSE, K. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Fabris Editor, 1991.

KANT DE LIMA, R. **A política na cidade do Rio de Janeiro: seus dilemas e paradoxos**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. Prevenção e Responsabilidade ou Punição e Culpa? Uma Discussão sobre Alguns Reflexos da Ambiguidade de nossos Modelos de Controle Social e Produção da Verdade na Burocracia Oficial Brasileira. In: (Ed.). **Ensaio de Antropologia e do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 261-289.

KOOIMAN, J. et al. **Interactive governance and governability: an introduction**. Journal of Transdisciplinary Environmental Studies: FMG: Amsterdam Institute for Social Science Research (AISSR). 7 2008.

LAMOUNIER, B. **Depois da transição: democracia e eleições no governo Collor**. São Paulo: Edições Loyola, 1991.

LATOURET, B. **The making of law : an ethnography of the Conseil d'Etat**. Cambridge, UK ; Malden, MA: Polity, 2010.

LATOURET, B.; WOOLGAR, S. **A vida de laboratório: a produção dos fatos científicos**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1997. 310 ISBN 857316123x.

LEAL, V. N. **Coronelismo, enxada e voto. O município e o regime representativo no Brasil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1997. ISBN 8520908233.

LEFF, N. H. Economic development through burocratic corruption. In: HEIDENHEIMER, A. J. e JOHNSTON, M. (Ed.). **Political corruption: concepts and contexts**. New Brunswick, New Jersey: Transaction publishers, 2009. p. 307-320.

LEWANDOWSKI, A. **O Direito em Última Instância: Uma Etnografia do Supremo Tribunal Federal**. 2014. (Doutorado). Departamento de Antropologia da Universidade de Brasília, Universidade de Brasília, Brasília.

MACHADO, C. E. J. **O conceito de racionalidade em Habermas: a 'guinada linguística' da teoria crítica**. Trans/Form/Ação. Marília. 11 1988.

MARQUES, J. F. **Elementos de direito processual penal**. São Paulo: Millennium, 2009.

MARTINS, A. C. M.; OLIVEIRA, C. L. A contribuição de Klaus Günther ao debate acerca da distinção entre regras e princípios. **Revista Direito GV**, v. 2, n. 1, p. 241-254, 2006.

MASULIS, R. W.; NG, V. K. Overnight and Daytime Stock-Return Dynamics on the London Stock Exchange: The Impacts of "Big Bang" and the 1987 Stock-Market Crash. **Journal of Business & Economic Statistics**, v. 13, n. 4, p. 365-378, 1995. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1392383>>. Acesso em: 23.03.2016.

MAUSS, M. **Ensaio sobre a Dádiva – com introdução à obra de Marcel Mauss por Claude Lévi-Strauss**. Lisboa: Edições 70, LDA, 2001. 200 ISBN 972-44-0226-6.

MONK, R. **How to Read Wittgenstein**. New York: W. W. Norton & Company, 2005.

MONTESQUIEU, C. L. D. E. **Do espírito das leis**. Martin Claret, 2007. ISBN 9788572324601. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books?id=GwS8MAAACAAJ>>.

NIÑO, C. S. **Introducción al análisis del derecho**. 2ª. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1980. 477.

OLIVEIRA, E. P. D. **Curso de processo penal**. 14 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

OLIVEIRA, P. H. B. D. **Legitimade e interpretação nas súmulas jurisprudenciais: um estudo a partir da súmula 90 do Tribunal Superior do Trabalho**. 2006. (Mestrado). Departamento de Direito da Universidade de Brasília, Univeridade de Brasília, Brasília.

PAGDEN, A. The genesis of governance and Enlightenment conceptions of the cosmopolitan world order. **International Social Science Journal**, v. 50, n. 155, p. 7-15, 1998.

PINTO, P. B. D. S. **O impeachment**. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1965.

RILES, A. Law as an object. In: BRENNEIS, D. e MERRY, S. E. (Ed.). **Law & Empire in the Pacific Fiji and Hawai'i**. Santa Fe, Oxford: School of American Research Press, James Currey, 2004. p. 187-212.

_____. **Collateral Knowledge: legal reseoning in the global financial markets**. Chicago London: University of Chicago Press, 2011.

ROSE-ACKERMAN, S. The Role of the World Bank in Controlling Corruption. **Faculty Scholarship Series, Yele Law School Faculty Scholarship**, n. Paper 591, p. 93-114, 1997. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.yale.edu/fsspapers>>. Acesso em: 02/27/2015.

_____. **Corruption and Government: causes, consequences and reform**. New York: Cambridge University Press, 1999.

SALLUM JUNIOR, B.; CASARÕES, G. S. P. E. **O impeachment do Presidente Collor: a literatura e o processo**. São Paulo: Lua Nova. 82: 163-200 p. 2011.

SAVIGNY, F. K. V. **Metodologia Jurídica**. Campinas: Edicamp, 2001.

SCHWARTZMAN, S. **Bases do autoritarismo brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Campus, 1988.

SETA, C. G. C. D. **Consenso nas decisões do Supremo Tribunal Federal: um estudo empírico sobre a construção da verdade jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

SKIDMORE, T. A queda de Collor: uma perspectiva histórica. In: ROSENN, K. S. e DOWNES, R. (Ed.). **Corrupção e reforma política no Brasil: o impeachment de Collor**. Rio de Janeiro: FGV, 2000.

SKINNER, Q. Machiavelli's *Discorsi* and the pre-humanist origins of republican ideas. In: BOCK, G.; SKINNER, Q., *et al* (Ed.). **Machiavelli and Republicanism**. New York: Cambridge University Press, 1990. cap. 6, p. 121-141.

SOARES DE SOUZA, P. J. **Ensaio sobre o direito administrativo**. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1862. 65-504.

SOUZA, A. D. O impeachment de Collor e a reforma institucional no Brasil. In: ROSENN, K. S. e DOWNES, R. (Ed.). **Corrupção e reforma política no Brasil: o impacto do impeachemnt de Collor**. Rio de Janeiro: FGV, 2000.

SOUZA, G. A. D. D. A busca da verdade no processo penal e o estudo das falsas memórias. **Boletim Científico ESMPU**, v. 11, n. 38, p. 145-165, janeiro-junho 2012a.

SOUZA, L. M. M. **A Fábrica de Argumentos: uma etnografia da construção da iniquidade nos casos da anistia pelo Supremo Tribunal Federal**. 2012b. 295 (mestrado). Faculdade de Direito, Centro Universitário de Brasília (UnICEUB), Brasília.

_____. Uma análise etnográfica do processo de tomada de decisão na ADIde nº 3.510 pelo Supremo Tribunal Federal. In: ABREU, L. E. D. L. (Ed.). **Os bastidores do Supremo e outras histórias curiosas: 5 estudos de etnografia constitucional**. Brasília: UniCEUB, 2013. cap. 1, p. 35-254. ISBN 978-85-61990-13-8.

SOUZA, L. M. M.; ABREU, L. E. D. L. O golpe e os marinheiros: notas sobre o uso à brasileira da jurisprudência no STF. **Universita Jus**, v. 24, n. 3, p. 63-75, 2013 2013. Disponível em:

<<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/jus/article/view/2601>>. Acesso em: 04.02.2014.

TRIBE, L. H. **Constitutional choices**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

_____. **American constitutional law**. Mineola, New York: The Foundation Press Inc, 1988.

VIANNA, F. J. O. **Populações Meridionais do Brasil**. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 2005. 385 Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=19322>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2008.

VILLA, M. A. **Mensalão: o julgamento do maior caso de corrupção da história política brasileira**. São Paulo: Leya, 2012.

WARAT, L. A. **Direito e sua linguagem**. 2ª versão. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1992.

WEBER, M. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. 11ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

WITTGENSTEIN, L. **Tractatus Logico-Philosophicus**. London: Routledge & Kegan Paul, 1974. 89 ISBN 0415028256.

_____. **Philosophical investigations. The German text, with a revised English translation**. 3rd. London: Basil Blackwell Ltd., 2001. 246 ISBN 0631231277.

ZIMMERMANN, A. Waiting for the Rule of Law in Brazil: A meta-legal analysis of the insufficient relativization of the Rule of Law in Brazil. In: SILKENAT, J. R.; JUNIOR HICKEY, J. E., *et al* (Ed.). **The Legal Doctrines of the Rule of Law and the Legal State 331 (Rechtsstaat)**. Switzerland: Springer International Publishing, v. 38, 2014. cap. 20, p. 331-347. (Ius Gentium: comparative perspectives on Law and Justice).

ANEXO I

Acusados	Crimes
Anderson Adauto	Lavagem de dinheiro e corrupção ativa
Anita Leocádia	Lavagem de dinheiro
Antônio Lamas	Formação de quadrilha e lavagem de dinheiro
Ayanna Tenório	Gestão fraudulenta, lavagem de dinheiro e formação de quadrilha
Bispo Rodrigues	Lavagem de dinheiro e corrupção passiva
Breno Fischberg	Formação de Quadrilha e lavagem de dinheiro
Carlos Quaglia	Formação de quadrilha e lavagem de dinheiro
Cristiano Paz	Corrupção ativa, peculato, lavagem de dinheiro, formação de quadrilha e evasão de divisas
Delúbio Soares	Corrupção ativa e formação de quadrilha
Duda Mendonça	Lavagem de dinheiro e evasão de divisas
Emerson Palmieri	Corrupção passiva e lavagem de dinheiro
Enivaldo Quadrado	Formação de quadrilha e lavagem de dinheiro
Geiza Dias	Lavagem de dinheiro, corrupção ativa, formação de quadrilha e evasão de divisas
Henrique Pizzolato	Peculato, corrupção passiva e lavagem de dinheiro
Jacinto Lamas	Formação de quadrilha, lavagem de

	dinheiro e corrupção passiva
João Cláudio Genú	Formação de quadrilha, corrupção passiva e lavagem de dinheiro
João Magno	Lavagem de dinheiro
João Paulo Cunha	Lavagem de dinheiro, corrupção passiva e peculato
José Borba	Corrupção passiva e lavagem de dinheiro
José Dirceu	Corrupção ativa e formação de quadrilha
José Genoíno	Corrupção ativa e formação de quadrilha
José Janene	Formação de quadrilha, corrupção passiva e lavagem de dinheiro
José Luiz Alves	Lavagem de dinheiro
José Salgado	Gestão fraudulenta, lavagem de dinheiro, formação de quadrilha e evasão de divisas
Kátia Rabello	Gestão fraudulenta, lavagem de dinheiro, formação de quadrilha e evasão de divisas
Luiz Gushiken	Peculato
Marcos Valério	Corrupção ativa, peculato, lavagem de dinheiro, formação de quadrilha e evasão de divisas
Paulo Rocha	Lavagem de dinheiro
Pedro Correa	Formação de quadrilha, corrupção passiva e lavagem de dinheiro
Pedro Henry	Formação de quadrilha, corrupção passiva e lavagem de dinheiro
Professor Luizinho	Lavagem de dinheiro
Rámon Hollerbach	Corrupção ativa, peculato, lavagem de

	dinheiro, formação de quadrilha e evasão de divisas
Roberto Jefferson	corrupção passiva e lavagem de dinheiro
Rogério Tolentino	Lavagem de dinheiro, corrupção ativa e formação de quadrilha
Romeu Queiroz	Corrupção passiva e lavagem de dinheiro
Silvio Pereira	Formação de quadrilha
Simone Vasconcelos	Lavagem de dinheiro, corrupção ativa, formação de quadrilha e evasão de divisas
Valdemar da Costa	Formação de quadrilha, lavagem de dinheiro e corrupção passiva
Vinícius Samarane	Gestão fraudulenta, lavagem de dinheiro, formação de quadrilha e evasão de divisas
Zilmar Fernandes	Lavagem de dinheiro e evasão de divisas

Nota: A denúncia foi rejeitada no que concerne: (1) à Ayanna Tenório, por evasão de divisas, (2) a Delúbio Soares, por uma das práticas de peculato, (3) a José Dirceu, por uma das práticas de peculato, (4) a José Genoíno, por práticas de peculato e corrupção ativa, (5) a Marcos Valério, por falsidade ideológica e (6) a Rogério Tolentino, por práticas de corrupção ativa e peculato.

ANEXO II

Condenados	Pena privativa de liberdade ou de restritiva de direitos
Anderson Aauto	Absolvido.
Anita Leocádia	Absolvida.
Antônio Lamas	Absolvido.
Ayanna Tenório	Absolvida.
Bispo Rodrigues	6 anos e 3 meses por corrupção passiva e lavagem de dinheiro.
Breno Fischberg	Pena restritiva de direitos por lavagem de dinheiro. O crime de corrupção passiva prescreveu.
Cristiano Paz	23 anos, 8 meses e 20 dias por corrupção ativa, peculato e lavagem de dinheiro.
Delúbio Soares	6 anos e 8 meses por corrupção ativa.
Duda Mendonça	Absolvido.
Emerson Palmieri	Pena restritiva de direitos por lavagem de dinheiro. O crime de corrupção passiva prescreveu.
Enivaldo Quadrado	Pena restritiva de direitos por lavagem de dinheiro.
Geiza Dias	Absolvida.
Henrique Pizzolato	12 anos e 7 meses por corrupção passiva, lavagem de dinheiro e peculato.
Jacinto Lamas	5 anos por lavagem de dinheiro. O crime de corrupção passiva prescreveu.
João Cláudio Genú	5 anos por corrupção passiva e lavagem de dinheiro.

João Magno	Absolvido.
João Paulo Cunha	6 anos e 4 meses por corrupção passiva e peculato.
José Borba	Pena restritiva de direitos por corrupção passiva.
José Dirceu	7 anos e 11 meses por corrupção passiva.
José Genoíno	4 anos e 8 meses por corrupção ativa
José Luiz Alves	Absolvido.
José Salgado	14 anos e 5 meses por lavagem de dinheiro, gestão fraudulenta e evasão de divisas.
Kátia Rabello	14 anos e 5 meses por lavagem de dinheiro, gestão fraudulenta e evasão de divisas
Luiz Gushiken	Absolvido.
Marcos Valério	37 anos, 5 meses e 6 dias por corrupção ativa, peculato, lavagem de dinheiro e evasão de divisas.
Paulo Rocha	Absolvido.
Pedro Correa	7 anos e 2 meses por corrupção passiva e lavagem de dinheiro
Pedro Henry	7 anos e 2 meses por corrupção passiva e lavagem de dinheiro
Professor Luizinho	Absolvido.
Ramon Hollerbach	27 anos, 4 meses e 20 dias por corrupção ativa, peculato, lavagem de dinheiro e evasão de divisas.
Roberto Jefferson	7 anos e 14 dias por corrupção passiva e lavagem de dinheiro.
Rogério Tolentino	6 anos e 2 meses por corrupção ativa e lavagem de dinheiro.

Romeu Queiroz	6 anos e 6 meses por corrupção passiva e lavagem de dinheiro.
Simone Vasconcelos	12 anos, 7 meses e 20 dias por corrupção ativa, lavagem de dinheiro e evasão de divisas. O crime de formação de quadrilha foi prescrito.
Valdemar da Costa	7 anos e 10 meses por corrupção passiva e lavagem de dinheiro. Recebeu indulto.
Vinícius Samarane	8 anos, 0 meses e 10 dias por lavagem de dinheiro e gestão fraudulenta.
Zilmar Fernandes	Absolvida.